

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2017-01-17

Närvarande: F.d. justitieråden Severin Blomstrand och Annika Brickman samt justitierådet Anita Saldén Enérus.

Nya utstationeringsregler

Enligt en lagrådsremiss den 14 december 2016 har regeringen (Arbetsmarknadsdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare,
2. lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Per Lindblom och Malin Broman Lindfors, biträdda av kanslirådet Sofie Lagerstedt.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till lag om ändring i lagen om utstationering av arbetstagare

Allmänt

I remissen föreslås ett nytt regelsystem för att genomföra utstationeringsdirektivets och tillämpningsdirektivets regler om utstationerade arbetstagares rätt till vissa arbets- och anställningsvillkor. De föreslagna reglerna ska ersätta de nu gällande reglerna, som brukar benämnas lex Laval. På sidan 33 i remissen förklarar regeringen att dess avsikt med förslaget är att skapa en reglering som så effektivt och ändamålsenligt som möjligt säkerställer utstationerade arbetstagares rätt till minimivillkor inom den hårda kärnan enligt utstationeringsdirektivet och för uppfyllande av tillämpningsdirektivet.

Det sägs på flera ställen (t.ex. s. 30) att det som föreslås är ett mer effektivt och ändamålsenligt system, tydligen i jämförelse med lex Laval. Emellertid redovisas ingen systematisk utvärdering av lex Laval och inga preciserade brister i gällande rätt anges som skäl till lagförslagen. I avsaknad av sådant underlag kan Lagrådet inte bedöma om förslaget i detta hänseende är utformat så att lagen kan antas tillgodose de syften som har angetts (jfr 8 kap. 22 § 4 regeringsformen).

En annan sak är att – som har framhållits under föredragningen – förslagen i remissen inte syftar bara till att bättre genomföra utstationeringsdirektivet utan också till att genomföra det nya tillämpningsdirektivet.

1 §

Paragrafen anger lagens tillämpningsområde. Enligt första stycket gäller lagen när en arbetsgivare som är etablerad i ett annat land

utstationerar arbetstagare i Sverige i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster över gränserna. För att anses etablerad i ett annat land krävs det enligt författningskommentaren att arbetsgivaren verkligen bedriver väsentlig verksamhet i det andra landet och inte bara har intern förvaltning eller administration där.

I ett nytt andra stycke föreskrivs att ”de omständigheter som rör arbetsgivarens verksamhet i det andra landet och, vid behov, arbetsgivarens verksamhet i Sverige”, ska beaktas vid bedömningen av om en arbetsgivare är etablerad i ett annat land.

Förslaget avser att genomföra art. 4.1, 4.2 och 4.4 i tillämpningsdirektivet. Enligt art. 4.2 ska myndigheterna göra en helhetsbedömning ur ett bredare tidsperspektiv av alla faktiska omständigheter som rör den verksamhet som ett företag bedriver i etableringsstaten och, vid behov, i värdmedlemsstaten. Exempel på sådana omständigheter uppges vara framför allt följande.

a) Den plats där företaget har sitt säte och sin förvaltning, använder kontorslokaler, betalar skatt och socialförsäkringsavgifter samt, i förekommande fall, i enlighet med nationell rätt, innehar en yrkeslicens eller är registrerat vid handelskammare eller i branschorganisationer.

b) Den plats där utstationerade arbetstagare rekryteras och från vilken de utstationeras.

c) Den rätt som är tillämplig på avtal som företaget ingår med sina arbetstagare respektive med sina kunder.

d) Den plats där företaget utför en väsentlig del av sin affärsverksamhet och där dess administrativa personal är anställd.

e) Antalet avtal och/eller storleken på omsättningen i den medlemsstat där företaget är etablerat, varvid den särskilda situationen för bland annat

nyetablerade företag och små och medelstora företag ska beaktas.”

I lagrådsremissens författningskommentar anges att det ”ska göras en helhetsbedömning av alla faktiska omständigheter i det enskilda fallet och hänsyn ska tas till varje situations särdrag”. Därefter återges ordagrant de i det föregående citerade punkterna i direktivet. Det upplyses att de nämnda omständigheterna inte är en uttömmande uppräkningslista av omständigheter som ska beaktas och att det inte krävs att ”samtliga omständigheter som anges i punkterna a)-e) är uppfyllda”.

Som framhålls i remissen överensstämmer den valda lagstiftningstekniken, där exemplifieringar i EU-direktiv inte återges i lagtexten utan redovisas i förarbeten, med svensk lagstiftningstradition och den har godtagits av EU-domstolen (C-478/99, EU:C:2002:281).

