

ARBETSDOMSTOLEN

REMISSYTTRANDE
2015-06-12

Dnr 16/2015
26/2015
Saknr 124

A2015/734/ARM
A2015/1050/ARM

Arbetsmarknadsdepartementet
103 33 STOCKHOLM

**Betänkandena Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet –
Del I och II (SOU 2015:13 och SOU 2015:38)**

Med anledning av remissen får Arbetsdomstolen anföra följande.

Tillämpningsdirektivet är synnerligen komplext och dess relation till EU-fördragen, utstationeringsdirektivet och EU-domstolens rättspraxis är svårfångad. I ljuset härav är den tid som medlemsstaterna förfogar över för att genomföra direktivet påtagligt kort och utredningen har därför haft en mycket svår uppgift. Även remisstiden är så kort att det inte är möjligt att underkasta förslagen den ingående granskning som vore önskvärt.

1 och 4 §§ utstationeringslagen

Arbetsdomstolen har inget att erinra mot den lagstiftningsteknik som utredningen föreslår (SOU 2015:13 s. 92 f.) eller utformningen av lagtexten.

När det gäller beskrivningen av innebörden av begreppet utstationering saknas dock en beskrivning av betydelsen av reglerna om fri etableringsrätt, fri rörlighet för tjänster och fri rörlighet för arbetstagare i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Postadress
Box 2018
103 11 STOCKHOLM
Besöksadress
Stora Nygatan 2 A och B

Telefon
08-617 66 00
Telefax
08-617 66 15

kansliet@arbetsdomstolen.se
www.arbetsdomstolen.se

I artikel 1.1 utstationeringsdirektivet anges att detta är tillämpligt på företag som är *etablerade* i en medlemsstat och som i samband med tillhandahållande av *tjänster* över gränserna, utstationerar arbetstagare. Det är tydligt att direktivet här hänvisar till artikel 56 FEUF, av vilken det framgår att den fria tjänsterörligheten är tillämplig om tjänstetillhandahållaren är etablerad i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten. Av detta följer att om både tjänstetillhandahållaren och tjänstemottagaren är etablerade i samma land så är utstationeringsdirektivet inte tillämpligt. Det bör inte råda någon tvekan om att begreppen ”etablering” och ”tillhandahållande av tjänster” i utstationeringslagen ska ha samma innebörd som begreppen har i artiklarna 49 och 56 FEUF. Beträffande dessa begrepp finns en omfattande rättspraxis från EU-domstolen. I propositionen bör det därför klargöras att domstolar och myndigheter i sin prövning av om utstationeringslagen är tillämplig även ska ta hänsyn till att begreppen etablering och tjänst är hämtade från fördraget och att EU-domstolens rättspraxis avseende dessa begrepp måste beaktas.

4 a § samt 9–9 d §§

Det bör övervägas om och i vilken utsträckning de aktuella bestämmelserna behöver stå i utstationeringslagen eller om de eller delar av dem inte hellre kan införas i förordning. I övrigt har Arbetsdomstolen inga synpunkter på förslagen i denna del.

5 c §

I betänkandet SOU 2008:123 föreslogs en liknande bestämmelse som den som nu föreslås i 5 c § utstationeringslagen. I sitt remissyttrande till det betänkandet framhöll Arbetsdomstolen att förslaget väckte flera frågor som inte besvarades i utredningen. Domstolen ifrågasatte även om en sådan regel var nödvändig för att uppfylla EU-rätten.

Arbetsdomstolen delar utredningens uppfattning att det till följd av tillämpningsdirektivet kan finnas skäl att överväga en bestämmelse av

föreslaget slag. Den föreslagna regelns utformning bör dock övervägas ytterligare.

I det fortsatta lagstiftningsarbetet bör följande uppmärksammas.

Uttrycket ”arbetsvillkor” saknar självständig betydelse i svensk arbetsrätt och kan utgå. Arbetsdomstolen kan inte se något skäl till att i lagtexten ange att kollektivavtalet ska ha slutits av en svensk arbetstagarorganisation.

