

Arbetsrätten i Sverige och Finland efter EU-inträdet

1. Inledning – rapportens bakgrund och uppläggning

1.1. Bakgrund

Sverige och Finland ansökte i juli 1991 respektive i mars 1992 om medlemskap i Europeiska unionen (EU). Förhandlingarna slutfördes i mars 1994 och länderna inträdde som fullvärdiga medlemmar i EU den 1 januari 1995. Parallellt med medlemskapsförhandlingarna pågick förhandlingar om införande av Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Förhandlingarna slutfördes i maj 1992 och avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994. Under år 1994 var alltså Sverige och Finland bundna av EES-avtalet. Redan genom EES-avtalet kom länderna att omfattas av den sociala dimensionen i europasamarbetet.

Vid tiden för Sveriges och Finlands ansökan om medlemskap hade EU-arbetsrätten en relativt begränsad omfattning. Vid sidan av regleringen på arbetsmiljöområdet fanns huvudsakligen likalönsdirektivet (75/117/EEG) och likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG, sedermera ändrat 2002/73/EG) på jämställdhetsområdet samt tre direktiv om omstrukturering av företag (direktivet om kollektiva uppsägningar 75/129/EEG, sedermera ersatt av 98/59/EG, företagsöverlåtelsedirektivet 77/187/EEG ändrat och konsoliderat genom 2001/23/EG, samt lönegarantidirektivet 80/987/EEG, ändrat genom 2002/74/EG).

Genom Maastricht-fördraget som undertecknades i februari 1992 hade förutsättningar skapats för att utveckla den sociala dimensionen av europasamarbetet. Genom det protokoll som fogades till Maastricht-fördraget medgav Storbritannien att övriga dåvarande elva medlemsländer fick fördjupa samarbetet på det sociala området med utnyttjande av gemenskapens institutioner och procedurer, utan Storbritannien. Samtidigt träffade övriga medlemsstater det sk avtalet om socialpolitik. Avtalet gav gemenskapen (eller de facto elva medlemsländer) en utökad kompetens på arbetsrättens område. Vidare utökades området för majoritetsbeslut. Genom avtalet fick de europeiska arbetsmarknadsparterna en formell roll vid utarbetande av lagstiftning på arbetsrättens område. Den sk sociala dialogen innebär i korthet att kommissionen, innan den lägger fram förslag till nya direktiv, skall samråda med parterna. Parterna kan då, om de så önskar, överta initiativet från kommissionen och själva förhandla och sluta avtal i frågan. Om parterna träffar avtal kan de antingen begära att avtalet skall antas som direktiv eller bestämma att avtalet skall genomföras ”i enlighet med de

förfaranden och den praxis som arbetsmarknadens parter och medlemsstaterna särskilt tillämpar”. Genom Amsterdamfördraget från 1997 kom reglerna från det sociala avtalet att föras in i EG-fördraget. Även en avdelning om sysselsättningspolitik infördes vid samma tidpunkt i fördraget och vid dess tillkomst spelade de nordiska länderna, särskilt Sverige, en aktiv roll.

Under Sveriges och Finlands medlemskapsförhandlingar hade alltså EU-arbetsrätten ännu en ganska begränsad omfattning. Samtidigt hade, genom det sociala avtalet, förutsättningar skapats för att utveckla EU:s sociala dimension.

1.2. Frågeställning och uppläggning

Det allmänna syftet med detta kapitel är att utvärdera EU:s inverkan på svensk och finsk arbetsrätt under tioårsperioden 1995–2004. När man skall göra detta framstår några infallsvinklar som uppenbara.

För det första kan man kartlägga de ändringar som skett i lagstiftning och kollektivavtal och som gäller rättsreglernas innehåll. I så fall försöker man i första hand reda ut den direkta påverkan EU-rätten haft, dvs ändringar i nationell rätt som följer av att EU utövat sin lagstiftningskompetens. I detta sammanhang måste man dock också ta med indirekta verkningar, dvs lagstiftning som tillkommit för att motverka icke önskvärda arbetsrättsliga effekter av ny EU-lagstiftning eller av att EU-rätten tolkats på ett särskilt sätt.

För det andra måste man beakta att Finland och Sverige (förhoppningsvis) inte har varit viljelösa objekt för lagstiftningspåverkan utan aktiva påverkande subjekt. Vid en utredning av EU-rättens inverkan måste man alltså även undersöka hur Finland och Sverige påverkat EU-rätten. Vilka initiativ har tagits, hur har lagstiftningen utformats för att bättre beakta finska och svenska förhållanden etc?

Vid en utvärdering av EU:s betydelse är det av ett visst intresse att relatera utfallet till de förväntningar och farhågor som fanns vid tidpunkten för medlemsanslutningen. I det följande inleder vi därför vår rapport med en kort granskning av förväntningarna (kap 2). Därefter granskas den nationella påverkan på EU-lagstiftningen (kap 3) och förändringarna i nationell lagstiftning och kollektivavtalsreglering (kap 4). Analysen i dessa två kapitel sker med beaktande av att det på nationell nivå finns två formella normgivningsaktörer på arbetsrättens område: arbetsmarknadens parter och lagstiftaren.

För det tredje bör det understrykas att inom EU-rätten har domstolarna en viktig normskapande och rättstillämpande roll inom ramen för det säregna system för samarbete mellan nationella domstolar och EG-domstolen som fördraget skapat. Den tredje delen av denna framställning utreder därför hur domstolarna i Finland och Sverige axlat sin roll som nya arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar (kap 5).

För det fjärde önskar vi inte endast teckna en allmän bild av EU:s roll och av hur lagstiftare och rättstillämpare på nationell nivå anpassat sig till EU-rätten genom att beskriva lagstiftningsprocessen, lagstiftningens innehåll, avgjorda rättsfall etc. Vi vill även sammanfattningsvis ställa frågan i vilka avseenden EU-rätten eventuellt inneburit några kvalitativa och principiella förändringar för nordisk arbetsrätt. Den frågan försöker vi belysa i ett avslutande kapitel (kap 6).

1.3. Avgränsningar

Arbetsmiljörätten omfattas inte av denna rapport. Inte heller behandlas sysselsättningspolitiken eller reglerna om fri rörlighet för arbetstagare. I övrigt försöker vi täcka både individuell och kollektiv arbetsrätt.

2. Förväntningarna inför EU-inträdet

2.1. Allmänt

Den politiska situationen under största delen av medlemsförhandlingarna var relativt likartad i Finland och Sverige. Sverige hade under åren 1991–1994 en borgerlig majoritetsregering ledd av statsminister Carl Bildt, medan Finland hade en borgerlig majoritetsregering ledd av statsminister Esko Aho 1991–1995. I bägge länderna var regeringens relation till fackföreningsrörelsen ytterst spänd och på det inrikespolitiska planet fanns det gott om konfliktämnen, som inte minst gällde arbetsrätten.

I bägge länderna stod det tidigt klart att frågan om EU-medlemskap skulle avgöras genom folkomröstning. Det stod också klart att en folkomröstning knappast kunde vinnas om inte en stark facklig opinion till stöd för medlemskapet kunde uppåddas. Detta förklarar att frågan om EU:s sociala dimension, om arbetsrätt och arbetsmarknad, jämställdhet och socialpolitik rönt en kanske oproportionerligt stor uppmärksamhet under medlemskapsförhandlingarna och att det fanns en stor lyhördhet för fackliga önskemål bland både förhandlare och regering i detta skede.¹

Vidare fick fackföreningsrörelsen och olika medborgarorganisationer ett beredvilligt ekonomiskt stöd för att ge ut publikationer om EU:s sociala dimension och socialpolitik och bedriva allmän upplysningsverksamhet. Budskapet var ofta att EU i allt högre grad hade aktiverat sin sociala dimension och man hänvisade till statsministermötet i Strasbourg, som år 1989 hade godkänt deklARATIONEN om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter (endast Storbritannien

¹ Mot denna bakgrund kan man förklara den svenska EG-ministern Ulf Dinkelspiels uttalande i Bryssel den 1 februari 1993 i ett tal om utgångspunkterna för de svenska anslutningsförhandlingarna: ”Vi välkomnar unionsfördragets sociala protokoll inklusive arbetsmarknadsparternas förstärkta roll i utarbetandet och genomförandet av gemensamma åtgärder på arbetsmarknadsområdet. Vi utgår från att detta innebär att svenska kollektivavtal erkänns som tillräckligt medel att genomföra EG:s direktiv.”

röstade emot). EU-kommissionen lade i samband med beredningen av deklARATIONEN fram ett verksamhetsprogram om 45 punkter för att genom lagstiftning värna om och förverkliga dessa grundläggande rättigheter.

Den officiella uppfattningen i både Finland och Sverige var alltså helt befogat att EU befann sig i ett dynamiskt skede vad gällde arbetsrätten. Vidare ansågs att man än så länge inte hade kommit särskilt långt och att det inte kunde finnas några problem med att anpassa den längre utvecklade svenska respektive finska arbetsrätten till gemenskapsrättens krav.

2.2. Sverige

EU:s inverkan på den svenska arbetsrätten diskuterades i samband med såväl EES-avtalet som EU-medlemskapet. En fråga som tilldrog sig stort intresse var möjligheterna att ”värna den svenska arbetsrättsliga modellen i samband med EU-integrationen”.² Härmed torde framförallt ha avsetts möjligheter att utnyttja kollektivavtalslösningar istället för lagstiftning. I första hand eftersträvade man från svensk sida att säkerställa möjligheten att genomföra EU-direktiv på arbetsrättens område genom kollektivavtal i stället för genom lagstiftning. Det rådde i dessa frågor en bred enighet, både mellan de politiska partierna och mellan arbetsmarknadens parter.³

Frågan uppmärksammades redan under medlemskapsförhandlingarna. I en skriftväxling mellan Sverige och kommissionen utvecklade den ansvarige kommissionären Pdraig Flynn sin syn på effekterna av det sociala avtalet för den svenska arbetsrättsliga modellen. Flynn framhöll att avtalet uttryckligen inte var tillämpligt på frågor om lön, föreningsrätt och rätten att vidta stridsåtgärder. Vidare betonade han att det sociala avtalet liknade det rådande svenska systemet så till vida att det gav möjlighet att låta kollektivavtal på europainivå ersätta lagstiftning. Slutligen betonade Flynn att avtalet just hänvisade till kollektivavtal som ett möjligt instrument för att införliva direktiv. Sammanfattningsvis uttalade han att det sociala avtalet inte på något sätt kräver ändrad praxis i Sverige vad avser arbetsmarknadsfrågor. Till slutakten till anslutningsfördraget fogades en svensk förklaring med en hänvisning till denna skriftväxling, och ett uttalande om att Sverige fått försäkringar beträffande rådande svensk praxis såvitt avser arbetsmarknadsfrågor och då särskilt systemet med att fastställa arbetsvillkor i kollektivavtal.

Regeringen förväntade sig att EU-medlemskapet inte skulle behöva medföra annat än marginella förändringar av den existerande svenska arbetsrättsliga lagstiftningen.⁴

² Prop 1994/95:19, s 218.

³ Se t ex EES-utskottets betänkande 1992/93:EU1, s 124.

⁴ Prop 1994/95:19, s 227 f.

I övrigt berördes endast två frågor med arbetsrättslig relevans i de lagstiftningsärenden som ledde fram till anslutningen till EES respektive EU. Den ena rörde farhågorna om social dumpning av arbetsvillkoren genom arbetstagare som utför uppdrag i ett annat land än där de är bosatta.⁵ Vidare diskuterades om närmandet till EU skulle medföra försämringar för jämställdheten, framförallt uppmärksammades situationen för kvinnor med barn.⁶

2.3. Finland

Den finska diskussionen påminner om den svenska, dock med undantaget att man i Finland inte hyste samma farhågor för en eventuell urholkning av kollektivavtalssystemet, eftersom Finland sedan år 1971 hade infört ett sk allmängiltighetssystem, *erga omnes*, som innebär att också oorganiserade arbetsgivare med stöd av arbetsavtalslagen (numera 2001/55, kap 2:7) måste iaktta minimivillkoren i branschens allmänna kollektivavtal.⁷

I själva verket kom medlemsförhandlingarna i viss mån till rättspolitisk undsättning för fackföreningsrörelsen i början på 1990-talet. I den djupa ekonomiska lågkonjunktur som Finland befann sig i vid början av 1990-talet krävde många arbetsgivare att allmängiltighetssystemet skulle skrotas, eftersom det innebar att småföretag hindrades från att sänka löner och därigenom överleva lågkonjunkturen. Kritiken mot allmängiltighetssystemet ebbade dock i viss mån ut, då det framgick att systemet hade sin motsvarighet i ett flertal kontinentaleuropeiska länder och att det kunde erbjuda ett fungerande implementeringsinstrument för EU-lagstiftning.

Redan då förhandlingarna om EES-avtalet inleddes konstaterade regeringen att den

”anser det vara viktigt att den sociala dialogen får en viktig ställning också inom EES och att intresseorganisationerna erbjuds möjlighet att delta i beslutsfattandet inom EES i frågor som gäller dem”.⁸

Vid själva medlemskapsförhandlingarna rönt arbetsrätten mindre uppmärksamhet. Den viktigaste delen hade implementerats redan i samband med EES-avtalet och diskussionen fokuserade på andra frågor. Jämställdhetslagstiftningen

⁵ Se t ex EES-utskottets betänkande 1992/93:EU1, s 124

⁶ Se t ex EES-utskottets betänkande 1992/93:EU1, s 119 ff.

⁷ Se Bruun, N(1993) ”EG, kollektivavtal och *erga omnes*-verkan”. I *Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund* s 41–53, Ahlberg, K & Bruun, N (1996) *Kollektivavtal i EU. Om allmängiltiga avtal och social dumpning* samt Bruun, N & von Koskull, A (2003) *Allmän arbetsrätt* s 159 ff.

⁸ Se Finland och den Europeiska ekonomiska sfären. Statsrådets redogörelse till riksdagen om Finlands förhållande till integrationsutvecklingen i Västeuropa 13.3.1990. Helsingfors 1990 s 111.

stod dock i fokus, eftersom det ganska snart framgått att den finska lagstiftningen inte helt motsvarade EU-rättens krav.⁹

3. Nationell påverkan på EU:s lagstiftning

3.1. Allmänt

Den paradoxala utgångspunkten för EU-samarbetet är att man i både Finland och Sverige är med för att påverka, men i praktiken förefaller ”påverkan” ofta innebära att man skall avvärja EU-regler som kan leda till att man måste ändra något i den egna nationella lagstiftningen. I detta hänseende är dock varken Finland eller Sverige unika, de flesta länder är ute för att marknadsföra en harmonisering som sker så att de enskilda länderna kan bevara sitt eget system intakt och ändra så litet som möjligt.

Påverkan har inte heller utövats inom ramen för ett systematiskt nordiskt samarbete även om kontakterna och informationsutbytet på tjänstemannanivå ofta kan fungera väl inom Norden.

Medlemsstaterna utövar inflytande på EU:s lagstiftning genom de olika formella kanalerna och under olika stadier i lagstiftningsprocessen. För det första sker detta genom samråd med kommissionen och dess beredningsorgan innan denna lägger fram sitt förslag. Det är en utbredd uppfattning att generaldirektoratet för sysselsättning och sociala frågor, som är den avdelning inom kommissionen vilken ansvarar för arbetsrättsliga direktiv, sedan 1995 förvärvat en god kännedom om nordisk arbetsmarknad och arbetsrättsliga traditioner, liksom en förståelse för vilken vikt som läggs vid dessa i de nordiska länderna. Vid andra delar av kommissionen tycks såväl kunskapen om som förståelsen för dessa traditioner vara mindre. Regeringarnas inflytande utövas vidare i minister rådets arbetsgrupper och vid förhandlingarna inom rådet i anledning av kommissionens förslag.