Lagrådet konstaterar emellertid att genomförandet av direktivet i detta fall framstår som något ängsligt. Det föreslagna nya stycket i 1 § tillför inget till lagtexten, men är enligt författningskommentaren avsett att ge anvisningar för bedömningen av om det faktiskt bedrivs verksamhet i det andra landet. Det är svårt att se att den föreslagna texten med vanligt språkbruk kan beskrivas som en anvisning. Det torde inte heller för direktivgenomförandet vara nödvändigt att lägga in en sådan anvisning i lagtexten. Sådana förklaringar kan i stället ges i författningskommentaren.

Lagrådet ifrågasätter emellertid lämpligheten i att författningskommentaren begränsas till att återge direktivets text, som har en för medlemsstaterna gemensam utformning och inte riktar sig till rättstillämparna. Det är t.ex. svårt att förstå vad som i författningskommentaren avses med att ”omständigheter som anges i punkterna a)-e) är uppfyllda”.

De svenska lagförarbetena bör i stället rimligen peka ut just omständigheter som tyder på att ett företag bedriver väsentlig verksamhet i ett annat land men inte i Sverige. Sådana omständigheter skulle med utgångspunkt i direktivtexten kunna beskrivas exempelvis som att

- företaget har sitt säte och sin förvaltning, använder kontorslokaler, betalar skatt och socialförsäkringsavgifter samt har en yrkeslicens eller är registrerat vid handelskammare eller i branschorganisationer i det andra landet,
- utstationerade arbetstagare rekryteras i det andra landet och utstationeras från det,
- det andra landets rätt är tillämplig på avtal som företaget ingår med sina arbetstagare och kunder,
- företaget utför en väsentlig del av sin affärsverksamhet i det andra landet och dess administrativa personal är anställd där, och
- antalet avtal eller storleken på omsättningen i det andra landet tyder på att företaget bedriver en väsentlig verksamhet där; vid den bedömningen ska den särskilda situationen för ny-etablerade, små och medelstora företag beaktas.

Lagrådet förordar att lagtextens och författningskommentarens utformning övervägs under den fortsatta beredningen.

4 §

Paragrafen anger vad som avses med en utstationerad arbetstagare och reglerar tillsammans med 1 och 3 §§ när en situation ska betraktas som utstationering. Enligt ett nytt stycke i paragrafen ska ”de omständigheter som kännetecknar arbetet och arbetstagarens situation

beaktas” vid bedömningen av om en arbetstagare under en begränsad tid utför arbete i Sverige.

Direktivet innehåller även i denna del ett antal exempel på omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en arbetstagare är utstationerad (art. 4.3). Den ordagranna återgivningen av direktivtexten i författningskommentaren medför här att den första omständigheten som ska beaktas är att arbetet utförs under en begränsad tidsperiod ”i en annan medlemsstat”. Formuleringen tyder på att det är fråga om en annan medlemsstat än Sverige, vilket knappast kan vara avsikten.

Lagrådet hänvisar vidare till vad som har anförts i anslutning till 1 §.

5 a §

I första stycket anges under vilka förutsättningar stridsåtgärder mot en utstationerande arbetsgivare får vidtas i syfte att genom kollektivavtal få till stånd en reglering av arbets- och anställningsvillkoren för utstationerade arbetstagare. Bestämmelserna i första stycket infördes 2010 (prop. 2009/10:48, Åtgärder med anledning av Laval-domen).

Andra stycket infördes 2012, (prop. 2011/12:178, Lag om uthyrning av arbetstagare) och avser stridsåtgärder för att få till stånd ett kollektivavtal som reglerar arbets- och anställningsvillkoren för uthyrda utstationerade arbetstagare.

För båda kategorierna arbetstagare gäller att de villkor som krävs motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare. Angående vad som avses

med att villkoren ska motsvara villkoren i det centrala avtalet anfördes i prop. 2009/10:48 s. 57 följande.

Att de begärda villkoren ska motsvara villkoren i det centrala avtalet innebär inte att villkoren i avtalen måste vara formulerade exakt lika. Inget hindrar att villkoren förenklas något för att vara bättre anpassade till förhållandet mellan en svensk facklig organisation och en utländsk arbetsgivare i en utstationeringssituation. I vissa fall kan en förenkling tänkas vara nödvändig för att villkoren i enlighet med EG-rättsliga principer ska bli tillräckligt preciserade och tillgängliga för den utstationerande arbetsgivaren. Huvudsaken är att villkoren sakligt sett kan anses ha hämtat sitt innehåll från det centrala avtalet. Detta kan uppnås genom att arbetstagarorganisationen tar fram ett anpassat kollektivavtal med villkor motsvarande det centrala avtalet eller ett hängavtalsformulär där hänvisningar till villkoren i det centrala avtalet görs.