Det bör framgå att det kollektivavtal som avses är det som är tillämpligt på det arbete som arbetstagaren utför (jfr 26 § medbestämmandelagen). Om en utstationerande arbetsgivare träffar kollektivavtal med ett LO-förbund är detta kollektivavtal normalt inte tillämpligt på tjänstemän som är anställda hos arbetsgivaren.

Vidare bör formuleringen ”får åberopa” utgå. Syftet med bestämmelsen är att arbetstagaren ska ha rätt till arbetsvillkoren enligt det aktuella kollektivavtalet trots att arbetstagaren inte är bunden av avtalet (jfr 26 § medbestämmandelagen). Detta bör uttryckas på annat sätt än att arbetstagaren har rätt att åberopa villkoren. Det bör således i lagtexten anges att den utstationerade arbetstagaren har rätt till den lön och de villkor som framgår av 5 a § eller 5 b §. Det klargörs då att den utstationerade arbetstagaren är berättigad till dessa förmåner, men att hon eller han inte är förpliktad enligt andra regler i kollektivavtalet. Vidare bör det klargöras att regeln är tvingande. Mot bakgrund härav krävs en omarbetning av lagtexten.

21 § tredje stycket

Arbetsdomstolen är inte övertygad om att det utredningen anför om 2012 års Bryssel I-förordning är korrekt, dvs. att förordningen medför att det inte är möjligt att ha en regel om domsrätt vid talan mot utstationerande arbetsgivare som inte har sitt hemvist inom EES eller Schweiz.

Enligt artikel 1 utstationeringsdirektivet – som har rubriken tillämpningsområde – får företag som är etablerade i en icke medlemsstat inte behandlas förmånligare än företag som är etablerade i en medlemsstat. Artikel 1.4 innebär en skyldighet för medlemsstaterna att se till att företag som är etablerade utanför EU/EES inte behandlas förmånligare. Om talan mot en sådan arbetsgivare inte kan väckas i värdstaten kommer dessa att behandlas förmånligare än företag som är etablerade inom EU/EES. Det ligger därför nära till hands att anse att utstationeringsdirektivet även reglerar domsrätt i frågan om sådana företag. Den nuvarande ordningen skulle därmed ha stöd i en unionsrättsakt på sätt som anges i artikel 67 i Bryssel I-förordningen.

Vidare kan det ifrågasättas om det krävs stöd i unionsrättsakter för att införa en regel om domsrätt i förhållande till utstationerande arbetsgivare som är etablerade utanför EU/EES. Bryssel I-förordningen anger att talan mot den som har hemvist i en medlemsstat ska väckas vid domstolen i den medlemsstaten (artikel 4 och såvitt avser tvister om anställningsavtal artikel 21.1). I fråga om svaranden som har hemvist i en medlemsstat är förordningen tvingande på så sätt att talan mot den som har hemvist i en medlemsstat bara får väckas vid domstol i en annan medlemsstat om domsrätt föreligger enligt andra regler i förordningen (artikel 5) eller på visst sätt följer av andra unionsrättsakter (artikel 67). Om svaranden inte har hemvist i en medlemsstat är utgångspunkten enligt artikel 6 att domsrätten bestäms i enlighet med nationell lag, men att bl.a. artikel 21.2 ska beaktas. I den senare artikeln anges att tvister mot en arbetsgivare som inte har hemvist får väckas vid domstol i den medlemsstat som utpekats i 21.1 (forum loci laboris eller anställningsorten). Att artikeln anger att talan ”får väckas” innebär att det ska vara möjligt för en arbetstagare att väcka talan mot en arbetsgivare i en sådan situation. En svensk domstol måste alltså ta upp en talan mot en arbetsgivare som inte har hemvist i någon medlemsstat om förutsättningarna i artikel 21.1 är uppfyllda. Däremot kan det inte av artikel 21.2 och artikel 6 utläsas att dessa skulle hindra medlemsstaterna att för andra fall ha regler om domsrätt vid en talan mot en arbetsgivare som inte har hemvist i någon medlemsstat.

Det bör således övervägas om det föreslagna fjärde stycket i 21 § kan utgå.

21 och 22 §§

21 och 22 §§ bör kunna samordnas i en eller två paragrafer där det först anges t.ex. följande.

