

MONTI II-FÖRORDNINGENS TILLKOMST OCH FALL

– OM SVÅRIGHETERNA MED ATT REGLERA STREJKRÄTTEN PÅ EU-NIVÅ

Av Mattias Kumlien¹

I mars 2012 presenterade EU-kommissionen den s.k. Monti II-förordningen. Syftet med förordningen var att balansera rätten att vidta stridsåtgärder mot etableringsfriheten och den fria tjänsterörligheten inom EU. Bakgrunden var den intensiva debatt som pågått sedan 2007/2008 och EU-domstolens kontroversiella avgöranden i den s.k. Lavalkvartetten. I september 2012 drogs dock förslaget till förordning tillbaka på grund av bristande stöd från medlemsstaterna.

Det är denna utveckling som bildar utgångspunkt för artikeln. Syftet är att analysera förordningens tillkomst och fall för att på så sätt kunna besvara följande frågeställning: varför utformades förordningen som den gjordes och varför föll den?

Med utgångspunkt i förordningen och de subsidiaritetsinvändningar mot förordningen som tolv av 27 medlemsstater gjorde diskuteras i artikeln förordningens utformning och innehåll samt de begränsade konstitutionella förutsättningarna för dess antagande. Det sistnämnda är särskilt problematiskt med hänsyn till att EU-domstolen, till skillnad från den ”lästa” lagstiftaren, i princip kan agera fritt på området. Till följd härav har en asymmetri uppstått där rättsutvecklingen i princip endast sker genom avreglering (s.k. negativ integration).

Monti II-förordningen är även intressant mot bakgrund av att det rättsliga landskapet idag är ett annat än vid tiden för avgörandena i Lavalkvartetten. Lissabonfördraget har trätt i kraft och det finns anledning att tala om ett paradigmskifte genom vilket de sociala rättigheternas ställning, där rätten att vidta stridsåtgärder ingår, har stärkts. Det är därför intressant att undersöka hur Monti II-förordningen förhåller sig till den senaste utvecklingen och hur en reglering skulle kunna utformas de lege ferenda.

I. INLEDNING

I mars 2012 lades den s.k. *Monti II-förordningen*² fram. Syftet med förordningen var att balansera rätten att vidta stridsåtgärder (stridsrätten) mot etableringsfriheten och den fria tjänsterörligheten inom EU. Bakgrunden var

¹ Jur. kand. och biträdande jurist på Roschier Advokatbyrå i Stockholm. Artikeln bygger på delar av författarens examensarbete *Monti II-förordningens tillkomst och fall*, skrivet vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet, 2012.

² COM (2012) 130 final, Förslag till rådets förordning om utövandet av rätten att vidta kollektiva åtgärder i samband med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.

den intensiva debatt som pågått alltsedan EU-domstolens avgöranden i den s.k. *Lavalkvartetten*³. Till grund för debatten har två skilda uppfattningar om avgörandenas implikationer legat. Kritiker av domarna har hävdats att de urholkat sociala rättigheter (t.ex. stridsrätten), medan de som välkomnat domarna menat att stora hinder för den fria rörligheten inom EU rivits ned.

Utan att ta ställning i frågan kan det konstateras att avgörandena har skapat starka motsättningar i såväl EU som medlemsstaterna. Upphovsmannen till Monti II-förordningen, den italienske f.d. EU-kommissionären och numera avgående premiärministern Mario Monti, har träffande beskrivit det som att EU-domstolens rättspraxis har ”blottlagt sprickan mellan EU:s inre marknad och dess sociala dimension”.⁴ En uppfattning om att EU i och med avgörandena rubbat balansen mellan arbetsmarknadens parter har slagit rot och viktigt politiskt stöd för ökad ekonomisk integration av EU har därmed riskerat gå förlorat. Av denna anledning slog Europaparlamentet redan i oktober 2008 fast att lagstiftningsåtgärder var nödvändiga.⁵

I september 2012 drogs emellertid förslaget till förordning tillbaka på grund av bristande stöd från medlemsstaterna. För att förordningen skulle ha antagits hade det krävts enhällighet i rådet och att sådan konsensus saknades framgick tydligt av de subsidiaritetsinvändningar mot förordningen som tolv av 27 medlemsstater gjorde. Mot bakgrund av detta är det intressant att analysera Monti II-förordningens tillkomst och fall. Med andra ord; *varför utformades förordningen som den gjordes och varför föll den?*

En sådan undersökning är motiverad av flera skäl. För *det första* tycks förordningen ha fallit vid en tidpunkt när den som mest behövdes om man beaktar dagens starka motsättningar och arbetsmarknadens parter gemensamma önskan om ett klagande av rättsläget.⁶ För *det andra* var den rättsliga kontexten vid tiden för Monti II-förordningen en annan än 2007 2008 och avgörandena i

3 Mål C-438/05 Internationella transportarbetarefederationen och Finlands sjömansunion mot Viking Line ABP och OU Viking Line Eesti (REG 2007 s. I-10779), Mål C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet (REG 2007 s. I-11767), Mål C-346/06 Rüffert (REG 2008 s. I-01989) och Mål C-319/06 Kommissionen mot Luxemburg (REG 2008 s. I-04323).

4 Monti, M., rapport till EU-kommissionen, *A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society*, 9 maj 2010 (cit: Montirapporten), s. 68.

5 Resolution av den 22 oktober 2008 om de utmaningar som kollektivavtal möter inom EU (2008/2085(INI)).

6 ETUC och BUSINESSEUROPE:s gemensamma rapport, *Report on Joint Work of the European Social Partners on the ECJ Rulings in the Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg Cases*, 19 mars 2010 (cit: ETUC och BUSINESSEUROPE:s gemensamma rapport).

Lavalkvartetten. En viktig skillnad är att EU i och med att Lissabonfördraget trätt i kraft (den 1 januari 2009) ska ansluta till Europakonventionen för mänskliga rättigheter (EKMR) samt erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställts i EU:s rättighetsstadga⁷. I ljuset av detta är det av intresse att undersöka hur Monti II-förordningen förhåller sig till det nya rättsliga landskap som vuxit fram. *För det tredje* är en analys av Monti II-förordningen nödvändig för att identifiera möjliga vägar framåt. *För det fjärde* är det första gången som medlemsstaterna utnyttjar möjligheten att genom subsidiaritetsinvändningar återförvisa ett lagförslag till kommissionen och det finns författaren veterligen inte mycket skrivet om just Monti II-förordningen och subsidiaritetsinvändningarna.⁸

2. EN RÄTTSLIG BAKGRUND

För att förstå krafterna bakom Monti II-förordningens tillkomst är det viktigt att ge en rättslig bakgrund. Förordningen kan sägas utgöra kulmen på en diskussion som pågått i flera decennier men som intensifierats på senare år. I grunden handlar diskussionen om vilken roll EU ska spela. Utvecklingen har gått från ett kol- och stålsamarbete med underliggande fredssyfte till ett ambitiöst socialt projekt. Bristen på kompetens på arbetsrättens område löper dock som en röd tråd genom fördragen.

2.1 UTVECKLINGENS OLIKA FASER

Rättsutvecklingen på området kan delas upp i olika faser. En grundläggande skillnad kan göras mellan tiden då social utveckling på EU-nivå sågs som en *följd* av ekonomisk integration och tiden då social utveckling utgjorde ett *självändamål*. Med inspiration från bland annat en rapport författad av ILO-experter under ledning av den svenske ekonomen Bertil Ohlin (den s.k. Ohlinrapporten), var den bärande idén bakom Romfördraget att ekonomisk tillväxt födde social utveckling (se art. 2 Romfördraget). Den politiska viljan tycks dock inte ha räckt till mer än en programförklaring och redan här separerades alltså EU:s sociala och ekonomiska dimensioner. En följd av detta var att medlemsstaterna i EU:s initiala skede tilläts utveckla sina sociala modeller utan att EU-domstolen ingrep.

7 Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

8 Jfr dock Fabbrini, F., och Granat, K., "Yellow Card, but No Foul": The Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike and the Reaction of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol, (under utgivande i The Common Market Law Review) (cit: Fabbrini & Granat) samt Bruun, N., Bücker, A., och Dorsemont, F., *Balancing Fundamental Social Rights and Economic Freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 28, Nr. 3 (2012), s. 279–306.

Under 1970-talet hette det emellertid att det sociala området var lika viktigt som det ekonomiska.⁹ Idén om välfärdsstaten hade fått fäste i Västeuropa och det ansågs nödvändigt att förse unionen med ett socialt ansikte för att inte äventyra den fortsatta ekonomiska integrationen. Redan här uppmärksammades den spricka för vilken det skulle varnas för i Montirapporten nästan 40 år senare. Vid den här tiden började också EU-domstolen att avreglera marknaden genom att nationell reglering som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindrade samhandeln och den fria rörligheten för *varor* inom unionen ifrågasattes.¹⁰ Utvecklingen innebar att många nationella sociala regler underkändes, vilket ökade kraven på social utveckling på EU-nivå. Viss arbetsrättslig reglering antogs också men denna grundades inte på någon *arbetsrättslig* kompetens utan med stöd av en bestämmelse motsvarande den s.k. flexibilitetsklausulen i Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (EUF-fördraget) (art. 352) som Monti II-förordningen kom att grundas på.