Beträffande motsvarande krav när det gäller utstationerade uthyrda arbetstagare gjordes samma bedömning i prop. 2011/12:178 s. 109. Mot bakgrund av vad som sägs i förarbetena till bestämmelserna anser Lagrådet att "överensstämmer med" bättre återspeglar avsikten med bestämmelsen än "motsvarar".

5 b §

Enligt paragrafen medför ett kollektivavtal som har slutits som en följd av en stridsåtgärd, eller ett varsel om en sådan åtgärd, endast begränsade skyldigheter för en arbetsgivare. Om kollektivavtalet sluts frivilligt får det däremot ett kollektivavtals alla rättsverkningar. Denna reglering kan komma att motverka regeringens ambition att främja kollektiva förhandlingar och kollektivavtal ingångna utan tvång i form av stridsåtgärder eller varsel om sådana åtgärder (se s. 61 i remissen). En utstationerande arbetsgivare kan nämligen finna det fördelaktigt att undgå kollektivavtalets fulla rättsverkningar genom att framkalla en stridsåtgärd eller ett varsel om en sådan åtgärd.

Under remissbehandlingen har regeringen uppmärksammat på

problemet, men har valt att gå vidare med förslaget. Det är svårt att överblicka konsekvenserna av regleringen. I anslutning till 21 § tar Lagrådet upp en tänkbar komplikation.

5 d §

I paragrafen finns bestämmelser som ger den avtalsslutande arbetstagarorganisationen möjlighet att kontrollera att kollektivavtalet följts i fråga om villkoren enligt 5 a §. Det kollektivavtal som arbetsgivaren är bunden av kan ha slutits frivilligt eller som en följd av stridsåtgärder eller varsel om sådana åtgärder. Kontrollbefogenheterna utgörs enligt första stycket av en rätt att begära vissa handlingar och översättning till svenska eller engelska av handlingarna om de är skrivna på något annat språk. Enligt andra stycket ska handlingarna och översättningarna av dem tillhandahållas i den utsträckning det behövs för att organisationen ska kunna bedöma om kollektivavtalet följts i fråga om sådana kollektivavtalsvillkor som avses i 5 a §. Om relevanta handlingar inte lämnas ut, kan arbetsgivaren bli skadeståndsskyldig enligt 24 §.

Det finns anledning att tro att arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen kan ha olika uppfattningar om vilka handlingar som behövs för att organisationen ska kunna bedöma om kollektivavtalet har följts. Enligt Lagrådets mening kan bestämmelsen därför leda till att det uppstår konflikter mellan en arbetstagarorganisation och en utländsk arbetsgivare. Onödiga konflikter kan undvikas om det i stället föreskrivs att arbetsgivaren på begäran av arbetstagarorganisationen alltid ska lämna ut sådana handlingar och översättningar av dem som rör villkor som avses i 5 a §. Om Lagrådets förslag följs kan paragrafen ges följande utformning.

Om en arbetsgivare och en svensk arbetstagarorganisation är bundna av ett kollektivavtal som reglerar villkoren för utstationerade arbetstagare, ska arbetsgivaren beträffande arbetstagare som omfattas av villkoren enligt 5 a § på begäran av organisationen tillhandahålla

1. handlingar i form av anställningsavtal, lönespecifikationer, tidrapporter och intyg över gjorda löneutbetalningar, och
2. översättning av handlingarna till svenska, eller till engelska om arbetsgivaren föredrar det, i de fall handlingarna är skrivna på något annat språk.

Skyldigheterna enligt första stycket ska fullgöras inom tre veckor från begäran och gäller under den tid då den arbetstagare som handlingarna rör är utstationerad här i landet och fyra månader därefter.

9 §

I paragrafens första stycke anges Arbetsmiljöverkets uppgifter som förbindelsekontor. Enligt andra punkten ska verket hjälpa till med information bl.a. om kontaktpersoner till arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Under föredragningen har klargjorts att det inte är fråga om information till organisationerna utan om information om kontaktpersoner hos organisationerna. Lagtexten bör ändras i enlighet med detta.

9 a §

Enligt paragrafens andra stycke ska berörda arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer anmäla var sin kontaktperson till Arbetsmiljöverket. Av författningskommentaren framgår att det inte ska behöva vara en viss person. Organisationerna ska också kunna inrätta en funktion genom vilken det är möjligt att få kontakt med en kontaktperson.

I 11 § finns andra bestämmelser om kontaktperson. Där är det dock fråga om en viss fysisk person.

Enligt Lagrådets mening är det inte lämpligt att använda samma ord på två så olika företeelser. I 9 a § bör ett annat ord väljas, t.ex.

kontaktfunktion.

9 c §

I paragrafen finns bestämmelser om bistånd mellan en behörig myndighet i Sverige och en behörig myndighet i ett annat land inom EES. Enligt tredje stycket får begäran om bistånd avse information samt utförande av kontroller, inspektioner och utredningar när det gäller utstationering av arbetstagare. Formuleringen inbjuder till en läsning av innebörd att en begäran om bistånd inte får avse något annat än vad som anges.