Mål om tillämpningen av denna lag som rör kollektivavtal eller förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare handläggs enligt (1974:371) om rättegången i arbetstvister. Talan får föras vid tingsrätten i den ort där arbetstagaren är eller har varit utstationerad.

Med en sådan formulering klargörs dels att svensk domstol är behörig, dels att andra tvister än arbetstvister inte ska handläggas enligt arbetstvistlagen. Ett exempel på sådan tvist kan vara tvister om regress mellan näringsidkare enligt den föreslagna 7 a §.

I ett andra stycke eller en annan paragraf kan sedan finnas en uppräkningslista av vilka preskriptionsbestämmelser m.m. som ska tillämpas.

Entreprenörsansvar (7 a – 7 b §§)

Direktivets artikel 12 om ansvar för lön i entreprenadkedjor ger upphov till en mängd svårbedömda rättsfrågor. Dessa förtjänar en ingående analys vilken inte låter sig göras inom de tidsramar som sätts av genomförandefristen.

En generell anmärkning mot utredningens förslag i denna del är att den föreslagna lagtexten inte fullt ut återspeglar den reglering utredningen säger sig eftersträva. Det är därför svårt att bedöma förslaget's innebörd.

Med denna reservation får Arbetsdomstolen framföra följande synpunkter.

1. Utredningen föreslår att ansvaret inte ska vara begränsat till minimilön, utan omfatta den avtalade lönen. Arbetsdomstolen har inget att invända mot detta. Lagtexten är dock otydlig och bör omarbetas.

I 7 a § andra stycket anges att ansvaret ”omfattar högst den avtalade lönen och lägst sådan minimilön enligt 5 a §, eller i fråga om utstationerade utyrda arbetstagare, lön enligt 5 b §.” Lagtexten antyder att den ansvarige näringsidkaren är skyldig att betala den minimilön i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen även om arbetsgivaren inte skulle vara bunden av avtalet. Detta tycks dock inte vara avsikten. Det bör vara tillräckligt att ange att ansvaret avser den utstationerade arbetstagarens lön och att det i motivtexten förklaras att lönen kan framgå av en överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare, kollektivavtal som båda är bundna av, reglerna i den föreslagna 5 c § eller på annat sätt.

2. Utredningen föreslår att ansvaret ska vara subsidiärt och att beställaren ska vara skyldig att betala lönen endast om arbetstagaren har en exekutionstitel mot arbetsgivaren och ett bevis från t.ex. kronofogden att arbetsgivaren inte har tillgångar för att betala lönekravet (SOU 2015:38 s. 132).

Att arbetsgivaren ”inte betalar lönen” kan inte sägas klargöra att arbetstagaren ska ha en exekutionstitel och t.ex. bevis om utmätning. Att en likande formulering återfinns i 7 § lagen (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige och där anses ha samma innebörd, förändrar inte denna bedömning.

Vidare föreslås att kravet mot beställaren ska framställas senast tre månader efter att lönen förföll till betalning. Det anges inte klart vilken rättsföljden blir om så inte sker, men Arbetsdomstolen utgår från att tanken är att kravet mot beställaren därefter är preskriberat.

Arbetsdomstolen är tveksam till förslaget i denna del. Domstolen har stor förståelse för behovet av tydliga och korta frister för att göra ansvaret gällande mot beställaren. Samtidigt torde det i praktiken vara ogörligt för en utstationerad arbetstagare att inom tre månader från att lönen förföll till betalning dels få en exekutionstitel, dels erhålla ett bevis om att arbetsgivaren saknar tillgångar. Detta blir särskilt uppenbart eftersom den utstationerade arbetsgivaren per definition har sitt hemvist utomlands. Om t.ex. betalningsföreläggande söks i Sverige lär arbetsgivaren behöva bli delgiven utomlands och när betalningsföreläggande meddelats måste arbetstagaren t.ex. ansöka om utmätning utomlands.

Enligt Arbetsdomstolen finns det skäl att överväga andra lösningar.