1979 bröts dock den socialpolitiska enigheten när Margaret Thatcher tillträdde som brittisk premiärminister och utnämnde facket till ”the enemy within”.¹¹ Storbritannien blockerade effektivt arbetsrättsliga initiativ på EU-nivå under stora delar av 1980-talet. Under slutet av 1980-talet förändrades dock bilden av EU som en samling homogena stater när flera nya länder anslöt. Samarbetet ställdes nu inför nya utmaningar, inte minst hur man skulle förhålla sig till det faktum att anställnings- och arbetsvillkoren runtom i EU varierade. Vid den här tiden hade också det politiska dödläget brutits genom att det i anslutning till Maastrichtfördraget 1992 slöts ett särskilt avtal om socialpolitik. Avtalet utvidgade EU:s kompetens något genom att de elva medlemsstaterna bemyndigades att, med kvalificerad majoritet, anta de rättsakter och beslut som krävdes för att uppnå de sociala mål som satts upp i avtalet.

I mitten av 1990-talet kan således en social dialog sägas ha upprättats. I takt med att samhandeln ökade blev frågan hur de ekonomiska friheterna bör balanseras mot sociala hänsyn allt viktigare. Till följd härav gjordes försök att reglera rättsläget. Exempelvis antogs *arbetstidsdirektivet*¹², varigenom begränsningar gällande arbetstid infördes, och *utstationeringsdirektivet*¹³, som syftade till att reglera arbets- och anställningsvillkoren för arbetstagare som utför ar-

9 EU Bulletin, nr. 10/1072.

10 Mål C-8/75 Dassonville (REG 1974 s. I-00837). En liknande utveckling beträffande tjänster och personer skulle följa senare.

11 Se Wilenius, P., BBC News, 5 mars 2004, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/3067563.stm (senast besökt den 28 februari 2013).

12 Direktiv 93/104/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.

13 Direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

bete i en annan medlemsstat. Någonstans här började dock problem av konstitutionell karaktär uppstå på grund av EU:s avsaknad av arbetsrättslig kompetens i samband med att den flexibilitet som tidigare präglade antagandet av arbetsrättslig reglering började ifrågasättas. Så skedde t.ex. i *Storbritannien mot Rådet*¹⁴ där Storbritannien (utan framgång) hävdade att en bestämmelse om arbetsmiljö inte kunde användas som rättslig grund för arbetstidsdirektivet såsom skett.

Det andra direktivet, utstationeringsdirektivet, handlar precis som Monti II-förordningen om att balansera den fria rörligheten mot skyddet mot social dumpning. Direktivet klargjorde att nationell lagstiftning eller kollektivavtal inte bara *kunde* utan *skulle* utsträckas till att gälla även gästande arbetstagare och företag. Gästande arbetstagare garanterades en ”hård kärna” av rättigheter som t.ex. arbetsmiljö och minimilön.¹⁵ Trots sin karaktär av ett arbetsrättsligt skyddsdirektiv antogs direktivet med stöd av den fria rörligheten för tjänster eftersom det annars troligen inte kunde ha antagits. En intressant tanke är vad som hade hänt om Storbritannien väckt talan även mot utstationeringsdirektivet och hävdat att det antagits på fel grund. Någon sådan talan väcktes dock inte den här gången.

I samband med att utstationeringsdirektivet antogs uppstod frågan om det var ett minimi- eller maximidirektiv.¹⁶ Före Lavalkvartetten sågs direktivet av många som ett minimiskydd som inte hindrade värdstaten från att erbjuda ett ännu starkare skydd.¹⁷ I samband med den s.k. östutvidgningen 2004, då flera länder, bland annat Estland, Lettland, Litauen och Polen, blev nya medlemmar i EU, skulle det dock visa sig att EU-domstolen inte delade den uppfattningen utan istället såg direktivet som ett maximidirektiv. Genom EU-intrådet fick dessa länder tillträde till en marknad med över 20 miljoner företag och 500 miljoner konsumenter där flera av de nya länderna kunde utnyttja en annan del av det Ohlinska idéarvet; sina *komparativa fördelar* i form av billigare arbetskraft. Utvecklingen medförde emellertid s.k. ”välfärdsluster” för arbetstagarna i värdstaterna i form av lägre sysselsättning och ett tryck nedåt på löner, vilket ökade spänningarna inom unionen.¹⁸

14 Mål C-84/94 Storbritannien mot Rådet (REG 1996 s. I-05755).

15 Se Mål C-113/89 Rush Portuguesa (REG 1990 s. I-01417) som fastslog att skyddet kunde utsträckas.

16 Se Malmberg, J., i Rönmar, M. (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Swedish Studies in European Law, Hart Publishing, Vol. 4 (2011), s. 78.

17 Kilpatrick, C., *Laval's Regulatory Conundrum: Collective Standard-Setting and the Court's New Approach to Posted Workers*, i *European Law Review*, Vol. 34, Nr. 6 (2009), s. 844–865. Se även Malmberg, J. och Johansson, C., *The Commission's Posting Package*, SIEPS, 2012:8, s. 6.

18 Sigeman, T., *Fackliga stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag*, SvJT, 2008, s. 553 (cit: Sigeman, SvJT, 2008).

2.2 SÄRSKILT OM STRIDSRÄTTEN INOM EU

Stridsrätten är av tradition en politiskt känslig fråga och bland EU:s medlemsstater finns flera olika arbetsrättsliga modeller representerade och i det hänseendet är EU onekligen ”plurijural”.¹⁹ Inom anglosaxisk rättstradition talar man exempelvis om en *frihet* medan man i den romansk-germanska eller kontinentala rättstraditionen talar om en *rätt* att vidta stridsåtgärder.²⁰ I den nordiska modellen åtnjuter stridsrätten ett starkt (grundlags)skydd. Detta till trots har stridsrätten ända fram tills nyligen i princip lämnats oreglerad på EU-nivå vilket har att göra med att det saknas kompetens även här.²¹ Stridsrätten utesluts t.o.m. uttryckligen från EU:s kompetens (art. 153.5 EUF-fördraget), till vilket jag ska återkomma.

2.3 NÅGOT OM EU-DOMSTOLENS SYN PÅ ARBETSRÄTTEN

Rent allmänt tycks domstolen länge ha intagit en försiktig hållning, inte minst till stridsrätten.²² Föreningsfriheten, d.v.s. rätten att organisera sig och att agera i fackligt intresse, erkändes visserligen redan på 1970-talet²³ men så sent som 1999 tycks generaladvokaten Jacobs uttalande i målet *Albany*²⁴ om att stridsrätten åtnjuter skydd i EU-rätten fortfarande ha utgjort något av en skiljaktig mening. En särskilt viktig del av rättsutvecklingen var skiftet från diskriminerings- till marknadstillträdesdoktrinen.

2.3.1 DISKRIMINERINGSOKTRINEN

Avgörande vid bedömningen av en nationell bestämmelses förenlighet med de ekonomiska friheterna var länge huruvida gästande arbetstagare likabehandlades i relation till arbetstagare från värdstaten. Ett exempel på detta är avgörandet *Kommissionen mot Frankrike*²⁵ som gällde den franska statens underlåtenhet att upphäva en nationell föreskrift enligt vilken en viss andel av besättningen på franska skepp måste vara av fransk nationalitet. Domstolen fann visserligen att föreskriften hade en diskriminerande effekt på arbetstagare från

19 Legrand, P., *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 1, Vol. 60 (1997), s. 44. Se även Kahn-Freund, O., *Uses and Misuses of Comparative Law*, *Modern Law Review*, Vol. 37 (1974), s. 21, som t.o.m. menar att reglering beträffande den kollektiva arbetsrätten inte är möjlig att överföra mellan rättssystem.

20 Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, 2012, s. 772.

21 Förslag på en harmonisering av stridsrätten på EU-nivå har emellertid inte saknats. Se t.ex. Jacobs, A., *Towards Community Action on Strike Law?*, *Common Market Review* (1978), Vol. 15, s. 133–135.

22 Barnard, C., *Squaring the Circle*, (cit: Barnard, *Squaring the Circle*), s. 4. Ännu ej utgivet manus, finns som elektroniskt dokument hos författaren (Mattias Kumlien).

23 Se t.ex. Mål C-175/73 *Union Syndicale* (REG 1974 s. I-00917).

24 Mål C-67/76 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (REG 1999 s. I-5751), generaladvokatens förslag till avgörande punkt 159.

25 Mål C-167/73 *Kommissionen mot Frankrike* (REG 1974 s. I-00359).

andra medlemsstater men slog också fast att det i diskrimineringsförbudets natur låg ett legitimt intresse av att arbetstagare från värdstaten inte utsattes för de ogynnsamma följder som kunde uppstå om arbetstagare från andra medlemsstater anställdes till sämre anställnings- eller arbetsvillkor än de som följde av nationell rätt. I linje med detta uttalade domstolen i målet *Albany*²⁶ att det otvivelaktigt är så att ett kollektivavtal kan ha vissa konkurrenshämmande effekter, men att kollektivavtalets funktion som garant för vissa sociala rättigheter allvarligt skulle urholkas om dessa effekter inte tilläts.