Genom bestämmelsen avses artikel 6.2 i tillämpningsdirektivet bli genomförd. I direktivbestämmelsen står emellertid att medlemsstaternas samarbete ”ska särskilt bestå i” de uppräknade uppgifterna. De citerade orden ger vid handen att uppräknningen inte är uttömmande.

Styckets utformning bör övervägas ytterligare under den fortsatta beredningen.

9 d §

Paragrafen upplyser att regeringen med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen kan meddela närmare föreskrifter ”om vad en behörig myndighet ska följa” när den lämnar eller begär bistånd. Lagrådet förorddar att bestämmelsen förtydligas och ges exempelvis följande lydelse.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om hur en behörig myndighet i Sverige ska lämna eller begära bistånd.

11 §

I paragrafen finns bestämmelser om den kontaktperson som arbetsgivaren ska utse och anmäla till Arbetsmiljöverket. I tredje stycket anges att kontaktpersonen har en skyldighet att tillhandahålla handlingar som visar att kraven i utstationeringslagen är uppfyllda. Det framgår dock inte av lagtexten vem som har rätt att begära sådana handlingar av kontaktpersonen. Av remissen (s. 101) framgår att såväl myndigheter som arbetstagarorganisationer har rätt att begära handlingar. Lagrådet föreslår att det i det fortsatta lagstiftningsarbetet övervägs att i lagtexten ange vilka denna rätt tillkommer.

I 5 d § föreslås att det införs en rätt för arbetstagarorganisationen att kräva vissa handlingar när det gäller kollektivavtal som reglerar villkoren för utstationerade arbetstagare. I förevarande paragraf begränsas skyldigheten att lämna ut handlingar, genom ett tillägg i sista meningen i paragrafen, till att gälla endast i den mån handlingarna inte kan krävas enligt 5 d §. Genom den tillagda begränsningen har den sista meningen fått en otydlig utformning. Lagrådet föreslår att begränsningen i stället tas in i en ny sista mening av följande lydelse.

Detta gäller dock inte om arbetsgivaren är skyldig att tillhandahålla handlingarna enligt 5 d §.

21 §

Enligt paragrafen ska en arbetsgivare vara skyldig att på begäran av en svensk arbetstagarorganisation utse en företrädare som har behörighet att för arbetsgivarens räkning förhandla om och sluta kollektivavtal.

Lagrådet ifrågasätter att en sådan reglering bör införas. Såvitt framgår av remissen (s. 105) är utstationerande arbetsgivare inte alltid

skyldiga att förhandla om kollektivavtal. I samband med föredragningen har framhållits att regeringen inte i lagrådsremissen har uttryckt någon uppfattning i frågan hur vanligt eller ovanligt det är att utstationerande arbetsgivare är förhandlingskyldiga. Oavsett hur det förhåller sig med den saken framstår det som motsägelsefullt att en arbetsgivare ska vara skyldig att ge någon behörighet att förhandla om och sluta kollektivavtal, om arbetsgivaren har bestämt sig för att utnyttja sin rätt att inte förhandla. Som Lagrådet har varit inne på i anslutning till 5 b § kan regleringen där utgöra ett incitament till att en arbetsgivare avstår från att förhandla.

22 §

Enligt paragrafen får arbetsgivaren inte vidta repressalier mot arbetstagaren på grund av att arbetstagaren inlett rättsliga eller administrativa förfaranden om arbets- och anställningsvillkor enligt lag eller kollektivavtal som avses i utstationeringslagen. För att förfaranden om kollektivavtalsvillkor ska omfattas av repressalieförbudet måste förfarandet således gälla sådana kollektivavtalsvillkor som avses i 5 a §. I författningskommentaren (s. 239) anges att även den situationen att en medlem för talan om t.ex. en högre lön än vad som följer av kollektivavtalets minimilön kan träffas av bestämmelsen. En sådan talan kan nämligen, beroende på omständigheterna, anses innefatta en talan om minimilön enligt 5 a §. Denna situation kan knappast omfattas av den föreslagna lagtexten. Lagrådet föreslår därför att paragrafen utformas på följande sätt.

En arbetsgivare får inte utsätta en utstationerad arbetstagare för repressalier på grund av att arbetstagaren har inlett rättsliga eller administrativa förfaranden om arbets- och anställningsvillkor

1. enligt vad som följer av 5 §, eller
2. enligt kollektivavtal, om förfarandet kan anses innefatta sådana kollektivavtalsvillkor som avses i 5 a §.

Förslaget till lag om ändring i lagen om medbestämmande i arbets-
livet

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.