Därutöver står en rad andra påverkansmöjligheter till buds. Ett exempel är möjligheten att väcka talan i EG-domstolen för att ogiltigförklara en EU-rättsakt med motiveringen att EU inte haft behörighet att lagstifta i frågan. Sådana åtgärder är sällsynta. Finland väckte dock talan mot Europaparlamentet och rådet år 2002 och krävde att direktiv 2002/15/EG om arbetstidens förläggning för förare av vägtransporter skulle ogiltigförklaras till den del direktivet gällde förare som är egenföretagare. Också Spanien väckte en liknande talan. Finland påstod att varken artikel 71 EG eller artikel 137.2 EG ger gemenskapen rätt att reglera

⁹ Se ”Finlands anslutning till Europeiska Unionen”. Riksdagens utrikesutskotts betänkande 1994 rd – UtUB 9-RP 135 s 180–186 (innehåller det arbetspolitiska utskottets betänkande).

företagare som är egenföretagare. Finland förlorade dock inte helt överraskande processen.¹⁰

Då lagstiftning sker genom arbetsmarknadsparternas försorg genom europeiska avtal är det de nationella centralorganisationerna som via sina respektive europeiska arbetsmarknadsorganisationer kan utöva påverkan. Här har de finska och svenska arbetsmarknadsparterna på bägge sidor aktivt medverkat i förhandlingsprocessen och också medverkat till att utveckla systematiska spelregler för hur förhandlingsprocessen går till med godkännande av förhandlingsmandat etc.¹¹

3.2. Sverige

Värnandet av den svenska modellen stod även i centrum för diskussionen om hur Sverige skulle agera inom ramen för europasamarbetet. I samband med EES-avtalets genomförande betonade den dåvarande socialdemokratiska regeringen att Sverige skall verka för att utveckla den sociala dimensionen.¹² Den borgerliga regeringen, som hade utarbetat förarbetena till den övergripande lagstiftningen med anledning av Sveriges anslutning till unionen, var mer tillbakadragen i denna fråga. Denna betonade att medlemskapet gav ökade möjligheter att aktivt delta och påverka gemenskapens lagstiftning på området samt vikten av att värna den svenska modellen.¹³ Samma tanke återkom när den socialdemokratiska regeringen som tillträdde 1994, redovisade den svenska EU-strategin på arbetsrättens område. Som ett övergripande mål angavs att värna den svenska modellen på arbetsmarknaden liksom att föra fram parternas och kollektivavtalens betydelsefulla roll på arbetsmarknaden. Regeringen angav också bl a att Sverige skulle verka för att det i direktiv skulle skrivas in semidispositiva regler, värna om varje lands möjlighet att införliva direktiv på ett för landet naturligt sätt och att framhålla möjligheterna att vidta stridsåtgärder.¹⁴

Vårt allmänna intryck är att den svenska regeringen sedan EU-inträdet hållit fast vid linjen att dels främja utvecklingen av EU:s sociala dimension, dels värna den svenska modellen. Här kan två exempel ges.

Utstationeringsdirektivet (96/71/EG) var ett av de första arbetsrättsliga direktiv som antogs efter att Sverige och Finland inträdde i EU. Sverige och Finland deltog i de senare delarna av förhandlingarna vid ministerrådet. I korthet innebär direktivet följande. Direktivet behandlar anställningsförhållanden för arbetstagare som tillfälligt utför arbete i ett annat land (värdlandet). Enligt Romkonventionen, som reglerar vilket lands lag som skall tillämpas på avtalsförhållanden med

¹⁰ Se EG-domstolens dom i de förenade målen C-184/02 och C-223/02. Domen avgavs 9 september 2004.

¹¹ Andersen, S K (red) (2003) *EU og det nordiske spil om lov og aftale* s 22 f.

¹² Se t ex EES-utskottets betänkande 1992/93:EU1, s 113

¹³ Prop 1994/95:19 del 1, s 218.

¹⁴ Arbete i Europa, Ds 1995:64.

anknytning till flera länder, är värdlandets lag normalt inte tillämplig på sådana anställningsförhållanden. Tanken bakom utstationeringsdirektivet är att vissa av värdlandets arbetsrättsliga regler likväl skall tillämpas även på arbetstagare som tillfälligt utför arbete i landet. Redan av EG-domstolens praxis från tiden före direktivet framgår att värdlandet har rätt – men inte skyldighet – att tillämpa vissa minimivillkor i lagar och kollektivavtal, i vart fall allmängiltiga, på sådana gästande arbetstagare.¹⁵ Den huvudsakliga nyheten i direktivet är att medlemsstaterna blir *skyldiga* att tillämpa vissa minimivillkor även på dessa grupper.

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

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

I bl a Danmark och Sverige saknas system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Danmark drev frågan att den danska typen av kollektivavtal skulle jämföras med allmängiltigförklarade kollektivavtal. Sverige stödde Danmarks ståndpunkt.¹⁶ I direktivet infördes därför en särskild bestämmelse om att länder som saknar allmängiltiga kollektivavtal kan, ”*om de så beslutar*”, istället utgå från kollektivavtal som gäller allmänt för en viss sektor, visst arbete eller ett visst geografiskt område (artikel 3:8). Denna möjlighet står öppen såväl för byggsektorn som för andra typer av verksamheter (artikel 3:10). Direktivet ger därigenom Sverige möjlighet att välja om de utländska arbetsgivarnas skyldighet att iakttäta vissa arbets- och anställningsvillkor skall omfatta regler i kollektivavtal. Sverige lyckades även få in en skrivning i ingressen till direktivet om att direktivet inte inverkar på den rättsliga regleringen i medlemsstaterna vad gäller rätten att vidta stridsåtgärder (punkt 22).

Ett annat exempel är direktivet om information och samråd. En politisk överenskommelse om detta direktiv nåddes under det svenska ordförandeskapet i juni 2001. Under förhandlingarna i ministerrådet stödde den svenska regeringen i princip kommissionens direktivförslag. Regeringens utgångspunkt var dock att MBL och andra gällande bestämmelser i och för sig tillgodoser de behov av information och samråd som finns. En annan utgångspunkt var att arbetet måste utföras med beaktande av de olika ländernas i många fall skilda traditioner och praxis. Detta gällde inte minst i fråga om hänsyn till kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter. Mot denna bakgrund motsatte sig Sverige en föreslagen

¹⁵ Se t ex C-113/89 Rush Portuguesa [1990] ECR I-1417.

¹⁶ SOU 1998:52, s 27.

bestämmelse som innebar att rättsverkan av beslut som arbetsgivaren fattar utan vederbörligt samråd skjuts upp under obestämd tid. Förslaget ansågs främmande för svensk arbetsrätt. Det slutliga direktivet innehöll ingen sådan bestämmelse.

3.3. Finland

De finska EU-linjedragningarna har under hela medlemskapsperioden varit påfallande konsensuspräglade. Det har rått en utpräglad strävan i Finland att både vid beredning av EU-lagstiftning och implementering av densamma så långt som möjligt uppnå gemensamma ställningstaganden i trepartsförhandlingar mellan arbetsmarknadsparterna och regeringen. Dessutom har man strävat att involvera riksdagen i lagberedningsarbetet.

Denna utgångspunkt i förening med det faktum att den finska regeringen under åren 1995–2003 varit en bred samlingsregering där såväl det socialdemokratiska partiet som samlingspartiet (moderaterna i Finland) ingått kan förklara att finska aktiviteter snarare bestått i att man försökt överbrygga konflikter mellan andra länder i stället för att hårt eller aktivt driva egna initiativ eller frågor.

EU-medlemskapet i Finland förefaller dock ha aktiverat de centrala arbetsmarknadsparterna att intensifiera sitt samarbete och i viss mån har det omfattande nationella lagstiftningsprogram som genomförts på arbetsrättens område strävat till att beakta och föregripa EU:s lagstiftning. Som exempel kan nämnas lagstiftningen om integritet i arbetslivet och regleringen av arbetskraftsuthyrning.

Den finska linjen har varit relativt positiv till att tillerkänna EU utökad kompetens i arbetsrättsliga frågor. Vid den senaste regeringskonferensen drev man bland annat linjen att det vanliga lagstiftningsförfarandet, där det räcker med majoritetsbeslut för att anta en rättsakt, kunde utsträckas till att gälla anställningstrygghet samt samarbete på arbetsplatserna.¹⁷

4. Förändringar i nationell lagstiftning och kollektivavtal

4.1 Lagstiftningen

Inledning

Vid mitten av 1930-talet etablerades i Sverige synsättet att reglering av arbetsmarknaden var ett gemensamt ansvar för arbetsmarknadens parter och att staten skulle avstå från att ingripa med lagstiftning. Denna rollfördelning accepterades under de följande decennierna av såväl statsmakterna som arbetsmarknadens parter. Den arbetsrättsliga lagstiftning som antogs hade en beskedlig omfattning, och syftade främst till att utjämna skillnader mellan olika grupper av arbets-

¹⁷ Se statsrådets redogörelse till riksdagen om konventets resultat och förberedelserna inför regeringskonferensen. SRR 2/2003, s 70.

tagare, t ex i fråga om semester och arbetstid. Däremot blev många frågor föremål för kollektivavtalsreglering, t ex frågor om inflytande genom företagsnämnder och visst anställningsskydd. Statsmakternas avhållsamhet från att ingripa på det arbetsrättsliga området bröts i början 1970-talet när en lång rad nya lagar antogs. De viktigaste av dessa var lagen om anställningsskydd (1974) och medbestämmandelagen (1976). Genomförandet av denna nya lagstiftning kom att avsevärt försämra förutsättningarna för samarbete och gemensamt ansvarstagande mellan arbetsmarknadens parter. Den lagstiftning som antogs under 1970-talet är alltså kontroversiell. Till exempel har anställningsskyddslagen varit föremål för fem statliga utredningar. Trots detta är 1970-talets arbetsrättsliga lagstiftning väsentligen oförändrad.

Sedan mitten av 1990-talet har en lång rad nya lagregler antagits på arbetsrättens område. Denna ”andra lagstiftningsvåg” förklaras i första hand av Sveriges medlemskap i EU.¹⁸

I Finland har statsmakten traditionellt spelat en stark roll på arbetsmarknaden och en motsvarighet till den autonoma samarbetstradition som präglar Danmark och Sverige saknas. Finland ligger härigenom lagstiftningsmässigt närmare kontinentaleuropa med en särskild individuell arbetsavtalslag och tvingande regler om kollektivavtalens allmängiltiga verkan.

I Finland var arbetsmarknadsrelationerna länge präglade av det konkurrensförhållande som rådde mellan kommunister och socialdemokrater inom arbetarrörelsen. Det var först på 1970-talet som Finland antog någon form av nordisk arbetsmarknadsmodell.¹⁹

Även i Finland har EU-anslutningen kommit att prägla arbetsrättens utveckling. Samtidigt och parallellt med att EU-arbetsrätten genomförts har dock en systematisk modernisering av finsk arbetsrätt ägt rum. Arbetstidslagen, arbetarskyddslagen, lagen om företagshälsovård och arbetsavtalslagen har alla förnyats. För närvarande behandlas ett förslag till ny semesterlag²⁰ av den finska riksdagen, medan en totalrevision av samarbetslagen sker inom en särskilt tillsatt kommitté. Reformarbetet innefattar dock få stora principiella nyheter, men visar att förhandlingssystemet fungerar väl.

EU-anpassningen har ofta utgjort en naturlig del av det ovan beskrivna samarbetet. Då arbetsavtalslagen förnyades år 2001 infördes en rad EU-baserade regler i den, på motsvarande sätt har förslaget till semesterlag på flera punkter utformats för att uppfylla EU:s krav på likabehandling av olika kategorier av anställda (deltidsarbetande etc).

¹⁸ Fahlbeck, R i Blanpain, R m fl (2003) *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law* s 128.

¹⁹ Se Bruun, N m fl (1990) *Den nordiska modellen* s 21.

²⁰ Reg prop 238/2004. Lagen träder i kraft den 1.4.2005 (162/2005).

Ökad betydelse för grundläggande rättigheter

Den europeisering av rättssystemen som ägt rum i Finland och Sverige sedan 1980-talet visar sig framförallt i det faktum att grundläggande rättigheter fått en ny ställning i rättssystemet.

De grundläggande rättigheterna har traditionellt i Europa hävdats i Europarådets konventioner, av vilka den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) från 1950 har haft den största betydelsen. Europarådets sociala stadga (1961), som reviderades 1996, innehåller ett flertal viktiga sociala rättigheter.

Inom EU har de grundläggande rättigheterna inte hittills varit inskrivna i fördraget. I EG-domstolens praxis har de dock tillmätts en stor betydelse. Domstolen har dels hänvisat till gemensamma konstitutionella traditioner i medlemsstaterna, vilka man kunnat använda som en relevant rättskälla.²¹ Vidare har den använt internationella konventioner som samtliga medlemsstater ratificerat, särskilt Europakonventionen. Sedan har vissa bestämmelser i fördraget gradvis fått ett slags grundrättskaraktär, t ex artikel 141 som erkänner principen om lika lön för kvinnor och män.

Under många år har det funnits en aktiv opinion inom EU, som hävdat att grundläggande rättigheter borde fördragsfästas. År 1989 lyckades man genom en icke bindande högtidlig deklaration godkänna en stadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. I Maastrichtfördraget infördes en särskild artikel F enligt vilken unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. I Amsterdamfördraget stärkte man ytterligare dessa skrivningar.²² År 2000 antog man efter en särskild beredning i ett konvent en särskild deklaratorisk EU-stadga om de grundläggande rättigheterna. Medlemsstaterna har numera föreslagit att stadgan skall ingå som en integrerad del i den nya EU-konstitutionen som för närvarande befinner sig i ratificeringsstadiet. Stadgan innehåller en rad relevanta sociala och arbetsrättsliga grundrättigheter.

Också på nationell nivå i såväl Finland och Sverige som många andra europeiska länder har betydelsen av grundläggande rättigheter ökat.²³

Finland antog redan 1990 Europakonventionen som lag. År 1995 genomfördes en grundlagsreform, som innebar att man godkände ett nytt kapitel i den dåvarande regeringsformen om grundläggande rättigheter. Dessa kom att inflyta

²¹ Angående diskussionen om grundläggande rättigheter i EU, se Bruun, N (1999) *Fackliga och grundläggande rättigheter i EU* s 9 ff.

²² Om diskussionen inför regeringskonferensen i Amsterdam 1996, se Bruun, N (red) (1996) *Den sociala dimensionen inom EU och regeringskonferensen 1996*. Föredrag och sammanfattningar från Arbetslivsinstitutets konferens 7 mars 1996. Arbetslivsrapport 1996:13.

²³ Se t ex Sciarra, S (red) (2004) *The Evolution of Labour Law (1992–2003)*. Tillgänglig på http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/generalreport_en.pdf

oförändrade i den nya grundlag som antogs år 2000. Den finska reformen innebär att en rad viktiga grundläggande rättigheter tryggas genom grundlag. Rätten till skydd för privatlivet, rätten till mötes- och föreningsfrihet, rätten till jämställdhet, rätt till arbete samt social trygghet finns alla garanterade i den finska grundlagen. Rätten till arbete innefattar bland annat en regel som säger att ingen får skiljas från sitt arbete utan laglig grund.

Denna reform har haft flera viktiga konsekvenser för arbetsrätten. För det första har betydelsen av grundrättighetsargument ökat betydligt också utanför den statliga sfären. Utgångspunkten är att de grundläggande rättigheterna kan vara relevanta också i förhållandet mellan enskilda rättssubjekt även om det här fortfarande råder en viss osäkerhet om vad som skall anses gälla. Vidare har det faktum att en rättighet erkänns som grundrättighet den betydelsen att undantag eller begränsningar i rättigheten i allmänhet endast kan ske genom av parlamentet stiftad lag. Dessutom anses grundrättigheterna ha en inte obetydlig inverkan som tolkningsfaktor då det gäller att bedöma situationer där i grundlag skyddade värden står på spel.

I praktiken har den nya grundlagen haft betydelse för den arbetsrättsliga regleringen på flera sätt. För det första har anställningstryggheten för vissa grupper som stått utanför den lagstadgade anställningstryggheten reglerats. Den viktigaste gruppen i detta hänseende torde vara kommunala tjänstemän. För det andra har ökad betydelse tillmätts grundrättigheter i arbetsavtalslagen, och en särskild lag om personlig integritet i arbetslivet har stiftats. Skyddet för privatlivet, personlig integritet och skydd vid behandling av personuppgifter är förankrade i grundlagen och har samma karaktär av mänsklig rättighet som rätten till skydd mot diskriminering.