2.3.2 MARKNADSTILLTRÄDESDOKTRINEN

Utvecklingen har dock rört sig från diskrimineringsdoktrinen vilket markerades tydligt dels genom den enhetsakt som antogs 1987, dels genom avgörandet *Säger*²⁷ 1990. I målet fastslog domstolen att den fria rörligheten (för tjänster) *inte bara* innebär ett förbud mot diskriminering på grund av nationalitet utan också mot alla hinder för marknadstillträde, detta *oavsett* om hindret ifråga även gäller för nationella aktörer. Avgörande vikt fästes vid vilken effekt den nationella bestämmelsen hade på det gästande företaget och inte om bestämmelsen i sig gjorde någon skillnad mellan gästande och nationella företag.

Ett annat exempel på att domstolen bytt fot kom genom målet *Schindler*²⁸ där reklam från ett tyskt lotteribolag riktat till brittiska konsumenter beslagtogs av den brittiska tullen. De aktuella nationella bestämmelserna gjorde ingen skillnad mellan briter och icke-briter vilket också uppmärksammades av EU-domstolen som ansåg att bestämmelserna var berättigade bland annat med hänsyn till risken för bedrägerier. Domstolen uttalade dock vidare att nationell lagstiftning kan omfattas av den fria rörligheten i fördraget, även om den är tillämplig *utan åtskillnad*, om den förbjuder eller på annat sätt stör verksamheten för en person som tillhandahåller tjänster och som är etablerad i en annan medlemsstat, där han lagligen tillhandahåller motsvarande tjänster.²⁹

2.4 LAVALKVARTETTEN

Rättsläget före Lavalkvartetten präglades således av en strävan att stärka sociala rättigheter och att avreglera handelshindrande nationella bestämmelser. Den balansakt detta innebar skulle sättas på ordentligt prov i samband med östutvidgningen 2004. Nivån på arbetsvillkoren i nya medlemsstater som t.ex. Lettland och Polen var överlag lägre än i de äldre medlemsstaterna. Den sit-

26 Mål C-67/96 Albany (REG 1999 s. I-05751).

27 Mål C-76/90 Säger mot Dennemeyer & Co Ltd (REG 1991 s. I-04221).

28 Mål C-275/92 Schindler (REG 1994 s. I-01039).

29 Mål C-275/92 Schindler (REG 1994 s. I-01039), se särskilt punkt 43.

uation detta ledde till har träffande beskrivits som en ”explosiv cocktail” av kollisioner mellan (i) grundläggande ekonomiska rättigheter på EU-nivå och sociala rättigheter på nationell nivå och (ii) rättigheter och förväntningar hos arbetstagare i de nya medlemsstaterna och de gamla medlemsstaternas intressen.³⁰ Även EU-domstolens sätt att hantera situationen skulle få en explosiv verkan, vilket jag snart ska utveckla. Eftersom *Viking* och *Laval* är av störst intresse för den här framställningen kommer de två övriga avgörandena i Lavalkvartetten, *Rüffert* och *Luxembourg*, endast att behandlas kortfattat.

2.4.1 VIKING

I fallet *Viking* hade ett finskt fartyg utflaggats till Estland för att kollektivavtal skulle kunna tecknas med det estniska facket till en lägre kostnad än i Finland. Trots att det finska facket varslade om strejk stod rederiet fast vid sin avsikt att flagga ut fartyget och väckte i augusti 2004 talan vid en domstol i London, där det Internationella Transportförbundet (ITF), till vilket det finska facket var anslutet, hade sitt huvudkontor. Till saken hör att Estland tre månader tidigare blivit medlem i EU vilket medförde att EU-rättens regler om etableringsfrihet var tillämpliga i fallet. Följaktligen begärde rederiet att ITF skulle förpliktas att återkalla det cirkulär varigenom man hade uppmanat alla fackföreningar att inte förhandla med Viking Line eftersom detta hindrade utflaggningen av Rosella och därmed rederiets etableringsfrihet. Efter att målet överklagats ställdes tolkningsfrågan till EU-domstolen huruvida de fackliga åtgärderna inneburit en omotiverad inskränkning av den fria rörligheten. I sitt svar uttalade EU-domstolen följande.³¹ Fördragets bestämmelser om etableringsfrihet är tillämpliga när fackliga stridsåtgärder vidtas. De av finska facket och ITF vidtagna åtgärderna utgör en inskränkning av etableringsfriheten eftersom det framstår som *mindre lockande* och till och med *meningslöst* för rederiet att utöva sin rätt till fri etablering inom EU då rederiet hindrats från att i Estland åtnjuta samma behandling som övriga redan där etablerade aktörer får. En sådan inskränkning är endast godtagbar om den har ett *legitimt ändamål*, till exempel att skydda arbetstagare. Även om en stridsåtgärd *prima facie* skulle kunna anses omfattas av ändamålet att skydda arbetstagare så kan stridsåtgärderna inte längre kvalificeras på detta sätt om det visas att anställningarna eller arbetsvillkoren inte var *i fara eller allvarligt hotade*. Även om det visas att så är fallet får stridsåtgärder endast vidtas om de är *lämpliga* för att uppnå det angivna syftet och inte heller går utöver vad som är *nödvändigt* för att uppnå detta syfte. Dessutom får stridsåtgärder vidtas först när alla andra medel som innebär en mindre inskränkning i etableringsfriheten är *uttömda*.

30 Barnard, C., *Squaring the circle*, s. 5.

31 För det följande, se punkterna 80–95, Mål C-438/05 Internationella transportarbetarefederationen och Finlands sjömansunion mot Viking Line ABP och OU Viking Line Eesti (REG 2007 s. I-10779).

2.4.2 LAVAL

Laval var ett lettiskt företag som hade utstationerat byggarbetare till Sverige. Efter att kollektivavtalsförhandlingar strandat mellan Laval och det Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) tecknade istället Laval kollektivavtal i Lettland. Byggnads försatte därför Laval i blockad och sympatiåtgärder vidtogs av Svenska Elektrikerförbundet. Laval väckte talan vid Arbetsdomstolen för att få stridsåtgärderna olovligförklarade såsom stridande mot EU-rättens regler om fri rörlighet för arbetstagare och icke-diskriminering. Arbetsdomstolen beslutade först i ett interimistiskt avgörande att inte förbjuda stridsåtgärderna men beslutade sedan under huvudförhandling i målet att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen (AD 2004 nr 111 och AD 2005 nr 49). EU-domstolen konstaterade följande.³² Utstationeringsdirektivet berättigar inte värdstaten att kräva att arbets- och anställningsvillkoren för arbetstagare utstationerade på dess territorium går utöver vad direktivets tvingande reglerna för *minimiskydd* föreskriver. Rätten att vidta fackliga stridsåtgärder är en *grundläggande rättighet* som utgör en integrerad del av EU-rätten och det ankommer på domstolen att säkerställa dess efterlevnad. Detta innebär emellertid inte att stridsåtgärder faller utanför EU-rättens *tillämpningsområde* när de vidtas mot ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat och som utstationerar arbetstagare till värdstaten. Stridsrätten kan få till följd att företag som är etablerade i en annan medlemsstat kan se sig tvingade att genomföra fackliga förhandlingar under obestämd tid och ansluta sig till ett kollektivavtal vars innehåll går utöver det minimiskydd som garanteras i utstationeringsdirektivet. Detta kan göra det *mindre lockande* och till och med *svårare* för dessa företag att bedriva verksamhet i Sverige, vilket utgör en inskränkning av den fria tjänsterörligheten.

En sådan begränsning kan endast godtas om den har ett *legitimt ändamål* som är *förenligt med fördraget* och är motiverat av *tvingande hänsyn till allmänintresset*. Inskränkningen ska dessutom vara ägnad att säkerställa förverkligandet av stridsåtgärdens syfte och inte gå utöver vad som är *nödvändigt* för att uppnå detta syfte.³³ Tillämpat på det aktuella fallet fann domstolen att blockaden var ägnad att skydda arbetstagare i Sverige mot social dumpning och att den därför grundades på tvingande hänsyn till allmänintresset. Detta intresse ansågs emellertid inte motivera blockaden eftersom de specifika skyldigheter en anslutning till det aktuella kollektivavtalet skulle medföra för bolaget skulle gå utöver vad de tvingande reglerna i utstationeringsdirektivet stipulerade.

32 För det följande, se punkterna 81–116, Mål C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet (REG 2007 s. I-11767).

33 En begränsning kan alltså ske i enlighet med det s.k. *Gebhardstestet* d.v.s. vad som uttals av EU-domstolen i Mål C-55/94 Gebhard (REG 1995 s. I-04165).

Det är visserligen inte förbjudet att med lämpliga medel säkerställa att bestämmelser om minimilön iakttas av gästande företag, men det får inte vara *omöjligt* eller *orimligt svårt* att få kännedom om de skyldigheter som åligger företaget. Slutligen konstaterade domstolen att nationella bestämmelser som inte tar hänsyn till de kollektivavtal gästande företag redan är bundna av i den medlemsstat där de är etablerade är *diskriminerande* eftersom de behandlas på samma sätt som inhemska företag som inte tecknat något kollektivavtal.