En lösning skulle kunna vara att ansvaret aktualiseras redan om arbetsgivaren inte betalat när lönen förfallit till betalning men samtidigt korta preskriptionsfristen för beställaransvaret avsevärt. Om den fristen sätts till en månad framstår det som realistiskt att beställaren i sina kontrakt med underentreprenörer tar in bestämmelsen som ger beställaren rätt att innehålla betalning till säkerhet för krav på ansvar för lön som framställs enligt bestämmelsen.

En annan lösning skulle kunna vara att ansvaret inträder om arbetsgivaren uppmanats att betala klar och förfallen skuld men underlåtit att göra detta inom en viss kortare tid (jfr 2 kap. 9 § konkurslagen). Om en sådan lösning väljs måste det övervägas hur uppmaningen ska delges arbetsgivaren.

3. Tanken med lagförslaget är att den utstationerade arbetstagaren ska kunna välja att kräva lönen av antingen arbetsgivarens direkta kontraktspart eller entreprenörer högre upp i kontraktskedjan. Gentemot arbetstagaren ska dessa, som det förstås, svara solidariskt, dvs. "en för alla och alla för en" (jfr 2 § första stycket skuldebrevslagen). Av sista stycket framgår att den av beställarna som betalat lönen regressvis ska kunna kräva den betalade lönen av arbetsgivaren. Däremot framgår det inte om eller på vilket sätt den av beställarna som betalat lönen ska kunna kräva någon av de andra ansvariga

beställarna. Frågan är om det ske enligt 2 § andra stycket skuldebrevslagen (dvs. att varje beställare som är ansvarig svarar för sin andel). En rimligare ordning torde vara att den som enligt bestämmelsen betalat arbetstagaren kan kräva betalt av den näringsidkare som betalaren anlitat eller någon som denne i sin tur anlitat. På så sätt skulle kan ansvaret förskjutas ”neråt” i ansvarskedjan.

4. Fjärde stycket innehåller en regel enligt vilken den mot vilken kravet framställs inom två veckor ska underrätta övriga i entreprenörskedjan om kravet. Arbetsdomstolen har svårt att se syftet med en sådan lagregel och vilka rättsföljder som är kopplade till att regeln inte följs.

5. Femte stycket innehåller en regel om när betalning ska erläggas. Bestämmelsen förefaller onödig. Av bestämmelsen framgår att ansvar för betalningen förutsätter att arbetstagaren framställer ett krav. Förfallodagen är därmed inte bestämd i förväg (jfr 3 § räntelagen), i stället förfaller beloppet till betalning just genom att kravet framställs. Någon ränta utgår därmed inte förrän den dag som infaller trettio dagar efter t.ex. att kravet framställts (4 § räntelagen).

6. Uttrycket ”Fysisk eller juridisk person som bedriver näringsverksamhet” är omständligt och bör kunna undvikas i lagtexten. Ett förslag är att i stället använda termen näringsidkare, som har en vedertagen betydelse inom konsumenträtten, se t.ex. konsumentköplagen. Om en definition av begreppet näringsidkare anses erforderlig kan en sådan införas i 3 §.

8. Uttrycket ”bygg- och anläggningsverksamhet där byggnader eller anläggningar uppförs, sätts i stånd, underhålls, byggs om eller rivs” kan tas bort ur den föreslagna bestämmelsen och ersättas med en definition av bygg- och anläggningsarbete i § 3.

Arbetsdomstolen delar utredningens uppfattning att det bör vara möjligt att i enlighet med artikel 12.6 genom kollektivavtal finna andra lösningar än de här föreslagna.

Av den föreslagna regeln i 7 b § framgår inte om kollektivavtal ska vara bindande för arbetstägaren, arbetsgivaren och/eller de betalningsansvariga näringsidkarna. Frågan behöver övervägas ytterligare.

Övriga lagförslag

Arbetsdomstolen finner inte anledning att lämna synpunkter på författningsförslagen i övrigt.

Detta yttrande har beslutats av ordförandena Cathrine Lilja Hansson, Carina Gunnarsson, Karin Renman och Jonas Malmberg.

Föredragande har varit Jonas Malmberg.

På Arbetsdomstolens vägnar



Cathrine Lilja Hansson