Principen om skydd mot diskriminering och godtycke kommer på olika sätt till uttryck i den finska lagstiftningen. I grundlagen fastslås att alla är lika inför lagen och att ingen utan godtagbart skäl skall ges en annan ställning på grund av kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp eller av någon annan orsak som hänför sig till hans person. Särskilt föreskrivs i grundlagen att jämställdhet mellan könen i samhälls- och verksamhet och i arbetslivet skall främjas i synnerhet då det gäller att bestämma löner och andra anställningsvillkor. Principen om förbud mot diskriminering finns närmare reglerad bland annat i jämställdhetslagen och arbetsavtalslagen.

Den *svenska grundlagen* har vid en internationell jämförelse haft en påfallande liten betydelse på arbetsrättens område. I senare praxis kan möjligen ett något förändrat synsätt noteras. Enligt 2 kap 17 § regeringsformen äger förening av arbetstagare samt arbetsgivare och förening av arbetsgivare rätt att vidta fackliga stridsåtgärder, om inte annat följer av lag eller avtal. I AD 2003 nr 46 ansåg Arbetsdomstolen att bestämmelsen innebär ett principiellt förbud för domstolen att i rättspraxis införa begränsningar i den fackliga stridsrätten som inte har stöd i lag eller avtal. Domen kan jämföras med AD 1989 nr 120 där domstolen utan att

diskutera innebörden av regeringsformen uppställde vissa begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder i kollektivavtalslösa förhållanden. De grundläggande rättigheternas betydelse har påtagligt ökat genom att Europakonventionen antogs som lag i Sverige 1994. Ett av de viktigaste skälen till att Europakonventionen antogs som lag var det tilltänkta EU-medlemskapet. Europakonventionen utgör som nämnts en del av EU-rätten och skall som sådan tillämpas av svenska domstolar vid tillämpning av EU-rätt. Genom att inkorporera Europakonventionen ville man undvika situationen att svenska domstolar hade att tillämpa Europakonventionen när de bedömde EU-rätt men inte i andra fall.²⁴ Arbetsdomstolen har i sin rättspraxis ansett att Europakonventionen i princip kan åberopas i tvister mellan enskilda. Konventionen har haft viss inverkan på arbetsrättslig rättspraxis, bl a i fråga om negativ föreningsrätt (t ex AD 1998 nr 17) och integritet i arbetslivet (t ex AD 2001 nr 3).²⁵ I lagstiftningssammanhang har ofta framförts att det förhållandet att en viss rättighet har ställning som en grundläggande rättighet motiverar en skärpt lagstiftning. Särkilt märks detta på diskrimineringsområdet.²⁶

Direkt EU-påverkan på nationell lagstiftning

EU:s arbetsrätt har huvudsakligen formen av direktiv. Direktiv är i allmänhet inte direkt tillämpliga i medlemsstaterna utan medlemsstaterna skall anta de lagar eller vidta de åtgärder som är nödvändiga för att direktivets bestämmelser skall genomföras i nationell rätt. Såväl inför som efter närmandet till EU har ett antal förändringar genomförts i redan existerande lagar och ett flertal särskilda lagar antagits i syfte att genomföra EU-direktiv. I tabellen nedan ges en översikt över de lagändringar som genomförts som en följd av EU- arbetsrättsliga direktiv.

²⁴ Cameron, I (2002) *Introduction to the European Convention on Human Rights* (4 uppl) s 155.

²⁵ Se vidare Herzfeld Olsson, P (2003) *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet och* Westregård, A (2002) *Integritetsfrågor i arbetslivet*.

²⁶ Se t ex prop 1997/98:177, s 119.

Lagstiftning för genomförande av EU-arbetsrättsliga direktiv

Viktigare EU-direktiv	Sverige	Finland
Artikel 141 EG (fd 119) och likalönsdirektivet (75/117/EEG)	Ändringar i jämställdhetslagen bl a 1991 och 2000	Ändringar i jämställdhetslagen (1995/196)
Likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG med ändring 2002/73/EG)	Ändringar i jämställdhetslagen bl a 1991 och 2000	Ändringar i jämställdhetslagen (1995/196)
Direktivet om kollektiva uppsägningar (75/129/EEG med ändring 92/56/EEG). Konsoliderat genom 98/59/EG	Ändringar i MBL och främjandelagen	Ändringar i arbetsavtalslagen (ny lag 2001:55) och samarbetslagen
Företagsöverlåtelsedirektivet (77/187/EEG med ändring 98/50/EG) Konsoliderat genom 2001/23/EG	Ändringar i MBL och LAS	Ändringar i arbetsavtalslagen och samarbetslagen
Lönegarantidirektivet (80/987/EEG med ändring 2002/74/EG)	Ändringar i lönegarantilagen	Ändringar i lönegarantilagen, ny lag (1998/866)
Direktivet om information om anställningsvillkor (91/533/EEG)	Ändringar i LAS	Ändringar i arbetsavtalslagen
Arbetstidsdirektivet (93/104/EG)	Ändringar i arbetstidslagen 1996 och 2005	Ny arbetstidslag (1996/605)
Direktivet om europeiska företagsråd (94/45/EG)	Lagen (1996:359) om europeiska företagsråd	Ändringar i samarbetslagen (1996/614)
Föräldraledighetsdirektivet (96/34/EG)	Lagen (1998:209) om rätt till ledighet av trängande familjeskäl	Nytt kapitel infördes i arbetsavtalslagen
Utstationeringsdirektivet (96/71/EG)	Utstationeringslagen (1999:678)	Lag om utstationerade arbetstagare (1999/1146)
Bevisbördedirektivet (97/80/EG)	Ändringar i jämställdhetslagen	Inga ändringar
Deltidsdirektivet (97/81/EG)	Lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning	Nyreglering infördes i arbetsavtalslagen (2001/55)
Visstidsdirektivet (99/70/EG)	Lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning	Nyreglering infördes i arbetsavtalslagen 2001/55

Viktigare EU-direktiv	Sverige	Finland
Direktivet mot etnisk diskriminering (2000/43/EG)	Ändringar i 1999 års lag mot etnisk diskriminering samt införande av lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering	Lag om likabehandling (2004/21)
Det allmänna likabehandlingsdirektivet (2000/78/EG)	Ändringar i 1999 års lagar mot diskriminering på grund av sexuell läggning respektive funktionshinder samt införande av lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering	Lag om likabehandling (2004/21)
Direktivet om arbetstagarinflytande i europabolag (2001/86/EG)	Lagen 2004:559 om arbetstagarinflytande i europabolag	Lagen om arbetstagarinflytande i europabolag (2004/758)
Direktivet om information och samråd (2002/14/EG)	Förslag till ändringar i MBL	Förslag till ändringar i samarbetslagen (RP 201/2004)

Som framgår av tabellen har de EU-arbetsrättsliga direktiven gett upphov till omfattande förändringar i lagstiftningen. Ändå har i tabellen utelämnats förändringar som skett till följd av EU:s regler om fri rörlighet för arbetstagare och den omfattande regleringen på arbetsmiljöområdet. Det är för svenskt och finskt vidkommande ingen överdrift att påstå att EU-baserad lagstiftning har dominerat lagstiftningsagendan under denna tidsperiod även om intrycket i högre grad gäller Sverige än Finland. Vidare visar bilden att EU som lagstiftare i väsentlig utsträckning sysslat med annat än sk soft law.

De aktuella direktiven har enligt vår uppfattning i det mesta genomförts korrekt. Ett undantag är det svenska genomförandet av EU:s arbetstidsdirektiv. Direktivet skulle ha varit genomfört 1996. När direktivet skulle genomföras i Sverige förberedde 1995 års arbetstidskommitté en genomgripande översyn av arbetstidslagen. I avvaktan på kommitténs slutbetänkande lämnade kommittén ett förslag till provisoriskt genomförande av arbetstidsdirektivet. I sitt delbetänkande utgick kommittén från att den svenska arbetstidregleringen garanterade arbetstagarna ett väl så högt skydd som EU:s arbetstidsdirektiv, även om vissa skillnader förelåg. Kommittén föreslog en lagändring, vilken även kom att genomföras. Lagändringen innebar att kollektivavtal eller myndighetsdispenser om avvikelser från arbetstidslagen inte får innebära att mindre förmånliga regler än EU-direktivets skall tillämpas på arbetstagarna. I sitt slutbetänkande, vilket innehöll ett förslag till helt ny arbetstidslag, föreslog kommittén ytterligare föränd-

ringar i regelsystemet med anledning av direktivet. Förslaget kom dock aldrig att genomföras, huvudsakligen på grund av politisk oenighet i andra frågor än om genomförandet av arbetstidsdirektivet. Den lagändring som år 1996 avsågs vara provisorisk blev därför bestående. Europeiska kommissionen inledde 1996 ett fördragsbrottsärende mot Sverige för bristande genomförande av direktivet. I juni 2004 väckte kommissionen talan mot Sverige. I stämmningsansökan menar kommissionen att direktivets regler om dygnsvila och om arbetstid för nattarbete inte har införlivats samt att bestämmelsen om maximal arbetstid per vecka har införlivats felaktigt. Sverige har medgivit kommissionens talan. Samtidigt lade regeringen fram ett förslag till riksdagen om ändringar i arbetstidslagen som innebär ett ”tydligare genomförande av EU:s arbetstidsdirektiv”.²⁷ Lagändringarna antogs i februari 2005.

Ett annat exempel är genomförandet av lönegarantidirektivet, där de svenska undantagen från lönegarantilagen ändrades efter påpekanden av kommissionen och där Sverige även fälldes i Efta-domstolen.²⁸

För finsk del kan man finna en uppenbart bristande direktivimplementering vid genomförandet av direktivet om europeiska företagsråd. Direktivet genomfördes i finsk rätt med hjälp av några nya paragrafer i den finska samarbetslagen.²⁹ Den egentliga ”implementeringen” skedde i lagens förarbeten där man förklarade vad som stod i direktivet och vad man trodde att det innebar. I samband med den pågående totalrevisionen av samarbetslagen är avsikten att ”göra om” implementeringen. I praktiken torde i varje fall de flesta frågor i samband med de europeiska företagsråden ha lösts förhandlingsvägen varför den bristande implementeringen knappast har fått några allvarliga konsekvenser.

Växelverkan mellan EU-nivå och nationell nivå

Det förhållandet att merparten av lagstiftningsarbetet på arbetsrättens område handlat om att genomföra EU-direktiv innebär ingalunda att de nationella lagstiftarna inte påverkat lagstiftningens utveckling.

För det första går det att hitta exempel där rättsutvecklingen både är en följd av en anpassning till EU-regleringen och ett svar på nationella politiska krav om skärpning av regleringen. Tydligast är detta i Sverige beträffande diskrimineringslagstiftningens utveckling. Sedan 1991 har jämställdhetslagen skärpts vid upprepade tillfällen. Vidare har diskrimineringskyddet utvidgats till att omfatta fler diskrimineringsgrunder: etnisk tillhörighet, funktionshinder respektive sexuell läggning. Denna utveckling har delvis drivits fram av kravet att uppfylla EU-rätten. Å andra sidan har den svenska lagstiftaren i många fall gått före eller längre än EU-rätten kräver. Man kan här peka på att de svenska lagarna om

²⁷ Prop 2003/04:180.

²⁸ Prop 1996/97:102, Efta-domstolen E-1/1995. Se vidare t ex Nyström, B (2002) *EU och arbetsrätten* (3 uppl) s 305 ff.

²⁹ Se regeringspropositionen 99/1996.

diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, funktionshinder respektive sexuell läggning antogs innan motsvarande EU-direktiv. Man kan också peka på att kraven på aktiva åtgärder i jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering saknar motsvarighet inom EU-rätten. I något fall har t o m den svenska lagstiftarens strävanden att uppnå jämställdhet mellan könen ansetts strida mot EU-rätten.³⁰

I Finland kan de regler som infördes år 2001 i arbetsavtalslagen om arbetskraftsuthyrning ses som ett motsvarande exempel, där vi dock fortfarande väntar på ett EU-direktiv.

För det andra ger EU-direktiven de nationella lagstiftarna ett inte obetydligt utrymme att bestämma hur direktiven skall genomföras. Detta sammanhänger för det första med att arbetsrättsliga direktiv normalt endast anger minimikrav beträffande skydd för arbetstagare, men inte hindrar medlemsstaterna att anta en mer långtgående reglering. Direktiven lämnar även ”luckor” i regleringen för den nationella lagstiftaren att fylla ut (t ex avseende sanktioner). Vidare är den närmare innebörden av EU-rätten ofta oklar. Därmed har lagstiftaren, i avvaktan på klagande rättspraxis från EU-domstolen, möjlighet att tolka och definiera EU-rättens innehåll. Som en följd härav innefattar lagstiftningsprocessen vid genomförandet av EU-direktiv dels ”rättstillämpning” där EU-rättens krav skall tolkas, dels ett utrymme för nationella valmöjligheter. Inom ramen för detta kapitel är det inte möjligt att närmare utreda hur den svenska och den finska lagstiftaren utnyttjat detta utrymme.³¹ En hypotes är dock att man varit benägen att göra så små ingrepp som möjligt i existerande lagstiftning, särskilt i frågor som kan sägas beröra vad som uppfattas som den nationella modellen.

Som exempel på denna strategi kan nämnas genomförandet av utstationeringsdirektivet (96/71/EG). Direktivet genomfördes i svensk rätt genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare. Ett av de viktigaste ändamålen med direktivet är att motverka social dumpning. Den metod som direktivet anvisar är dock en annan än den som traditionellt används i Sverige. Medan uppgiften att motverka låglönekonkurrens i Sverige traditionellt åvilat fackföreningarna, bygger direktivet på tanken att det är staten som skall fastställa vilka regler som skall gälla för arbetstagare som inte direkt omfattas av svensk lagstiftning och svenska kollektivavtal. Mot bakgrund härav är det inte förvånande att lagstiftaren valt en relativt minimalistisk strategi vid implementeringen av direktivet. Detta märks främst genom att lagstiftaren avstått från att utnyttja möjligheten att låta svenska kollektivavtal bli tillämpliga på arbetstagare som utstationeras till Sverige (med stöd av artikel 3 stycke 8 och 10), trots att Sverige vid förhandlingarna inför antagandet av direktivet aktivt hade medverkat

³⁰ C-407/98 Abrahamsson REG 2000, s I-5539 (ang positiv särbehandling vid tillsättning av professorer).

³¹ Pernilla Lundblad, Arbetslivsinstitutet, bedriver för närvarande ett projekt som behandlar denna frågeställning.

till att denna möjlighet infördes (se ovan). I motiven angavs som skäl för detta bl a att det medel som arbetsmarknadens parter idag använder för att motverka social dumpning i Sverige, dvs att (under hot om stridsåtgärder) sluta kollektivavtal med utländska arbetsgivare, är tillräckligt för att hindra social dumpning på den svenska arbetsmarknaden.³²

Som ett annat exempel kan pekas på det nu aktuella lagförslaget om genomförande av informations- och samrådsdirektivet (2002/14/EG).³³ I regeringens direktiv till utredningen framhölls särskilt att en utgångspunkt för utredningens analys och förslag skulle vara den särskilda ställning som kollektivavtalslutande parter har i Sverige, dvs i praktiken att ”värna den svenska modellen”. Den viktigaste frågan vid genomförandet av direktivet är om detta innebär att den primära förhandlingsskyldigheten (enligt 11–12 § MBL) skall utsträckas till att även omfatta fackliga organisationer på icke kollektivavtalsbundna arbetsplatser. Utredningens utgångspunkt är i denna del att det kan komma ifråga att utvidga den primära förhandlingsskyldigheten endast om det står helt klart att direktivet kräver detta. Denna utgångspunkt ligger väl i linje med regeringens direktiv till utredningen. Utredningens slutsats är att det inte är nödvändigt att utsträcka den primära förhandlingsskyldigheten till att gälla även på kollektivavtalslösa arbetsplatser (s 102).