2.4.3 RÜFFERT OCH LUXEMBOURG

Bakgrunden till tvisten i *Rüffert* var att en tysk delstat krävt att ett företag och dess underleverantörer för att få en offentlig upphandling måste betala sina anställda minst vad som föreskrevs i det på orten gällande kollektivavtalet. Frågan huruvida detta var förenligt med EU-rätten ställdes på sin spets när det framkom att en polsk underleverantör till ett tyskt företag som fått ett byggnadsuppdrag inte betalat sina anställda i enlighet med gällande kollektivavtal. För att få svar på frågan om detta var förenligt med EU-rätten begärde en tysk överinstans ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Domstolen slog fast att varken en medlemsstat eller en fackförening kan kräva att företag från andra EU-länder erbjuder sina anställda något *utöver* vad som följer av den ”hårda kärna” av villkor som anges i utstationeringsdirektivet.³⁴ Vidare fann domstolen att bestämmelsen innebar ytterligare en ekonomisk börda för gästande företag vilket kan medföra att deras tjänster förbjuds, *hindras* eller blir *mindre attraktiva* i värdstaten.³⁵

Det sista målet i Lavalkvartetten, *Luxembourg*, handlade precis som *Laval* och *Rüffert* om tolkningen av utstationeringsdirektivet. *Luxembourg* rörde dock direktivets undantag, d.v.s. vilka möjligheter en värdstat har att göra förbehåll för regler utöver de som tillhör den ”hårda kärnan” om dessa rör så kallad *ordre public*.³⁶ Bakgrunden till tvisten var att luxemburgsk lag stipulerade en rad tvingande regler om gästande företag som utstationerade arbetstagare i Luxemburg. Lagen föreskrev bland annat att handlingarna skulle överlämnas till ett ombud bosatt i Luxemburg och att de därefter skulle förvaras för en obestämd tid efter det att arbetet hade avslutats. Kommissionen menade att flera av reglerna varken hörde till direktivets ”hårda kärna” eller var av karaktären *ordre public* och att gästande företag ålades en extra börda på ett sätt som inskränkte

34 Mål C-346/06 *Rüffert* (REG 2008 s. I-01989), särskilt punkt 30.

35 Mål C-346/06 *Rüffert* (REG 2008 s. I-01989), punkt 37.

36 *Ordre public* är ett förbehåll enligt vilket en nationell domstol under vissa förutsättningar kan underlåta att tillämpa utländsk rätt om denna är uppenbart oförenlig med grunderna för den nationella rättsordningen, Bogdan, M., *Svensk internationell privat- och processrätt*, Norstedts, 2008, s. 77.

den fria tjänsterörligheten. Kommissionen väckte därför fördragsbrottstalan mot Luxemburg.

Frågan för EU-domstolen att ta ställning till var således vad som omfattas av begreppet *ordre public* i direktivets mening. Den luxemburgska staten gjorde gällande att begreppet innefattade alla bestämmelser som enligt värdstaten svarar mot ett tvingande krav av allmänintresse. Denna syn delades dock inte av domstolen som slog fast att undantaget avseende *ordre public* utgör en avvikelse från den grundläggande principen om frihet att tillhandahålla tjänster som ska tolkas *restriktivt* och vars räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat.³⁷

2.4.4 LAVALKVARTETTEN – NÅGRA SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

För *det första* är det tydligt att marknadstillträdesdoktrinen fick genomslag i alla fyra målen. Huvudregeln är fri rörlighet för de ekonomiska friheterna och allt som gör utövandet av dessa ”omöjligt”, ”orimligt svårt”, ”svårare” eller till och med ”mindre lockande” eller ”mindre attraktivt” betraktas som begränsningar som måste motiveras. Följaktligen är utrymmet snävt för nationella bestämmelser eller åtgärder som begränsar de ekonomiska friheterna. Detta framgår särskilt tydligt av *Viking* och *Laval* där EU-domstolen angav att stridsåtgärder endast får vidtas om anställningarna eller arbetsvillkoren på arbetsplatsen är ”i fara” eller är ”allvarligt hotade” och endast som en sista utväg om alla andra medel är ”uttömda”. För *det andra* står det efter Lavalkvartetten klart att utstationeringsdirektivet ska tolkas som ett maximidirektiv. För *det tredje* tycks inte det faktum att stridsrätten uttryckligen faller utanför EU-lagstiftarens kompetens hindra EU-domstolen från att ange dess gränser. För *det fjärde* erkänns stridsrätten som en grundläggande rättighet. Rättigheten kvävs dock i sin linda och tycks enligt EU-domstolens synsätt vara jämlig de ekonomiska friheterna i den orwellska meningen att vissa rättigheter eller friheter är mer grundläggande än andra.³⁸ För *det femte*, och kanske viktigast, får stridsåtgärder endast vidtas i den mån de är proportionella. Den proportionalitetsbedömning som görs i särskilt *Viking* och *Laval* är emellertid problematisk eftersom den är ensidig. Domstolen undersöker hur stridsrätten begränsar de ekonomiska friheterna men ställer aldrig (mot)frågan om hur de ekonomiska friheterna begränsar stridsrätten, vilket får till följd att de ekonomiska friheterna de facto överordnas stridsrätten.

37 Mål C-319/06 Luxembourg (REG 2008 s. I-04323), punkt 30.

38 Orwell, G., *Djurfarmen*, först utgiven 1945, där vissa djur är mer jämlika än andra.

3. MONTI II-FÖRORDNINGEN – EN ANALYS

Mot bakgrund av vad som redogjorts för ovan är det förståeligt att Monti II-förordningen var omdiskuterad redan när den lades fram. Något som ytterligare bidrog till detta var att ett utkast av förslaget läckt ut vid årsskiftet 2011/2012. Intressant nog finns det skillnader mellan den läckta och den slutgiltiga versionen, vilket belyser ett viktigt metodproblem.

Rättskälleläran inom EU-rätten skiljer sig från den traditionella svenska metoden, bland annat genom att det i princip saknas förarbeten i EU-rätten. Det är därför svårt att med traditionell svensk juridisk metod avgöra vilken betydelse skillnader mellan t.ex. förordningens *Explanatory Memorandum* ("EM") och artikeltext ska tillmätas. Mot denna bakgrund omfattar analysen inte bara förordningens artiklar utan även dess ingress, EM, pressmeddelande samt den läckta versionen.

3.1 NÅGOT OM FÖRORDNINGENS SYFTEN

Som framgår av förordningens artikel 1 är syftet med förslaget att klargöra relationen mellan stridsrätten och etableringsfriheten samt den fria tjänsterörligheten. Vid en helhetstolkning av den modell som nys beskrivits framträder emellertid ytterligare ett syfte: att stärka stridsrätten.

Vad menas då med att *stärka* stridsrätten? Eftersom rättsläget utmejslats genom rättspraxis är ett rimligt antagande att en reell förändring av stridsrättens status kräver någon form av indikator på att domstolen kan tänkas resonera på ett annorlunda sätt framgent. En sådan uppfattning kommer också till uttryck i Monti II-förordningen där vikten av att stridsrätten inte reduceras till att bli ett "tomt slagord" eller en "juridisk abstraktion" betonas.³⁹ Vissa formuleringar i förordningen väcker emellertid tvivel angående kommissionens vilja att åstadkomma en reell förändring. I EM:n anges det uttryckligen att syftet inte är att "stjälpa EU-domstolens rättspraxis över ända".⁴⁰

Ytterligare stöd för att syftet är att stärka stridsrätten finns, *för det första*, i EM:n där det understryks att rättsläget ska klargöras genom reglering och inte lämnas till rättstillämpningen. I EM:n fastslås dessutom att inget företräde ska lämnas mellan stridsrätten och de ekonomiska friheterna.⁴¹ *För det andra* slås det i Monti II-förordningens pressmeddelande fast att syftet med förslaget är att "send a strong message" och att stridsrätten är "on an equal footing" med den

39 EM, s. 10. För samma slutsats se även Montirapporten, s. 10.

40 EM, s. 10.

41 EM, s. 12. Jfr dock den läckta version där detta anges i artikeltexten (artikel 2).

fria tjänsterörligheten.⁴² För det tredje följde av den läckta versionens artikel 2 att utövandet av stridsrätten måste vara förenligt med de ekonomiska friheterna och vice versa medan den slutgiltiga versionen anger att utövandet av de ekonomiska friheterna ska vara förenligt med stridsrätten. Med andra ord har man ”bytt plats” på de två rättigheterna i de olika versionerna vilket skulle kunna antyda en annan ordning än tidigare.