Enligt vår mening är denna slutsats långt ifrån självklar. Utgångspunkten i direktivet är att samråd bör äga rum innan arbetsgivaren fattar beslut i vissa särskilt angivna frågor (artikel 4.2). Direktivet innehåller dock inte några uttryckliga regler om hur man på nationell nivå skall säkerställa att samråd kommer till stånd innan beslut fattas. Vid tolkningen av vilka krav som åvilar medlemsstaterna i detta avseende måste beaktas att

”formerna för information och samråd skall fastställas och genomföras i enlighet med nationell lagstiftning och den praxis för relationerna mellan arbetsmarknadens parter som finns i de enskilda medlemsstaterna på ett sådant sätt att ändamålet med detsamma säkerställs” (artikel 1.2).

Medlemsstaterna skall alltså säkerställa direktivets ändamålsenliga verkan (”*effet utile*”, jfr den franska språkversionen) i enlighet med nationell lagstiftning och praxis. Det ligger nära till hands att förstå hänvisningen till ”nationell praxis” – inte som en begränsning av medlemsstaternas skyldigheter enligt direktivet – utan som att den nationella praxisen skall utnyttjas för att direktivet skall uppnå ändamålsenlig verkan. Ett sådant synsätt ligger nära den allmänna EU-rättsliga principen om att sanktioner och processregler som används för att genomföra EU-rättsliga regler inte får vara mindre förmånliga än de som är kopplade till nationella krav av likartad natur (likvärdighetsprincipen).³⁴

³² SOU 1998:52, s 84 ff, särskilt s 90 och prop 1998/99:90, s 26 f.

³³ SOU 2004:85.

³⁴ Se t ex Nielsen, R (2003) *EUropæisk arbejdsret* s 429.

Det sätt på vilket man i Sverige säkerställer att samråd kommer till stånd innan arbetsgivaren fattar beslut är genom reglerna om primär förhandlingsskyldighet i MBL. Med den nyss framförda tolkningen skulle Sverige vara skyldigt att se till att denna nationella ”praxis” utsträcks till alla arbetsplatser som inte undantas eller kan undantas från direktivet (t ex företag med färre än 50 anställda). Enligt vår mening är denna tolkning av direktivet den mest sannolika. Den är dock inte given.

När tolkningen av direktivet på detta sätt är osäker kan den nationella lagstiftaren välja mellan åtminstone två handlingsalternativ. För det fall regering och riksdag önskar vara säkra på att direktivet genomförs korrekt bör reglerna om primär förhandlingsskyldighet göras tillämpliga även på kollektivavtalslösa arbetsplatser. Om, å andra sidan, regering och riksdag anser det angeläget att göra minsta möjliga ingrepp i den nuvarande ordningen kan man, till dess rättsläget klarläggs av EG-domstolen, luta sig mot utredningens förslag. I lagrådsremissen valde regeringen det senare alternativet (2005-02-24). Lagrådet har dock ansett att förslaget inte är tillräckligt för att fullständigt genomföra direktivet (2005-03-15).

Inverkan på individuell respektive kollektiv arbetsrätt

Hur har då genomförandet av direktiven påverkat den arbetsrättsliga lagstiftningen?

Det är i första hand inom den individuella arbetsrätten som genomförandet av de arbetsrättsliga direktiven har skett. Här har ett flertal speciallagar tillkommit i syfte att implementera EU-direktiv. För Sveriges del kan nämnas lagen (1998:209) om rätt till ledighet av trängande familjeskäl, lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning. Vidare har arbetet med att revidera ett flertal centrala lagar i hög grad präglats av EU-perspektivet. Som exempel kan nämnas jämställdhetslagen och 1999 års diskrimineringslagar. Också ett flertal ändringar i anställningsskyddslagen har föranletts av EU-direktivet om företagsöverlåtelse och direktivet om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagare om de regler som gäller i anställningsförhållandet. Genom dessa lagar har en lång rad individuella rättigheter tillskapats som saknar motsvarighet i äldre rätt. I Finland har motsvarande reglering framförallt införts i arbetsavtalslagen och jämställdhetslagen. Dessutom har en särskild lag om utstationerade arbetstagare antagits.

Förändringarna har endast till en mindre del berört den kollektiva arbetsrätten. Företagsöverlåtelsedirektivet och direktivet om kollektiva uppsägningar innehåller regler om information och samråd. Dessa medförde endast marginella förändringar i den svenska modellen för arbetstagarinflytande såsom detta framgår av MBL. Den svenska regleringen låg på detta område på en nivå som väl

svarade mot direktivens krav. I viss mån har dock genomförandet medfört en förstärkning av arbetstagarinflytandet på kollektivavtalslösa arbetsplatser. Det samma kan sägas om det nu aktuella förslaget till genomförande av direktivet om information och samråd (se ovan). Däremot har genomförandet av direktivet om europeiska företagsråd inneburit ökade möjligheter för internationellt arbetstagarinflytande.

Indirekt EU-påverkan på lagstiftningen

Vid sidan om den påverkan som ligger i att Sverige och Finland genomfört arbetsrättsliga direktiv, kan man iaktta en sorts indirekt EU-påverkan där lagstiftningsåtgärder som berör arbetsrätten motiverats av antingen EU-reglering på andra politikområden eller som konsekvenser av en integrerad europeisk marknad.

Ett exempel på sådan indirekt EU-påverkan är regleringen av offentlig upphandling där det allt sedan EU-inträdet i Sverige pågått en debatt om vilket utrymme upphandlingsreglerna erbjuder för sociala överväganden och där lagstiftaren även gjort vissa försiktiga markeringar.³⁵

Som en annan sådan indirekt EU-påverkan kan man möjligen lyfta fram den svenska lagstiftarens ökade intresse för lönebildningen.³⁶ Frågor om lönebildning och konfliktåtgärder har traditionellt uppfattats som arbetsmarknadsparternas ansvar. Lönebildningen fungerade under 1980- och 1990-talen inte tillfredsställande. Sverige hade högre nominella löneökningar än omvärlden, vilket drev upp inflationen och urholkade reallönerna. Trots löneökningar i storleksordningen 150 procent steg reallönerna inte alls mellan 1980 och 1995. För att rädda sysselsättningen tvingades Sverige till devalveringar, som i sin tur drev upp inflationstakten. I syfte att förbättra möjligheterna att kombinera måttfulla höjningar av reallönerna med låg arbetslöshet och stabila priser infördes år 2000 nya regler om medling. De nya reglerna kan även ses som en förberedande åtgärd inför en då planerad anslutning till EMU. Genom lagändringen infördes ett nytt Medlingsinstitut. Institutet skall inte bara medla mellan parterna på arbetsmarknaden utan även ”verka för en väl fungerande lönebildning”. Institutet har i förhållande till sin föregångare givits vidgade befogenheter. Institutet kan, även utan parternas samtycke, utse en medlare inför hotande konflikter och kan under vissa förhållanden skjuta upp varslade åtgärder (46–53 §§ MBL). Arbetsmarknadens parter kan undvika inblandning från Medlingsinstitutet genom att träffa avtal om vissa procedurer för samarbetet vid avtalsförhandlingar. Sådana avtal har träffats för stora delar av arbetsmarknaden.

³⁵ Se t ex SOU 2001:31, Mera värde för pengarna. Slutbetänkande av Upphandlingskommittén (2001), särskilt bilaga 3, ”Sociala hänsyn vid offentlig upphandling” s 441-457

³⁶ Se vidare Nyström, B (2000) I *Normativa Perspektiv Festskrift till Anna Christensen* s 318 ff.

4.2 EU:s påverkan på nationella kollektivavtal och kollektivavtalssystem

Kollektivavtalssystemets allmänna utveckling

Trots att den arbetsrättsliga lagstiftningen har ökat i omfattning är kollektivavtal alltså i både Finland och Sverige det viktigaste instrumentet för reglering av löner och andra anställningsvillkor. De svenska kollektivavtalen innehåller en närmast heltäckande reglering av de olika frågor som kan uppkomma i ett anställningsförhållande och man räknar med att drygt 90 procent av arbetstagarna omfattas av kollektivavtal. Den tydligaste förändringen av kollektivavtalssystemet under de senaste decennierna är en ökad decentralisering. Denna decentralisering tar sig huvudsakligen två uttryck. För det första har betydelsen av förhandlingar mellan centralorganisationerna på nationell nivå minskat i betydelse. För det andra har innehållet i de nationella branschavtalen förändrats i riktning från detaljreglering mot ram- eller processavtal med större utrymme för reglering på företagsnivå. Regleringen kan här ske mellan arbetsgivaren och antingen lokala fackliga representanter eller direkt med berörda arbetstagare, möjligen biträdda av fackliga representanter. Bland de frågor som idag i högre grad än tidigare hanteras på företagsnivå kan nämnas lön och arbetstid. Dessa tendenser torde vara starkast på tjänstemannaområdet. Förhandlingarna på företagsnivå sker genomgående under fredsplikt. Denna utveckling tycks ha vuxit fram helt oberoende av närmandet till EU. Också i Finland gör sig samma utveckling gällande även om decentraliseringen av lönesättningen inte kommit lika långt som i Sverige.

Direkta konsekvenser av arbetsrättsliga direktiv

Kollektivavtalens innehåll har inte i någon högre grad kommit att ändras som en direkt följd av EU-arbetsrättsliga direktiv.

De enda EU-arbetsrättsliga direktiv som givit direkt avtryck i form av förändringar av existerande kollektivavtal torde vara deltidsdirektivet och visstidsdirektivet.³⁷ Direktiven förbjuder diskriminering av deltidsarbetande och arbetstagare med tidsbegränsad anställning i fråga om anställningsvillkor. På den svenska arbetsmarknaden var det tidigare vanligt med kollektivavtal som föreskrev skillnader i anställningsvillkor i synnerhet mellan heltids- och deltidsanställda, men även arbetstagare med tidsbegränsade anställningar särbehandlades. Det allmänna löne- och förmånsavtalet (ALFA) på statens område var överhuvudtaget inte tillämpligt på arbetstagare vars anställning omfattade mindre än 40 procent av heltid. Motsvarande avtal, fast med andra procenttal eller med angivande av ett lägsta antal timmar, förekom även på den privata sektorn av arbetsmarknaden.

³⁷ Det kan noteras att dessa direktiv framförhandlats mellan arbetsmarknadsparterna på europeisk nivå och därefter getts lagstiftningsstatus. Ang. visstidsdirektivets tillkomst och innehåll se Vigneau C m fl (1999) *Fixed-term work in the EU – A European Agreement against discrimination and abuse*.

Det sk AB 98 med allmänna bestämmelser för landstingens och kommunernas avtalsområden delade in arbetstagarna i två förmånsgrupper, där de som tillhörde grupp 2, dvs arbetstagare med mindre än 40 procent av heltid eller med en tidsbegränsad anställning på mindre än tre månader, undantogs från en rad förmåner. Det var också vanligt deltidсанställda och arbetstagare med tidsbegränsade anställningar inte fick rätt till tilläggspension på samma villkor som heltidsarbetande och tillsvidareanställda. Dessa avtal har i samband med genomförandet av de båda direktiven varit föremål för förhandlingar mellan parterna vilka i betydande utsträckning resulterat i förbättrade villkor för deltidсанställda och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.³⁸

Nationellt genomförande av EU-direktiv genom kollektivavtal

Som framgått ovan diskuterades inför EU-medlemskapet ingående om det var möjligt att genomföra direktiv genom kollektivavtal av svensk-dansk typ. Det centrala problemet här är att det av tidigare praxis från EG-domstolen följer att kollektivavtal visserligen får användas som metod för att genomföra direktiv, men att detta förutsätter att kollektivavtalen omfattar alla arbetstagare i landet. Detta är inte fallet i Sverige och Danmark. Sverige ansåg sig genom skriftväxlingen med Flynn (se ovan) ha fått garantier för att det skulle vara möjligt att genomföra EU-direktiv genom kollektivavtal av svensk typ. Det är omdiskuterat i vilken utsträckning Flynn's garantier är rättsligt hållbara. Frågan skall inte närmare behandlas här.³⁹

Möjligheten till kollektivavtalslösningar som alternativ eller komplement till lagstiftning diskuterades redan i samband med genomförandet av direktivet om företagsråd. Någon avtalsreglering kom dock inte till stånd. Istället fick lagstiftning genomföras.⁴⁰ I samband med genomförandet av deltid- och visstidsdirektiven gjorde regeringen stora ansträngningar att förmå parterna att träffa avtal i frågan. Någon avtalsreglering kom inte heller denna gång till stånd.⁴¹ Trots att Sverige i medlemskapsförhandlingarna lade stor vikt vid möjligheten att genomföra arbetsrättsliga direktiv genom kollektivavtal har man alltså inte ens prövat denna genomförandemetod, varken med eller utan kompletterande lagstiftning.

I detta sammanhang kan en jämförelse med situationen i Danmark vara på sin plats. Ett centralt och genomgående tema i den danska arbetsrättsliga diskussionen under 1990-talet har just varit hur EU:s arbetsrätt skall infogas i den danska modellen. När det gäller direktiv som rör anställningsvillkor har med tiden ett förfaringsätt utvecklats där arbetsmarknadens parter i ett första skede träffar de kollektivavtal som behövs för att genomföra direktivet inom deras

³⁸ Ahlberg, K i Andersen, S K (red) (2003) *EU og det nordiske spil om lov og aftale* s 33 ff.

³⁹ Se t ex Nyström, B (2002) *EU och arbetsrätten* (3 uppl.) s 66 ff.

⁴⁰ SOU 1995:115, s 27.

⁴¹ Ahlberg, K i Andersen, S K (red) (2003) *EU og det nordiske spil om lov og aftale* s 33 ff.

respektive områden. Därefter kompletterar lagstiftaren kollektivavtalsregleringen i syfte att garantera direktivets genomslag på arbetsplatser som inte täcks av kollektivavtal. Tanken att EU-direktiv i Danmark kan genomföras genom kollektivavtal utan kompletterande lagstiftning tycks numera ha övergivits. Flera lagtekniska modeller har utnyttjats för denna typ av kompletterande lagstiftning. I flera fall har sk semidispositiv lagstiftning antagits, dvs lagar som det är möjligt att avvika från genom kollektivavtal. Det förutsätts därvid att kollektivavtalen uppfyller direktivens krav. Sådan lagstiftning har t ex använts vid genomförande av arbetstids- och visstidsdirektivet. Vid genomförandet av deltidssdirektivet användes istället en annan teknik. Man valde då att anta en särskild lag genom vilka de viktiga kollektivavtalen gavs *erga omnes* effekt.⁴² Genom det sätt på vilket EU:s arbetsrättsliga direktiv har genomförts i Danmark har arbetsmarknadens parter, till skillnad mot i Sverige, kunnat utöva ett starkt gemensamt inflytande över hur den arbetsrättsliga lagregleringen skall utformas.

Man kan ställa frågan vilka skäl det finns för arbetsmarknadens parter att genomföra direktiv genom kollektivavtal, eventuellt kompletterade med lagstiftning. Det viktigaste skälet är att parterna därigenom kan få kontroll över hur reglerna utformas och används. Här kan en skillnad mellan Danmark och Sverige framhållas. Genom att ta in bestämmelser i kollektivavtal kommer tvister om reglernas tillämpning i Danmark att lösas genom ”*det fagretlige system*”, dvs genom förhandlingar och ytterst genom *faglig voldgift* (skiljenämnd) eller vid Arbejdsretten. Tvister om tolkning av lag handläggs däremot vid de allmänna domstolarna, utan krav på föregående förhandlingar. I Sverige förhåller det sig inte på detta vis. Här handläggs tvister genom Sveriges motsvarighet till ”*det fagretlige system*” (dvs kollektiva tvisteförhandlingar och talan vid Arbetsdomstolen) så fort en rättstvist uppkommer mellan arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av samma kollektivavtal, oavsett om tvisten rör kollektivavtal, individuella avtal eller lag. Mot bakgrund härav är incitamentet att sluta avtal större för parterna i Danmark än i Sverige.