3.2 NÅGOT OM FÖRORDNINGENS METOD

Det kan ifrågasättas om det är möjligt att skicka ett tydligt budskap genom allmänna principer (artikel 1 Monti II-förordningen). Än mer tveksamt är om syftet kan uppnås genom en *förordning* som utgör *sekundärrätt*. Det rättsläge Monti II-förordningen avser att klargöra och måhända ändra uppstod efter det att EU-domstolen tolkade fördragen, d.v.s. EU:s *primärrätt*. Eftersom sekundärrätten ska tolkas i ljuset av primärrätten kan man fråga sig om det ens är *möjligt* att med stöd av sekundärrätt ändra rättsläget.⁴³ Tolkningen och tillämpningen av förordningen måste ju ligga i linje med fördraget alldeles oavsett hur skarpt och tydligt förordningen utformats. Det står naturligtvis EU-domstolen fritt att ändra sin praxis, men detta förefaller osannolikt med hänsyn till de principiella uttalanden som gjordes i Lavalkvartetten. Det framstår istället som att man genom domarna gjort en slutlig balansering av stridsrätten och de ekonomiska friheterna. Precis som när det gäller syftet kan emellertid en ytterligare metod läsas in med stöd av EM:n och ingressen till förordningen.⁴⁴

3.3 MOT EN NY PROPORTIONALITETSBEDÖMNING?

3.3.1 PROPORTIONALITETSBEDÖMNINGEN I ETT NYTT RÄTTLIGT LANDSKAP

Vid sidan av EU-domstolens proportionalitetsbedömning finns det intressanta rättskällor där en annan proportionalitetsbedömning görs. EU-domstolen har länge kunnat förhålla sig passiv till dessa, men i och med Lissabonfördragets ikraftträdande är en sådan hållning knappast förenlig med de åtaganden som numera binder domstolen. Av särskilt intresse är den proportionalitetsbedömning som görs inom Europarådssystemet.

Av artikel 6 EUF-fördraget följer att EU ska ansluta sig till EKMR vars grundläggande rättigheter ska ingå i EU-rätten som allmänna principer och att EU:s rättighetsstadga har samma rättsliga värde som fördragen. I artikel 28 av rättighetsstadgan erkänns stridsrätten och i artikel 53 stipuleras att ingen av stadgans bestämmelser får tolkas som att ha en lägre ”skyddsnivå” än den som

42 http://ec.europa.eu/malta/news/21.03.12_workers_protection_en.htm (senast besökt den 23 januari 2013).

43 Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, Norstedts, 2011, s. 39.

44 Se särskilt EM, s. 12 och ingress nr. 11 och 13.

erkänns i någon av de rättsliga dokument vilka EU eller samtliga medlemsstater är parter till. Exempel på sådana dokument är EKMR och ILO:s konventioner nr. 87, 98 och 151.⁴⁵ När det gäller EKMR ska först framhållas att EU inte ännu är part i konventionen, men att frågan inte längre är *om* utan *när* EU blir part. Intressant nog tycks den standard som ILO:s konventioner sätter när det gäller hur stridsrätten får begränsas ha integrerats i Europadomstolens rättspraxis.

3.3.2 PROPORTIONALITETSBEDÖMNINGEN I EUROPADOMSTOLEN

Stridsrätten erkänns visserligen inte explicit i vare sig EKMR eller ILO:s konventioner. Däremot har stridsrätten i Europadomstolens rättspraxis ansetts utgöra en del av den fackliga föreningsfrihet som garanteras i artikel 11. Som framgått ovan har även EU-domstolen nått denna slutsats, men domstolarna skiljer sig åt i synen på hur stridsrätten kan begränsas. Detta blev särskilt tydligt genom två avgöranden från Europadomstolen 2008.

Det första målet, *Demir och Baykara*⁴⁶, gällde visserligen förhandlingsrätten men är principiellt intressant även för stridsrätten eftersom domstolen utvidgade föreningsfriheten till att omfatta konkreta fackliga åtgärder. Bakgrunden till tvisten var att en turkisk fackförening väckt talan om kollektivavtalsbrott. Talan ogillades av en turkisk domstol med hänvisning till att det i turkisk rätt inte fanns några lagregler som stadgade en rätt att bilda fackföreningar och förhandla kollektivt. Frågan togs sedan upp av Europadomstolen som konstaterade att förhandlingsrätten med hänsyn till den utveckling som skett på arbetsrättens område, såväl internationellt som nationellt, i princip blivit ett *oundgängligt moment* av artikel 11.⁴⁷ Domstolen uttalade vidare att begränsningar av föreningsfriheten, enligt artikel 11.2, endast får ske om så är föreskrivet i lag, för att uppnå ett legitimt syfte som i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till hälsa, moral eller säkerhet.⁴⁸

I det andra fallet, *Enerji Yapi-Yol Sen*⁴⁹, utsträckte Europadomstolen resonemanget från *Demir och Baykara* till att även gälla stridsrätten. Målet gällde ett turkiskt strejkförbud för offentliganställda och i målet uttalades för första gången uttryckligen att artikel 11 även omfattar stridsrätten. Domstolen fann, i linje med vad som uttalats i *Demir och Baykara*, att den turkiska statens agerande inte motiverades av ett trängande samhällsbehov och att en oproportionell inskränkning av stridsrätten därför förelåg.

45 Stridsrätten erkänns även i icke-bindande dokument som 1989 års stadga för arbetstagares rättigheter (artikel 13) och i Europarådets sociala stadga (artikel 6.4).

46 *Demir och Baykara mot Turkiet*, dom 12 november 2008.

47 *Demir och Baykara*, dom 12 november 2008, punkt 154 av domen. Författarens översättning och kursivering.

48 *Demir och Boykara*, dom 12 november 2008, punkt 159 f.

49 *Enerji Yapi-Yol Sen mot Turkiet*, dom 21 april 2009.

I båda avgörandena är det tydligt att Europadomstolen beaktat internationella rättsliga dokument, inte minst de standarder som gäller enligt ILO:s konventioner. Mellan dessa och EU-domstolens linje finns en tydlig spänning när det gäller synen på hur stridsrätten får begränsas. Huruvida detta kommer att leda till en öppen konflikt mellan de två domstolarna är inte lika klart.⁵⁰ Det kan dock konstateras att situationen inte är helt oproblematisk, vilket också uppmärksammats i en ILO-rapport från 2010.⁵¹ I rapporten betonades det visserligen att det inte ankom på ILO att bedöma huruvida EU-domstolen gjort en korrekt tolkning av EU-rätten i *Viking* och *Laval*, men sedan noterades med *allvarlig oro* de begränsningar av stridsrätten som avgörandena i praktiken inneburit.

3.3.3 PROPORTIONALITETSBEDÖMNINGEN I MONTI II-FÖRORDNINGEN

Prima facie sägs inte särskilt mycket om proportionalitetsbedömningen i Monti II-förordningen. Här kan jämföras med den läckta versionen där proportionalitetsprincipen uttryckligen nämns i artikeltexten (artikel 2.2). I den slutgiltiga versionen har motsvarande referens flyttats till EM:n och ingressen.⁵² I ingressen konstateras bland annat att såväl stridsrätten som de ekonomiska friheterna kan begränsas och att de därför kan behöva sammanjämkas enligt proportionalitetsprincipen.⁵³ Vidare anges att begränsningar, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast får göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.⁵⁴ Dessutom uttalas att en rimlig avvägning bara kan garanteras om en inskränkning inte tillåts gå utöver vad som är *lämpligt*, nödvändigt och *skäligt* för att genomföra den grundläggande rättigheten eller friheten.⁵⁵

Genom uttalandet om att såväl stridsrätten som de ekonomiska friheterna kan begränsas markeras ett avståndstagande från en ensidig bedömning till förmån för en ömsesidig sådan. Att en begränsning ska vara (i) lämplig, (ii) nödvändig och (iii) skälig indikerar att man tänkt sig ett trestegstest där de nationella domstolarna ska göra en rimlig avvägning.⁵⁶ En i sammanhanget intressant

50 Rocca, M., *Changing without Reversing, Regulating without Affecting*, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, Nr. 1 (2012), s. 24.

51 2010 års rapport från ILO:s expertkommitté för tillämpning av konventioner och rekommendationer. http://www.ilo.org/global/standards/WCMS_123515/lang-en/index.htm (senast besökt den 8 januari 2013).

52 Ingressen, skäl 11.

53 Ingressen, skäl 10–11.

54 Ingressen, skäl 12.

55 Ingressen, skäl 13.

56 Se EM:n, s. 13.

fråga är hur dessa tre kriterier förhåller sig till den *ultima ratio*-princip som ställdes upp i *Viking*. Om syftet med förordningen inte är att stjälp EU-domstolens rättspraxis kan man undra hur den rimlighetsbedömning som ju görs i trestegstestet är förenlig med en mer formell syn där stridsåtgärder endast är tillåtna som en sista utväg.

Trestegstestet känns igen från generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande i målet *Kommissionen mot Tyskland*⁵⁷ som gällde offentliganställdas pensioner. I förslaget, som också hänvisas till i Monti II-förordningen, uttalade generaladvokaten att ”det råder ett spant förhållande mellan domstolens synsätt i *Viking* och *Laval* och principen om att grundläggande rättigheter och friheter har samma rang”.⁵⁸ Till skillnad från den vaga förordningen identifierar generaladvokaten problematiken på ett tydligare sätt.

I förordningen hänvisas också till ett utlåtande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet *Santos Palhota*⁵⁹. Cruz Villalón anser att den rättsliga utveckling som skett efter avgörandena i Lavalkvartetten fordrar vissa förtydliganden från EU-domstolen, inte minst beträffande vilken inverkan Lissabonfördraget bör ha på domstolens praxis.⁶⁰ Cruz Villalón slår vidare fast att det skifte som skett från en diskrimineringsdoktrin till en marknadstillträdesdoktrin kringskurit utrymmet för att begränsa de ekonomiska friheterna. Dessutom anser Cruz Villalón att det är genom proportionalitetsprincipen som det nya rättsliga landskapet ska framträda.⁶¹

4. VARFÖR FÖLL MONTI II-FÖRORDNINGEN?

Frågan om varför Monti II-förordningen föll kan enkelt besvaras med att det saknades stöd för den. Varför motsatte sig då så många medlemsstater förordningen? Vid en granskning av de yttranden som medlemsstaterna lämnade i anknytning till subsidiaritetsinvändningarna framträder flera orsaker. För att förordningen skulle ha antagits hade det krävts enhällighet bland alla 27 medlemsstater. Medlemsstaterna hann emellertid inte ens rösta om förordningens antagande innan den stoppades. Genom de tolv subsidiaritetsinvändningarna återförvisades förordningen till kommissionen i enlighet med det ”varningssystem” som etablerats i och med 2007 års antagande av protokollet om tillämpningen av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

57 Mål C-271/08 *Kommissionen mot Tyskland* (REG 2010 s. I-07087).

58 Mål C-271/08 *Kommissionen mot Tyskland* (REG 2010 s. I-07087), punkt 183.

59 Mål C-515/08 *Santos Palhota* (REG 2010 s. I-09133).

60 Punkt 3 generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande.

61 Punkt 53 generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande.

4.1 NÅGOT OM SUBSIDIARITETSPRINCIPEN

Subsidiaritetsprincipen definieras i EU-fördraget (artikel 5.3) som en princip om att unionen endast ska vidta åtgärder på områden där den inte har exklusiv befogenhet i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför bättre kan uppnås på unionsnivå.

Idén är inte unik för EU utan är en maktodelningsprincip som kan härledas ända tillbaka till Aristoteles som menade att olika sociala grupper skulle ansvara för sina mål medan statsmakten hade ansvaret för det gemensamma bästa (*bonus commune*).⁶² Principen har således en decentraliserande verkan som givit den en särskilt viktig roll i federala rättssystem som Tyskland och USA, men den förekommer också i enhetsstater som Sverige. Det bör dock poängteras att en ökad subsidiaritetskontroll inte *per se* medför ökad federalism inom EU eftersom syftet är att närma och inte fjärma medlemsstaterna från EU.

4.2 VAD ÄR EN SUBSIDIARITETSINVÄNDNING?

Den utveckling av subsidiaritetsprincipen som skett har snarare avsett vilken roll den ska ges och huruvida den bör ses som en allmän grundsats vid all maktutövning eller som ett konkret verktyg för att kontrollera EU-rättsakter. En sådan kontroll har länge utförts av institutionerna inom EU men sedan 2007 har även medlemsstaterna genom sina parlamentariska församlingar en möjlighet att säga sitt.

Enligt 2007 års tilläggsprotokoll sker detta enligt följande. En viss *förhandsgranskning* av ett lagförslag ska ske genom att kommissionen innan de lägger fram sitt förslag håller omfattande samråd där såväl den lokala och den regionala dimensionen av förslaget ska beaktas (artikel 2). Förslaget ska sedan skickas till de nationella parlamenten (artikel 4). Utkasten ska *motiveras* med avseende på subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen. Här ska skälen som visar att något av unionens mål kan uppnås bättre på unionsnivå anges (artikel 5). De nationella parlamenten har sedan åtta veckor på sig att lämna ett motiverat *yttrande* om de anser att utkastet inte är förenligt med subsidiaritetsprincipen (artikel 6). Om minst en tredjedel av det totala antalet röster som tilldelats de nationella parlamenten gör en sådan invändning ska utkastet *omprövas* av kommissionen (artikel 6). Med en liknelse från idrottens värld brukar invändningarna jämföras med ”gula kort”, d.v.s. en varning för en regelöverträdelse som om den upprepas kan leda till rött kort och utvisning. Vid omprövningen kan kommissionen behålla, förändra eller dra tillbaka förslaget (artikel 7).

62 Hettne, J., *Subsidiaritetsprincipen – politisk granskning eller juridisk kontroll?*, SIEPS, 2003:4 (cit: Hettne, *Subsidiaritetsprincipen*), s. 13.

4.3 MEDLEMSSTATERNAS SUBSIDIARITETSINVÄNDNINGAR

Subsidiaritetsinvändningar varierar till både längd och innehåll. Det finns emellertid vissa gemensamma nämnare. Invändningarna kan delas upp i fyra kategorier som hänförliga till förslagets (i) rättsliga grund, (ii) proportionalitet, och relation till (iii) nationell eller (iv) internationell rätt. Jag ska i det följande analysera medlemsstaternas invändningar enligt denna tematik.⁶³

4.3.1 INVÄNDNINGAR HÄNFÖRLIGA TILL DEN RÄTTSLIGA GRUNDEN

Flera medlemsstater gör gällande att EU saknar kompetens att anta regleringen och att flexibilitetsklausulen används alltför godtyckligt. Exempelvis görs från finskt håll gällande att artikel 352 ska tillämpas restriktivt och att de kriterier artikeln ställer upp uppenbarligen inte är uppfyllda.⁶⁴ Liknande invändningar görs av både Luxemburg och Lettland som framhåller att artikel 352 endast får användas i exceptionella fall.⁶⁵ Sverige betonar att det till artikel 352 finns knutet flera begränsningar som avser att skydda medlemsstaterna från otillbörlig kompetensöverföring till EU, t.ex. enhällighetskravet.⁶⁶ Sverige poängterar särskilt vikten av att det tydligt anges vilka fördragsfästa mål som ett lagförslag avser att uppnå om artikel 352 används som rättslig grund, inte minst om förslaget avser stridsrätten som undantas i artikel 153.5.

Några medlemsstater går ännu längre och hävdar att stridsrätten, med hänvisning till artikel 153.5, är kategoriskt eller explicit undantagen från EU-rätten och att artikel 352 därför inte kan användas.⁶⁷ Allra längst går Belgien som uttalar att arbetsrätten är en nationell angelägenhet *par excellence*.⁶⁸

4.3.2 INVÄNDNINGAR HÄNFÖRLIGA TILL PROPORTIONALITETSPRINCIPEN

Några medlemsstater ifrågasätter proportionaliteten i förslaget, d.v.s. huruvida förslaget är lämpligt, nödvändigt och skäligt. Finland menar att förslaget inte tillför någonting och därför inte bara står i strid med subsidiaritets- utan också proportionalitetsprincipen.⁶⁹ Särskilt förslagets nödvändighet ifrågasätts, framförallt av Storbritannien som gör gällande att kommissionen inte lyckats

63 För alla medlemsstaters yttranden och därtill hörande pressmeddelanden se <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20120130.do> (senast besökt den 28 februari 2013). Analysen bygger på författarens egna översättningar. Vid referens till att ett visst land har gjort en invändning är det dess parlamentariska församling som avses.

64 Yttrande Finland den 16 maj 2012, s. 2.

65 Yttrande Luxemburg den 30 maj 2012, s. 2 och Lettland den 18 maj 2012, s. 2.

66 Yttrande Sverige den 11 maj 2012, s. 1–2.

67 Yttrande Luxemburg, s. 1. Se samma åsikt hos Frankrike den 22 maj 2012, Malta den 22 maj 2012, Danmark den 3 maj 2012, s. 1 och Holland den 17 april 2012, s. 2.

68 Yttrande Belgien den 22 maj 2012, s. 1.

69 Yttrande Finland, s. 1–2. Se även yttrande från Malta för en liknande åsikt.

presentera tydliga belägg för att en EU-reglering behövs på området.⁷⁰ Man stannar emellertid inte där utan anför vidare att förslaget har sitt ursprung i spekulationerna i debatten efter Lavalkvartetten och i en chimär om att något måste göras.⁷¹ Även Malta anser att den centrala frågan är huruvida förslaget är nödvändigt.⁷² Holland är inne på samma linje när man framhåller att förslaget inte tillför något av värde.⁷³

En annan invändning som mer indirekt kan hänföras till proportionalitetsprincipen är den om att förslaget endast kodifierar den proportionalitetsbedömning som gjordes i Lavalkvartetten. Grunden är densamma som ovan, d.v.s. att förslaget inte bidrar till någon klarhet. Ett sådant resonemang förs av flera medlemsstater, bland annat Polen som anför att förslaget i stor utsträckning endast bekräftar EU-domstolens rättspraxis.⁷⁴ Finland går ännu längre och menar att förslaget är så otydligt att det till och med kan vara kontraproduktivt.⁷⁵

En tredje kategori av proportionalitetsinvändningar gör gällande att förslaget inte är nödvändigt eftersom stridsrätten redan åtnjuter tillräckligt skydd genom EU-domstolens rättspraxis.⁷⁶

4.3.3 INVÄNDNINGAR HÄNFÖRLIGA TILL FÖRSLAGETS RELATION TILL NATIONELL RÄTT

Portugal anser att förslagens artikel 2 står i konflikt med portugisisk konstitutionell tradition, såväl beträffande rättspraxis och rättslära i allmänhet.⁷⁷ Portugal anser vidare att det enligt portugisisk rättstradition inte är ovanligt att sociala rättigheter överordnas ekonomiska rättigheter.