Emellanåt möter man tanken att ”det är väl ingen idé att träffa kollektivavtal med samma innehåll som direktivet”. Från arbetsgivarhåll kan man lägga till att eftersom direktiven är minimidirektiv kan anpassning av dessa enbart gynna arbetstagersidan. Dessa argument är, enligt vår mening, delvis felaktiga. De arbetsrättsliga direktiven är visserligen tvingande, men reglerna har oftast fått en påtagligt abstrakt utformning. Således tillåts t ex enligt deltidssdirektivet att deltidsanställda missgynnas i fråga om anställningsvillkor om det finns objektiva skäl för detta (klausul 4). Vad som avses med objektiva skäl belyses inte i direktivet. Det är uppenbart att om arbetsmarknadens parter i kollektivavtal ger uttryck för en gemensam syn på vad som utgör objektiva skäl för särbehandling,

⁴² Se t ex Nielsen, R (2002) *Europeanization of Nordic Labour Law*, Scandinavian Studies in Law vol. 43 s 51 ff.

så kommer detta att tillmätas betydelse av domstolar som har att pröva frågan. Från rent nationell rätt känner vi många exempel på att domstolarna tar hänsyn till kollektivavtalspraxis vid konkretisering av tvingande men abstrakt utformade rättsregler (t ex i fråga om arbetstagarbegreppet och vilka kontrollåtgärder mot anställda som tillåts enligt god sed). Genom det inflytande som parterna kan ha vid konkretisering av tvingande men abstrakta regler blir gränsen mellan vad som är tvingande och vad som är dispositivt mindre tydlig än vad vi är vana att föreställa oss.

Kollektivavtal som spärr mot låglönekonkurrens. Stridsåtgärder

Ett grundläggande arbetsrättsligt problem är att arbetsrättsliga skyddsregler orsakar kostnader för företagen. Företag som tillämpar lägre skyddsnivåer kan därigenom skaffa sig konkurrensfördelar. Vidare antas att förekomsten av företag som tillämpar låga löne- eller skyddsnivåer gör det svårt för andra företag att bibehålla eller höja skyddsnivån för sina arbetstagare. Mot bakgrund av detta är det en central fråga hur arbetsrättslig skyddsreglering skall göras tillämplig på ett sådant sätt att vissa arbetsgivare (företag) inte tillåts skaffa sig konkurrensfördelar genom att tillämpa lägre skyddsnivåer.

Det är en utbredd uppfattning i Europa att en lägsta löne- och skyddsnivå skall upprätthållas av alla arbetsgivare i en bransch, oavsett om dessa har slutit kollektivavtal eller inte. Metoderna för att uppnå detta resultat varierar dock. Vanligen sker detta genom att kollektivavtal görs tillämpliga på alla arbetstagare i en bransch. I de skandinaviska länderna upprätthålls denna funktion genom att fackföreningarna, under hot om stridsåtgärder, träffar hängavtal med arbetsgivare som inte tillhör någon arbetsgivarorganisation. Att fackföreningarna skall ha denna uppgift har stark förankring i den svenska lagstiftningen. Mot denna bakgrund anses det vara ett legitimt fackligt intresse att säkerställa att kollektivavtal omfattar alla företag i branschen. Samtidigt finns en gräns för när strävanden att motverka social dumpning går längre än syftet att åstadkomma konkurrensneutralitet mellan företag och slår över i ren protektionism. Det är dock oklart exakt var denna gräns går.

I det svenska systemet med fackföreningar som har till uppgift att vaka över löne- och skyddsnivåer på arbetsmarknaden är en vidsträckt rätt att vidta stridsåtgärder mot arbetsgivare som står utanför kollektivavtalssystemet av central betydelse.

När det gäller omfattningen av rätten att vidta stridsåtgärder i icke-kollektivavtalsreglerade förhållanden kan man under det senaste decenniet iaktta en viss förskjutning i den rollfördelning som traditionellt upprätthållits mellan lagstiftare, domstolar och arbetsmarknadens parter.

Rätten att vidta fackliga stridsåtgärder garanteras i 2 kap 17 § regeringsformen. Enligt bestämmelsen får rätten att vidta stridsåtgärder begränsas genom

lag eller avtal. Den främsta lagstadgade begränsningen återfinns i 41 och 42 § MBL, vilka behandlar den fredsplikt som följer av kollektivavtal. Beträffande stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbundna arbetsgivare finns endast några få bestämmelser. En sådan regel är förbudet mot stridsåtgärder mot enmans- och familjeföretag (41 b § MBL). Trots återkommande diskussioner har lagstiftaren i övrigt avstått från att närmare ange gränserna för vilka stridsåtgärder som är tillåtna.⁴³ Någon motsvarighet till de regler som finns i andra länder om att stridsåtgärder skall ha rimligt fackligt syfte eller att åtgärden skall stå i rimlig proportion till syftet har inte införts.⁴⁴ Istället har lagstiftarens utgångspunkt – alltsedan mitten av 1930-talet varit att det i första hand är en uppgift för arbetsmarknadens parter att ta sitt ansvar för att rätten att vidta stridsåtgärder inte missbrukas. Ytterst har dock statsmakterna ansett sig berättigade att tillgripa lagstiftning för att avbryta pågående stridsåtgärder. Denna möjlighet har dock utnyttjats mycket sparsamt.⁴⁵

Även den svenska Arbetsdomstolen har – med något undantag⁴⁶ – varit påtagligt försiktig med att utveckla principer som begränsar möjligheterna för arbetsmarknadens parter att tillgripa stridsåtgärder i icke-kollektivavtalsreglerade förhållanden.⁴⁷ Denna linje är väl förenlig såväl med regeringsformens stadgande att rätten att tillgripa stridsåtgärder får begränsas endast med stöd av lag eller kollektivavtal, som med den uppgiftsfördelning mellan lagstiftaren och arbetsmarknadens parter som lagstiftaren givit uttryck för. Kontrasten är slående till den fredspliktsvänliga linje domstolen traditionellt upprätthållit när kollektivavtal gällt mellan parterna.⁴⁸

I Finland har högsta domstolen i rättspraxis försiktigt introducerat en sk allmän fredsplikt, som innebär att stridsåtgärder som har ett otillåtet syfte eller vidtas på ett sätt som uppsåtligt syftar till att förorsaka skada på person eller egendom kan vara förbjuden också under så kallad avtalslös period. Påföljden kan i dessa fall vara skadestånd. I övrigt är det framförallt stridsåtgärder som riktas mot gällande avtal som är förbjudna under pågående avtalsperiod.

Att uttrycka saken så att stridsåtgärder vilka inte är förbjudna även är accepterade vore oriktigt. En rimligare historiebeteckning är att lagstiftaren har avstått från att ingripa så länge arbetsmarknadens parter inte missbrukar det förtroende

⁴³ Se t ex prop 1999/2000:32 och 1999/2000:AU5. För en översikt av äldre diskussionen, se SOU 1988:49, s 151 ff.

⁴⁴ Se t ex Nyström, B (1997) i *Arbetsmarknad & Arbetsliv* 1997 nr 3, s 17 ff.

⁴⁵ Se t ex Sigeman, T (1997) i Schmidt, *Facklig arbetsrätt* s 246 f.

⁴⁶ Se framförallt AD 1989 nr 120 .

⁴⁷ Se t ex AD 1986 nr 113, AD 1989 nr 143 och 1993 nr 15. Se även AD 1980 nr 94 där domstolen godtog att arbetsgivare som stridsåtgärd innehöll förfallen lön. Domen föranledde riksdagen att förbjuda sådana stridsåtgärder (41 a § MBL). Departementschefen betonade att detta inte skulle ses som något avsteg från principen att utformningen av stridsåtgärder är parternas sak (prop 1983/84:165, s 14 ff.).

⁴⁸ Se t ex AD 1980 nr 15. Se vidare t ex Göransson, H (1988) *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument* s 392 ff.

dessa har givits. Det är således fråga om en självreglering av den typ som förekommer även inom andra sektorer av samhället. Det måste också framhållas att arbetsmarknadens parter i sin praktiska gärning väsentligen levt upp till detta förtroende.⁴⁹ Det förekommer flera arrangemang vilka syftar till att undvika missbruk av rätten att tillgripa stridsåtgärder. Här är tillräckligt att peka på huvudavtalet mellan SAF och LO som begränsar vissa typer av stridsåtgärder och att rätten att besluta om stridsåtgärder enligt fackförbundens stadgar normalt är förbehållen förbundens centrala ledning.⁵⁰ Också i Finland finns avtalsreglering om spelreglerna i konfliktsituationer.

Arbetsmarknadens parter har alltså både i Sverige och i Finland de facto åtnjutit ett slags immunitet mot rättslig kontroll över användningen av stridsåtgärder.

Denna immunitet har genom europeiseringen av svensk arbetsrätt i viss mån genombrutits på två sätt.

Av artikel 11 Europakonventionen följer vissa, om än snäva, begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder mot oorganiserade arbetsgivare. Artikel 11 skyddar inte bara den positiva föreningsrätten, utan även i någon mån den negativa föreningsrätten. Till exempel torde en stridsåtgärd som direkt syftar till att tvinga in en arbetsgivare i en arbetsgivarorganisation strida mot konventionen och därmed mot svensk lag.⁵¹ Frågan kan bli föremål för domstolsprövning.

Vidare är det en omdiskuterad fråga om 42 § tredje stycket MBL och övriga bestämmelser i den sk lex Britannia kan tänkas stå i strid med reglerna om fri rörlighet för framförallt tjänster i EG-fördraget. Regleringen innebär i korthet följande. Av AD 1989 nr 120 följer att fackliga stridsåtgärder i syfte att *undantränga eller ändra ett redan existerande kollektivavtal* på en arbetsplats är otillåtna, och detta även om angriparen inte är kollektivavtalsbunden (Britannia-principen). Genom en ändring i 42 § MBL har lagstiftaren klargjort att denna princip inte är tillämplig när en fackförening vidtar stridsåtgärder med anledning av arbetsförhållanden på vilka MBL inte är direkt tillämpliga, t ex i det fall då ett utländskt företag skickar personer till Sverige för att tillfälligt utföra arbete här i landet. I dessa fall får fackföreningen utan hinder av Britannia-principen vidta stridsåtgärder för att undantränga det kollektivavtal som redan gäller hos arbetsgivaren.

I det intermistiska beslutet i målet mellan det lettiska byggföretaget Laval un Partneri Ltd mot Byggnadsarbetareförbundet och Elektrikerförbundet (AD 2004 nr 111) ger AD uttryck för tanken att lex Britannia normalt inte strider mot reglerna om fri rörlighet för tjänster, men att frågan måste bedömas mot bak-

⁴⁹ Se t ex Thörnqvist, C (2000) ”Strejker på 2000-talet – ett historiskt och internationellt perspektiv” i Tegle, S *Har den svenska modellen överlevt krisen?* s 32 ff

⁵⁰ Se vidare t ex SOU 1984:19, s 9 ff.

⁵¹ Europadomstolens avgöranden 1996-04-25 och 1998-07-30 i mål mellan Torgny Gustafsson och Sverige samt AD 1998 nr 17.

grund av bl a de avtalskrav som den angripande parten ställer. Om dessa är alltför långtgående för att rymmas inom syftet att motverka social dumpning kan en utländsk företagare få till stånd en domstolsprövning av saken.

På detta sätt har den immunitet mot rättslig kontroll som arbetsmarknadens parter tidigare åtnjutit i viss mån genombrutits. Den rättsliga kontrollen kommer dock inte i sista hand att utövas av vare sig den svenska riksdagen eller den svenska Arbetsdomstolen, utan istället av EG-domstolen i Luxemburg och Europadomstolen i Strasbourg. Det måste dock i detta sammanhang understrykas att hittillsvarande rättspraxis från dessa domstolar inte motsäger att det är en legitim uppgift för fackföreningar att motverka social dumpning genom att vaka över villkoren på arbetsmarknaden i dess helhet och inte bara direkt tillvarata sina medlemmars intressen genom att påverka anställningsvillkoren för dessa. Domstolarnas övervakning tycks begränsa sig till att kontrollera att fackföreningarna inte missbrukar den befogenhet som de i detta avseende traditionellt har haft.

I Finland har frågan om stridsrättens förhållande till europeiseringen främst ställts på sin spets i form av en diskussion om huruvida skadeståndsansvar kan uppstå för facket då en stridsåtgärd riktar sig mot EG-rättens regler om fri rörlighet för arbetstagare, fri etableringsrätt och fri rörlighet av tjänster. Inom sjöfarten har frågan varit uppe till prövning i rättspraxis. Till dags dato har arbetsgivar sidan inte haft framgång med dylika käromål.

5. Domstolarna och EU-arbetsrätten⁵²

5.1 Tolkning och tillämpning av genomförda direktiv. EU-konform tolkning

Domstolarna i Sverige och Finland har i första hand kommit i kontakt med EU:s arbetsrätt vid tolkning och tillämpning av nationell lagstiftning som genomför arbetsrättsliga direktiv. När domstolarna tillämpar nationell rätt är dessa skyldiga att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet (sk EU-konform tolkning).

I Sverige är det i första hand Arbetsdomstolen som haft att tolka och tillämpa EU:s arbetsrätt. Arbetsdomstolen har i ca 20 mål prövat frågor som berör företagsöverlåtelsedirektivet. Vidare har domstolen i ca 15 mål haft att behandla lika löns- och likabehandlingsdirektiven. Även vid sidan om mål om företagsöverlåtelse och jämställdhet har domstolen i viss utsträckning kommit att tolka eller åtminstone beröra andra direktiv, t ex mödraskyddsdirektivet⁵³ och föräldraledighetsdirektivet. Arbetsdomstolen har i dessa mål i hög grad beaktat bakomliggande direktiv såsom dessa tolkas i EG-domstolen praxis. Det rättskälle-

⁵² Följande avsnitt utgör en sammanfattning av vår uppsats ”Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar” (under utgivning).

⁵³ Direktiv 92/85/EEG, se AD 1999 nr 51.

material som domstolen arbetar med har härigenom fått en ny och mer internationell prägel. Domarna innehåller ofta fylliga redovisningar och analyser av EG-domstolens praxis. Det tycks som domstolen i mål med EU-rättslig anknytning har en större benägenhet att hänvisa till den rättsvetenskapliga litteraturen än i andra typer av tvister (t ex hänvisar domstolen till Birgitta Nyströms EU och arbetsrätten i bl a AD 1999 nr 103) . Det är heller inte ovanligt att domstolen refererar till nordisk och engelskspråkig litteratur, t ex Ruth Nielsens framställningar om EU-arbetsrätt (t ex AD 1997 nr 96 och AD 1999 nr 103). Längst i detta avseende går domstolen i AD 2002 nr 45.

Den finska Arbetsdomstolen har en mer begränsad kompetens än sin svenska motsvarighet.⁵⁴ Den finska Arbetsdomstolen har inte behörighet att tillämpa vare sig arbetsavtalslagen (2001:55) eller jämställdhetslagen (1986:609). Däremot kan allmänna domstolar i mål när de skall tillämpa allmängiltiga kollektivavtal med stöd av arbetsavtalslagens regler begära ett tolkningsbesked från finska AD om hur kollektivavtalet skall tolkas. Finska AD:s behörighet gäller alltså frågor som rör kollektivavtal på den privata och de offentliga sektorn. Det förhållandet att kollektivavtalen också reglerar typiska ”arbetsavtalsfrågor” gör dock att finska AD i praktiken kan komma att behandla många frågor som kanske inte primärt kan betecknas som typiska kollektivavtalsfrågor. Den EU-rättsliga dimensionen i finska AD:s praxis aktualiseras framförallt i form av frågor om huruvida kollektivavtalsregleringen uppfyller de krav som EU-regleringen ställer. Uppfyller kollektivavtalens löne- och andra bestämmelser kraven på att vara icke diskriminerande? Uppfyller de förfaranden som tillämpas vid överlåtelse av rörelse EU-rättens krav etc? Första steget i en sådan prövning är naturligtvis att slå fast vad en riktig tolkning av EU-rätten innebär och huruvida man genom EU-konform tolkning kan uppnå överensstämmelse mellan EU-direktiv och bestämmelser i enskilda kollektivavtal.

Den finska Högsta domstolen har i mål om verksamhetsövergång systematiskt använt sig av och hänvisat till EG-domstolens rättspraxis. Vid en granskning av HD:s praxis finns det skäl att understryka att eftersom domstolen är tredje instans rörde de mål som behandlades i domstolen under senare hälften av 1990-talet ofta händelser som inträffat innan företagsöverlåtelsedirektivet hade genomförts i finsk rätt.⁵⁵ I mål som rör tiden efter den 1 januari 1994 hänvisar domstolen dock systematiskt till direktivet och dess tolkningsverkan på finsk rätt.⁵⁶ Så gör även lägre rättsinstanser. EU-rätten används dock sällan som tolkningsunderlag eller stöd vid en diskussion om allmänna frågor. När finska HD 2004:103 gav ett principiellt prejudikat om likabehandlingsprincipens tillämpning enligt finska arbetsavtalslagen valde man att överhuvudtaget inte hänvisa till EU-rätten, trots

⁵⁴ Se Sigeman, T (2004) i *Svensk Juristtidning* 2004, s 564.