En invändning av liknande karaktär som görs av flera medlemsstater är att förslaget riskerar att äventyra den balansering av stridsrätten och de ekonomiska friheterna som görs i nationella domstolar. Exempelvis anser Malta att ambitionen i förslaget om att undvika osäkerhet i nationella domstolar (se särskilt stycke 13 av ingressen) är verkligen oroande i så måtto att det nationella privilegiet att göra den nyss nämnda avvägningen riskerar att trädas förnär.⁷⁸ I linje med detta resonemang anför Holland att den eftersträvade förutsebarheten snarare

70 Yttrande Storbritannien den 21 maj 2012, s. 5. Se även Belgien och Holland för samma åsikt.

71 Yttrande Storbritannien, s. 6.

72 Yttrande Malta, s. 4.

73 Yttrande Holland, s. 1. Se även Finland, s. 2 för samma åsikt.

74 Yttrande Polen, den 18 maj 2012, s. 2. För en liknande åsikt, se även Sverige, s. 2.

75 Yttrande Finland, s. 2.

76 Yttrande Polen, s. 3.

77 Yttrande Portugal den 18 maj 2012, s. 5.

78 Yttrande Malta, s. 4.

kan leda till störningar av välfungerande nationella arrangemang på arbetsrättens område.⁷⁹ Lettland är inne på samma spår och anser att det saknas anledning att anta att det eftersträlvade syftet inte kan uppnås av medlemsstaterna själva.⁸⁰

4.3.4 INVÄNDNINGAR HÄNFÖRLIGA TILL FÖRSLAGETS RELATION TILL INTERNATIONELL RÄTT
Flera invändningar handlar om hur förslaget förhåller sig till internationell rätt. Finland artikulerar detta tydligt när man gör gällande att förslaget förbiser kopplingen till det skydd stridsrätten ges i de grundläggande rättighetsstadgorna inom FN och ILO samt inom det Europarådsrättsliga systemet.⁸¹ Vidare pekar Finland på att skyddet införts i samtliga medlemsstater genom att dessa anslutit sig till de aktuella stadgorna. Även Lettland uppmärksammar denna koppling, dock utan att dra några slutsatser kring detta.⁸² Även Tjeckien pekar på diskrepansen mellan förslaget och internationell rätt utan att anföra något vidare.⁸³ Det gör dock Belgien som, med hänvisning till det Europarådsrättsliga systemet, anser att endast uppenbara missbruk av stridsrätten kan straffas.⁸⁴

4.3.5 SUBSIDIARITETSINVÄNDNINGARNA – NÅGRA REFLEKTIONER

Intressant är att invändningar av liknande karaktär gjorts av medlemsstater som traditionellt sätt har olika syn på stridsrätten. Exempelvis invänder såväl Sverige som Storbritannien mot förslagets rättsliga grund, två länder där stridsrätten har olika ställning i det nationella rättssystemet. Kritiken mot förslaget kommer således från olika håll och är inte reserverad för de länder som är *för* eller *emot* en stärkt stridsrätt.

En annan slutsats är att medlemsstaternas tolkning av vad en subsidiaritetsinvändning innebär skiljer sig från den traditionella strikta tolkningen där prövningen ska begränsas till att avse rena lämplighetsavvägningar. Det går att anföra både skäl för och emot att tillåta subsidiaritetsinvändningar av den art som gjorts i det nu aktuella fallet. I doktrinen går också åsikterna isär när det gäller frågan vilken *omfattning* subsidiaritetsinvändningarna ska ha. Vissa menar att prövningen ska innefatta flera steg⁸⁵ medan andra förespråkar en striktare prövning.⁸⁶ Bland de senare märks särskilt Fabbrini och Granat som argumen-

79 Yttrande Holland, s. 1.

80 Yttrande Lettland, s. 3.

81 Yttrande Finland, s. 2.

82 Yttrande Lettland, s. 3.

83 Yttrande Tjeckien den 14 juni, s. 2.

84 Yttrande Belgien, s. 1.

85 Se t.ex. Ritzer, Ruttlof och Linhart, *How to Sharpen a Dull Sword – The Principle of Subsidiarity and its Control*, *The German Law Journal*, 7 (2006), s. 737.

86 Se t.ex. Fabbrini & Granat, s. 12.

terar för att medlemsstaterna i sina subsidiaritetsinvändningar gått utanför sina mandat. Enligt min uppfattning talar dock starka ändamålsskäl mot Fabbrinis och Granats synsätt.

Fabbrini och Granat har onekligen en poäng i att en alltför vid tolkning av subsidiaritetsinvändningen riskerar få en hämmande effekt på lagstiftningsprocessen inom EU. Med hänsyn till den rättsliga mångfald och de nationella särintressen som präglar unionen är risken dessutom stor att många lagförslag skjuts i sank innan de ens lagts fram. Vidare torde invändningar beträffande val av rättslig grund eller bristande kompetens falla under en annan av EU:s grundläggande principer; legalitetsprincipen. Subsidiaritetsprincipen handlar med andra ord inte *om* kompetens finns utan *om och i vilken utsträckning* redan given kompetens ska utnyttjas.⁸⁷

Fabbrinis och Granats synsätt framstår dock som alltför formalistisk. Om esensen av subsidiaritetsprincipen är att säkra en rimlig maktindelning mellan EU och medlemsstaterna torde ju inte invändningarnas omfattning begränsas till något så svårbedömt som vad som är *lämpligt*. Dessutom kan det hävdas att de lämplighetsavvägningar som ska göras de facto handlar om rättslig grund eller proportionalitet etc. Som framgått ovan får vissa av de invändningar som gjorts betraktas som ”rena” subsidiaritetsinvändningar och i ljuset av det framstår en kritik mot övriga ”orena” invändningar som en aning akademisk. Med en alltför formalistisk och smal syn på vad som är en tillåten invändning skulle dessutom ett utmärkt tillfälle att minska det s.k. demokratiska underskottet gå förlorat. Om föresatsen är att stärka medlemsstaternas inflytande, varför ska då en möjlighet för dessa att komma till tals berövas dem? Man borde istället kunna se invändningarna som ett slags remissförfarande likt det som finns i svensk rätt. Detta skulle kunna uppnås utan att lagstiftningsprocessen lamslås eftersom rättsföljden av invändningarna endast är ett ”gult” och inte ett ”rött” kort.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

5.1 SAMMANFATTANDE SYNPKTER

Debatten som pågått efter Lavalkvartetten har stundtals varit polariserad men också konstruktiv i den bemärkelsen att den lett till konkreta åtgärder i form av Monti II-förordningen. I september 2012 drogs emellertid förordningen tillbaka vilket väcker frågan om varför så skedde.

Svaret på frågan är att det saknades stöd bland medlemsstaterna för att anta förordningen. Detta kom till tydligt uttryck i medlemsstaternas subsidiaritetsinvändningar mot förordningen. Subsidiaritetsinvändningarnas roll i lagstiftningspro-

cessen kan diskuteras men starka ändamålsskäl talar för att tillåta invändningar av den karaktär som gjorts.

Mot bakgrund av detta kan man fråga sig varför förslaget utformades som det gjordes. En viktig förklaring är att det saknas rättslig kompetens i EU:s fördrag för att anta en reglering. Bristen tycks vara av det kroniska slaget och de politiska föresatserna om ett ökat socialt samarbete på området har inte återspeglats i fördragen. Istället har EU-domstolen varit drivande i rättsutvecklingen vilket inte är helt oproblemiskt.

5.2 PROBLEMET MED NEGATIV INTEGRATION INOM EU

Den ekonomiska integrationen inom EU har antingen varit positiv eller negativ. *Negativ* integration innebär att EU kräver att nationella regler ska åsidosättas eller inte tillämpas när dessa strider mot exempelvis någon av de ekonomiska friheterna. *Positiv* integration handlar om att nationella regler ersätts av regler på EU-nivå, t.ex. genom harmoniserande direktiv.

Möjligheterna att anta arbetsrättslig reglering likt Monti II-förordningen är starkt begränsade på grund av enhällighetskravet. Till följd härav har inte någon positiv integration skett i någon större utsträckning. Genom rättspraxis har istället EU-domstolen varit rättsbildande på ett sätt som närmast för tanken till common law-systemen eller federala stater såsom USA och Tyskland. I dessa länder finns det som bekant ”konstitutionella” domstolar som har en särskilt viktig roll som uttolkare av rätten. EU-rätten har emellertid vissa särskiljande drag som medför att domstolens rättspraxis får särskilt långtgående konsekvenser.