⁵⁵ Se finska HD 1996:142, HD1997:30 och HD 1997:105.

⁵⁶ Se finska HD 1999:48 a, HD 1999:69, HD 1999:70, HD 1999:71 HD 2000:7, HD 2001:12, HD 2001:44, HD 2001:48, HD 2001:49, HD 2001:72 och HD 2002:54.

att diskrimineringsförbuden i ett flertal direktiv grundar sig på en likabehandlingsprincip.⁵⁷

5.2 Förhandsavgörande

Inledning

Enligt artikel 234 EG är EG-domstolen behörig att meddela förhandsavgöranden bl a om tolkningen av fördraget och sekundär EG-rätt (t ex direktiv). När en fråga om tolkning av fördraget eller sekundär rätt uppkommer vid en nationell domstol och denna anser att beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken får den nationella domstolen begära att EG-domstolen meddelar förhandsavgörande. Om frågan uppkommer i domstolar som är slutinstanser skall dessa begära förhandsavgöranden. Medan de lägre instanserna kan välja att begära förhandsavgörande, är det alltså obligatoriskt för slutinstanser att inhämta sådant besked.⁵⁸ Generellt har man både i Finland och Sverige varit förhållandevis restriktiv med att inhämta dylika besked.⁵⁹

Svenska erfarenheter

Det har i litteraturen ofta framhållits att den svenska Arbetsdomstolen varit restriktiv med att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.⁶⁰ Domstolen har vid flera tillfällen avslagit begäran från ena parten att förhandsavgörande skall inhämtas (t ex AD 1995 nr 134) och har endast vid ett tillfälle begärt förhandsavgörande från EG-domstolen (AD 1998 nr 66). Därutöver har Högsta domstolen, Stockholms tingsrätt och Överklagandenämnden för högskolan begärt förhandsavgörande om EU:s arbetsrätt i var sitt fall.⁶¹ Man kan ställa frågan hur Arbetsdomstolen går tillväga när den bedömer om förhandsavgörande skall inhämtas eller ej.

Av EG-domstolens praxis följer att slutinstanser kan underlåta att inhämta förhandsavgörande när *tolkningen av EU-rätten inte är nödvändig för att avgöra*

⁵⁷ Se Nielsen, R (1992) *Arbejdsgiverens ledelseret i EF-retlig belysning. Studier i EF-rettens integration i dansk arbejdsret*.

⁵⁸ Se om skyldigheten att begära förhandsavgörande t ex mål 283/81, CILFIT [1982] ECR 3415 och mål C-99/00 Lyckeskog REG 2002 s 4839.

⁵⁹ Sankari, S (2003) tecknar i artikeln ”EU law in Finland and Sweden: A survey of the preliminary references, national jurisprudence and legal integration”, *Europarättslig tidskrift* 2003 s 508–534 en god bild av hur praxis i Finland och Sverige sett ut åren 1995–2001. Se även Bernitz, U (2005) ”Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden”, *Europarättslig tidskrift* 2005 s 109 ff.

⁶⁰ Se t ex Bernitz, U & Kjellgren, A (1999) *Europarättens grunder* s 152; Eliasson, D m fl (1998) i *Svensk Juristtidning* 1998 s 219 f, samt Karlsson, K & Hägglund, F (1999) i *Europarättslig tidskrift* 1999 s 457 f.

⁶¹ Mål C-441/99 Gharehvaran REG 2001 s I-7687; mål C-321/97 Wåkerås-Andersson REG 1999 s I-3551 respektive mål C-407/98 Abrahamsson REG 2000 s I-5539. Se även Efta-domstolens dom E/95 Samuelsson, dom 1995-06-10, där Varbergs tingsrätt begärde ”förhandsavgörande” från Efta-domstolen.

målet. I AD 1997 nr 69 anger domstolen att man i allmänhet bör undvika att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen i en fråga som inte under alla förhållanden är av avgörande betydelse för den slutliga utgången i målet. Domstolen tycks därför söka efter möjligheter att avgöra tvister med stöd av andra regler än ”oklara EU-rättsliga regler”. Det kan här påpekas att den fråga som AD begärde förhandsavgörande om i AD 1998 nr 66 visade sig inte vara avgörande för utgången i målet när detta slutligen avgjordes. Målet rörde lönediskriminering och arbetsgivarsidan invände bl a att de barnmorskor som ansåg sig diskriminerade inte hade lägre lön än den manliga klinikingenjören (eftersom man skulle ta hänsyn bl a till att de hade kortare arbetstid). I sitt förhandsavgörande underkände EG-domstolen arbetsgivarsidans invändning och arbetsgivaren frånföll därför denna. När målet slutligen avgjordes ogillades JämO:s talan på annan grund (med hänvisning till ålderskillnaderna mellan klinikingenjören och de båda barnmorskorna, arbetsmarknadssituationen och till att landstinget visat att löneskillnaderna inte hade samband med arbetstagarnas könstillhörighet). I efterhand kan man alltså konstatera att den fråga som AD ställde till EG-domstolen inte var nödvändig för att avgöra tvisten. Fallet illustrerar hur svårt det kan vara att på förhand bedöma vilka frågor som slutligen kommer att vara avgörande för ett måls utgång.

Ett annat fall när det är möjligt att undvika tillämpning av oklara EU-rättsliga regler är då nationell rätt har ett vidare tillämpningsområde än EU-rätten. I sådana fall kan målet avgöras på grundval av nationell rätt, utan att det är nödvändigt för domstolen att tolka EU-rätten (AD 2001 nr 76).

En annan typ av mål där det är möjligt för nationella domstolar att underlåta att inhämta förhandsavgöranden är när den aktuella frågan är sådan att den skall avgöras av den nationella domstolen. Det inte är ovanligt att det av EG-domstolens praxis följer att vissa frågor som rör tolkningen av EU-rätt skall avgöras av de nationella domstolarna trots att det är fråga om rättsfrågor snarare än sakfrågor. Således följer av EG-domstolens praxis, och numera även av företagsöverlåtelsedirektivet, att arbetstagarbegreppet vid tillämpning av direktivet skall tolkas så att det omfattar de personer som är skyddade som arbetstagare enligt nationell rätt.⁶² Frågan om vilka som omfattas av direktivet skall därför bedömas av de nationella domstolarna med ledning av nationell rätt. På liknande sätt har domstolen i tidigare praxis betonat att det ankommer på den nationella domstolen att med beaktande av de sk Spijkers-kriterierna göra den helhetsbedömning av om omständigheterna i målet är sådana att en övergång av verksamhet är för handen.⁶³ Av EG-domstolens praxis följer även att det vid prövningen av om

⁶² Se t ex mål 105/84 Danmols [1985] ECR 2639.

⁶³ Se t ex mål 24/85 Spijkers [1986] ECR 1119; mål 101/87 Bork [1988] ECR 3057; mål 209/91 Rask [1992] ECR s I-5755. I senare praxis förekommer att domstolen uttryckligen uttalat att en viss transaktion utgjort en övergång i direktivets mening, se t ex mål C-172/99 Liikenne REG 2001 s I-745.

indirekt diskriminering förekommit är en uppgift för de nationella domstolarna att pröva om de åberopade grunderna är godtagbara, liksom om de givna förklaringarna till arbetsgivarens lönepraxis motsvarar verkliga behov hos arbetsgivaren samt om de är adekvata och nödvändiga för att uppnå det eftersträlvade resultatet. Exempler visar att EG-domstolen i viss mån upprätthåller en sorts subsidiaritetsprincip i den meningen att tolkning av vissa rättsbegrepp skall göras av de nationella domstolarna. Till den del rättsfrågan vid tvister hänförs till sådana rättsbegrepp behöver inte de nationella slutinstanserna begära förhandsavgöranden. Argumentet har framförts av den svenska Arbetsdomstolen i AD 1995 nr 134, AD 2001 nr 13 och AD 2002 nr 15.

Vidare följer av EG-domstolens praxis att en nationell högsta instans normalt inte är skyldig att begära förhandsavgörande innan interimistiskt beslut meddelas.⁶⁴ Någon skyldighet för den svenska Arbetsdomstolen att inför det interimistiska beslutet i AD 2004 nr 111 inhämta förhandsavgörande förelåg därför inte. Istället hade domstolen att vid beslutet självständigt tillämpa EU-rätten.

Slutligen kan den nationella domstolen enligt de sk CILFIT-kriterierna,⁶⁵ underlåta att begära förhandsavgörande om (1) den aktuella gemenskapsrättsliga bestämmelsen redan har blivit föremål för en tolkning av EG-domstolen (*acte éclairé*) eller om (2) den korrekta tolkningen av gemenskapsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel (*acte clair*). Beträffande den senare frågan följer av EG-domstolens praxis att de nationella domstolarna skall beakta gemenskapsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning innebär (bl a att gemenskapsrättens bestämmelser är avfattade på flera språk och att de olika språkversionerna är lika giltiga) samt risken för skiljaktigheter i rättspraxis inom gemenskapen. För att underlåta att begära förhandsavgörande måste den nationella slutinstansen vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EG-domstolen. Endast om så är fallet får den avgöra saken på eget ansvar.

Det krav som följer av EG-domstolens praxis på när de högsta instanserna skall begära förhandsavgörande framstår inte som realistiskt.⁶⁶ Om alla de högsta domstolarna skulle begära förhandsavgöranden i den utsträckning som följer av en strikt tolkning av CILFIT-kriterierna, skulle detta utan tvivel leda till en sådan

⁶⁴ Mål 35-36/82 *Morson* [1982] ECR 3723 och mål 107/76 *Hoffmann-La Roche* 1977 ECR 957. Se även NJA 1995 s 635.

⁶⁵ Se CILFIT och *Lanificio di Gavardo* mål 238/81. EG-domstolen har inte efter år 1982 ändrat CILFIT-kriterierna. Domstolen har ytterst sällan ens haft anledning att på nytt ta ställning till dem. Se dock *Gomes Valente* mål C-393/98, där domstolen konstaterade att det faktum att kommissionen avstått från att väcka talan mot en medlemsstat för bristande implementering, inte befriar en nationell domstol från att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Se även *Kanninen*, H (2002) CILFIT 20 vuotta myöhemmin – näkökohtia ennakkoratkaisupyynnön pakollisuudesta. I *Yritys Eurooppalaisessa oikeusyhteisössä*, s 27–47.

⁶⁶ Se t ex *Bebr*, G (1988) 'The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under 177 EEC', 25 *Common Market Law Review* 1988 s 559.

ökning av antalet mål i EG-domstolen att denna inte inom acceptabel tid skulle kunna meddela förhandsavgöranden. Till detta kommer att regleringen av institutet förhandsavgörande inte beaktar parternas intresse av att inom rimlig tid få tvisten avgjord, utan främst syftar till att säkerställa en enhetlig rättstillämpning. Den genomsnittliga handläggningstiden i EG-domstolen för mål om förhandsavgörande var år 2003 drygt två år.⁶⁷ En process vid EG-domstolen förorsakar härigenom betydande tidsutdräkt och kostnader för parterna. Såsom regeln beskrivs i EG-domstolens praxis finns det dock inget utrymme för att beakta domstolsprocessens tvistelösningsfunktion, vilken i andra sammanhang anses vara central.

Mot denna bakgrund är det inte förvånande att slutinstanserna inte begär förhandsavgöranden i den utsträckning som man kunde förvänta sig. Tvärtom indikerar tillgänglig statistik att dessa undviker att begära förhandsavgörande där detta är möjligt. Under åren 1995–2003 har de svenska och finska högsta domstolarna begärt förhandsavgörande i fyra respektive fem fall. Motsvarande siffra för den svenska Regeringsrätten och den finska Högsta förvaltningsdomstolen är tretton respektive tio fall. Under år 2003 begärdes från EU:s samtliga domstolar endast i tolv fall förhandsavgörande i mål som rörde socialpolitik.⁶⁸ Under samma år tillämpade den svenska Arbetsdomstolen EU-rättsliga direktiv i sex mål. Denna statistik antyder att den strikta syn på när slutinstanser skall begära förhandsavgörande som framgår av EG-domstolens praxis inte upprätthålls i praktiken. Man kan utgå från att slutinstanserna inte på långa vägar begär förhandsavgörande i den utsträckning som de skulle göra om de kriterier som EG-domstolen uppställer verkligen efterlevdes. Detta torde inte vara något som är särpräglat för vare sig domstolarna på det arbetsrättsliga området eller för domstolarna i Norden.⁶⁹

Den svenska Arbetsdomstolen har endast i två mål funnit att CILFIT-kriterierna inte varit uppfyllda. I det ena fallet begärde domstolen förhandsavgörande (AD 1998 nr 66). I det andra ansåg domstolen att det inte var nödvändigt att inhämta förhandsavgörande eftersom målet kunde avgöras på annan grund (AD 1997 nr 69, se ovan). Det tycks klart att den svenska Arbetsdomstolen – på samma sätt som andra nationella slutinstanser – har en vidare tillämpning av CILFIT-kriterierna än den som EG-domstolen förordar (t ex AD 2001 nr 61).

⁶⁷ EG-domstolens verksamhetsstatistik 2003 se <http://europa.eu.int/cj/sv/instit/presentationfr/rapport/stat/st03cr.pdf> (2004-12-01)

⁶⁸ EG-domstolen verksamhetsstatistik 2003 se <http://europa.eu.int/cj/sv/instit/presentationfr/rapport/stat/st03cr.pdf> (2004-12-01)

⁶⁹ Se t ex Tridimas, T (2003) 'Knocking on heaven's door: Fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure', *Common Market Law Review* 2003 (vol 40) s 17; Due in O'Keffe & Bavasso (red) (2000) *Judicial Review in the European Union Law. Liber Amicus in Honour of Lord Slynn*, s 363–375. Se även Bernitz, U & Kjellgren A. (1999) *Europarättens grunder* s 152; Nielsen, R (2002) *EU ret* (3 uppl) s 89 och Shaw, J (2000) *Law of the European Union* (3 uppl) s 410 f.

Man kan kanske formulera saken så att den svenska Arbetsdomstolen är benägen att begära förhandsavgörande först om den efter en inträngande analys av EU-rätten inte anser sig kunna göra en prognos med hög grad av sannolikhet om hur EG-domstolen skulle ha avgjort målet.⁷⁰

Som framgått ovan finns det enligt vår mening goda skäl för de nationella domstolarna att iaktta viss försiktighet med att begära förhandsavgörande från EG-domstolen, och att det är rimligt att de nationella domstolarna i viss utsträckning självständigt tolkar EU-rätten. Även med denna utgångspunkt måste man dock ställa frågan om det är lämpligt att underlåta att inhämta förhandsavgöranden i fall där domstolen är oenig om tolkningen av en viss EU-rättslig bestämmelse och detta inte sammanhänger med bevisvärderingen. I AD 1997 nr 81, AD 1998 nr 124 och AD 2002 nr 15 var domstolen inte bara oenig i frågan om huruvida förhandsavgörande skulle inhämtas, utan även om hur bestämmelsen skulle tolkas. I en sådan situation öppnar sig domstolen för kritik. Om minoriteten har visst fog för sin tolkning av EG-rätten är bestämmelsen närmast per definition är inte uppenbar (enligt CILFIT-kriterierna). I fall där tolkningen inte är uppenbar för alla ledamöter i den egna domstolen kan den knappast vara uppenbar för domstolarna i alla medlemsstater (jfr EG-domstolen definition ovan). Om, å andra sidan, majoriteten har rätt i sin uppfattning att tolkningen av bestämmelsen är uppenbar (enligt CILFIT-kriterierna) måste minoriteten ha förordat en rättstillämpning som strider mot lag.

Finska erfarenheter

De finska erfarenheterna av förhandsavgöranden inom arbetsrätten skiljer sig inte mycket från de svenska. I Finland har AD aldrig hittills begärt ett förhandsavgörande, HD torde på arbetsrättens område ha begärt två avgöranden, underrätt ett och Försäkringsdomstolen (högsta instans för socialförsäkringsärenden) ett.⁷¹

Finska HD begärde förhandsavgörande i målet Liikenne.⁷² Det tog två år att få avgörandet, de händelser som målet behandlade inträffade 1995 och slutlig dom föll år 2001. Det säger sig självt att tidshorisonten inte är särskilt ändamålsenlig för typiska arbetsrättsliga konflikter.

För finsk praxis del är man också påfallande obenägen att argumentera kring frågan om att begära förhandsavgörande. Frågan diskuteras ofta inte alls om inte

⁷⁰ Bull, T (2001) i *Svensk Juristtidning* 2001 s 94. Jfr även rekommendationen från Vängby, S (1999) JT 1998–99 s 366.

⁷¹ Av dessa gällde försäkringsdomstolens begäran frågan om pensionsåldrar och om tillämpligheten av fördraget artikel 141 på vissa statliga pensioner (se EG-domstolens mål C-351/00 Niemi REG 2002 s I-7007). Två av ärendena (från HD och Tammerfors tingsrätt) är fortfarande anhängiga i EG-domstolen och gäller arbetarskyddsregleringens förhållande till marknads kontroll (se C-470/03 och C-40/04). HD:s begäran i mål C-172/99 Liikenne REG 2001 s I-745 behandlas nedan.

⁷² HD 1999:48 a var avgörandet att begära utlåtandet, den slutliga domen är HD 2001:44.

argumentet rests. Då en part krävt förhandsavgörande kan man ofta endast hänvisa till att frågan inte rör en sådan situation som avses i artikel 234 EG:

”Ärendet gäller inte sådan tolkning av gemenskapsrätt som avses i 234 artikeln i fördraget om grundandet av Europeiska gemenskapen. Avgörandet av ärendet förutsätter således inte någon begäran om förhandsavgörande av Europeiska gemenskapernas domstol.”⁷³

Det förblir dock oklart vad som avses härmed: Är det primärt en fråga om tolkning av nationell rätt, en fråga som skall avgöras nationellt eller är den inte oklar enligt EU-rätten?

Remedier mot underlåtenhet att inhämta förhandsavgörande

Som framgått ovan har såväl de svenska som finska domstolarna varit restriktiva med att inhämta förhandsavgöranden. Mot denna bakgrund kan det finnas skäl att något beröra vilka remedier som finns mot nationella domstolars beslut i frågor om att begära förhandsavgörande.

Möjligheterna för parter att angripa beslut som rör förhandsbesked med stöd av nationella regler är ytterst begränsade.

Svenska tingsrätters beslut under rättegång att inte inhämta förhandsavgörande kan inte överklagas särskilt, utan kan enbart överklagas i samband med överklagande av domen. Om tingsrätten beslutar att inhämta förhandsavgörande kan detta överklagas särskilt då beslutet kan medföra att målet försenas i onödan (49 kap 7 § rättegångsbalken, se AD 2001 nr 67). Motsvarande situation kan knappast aktualiseras i Finland vad gäller finska AD. I Finland är AD ingen besvärinstans. Den finska rättegångsbalken saknar ett stadgande motsvarande den svenska 49 kap 7 §.

Något ordinärt rättsmedel för att angripa de svenska och finska arbetsdomstolarnas beslut att inhämta eller inte inhämta förhandsavgörande föreligger inte. Ett alternativ för part som är missnöjd med utebliven begäran om förhandsavgörande är att i HD begära att AD:s dom undanröjs på grund av domvilla. Enligt 59 kap 1 § i den svenska rättegångsbalken skall en dom efter klagan undanröjas på grund av domvilla om det i rättegången förekommit grovt rättegångsfel som kan antas ha inverkat på målets utgång (motsvarande bestämmelse i 31 kap 1 § i den finska rättegångsbalken). Det torde i allmänhet vara lättare för en part att vinna framgång med ett påstående om att det var uppenbart fel att inte begära förhandsavgörande, än att vid en ansökan om resning visa att den rättstillämpning som låg till grund för domen uppenbart stred mot lag (jfr NJA 2003 C 36).⁷⁴

⁷³ Se text HFD 4.11.2004 Dnr 233/1/03.

⁷⁴ Se även Andersson, T (1997) *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler* s 385 ff.

I någon mån kan nationella domstolars underlåtenhet att begära förhandsbesked angripas med stöd av EU-rättsliga regler. Rent principiellt föreligger inga hinder mot att Europeiska kommissionen väcker *fördragsbrottstalan* enligt artikel 226 EG för att en domstol i enskilda fall tolkat CILFIT-kriterierna felaktigt. Något exempel på att kommissionen väckt en sådan talan torde inte finnas. I praktiken ligger en dylik situation dock nära felimplementering av direktiv eller bristande uppfyllande av EU-rätt.

Parter i tvister som anser att nationella slutinstanser felaktigt underlåtit att inhämta förhandsavgörande kan inte väcka fördragsbrottstalan mot staten. Där emot kan dessa i princip väcka *skadeståndstalan mot staten* för att staten vållat dem skada genom överträdelse av gemenskapsrätten. Av Köbler-domen framgår att principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar för överträdelser av gemenskapsrätten är tillämplig även när överträdelsen i fråga beror på ett avgörande av en domstol som dömer i sista instans.⁷⁵ Förutsättningarna för att få skadestånd är dock påtagligt snäva. För det första skall den rättsregel som har överträtts syfta till att ge enskilda rättigheter. Vidare skall överträdelsen vara tillräckligt klar och det skall finnas ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som de drabbade personerna har lidit. När det är fråga om en överträdelse av en slutinstans förutsätts dessutom att överträdelsen är uppenbar. Vid bedömningen härav skall man, enligt EG-domstolen, särskilt beakta den överträdde regelns grad av klarhet och precision, överträdelsens avsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av rättsvillfarelsen, den ståndpunkt som en gemenskapsinstitution i förekommande fall intagit och den aktuella domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande enligt artikel 234 tredje stycket EG. En överträdelse av gemenskapsrätten anses vidare tillräckligt klar om avgörandet i fråga uppenbart har fattats i strid med domstolens rättspraxis på området.

Man kan mot denna bakgrund tänka sig att en part som förlorat ett mål i t ex den svenska Arbetsdomstolen, där domstolen avslagit en begäran om förhandsavgörande, väcker skadeståndstalan mot staten vid tingsrätt. Grunden för yrkandet kan då vara att den förlorande parten har lidit skada genom att Arbetsdomstolen uppenbart i strid med artikel 234 tredje stycket EG underlåtit att inhämta förhandsavgörande och att om förhandsavgörande hade inhämtats så skulle utgången i målet ha blivit en annan.

5.3 Konklusioner om domstolarna och EU-arbetsrätten

EU-rättens revolution av finsk och svensk arbetsrätt som den ter sig tillämpad av domstolar har under de första tio åren snarare gällt teori än praktik. Till största

⁷⁵ Se mål C-224/01 Köbler REG 2003 s I-10239. För en kritisk och tänkvärd analys av domen se Wattel, P J (2004) "Köbler, CILFIT and Weathgrove: We can't go on meeting like this", *Common Market Law Review* 2004 (41), s 179.

delen har det arbetsrättsliga systemet för konfliktlösning bevarats intakt och levt vidare som förr, lyckligt ostört av den ändrade rättskällebilden och komplicerade rättsmedelsstrukturen. Om man räknar andelen EU-relevanta mål i svenska eller finska AD eller i andra rättsinstanser så utgör de endast en liten bråkdel av det omfattande rättsfallsmaterial som producerats under perioden.

De olika aktörerna förefaller också ha en relativt restriktiv inställning till att aktivt använda EU-rätten. Domstolarna har visserligen tagit till sig EU-rätten som en rättskälla som skall beaktas och man hänvisar gärna till de direktiv som ligger bakom den nationella lagstiftningen. Man är dock restriktiv med att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen. Även parterna är relativt passiva vad gäller användning av EU-rätten, både arbetsgivar- och arbetstagsidan tycks ha större tillit till nationell rätt och domstolsväsendet hemmavid. Man driver inte aktivt mål i prejudikatsyfte till EG-domstolen. Vissa partsinitiativ för att inhämta förhandsavgörande tas dock. De förefaller grovt indelat vara av två typer: Ofta kan begäran om förhandsavgörande framföras av ”de rättegångsglada kverulanterna”, som vet att deras huvudmän befinner sig i tungt motlut i ljuset av nationell rätt och som förtvivlat försöker finna ett räddande halmstrå i EU-rättens trassliga höstack. I dylika fall är naturligtvis ett restriktivt förhållningssätt till begäran om förhandsavgörande helt motiverat. Den restriktiva linjen tillämpas dock också på den andra typen av rättegångsombud, de som lägger fram välgrundade och seriösa krav på att EG-domstolen skall få uttala sig.

Vi menar att de kostnader och den tidsspillan som är förenad med ett förhandsavgörande från EG-domstolen gör att instrumentet bör användas med stor försiktighet. Överhuvudtaget börjar EG-domstolens arbetsbörda vara av sådana dimensioner att den inte bör belastas med mål som lika väl kan avgöras nationellt. Å andra sidan är det inte heller ändamålsenligt att EG-domstolen utformar den rättspraxis som blir bindande för Norden på syd- och mellaneuropeiska frågeställningar, förhållanden och villkor. Om man vill att domstolen faktiskt skall beakta finska och svenska förhållanden kan detta naturligtvis bäst ske i mål som härrör från dessa länder.

6. Sammanfattande synpunkter

6.1. Inledning

Det är inte alldeles lätt att ge en sammanfattande helhetsbild, då man försöker bedöma hur EU-arbetsrätten präglat finsk och svensk arbetsrätt under det gångna decenniet. Det förekommer också betydande åsiktsskillnader bland arbetsrättsjurister om EU-arbetsrättens betydelse. Många menar att förändringarna är relativt små substansmässigt och att de nationella systemen stått sig väl. Andra menar att vi upplevt något av ett systemskifte, att vi fått en ny rättskällebild och att utrymmet för nationella särlösningar mer eller mindre försvunnit. Båda

synsätten har ett visst fog för sig, mycket beror på vilket perspektiv man anlägger och med vilken måttstock man mäter förändringar. En balanserad helhetssyn ligger väl inte helt överraskande någonstans mitt emellan dessa ytterligheter. Vi menar dock att förändringarna trots allt är större än de ytligt sett verkar när man ser till mängden nya normer, rättsfall, konflikter eller förhandlingar.

6.2. Internationaliseringen

Det är inledningsvis värt att notera att den rent nationella arbetsrätten håller på att luckras upp och internationaliseras. Det uppstår allt fler situationer på den interna marknaden där företag eller arbetstagare från flera länder är inblandade. Det kan gälla svensk-finska företag inom bank-, pappers-, energi- eller telekommunikationssektorn. Det kan gälla utstationeringssituationer, utlokalisering m m. Arbetsgivaren kan befinna sig i andra länder etc. Det är klart att situationer där flera länders lagstiftning på sätt eller annat spelar in har ökat och kommer att öka radikalt. Vi har fått nya övernationella bolagsformer som Europabolaget som på ett nytt sätt kommer att påverka också arbetsrätten, då denna bolagsform blivit vanligare. Allt detta innebär att vi får nya problem och konflikter, som våra traditionella arbetsmarknadsmekanismer inte nödvändigtvis är särskilt bra på att hantera. Detta hänger ihop med det faktum att vi kommit i ett utvecklingsskede där den inre marknaden inte bara är ett honnörsord utan håller på att bli verklighet på gott och ont. Samtidigt innebär EU-utvidgningen med dess skillnader i levnadsnivå och kostnadsstruktur mellan länderna att denna internationalisering ytterligare påskyndas och att dess effekter synliggörs.

6.3. Arbetsrättens ”systemskifte”

I åtminstone tre hänseenden menar vi att det har skett omvälvande förändringar av arbetsrätten som en följd av arbetsrättens europeisering och EU-medlemskapet. Det gäller den nationella kontrollen av arbetsmarknadssystemet, det gäller förhållandet mellan arbetsrätt och ekonomisk rätt och det gäller frågan om lagstiftningens betydelse jämfört med domstolspraxis och i samband härmed de grundläggande rättigheternas betydelse inom arbetsrätten.

En avsevärd ändring i finskt och svenskt arbetsrättssystem är att den yttersta beslutsmakten och kontrollen av denna inte längre finns på nationell nivå. Det är ytterst internationella domstolar som avgör vad som är gångbart och tillåtet hos oss. Vi fick nyligen i en dom från Europadomstolen i Strasbourg med rösterna fem–två klarlagt att svenska AD är en domstol som kan tillåtas fortsätta sin dömande verksamhet i nuvarande sammansättning.⁷⁶ Det förefaller uppenbart att det endast är en tidsfråga när tillåtligheten av vissa stridsåtgärder som traditionellt varit accepterade i Finland och Sverige på ett eller annat sätt kommer att

⁷⁶ Europadomstolens dom 2004-10-24 Kellerman v Sweden (Application no 41579/98).

prövas av EG-domstolen. På motsvarande sätt kan tillåtligheten av delar av vår arbetsrättsliga lagstiftning prövas av internationella domstolar. Det finns också inom EU ett betydande utrymme för så kallad *forum shopping*. Man kan välja att driva ett mål i en viss medlemsstat där utsikten till framgång är god och sedan kräva att domen verkställs i ett annat land med stöd av Bryssel förordningen.⁷⁷ Det sagda innebär inte att all makt överförs till dessa internationella domstolar, vilket EU-kritikerna ibland hävdar i debatten. Det finns fortfarande ett betydande inflytande kvar på hemmaplan. Ändringen består i att den nationella domstolen och i sista hand lagstiftaren inte längre ensamma kan kontrollera spelplanen hemmavid. Kontrollen sker inom ramen för ett komplicerat system för påverkan och interaktion mellan många nationella, utländska eller övernationella beslutsfattare och påverkare, där ingen har suverän makt att ensam fatta de slutliga, mer övergripande besluten. I ett sådant system måste vi också förvänta oss flera överraskningsmoment och inkonsekvenser än i ett traditionellt hierarkiskt nationalstatligt lagstiftnings- och domstolssystem.⁷⁸

Arbetsrätten växte fram i Finland och Sverige under efterkrigstiden som en relativt idyllisk skyddad disciplin. Då den så småningom hade skapat sig en egen bas kunde den ostört bygga vidare på att utveckla ett fungerande skydd för löntagarna i olika problemsituationer. Arbetsrätten hade ett eget mer eller mindre avgränsat revir som inte ifrågasattes. Numera har situationen radikalt förändrats. I den inre marknadens skugga pågår det en ständig revirkamp om var arbetsrätten slutar och den ekonomiska regleringen tar över. Konkurrensutsättning, tjänsteprivatisering, resultatstyrning, insiderreglering, fri rörlighet av varor, tjänster och kapital är alla fenomen som åtminstone står i ett spännings-, om inte i ett direkt motsatsförhållande, till den arbetsrättsliga regleringen. Vi vet att förhållandet mellan konkurrensrätt och arbetsrätt varit kontroversiellt både nationellt och på EU-nivå.⁷⁹ Strävan att skapa garantier för att arbetsrättsliga krav iakttas eller får iakttas i den offentliga upphandlingen har inneburit en lång dragkamp och den fortgår. För närvarande pågår en process i EG-domstolen där frågan gäller om en fackordförande har rätt att få information om att en storbank skall fusioneras eller om en facklig styrelserepresentant i bankens styrelse måste förtiga en sådan fråga för fackordföranden, trots att den på ett avgörande sätt kan påverka utkomst och framtid för tusentals arbetstagare.⁸⁰ Debatten om det aktuella tjänstedirektivet gäller i grunden samma fråga: skall arbetsrättsliga övervaknings- och kontrollmekanismer skrotas till förmån för en ideologiskt betingad ursprungslands-

⁷⁷ Förordning 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

⁷⁸ Wilhelmsson, T (1999) "Jack-in-the-Box Theory of European Community Law". I *Dialectic of Law and Reality, Readings in Finnish Legal Theory* (red. Eriksson & Hurri). Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki,.

⁷⁹ Se Bruun, N & Hellsten J (2001) *Collective Agreement and Competition Law in the EU*. The Report of the COLCOM-project.

⁸⁰ Mål C-384/02.

princip?⁸¹ Denna revirkamp representerar en betydande arbetsrättslig förändring, en omvälvning och en utmaning för arbetsmarknadens aktörer, även om det naturligtvis inte finns någon orsak att försöka utvidga arbetsrättens revir utöver det rimliga. Här önskar vi endast betona att en sansad revirkamp är en viktig uppgift för regeringar och fack, men också i vissa fall för arbetsgivarna på internationell och nationell nivå. Sålunda har ju arbetsmarknadsparterna på europeisk nivå gjort gemensam sak då de kritiserat de orealistiska uppfattningar om hur arbetsförhållandena i exempelvis byggnadsbranschen kan kontrolleras från ett annat land än det där arbetet utförs som avspeglas i Europeiska kommissionens förslag till tjänstedirektiv.

Utvecklingen har klart utvisat att lagstiftningen har blivit allt mer övernationell och harmoniserad. Inom ett heterogent EU med snart 30 medlemsländer kan man dock inte hysa särskilt höga förväntningar om att lagstiftningsprocessen på arbetsrättens område kommer att fungera snabbt och effektivt. Det finns också skäl att ifrågasätta om den harmonisering uppåt, mot en ökad skyddsnivå för löntagare, som fördraget förutsätter och som hittills ägt rum, kan fortgå. Krav på uppluckring av arbetsrätten gör sig redan nu starkt gällande exempelvis då EU skall revidera sitt arbetstidsdirektiv. Dessa faktorer leder till att tyngdpunkten inom rättsutvecklingen kommer att förskjutas mot rättspraxis, både nationellt och internationellt. Rättspraxis är en balanserande faktor, som kan skydda sociala intressen på den inre marknaden. Här kommer också arbetstagarnas grundläggande rättigheter in i bilden. De grundläggande rättigheterna kan i framtiden komma att utgöra en viktig faktor inom rättstillämpningen om och när EU:s nya grundlag träder i kraft. Till grundrättigheterna räknas ju inte endast rätten till likabehandling eller icke diskriminering, utan också rätten till information och samråd, till kollektiva förhandlingar och rätt att vidta stridsåtgärder. De sociala grundrättigheterna löser naturligtvis inte alla problem och de skall också avvägas mot ekonomiska rättigheter, men de kan trots allt spela en positiv roll i en rättsutveckling, som i mångt och mycket styrs av liberalt marknadstänkande.

⁸¹ Se Bruun, N (2004) Employment issues, memorandum. European Parliament. Public Hearing. On the Proposal for a Directive on Services in the Internal Market. 11.11.2004.

Kommentar: Först nu står vi vid vägskälet som kan leda till systemskifte

Cathrine Lilja Hansson

Vilken inverkan har EU haft på den svenska arbetsrätten? Har vi genomlevt ett systemskifte eller står vi möjligen inför ett systemskifte. Som trist jurist måste man ju svara: Det beror på. Ungarnas röster låter i huvudet: Mamma, kan du aldrig svara ja eller nej på en enkel fråga? Nej, för det beror på vad det är för system vi syftar på och vad vi menar med begreppet systemskifte.

Jag ska återkomma till hur jag ser på den här frågan. Men innan dess skall jag göra några reflektioner över de tio år som gått, framför allt utifrån den position som jag har haft i Regeringskansliet. Jag kommer inte att argumentera speciellt mycket utifrån AD:s eller från domstolarnas perspektiv, utan ge några kommentarer till vad framför allt Niklas Bruun har sagt eller kanske inte sagt.

Den svenska modellen

Det centrala uttrycket här har väl varit: Värna den svenska modellen. Det är ord som ständigt upprepades i samband med medlemskapsförhandlingarna och som vi också har hört upprepas därefter. Då kommer man in på den första svåra frågan: den svenska modellen. Om vi inte vet vad systemskifte är – vet vi vad som är den svenska modellen? Där tror jag att det är ungefär som författaren Theodor Kallifatides har sagt: säger man ordet träd tänker han på olivträd medan vi svenskar tänker på björk. Bara det att vi inte associerar till samma sak leder naturligtvis till problem. Vad menar vi då med den svenska modellen? Jag tror att vad vi, många här, syftar på är kollektivavtalsparternas starka ställning, kollektivavtalet i sig och den höga organisationsgraden.

Men vi får inte glömma att vi faktiskt i Sverige sedan 1970-talet har en kombination av lag och avtal. Ibland känns det som om vi glömmer bort det och tror att vi fortfarande lever på 1930-talet. Men vi gör inte det. Vi har en kombination av lag och avtal och det är den svenska modellen idag.

Semidispositiv lagstiftning

Hur ser då den här kombinationen av lag och avtal ut? Det finns en viktig nyckel i lagstiftningstekniken här som man kan sätta i relation till EU-rätten och det är semidispositiviteten. Vi har regler som faktiskt gör det möjligt för parterna att själva avtala om avvikande regler – också avvikande regler till nackdel för en arbetstagare. Svensk lagstiftare litar på parterna. Svensk lagstiftare litar på de att fackliga organisationerna tar tillvara sina medlemmars intressen.

Det finns regler i lagen, en grundplatta att stå på, men det finns faktiskt inga pekpinnar i lagstiftningen, utan parterna, får i huvudsak, fritt avtala om andra

regler, avtal som den enskilde arbetstagaren och den enskilde arbetsgivaren inte får träffa. Det här är en mycket viktig skillnad om man jämför med hur lagstiftningen ser ut på EU-nivå. Finns det semidispositiva regler i EU-rätten? Ja, det gör det, till exempel i arbetstidsdirektivet, men det innehåller pekpinningar. Parterna får sluta avtal om avvikande regler under förutsättning att arbetstagarna får motsvarande kompensationsledighet, att de erbjuds lämpligt skydd och så vidare. Direktivet talar om under vilka förutsättningar man får göra de avvikande reglerna. Det är en stor skillnad som också uttrycker en skillnad i synen på parterna. Man litar inte riktigt på dem.

EG-direktiven har också påverkat den svenska lagstiftningen genom de ”EG-spärrar” som vi faktiskt har infört med anledning av EG-medlemskapet, och som säger till parterna att de får inte avtala under nivån i t ex arbetstidsdirektivet. Detta är kanske ett litet nålstick i den svenska modellen. Hade vi gjort den här lagstiftningen själva hade vi sagt till parterna att så här vill vi att det ser ut, men om ni kommer överens om andra regler så får ni göra det. När vi införlivar EG-direktiv säger vi till dem att de inte får det.

Ett typiskt och kanske okontroversiellt exempel är väl paragraf 6a i lagen om anställningsskydd, med alla de här detaljerna om vad en arbetsgivare skall informera arbetstagaren om när det gäller anställningsvillkor och namn och adress och allt möjligt. Vill man vara lite ironisk kan man säga att parterna inte får avtala bort om arbetsgivarens adress skall stå med eller inte. Vi litar inte på parterna ens i den frågan. Det hade varit en självklarhet för en svensk lagstiftare.

Genomförande av direktiv genom kollektivavtal

Det för mig också över till den stora frågan om genomförande av direktiv genom kollektivavtal. Det var ju en av de stora frågorna i samband med medlemskapsförhandlingarna, och det lät som om den svenska modellen stod och föll med om vi kunde genomföra direktiv genom kollektivavtal eller inte. Tio år efteråt måste man väl säga att den frågan är död – eller ?

Man kan undra varför det var viktigt över huvud taget, just med tanke på att vi faktiskt redan har en hel del lagstiftning på arbetsrättens område. Är det inte ganska naturligt när Sverige skall införliva EG-direktiv på ett område där det redan finns en svensk lagstiftning att man går in och ändrar den? Finns det någon anledning varför parterna skall genomföra EG-regleringen om det redan finns en lagstiftning på plats?

Att genomföra direktiv med kollektivavtal kan väl vara aktuellt på områden där vi inte har lagstiftning. Ett sådant exempel är deltidsskiftet som Niklas Bruun nämnde. Där hade det varit möjligt men det misslyckades. Sedan dess tycks den här frågan inte längre vara riktigt aktuell och intressant. Det intressanta är hur direktiven är utformade och om den svenska lagstiftaren faktiskt kan ge parterna möjlighet att själva avvika från direktivens regler genom kollektivavtal

även till nackdel för arbetstagaren. Det är med andra ord EG-spärrarna, semi-dispositiviteten, som egentligen är det viktiga.

Har Sverige lyckats värna den svenska modellen i förhandlingarna och vid implementeringen av nya direktiv?

En annan fråga som också har tagits upp är om man har lyckats värna den svenska modellen i förhandlingarna om nya direktiv och vid implementeringen av dessa. Två exempel, utstationeringsdirektivet och direktivet om information och samråd, nämndes av Niklas Bruun. Jag kan bara hålla med om att det är två goda exempel på hur Sverige, tillsammans med andra och framför allt Danmark, har påverkat innehållet i direktiven så att de är anpassade till den svenska arbetsmarknaden – tror vi i alla fall. För det finns faktiskt, paradoxalt nog, i just de här två direktiven inslag som kanske är ytterligare nålstick i den svenska modellen.

Som vi alla vet pågår en oerhört livlig diskussion om hur utstationeringsdirektivet skall genomföras. Har vi med de skrivningar som Sverige fick in i direktivet lyckats värna vår modell, och framför allt stridsrätten som inte omfattas av direktivet men som är en viktig del av vårt system? Eller leder direktivet så småningom till att vi faktiskt tvingas införa allmängiltigförklaring av kollektivavtal? Är det på det sättet som vi får lösa det här problemet? Då, vill jag påstå, då är vi inne i ett systemskifte.

Det andra exemplet är direktivet om information och samråd, som kan tyckas stämma jättebra med det system som vi har, och för vilket det svenska systemet nästan ser ut att stå förebild. Men när man lusläser direktivet och tittar på utredningsförslaget om direktivets genomförande och de remissvar som har lämnats kan man fråga sig om Sverige blir tvunget att gå en väg där kollektivavtalsparterna inte längre är de tunga i regleringen. Måste vi kanske säga att det inte spelar någon roll om det finns ett kollektivavtal eller inte, utan att det faktiskt är organisationers eller till och med den enskilda arbetstagarens rätt till information som det här handlar om? Trots att vi har varit tillskyndare av direktivet och i stor utsträckning fått det utformat som vi vill kan man ändå fråga sig om det inte ändå kan vara ett slag mot MBL i det långa loppet. Nu hänger det i hög grad på den politiska agendan, och vilka strider politikerna är beredda att ta för att värna den svenska modellen i lagstiftningsarbetet.

Så visst har Sverige påverkat direktivens utformning och visst har det varit den svenska modellen som har legat till grund, men implementeringen av direktiven kan ställa modellen på sin spets.

Har EU-medlemskapet påverkat behovet av lagstiftning och själva lagstiftningstekniken?

Då kan man också fundera på hur man över huvud taget genomför direktiv på rätt sätt. Har EU-medlemskapet påverkat behovet av lagstiftning och själva lagstift-

ningstekniken? På den punkten kan man nog säga att vi var oerhört naiva i början, för tio år sedan. När vi gjorde våra analyser av överlåtelsesdirektivet på Regeringskansliet och sa att svensk rätt inte behövde ändras var det naivt. Vi trodde på det som står i fördraget om att det viktiga är att direktivets syfte uppnås. Det visade sig att så var det inte alls, det är ordalydelsen som är det viktiga. Det gick inte att påstå att svensk rätt redan uppfyllde direktivets krav bara för att den som blivit uppsagd på grund av arbetsbrist har en rätt till återanställning. Man kan tycka att man når samma resultat som direktivet syftar till med den metoden, men det visade sig att man inte kunde resonera så.

En annan, möjligen liten, fråga är de 14 dagarnas obligatoriska mammaledighet, som också har lett till en lagändring som vi i Sverige aldrig har velat ha. Vårt system och synen på föräldraledighet och kanske också på kvinnans möjlighet att själv avgöra om hon ska vara hemma eller inte står mot den kontinentala synen på behovet av skydd. Man måste alltså skydda kvinnor mot dem själva så att de inte är så dumma att de går och jobbar de första 14 dagarna, eller mot stygga arbetsgivare som tvingar kvinnor att jobba precis i samband med förlossningen. Vi ansåg att vi redan hade ett system (generös föräldraledighet och föräldrapenning och en praktisk tillämpning) som faktiskt tillgodosåg dessa krav. Vi ansåg att vi inte behövde någon ny lagstiftning eftersom syftet med direktivet var uppnått, men vi tvingades att ändra lagen för att leva upp till direktivet. Det är en främmande fågel i vår lagstiftning. Därutöver kan man i alla fall ifrågasätta om det är införlivat på rätt sätt med tanke på hur regeln är sanktionerad, men det behöver vi inte gå in på.

Förskjutning av makten över lagstiftningen

Ytterligare en reflektion rör den förskjutning av makten över lagstiftningen som skett. I och med att regleringen på EG-nivå utarbetas i förhandlingar mellan medlemsstaterna har också en del av makten förskjutits från riksdagen till regeringen och Regeringskansliet, och kanske till och med till enskilda statsråd. Man kan också fråga sig om inte det politiska systemet i sig ibland abdikerar på grund av detta. Eftersom det är just ett förhandlingssystem uppfattas det stundom, åtminstone från tjänstemannahåll, som det viktigaste är att nå resultat, nästan oavsett innehåll. Det leder naturligtvis till kompromisser och kompromisser blir ofta otydliga. Otydliga kompromisser leder i sin tur till flummig lagstiftning. Flummig lagstiftning orsakar tvister och tvister går till domstol. Det innebär att politikerna abdikerar från att ta strid för vad de egentligen vill och överlämnar till jurister och domstolar att fylla i och tolka.

Kollektivavtal som sluts på europeisk nivå

Ett annat frågetecken är vad de kollektivavtal som sluts på europeisk nivå och utvecklingen av dem kommer att föra med sig. Det är en konstig hybrid med

kollektivavtal som sluts av parterna, men som de inte tar ansvar för utan som läggs i knäet på statsmakterna att införliva. Som svensk skall man naturligtvis säga hurra för kollektivavtal, men de här kollektivavtalen känns konstiga, tycker jag.

De senaste avtalen som har träffats, där parterna själva får ta ansvar för genomförandet, ligger mer i linje med den svenska modellen. Här är problemet att man kan ifrågasätta om det finns några tvistelösningsmekanismer. Här finns det en oerhörd utvecklingspotential för att utforma ett system med europeiska kollektivavtal som får sin roll på det sätt som vi är vana vid att de har.

Systemskifte eller inte?

Återstår frågan: Är det ett systemskifte eller inte? Jag har pekat på ett antal förändringar som har skett genom åren, men trots dessa förändringar tycker jag inte att det har varit ett systemskifte. Om man ser till de stora dragen, det vill säga till parternas roll, till styrkeförhållandena mellan parterna, till ansvarsfördelningen mellan staten och parterna och i vilken utsträckning man lagstiftar respektive reglerar saker genom kollektivavtal tycker jag inte att det varit något systemskifte.

Självklart har vi till viss del förlorat den nationella kontrollen, men var inte det meningen med EU-medlemskapet? Om man överför makt och fattar beslut på en annan nivå är det klart att man avhänder sig en viss kontroll. Men det i sig är inget systemskifte, det är bara ett annat sätt att fatta beslut.

Däremot tror jag att vi precis nu, tio år efteråt, står vid det vägskalet som kan leda till ett systemskifte, genom konflikten mellan arbetsrätten och det som Niklas Bruun kallade den ekonomiska rätten, aktuell till exempel genom förslaget till direktiv om tjänster på den inre marknaden. Regeringskansliets arbete under de senaste åren har i mycket stor utsträckning just handlat om arbetsrättens roll i förhållande till någon annan lagstiftning, exempelvis bolagsrätten. Så jag tror att införlivandet av direktivet om information och samråd, hanteringen av Vaxholmskonflikten och eventuella avgöranden från EG-domstolen om utstationeringsdirektivet och i frågan om stridsåtgärderna där kommer att vara avgörande. Kommer vi att hamna i en situation där det blir aktuellt att allmän- giltigförklara kollektivavtal? Svaret kommer att vara avgörande för om det blir ett systemskifte. Vi får se.