Grunden till detta är att EU utgör en särskild rättsordning, *sui generis*. Detta har slagits fast av EU-domstolen flera gånger, bland annat i målet *Costa Enel*⁸⁸. I *Costa Enel* fastslogs dessutom att EU-rätten ska ges företräde framför nationell rätt. Till saken hör också att EU-domstolen i *Van Gend & Loos*⁸⁹ konstaterade att EU-rätten, till skillnad från folkrättsliga dokument, kan ha direkt effekt i medlemsstaterna och därigenom ge upphov till rättigheter och skyldigheter för enskilda. Avgörandena innebar inte bara att EU-rätten försågs med nödvändiga verktyg för att säkra efterlevnad i medlemsstaterna utan förde också domstolen till en central ställning för den fortsatta rättsbildningen inom en union med tre vertikala nivåer; EU, medlemsstaterna och de enskilda företagen eller medborgarna.⁹⁰ Med hänsyn till de potentiellt (och sedermera fak-

88 Mål C-6/64 Flaminio Costa mot Enel (REG 1964 s. I-00585).

89 Mål C-26/02 Van Gend & Loos (REG 1963 s. I-1).

90 Scharpf, F., *The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a "social*

tiskt) långtgående rättsverkningar av det nyss sagda är det anmärkningsvärt hur snabbt de av domstolen fastlagda principerna tycks ha accepterats av medlemsstaterna. Thomas Bull har träffande beskrivit situationen som att hela den särskilda rättsordning EU-rätten utgör idag kan ses som ett svar på den traditionella folkrättens problem med efterlevnad.⁹¹

Det nyss sagda är viktigt att ha i åtanke för att förstå dynamiken i den negativa integrationen inom EU. Till skillnad från exempelvis Tyskland och USA är maktfördelningen inom EU skev såtillvida att det (på vissa områden) i praktiken är mycket svårt för lagstiftaren att anta reglering. Asymmetrin i förhållandet blir särskilt tydlig i fallet med stridsrätten där den uttryckligen undantas i artikel 153.5 EUF-fördraget men samtidigt behandlas obehindrat av EU-domstolen. Detta har nära samband med att det av marknadstillträdesdoktrinen följer att de ekonomiska friheterna ges en mycket vid definition ("direkt eller indirekt, faktiskt eller *potentiellt* kan hindra handeln inom gemenskapen") vilket medför att i princip vilken nationell bestämmelse som helst kan bli föremål för EU-domstolens prövning (och avreglering).

Fritz W. Scharpf beskriver det som att EU-rätten "konstitutionaliserats", d.v.s. att de rättigheter som kan härledas från fördraget, t.ex. de ekonomiska friheterna, intar samma ställning som de amerikanska grundläggande rättigheterna och måste respekteras av nationella lagar, regler och institutioner *utan* att hindras av de vertikala kompetensfördelningsprinciperna som finns inbyggda i fördraget (t.ex. subsidiaritetsprincipen).⁹²

Varför är då den konstitutionella asymmetrin ett problem? För *det första* innebär det faktum att rättsutvecklingen bestäms av EU-domstolen att det som ibland kallas EU:s "demokratiska underskott" ökar. En rättsutveckling som direkt påverkar enskilda medborgares grundläggande rättigheter (stridsrätten) och som uteslutande bestäms av ett organ som det finns små eller inga möjligheter att påverka genom vanliga demokratiska medel är inte helt oproblematiskt ur demokratisynpunkt. De medel som står till buds för exempelvis en fackförening i en medlemsstat är att sätta politiskt tryck på sin regering som i sin tur får sätta tryck på EU. Trepartsförhållandet visar att problemet har flera dimensioner och återspeglar också ett legitimitetsproblem som kom till uttryck i samband med Monti II-förordningen.

market economy", *The Socio-Economic Review*, Nr. 8, 2010, s. 211–250 (cit: Scharpf, *The asymmetry of European integration*), s. 216.

91 Bull, T., *Om EG-domstolens syn på EG-rättens effektivitet – då, nu och i framtiden*, Nergelius, J., & Karlson, N. (red.), *EU-skvadern: Om den europeiska unionens konstitutionella framtid*, Stockholm: City University Press, 2001.

92 Se t.ex. Scharpf, F., *Är EU en social marknadsekonomi?*, *Sociala Europa – en antologi*, SIEPS, 2011:2 (cit: Scharpf, *SIEPS 2011:2*), s. 43.

För det andra, och än viktigare, är rättsläget problematiskt eftersom det framstår som en aning ”motsägelsefullt”. Den negativa integration som sker genom EU-domstolens rättspraxis medför i praktiken en avreglering av nationella bestämmelser som står i strid med den fria rörligheten. Detta har inneburit välfärdsförluster i de medlemsstater där det sociala skyddet traditionellt sett är starkt. Scharpf har utvecklat resonemanget och delar upp EU:s medlemsstater i ”Social market economies” (”SME:s”) och ”Liberal market economies” (”LME:s”).⁹³ Enligt Scharpf tillhör de skandinaviska välfärdsstaterna den förra gruppen medan de anglosaxiska länderna och de medlemsstater som anslutit efter 2004 tillhör den senare gruppen. Skillnaden mellan grupperna är, något förenklat, alltså att det sociala skyddet för exempelvis stridsrätten är starkare i SME:s än i LME:s. Eftersom EU-samarbetet är sprunget ur ett frihandels-samarbete mellan västerländska marknadsekonomier är det heller inte särskilt förvånande att EU-samarbetet utvecklats enligt en ”liberal” kompass. Till skillnad från den s.k. ”koordinerade” marknadsekonomin, där tillgången till produktionsfaktorer som arbetskraft, kapital, teknologi eller kompetens säkerställs genom statlig reglering eller kollektivavtal, tillhandahålls samma funktioner på konkurrensutsatta marknader i den liberala marknadsekonomin.⁹⁴ I det senare fallet är det alltså de komparativa fördelarna som beskrivits ovan som avgör hur marknaden ska se ut. Mot bakgrund av en rättsutveckling i EU där utgångspunkten tycks ha flyttats allt längre från den koordinerade mot den liberala marknadsekonomin framstår portalstadandet i EU-fördraget om att unionen ska vara en ”social marknadsekonomi” som anmärkningsvärt och till och med paradoxalt. Hur kan en doktrin genom vilken nationella välfärds-mekanismer successivt avregleras vara social? En av få tänkbara förklaringar är att EU:s syn på vad som utgör en ”social marknadsekonomi” skiljer sig från exempelvis det traditionella svenska synsättet.

Detta reser frågan om vart EU är på väg. Kommer utvecklingen fortsätta i riktning mot en liberal marknadsekonomi eller innebär den senaste rättsutvecklingen att unionen får en mer social karaktär där skyddet för t.ex. stridsrätten kommer att stärkas? Det som talar för det förra är att den konstitutionella asymmetrin kvarstår så länge inga fördragsändringar görs. För det senare talar det paradigmskifte som skildrats ovan.

Valet av riktning kommer inte bara att vara avgörande för möjligheterna att tillvarata sociala rättigheter såsom stridsrätten inom en europeisk kontext utan kommer också att definiera det framtida EU. Utvecklingen av den sociala dimensionen var länge smärtfri vilket hänger ihop med att EU tidigare bestod av en homogen samling medlemsstater. Idag kan det dock konstateras att effekterna

93 För det följande se Scharpf, *The asymmetry of European integration*, s. 211–250.

94 Scharpf, SIEPS, 2011:2, s. 48.

av utvidgningen 2004 tycks ha underskattats av EU. Kollisioner har inte bara skett mellan parter på arbetsmarknaden utan också mellan olika ideologier och samhällssyner.

EU:s framtid är inte bara intressant ur ett europeiskt utan också ett internationellt perspektiv eftersom EU tycks utgöra sinnebilderna av den liberala marknadsekonomi. Den amerikanske statsvetaren Francis Fukuyama argumenterar i sitt kontroversiella verk *Historiens slut och den sista människan* (1992) för att det efter det kalla krigets slut och kommunismens fall inte återstår några idéstrider utan att den västerländska liberala marknadsekonomi slutligen har "vunnit". Fukuyama har naturligtvis inte stått oemotsagd, men värt att notera är att just EU utgjort förebilden för Fukuyamas teori.⁹⁵

5.3 NÅGRA SYNPUNKTER DE LEGE FERENDA

Varför är det viktigt att identifiera vägar framåt? Av medlemsstaternas yttranden framgår tydligt att det krävs en ny strategi för att uppnå Monti II-förordningens mål. Dessutom tycks kommissionen och parlamentet på EU-nivå fast beslutna att göra något åt rättsläget och det kan därför vara intressant att undersöka vad som skulle kunna göras.

Ett första ställningstagande gäller huruvida rättsläget överhuvudtaget ska regleras. Ett möjligt s.k. "nollalternativ" är att se stridsrätten som isolerad från EU-rätten.⁹⁶ Ett sådant synsätt skulle inte bara ligga i linje med artikel 153.5 EU-fördraget utan skulle även säkerligen vinna stöd hos de medlemsstater som anser att stridsrätten är en nationell angelägenhet. En sådan hållning tycks inte heller vara främmande för EU-domstolen.⁹⁷ Mot en sådan lösning talar emellertid att det vore att väja för grundproblemet och att det rent praktiskt är svårt att se hur det skulle genomföras, inte minst med hänsyn till EU-domstolens resone-mang i Lavalkvartetten.

Nästa fråga blir då om regleringen bör vara bindande (hard-law) eller icke-bindande (soft-law). Ett hard law-alternativ har precis som kommissionen redogjort för många förtjänster, men kommissionen bortser från en viktig sak: det är en realpolitisk omöjlighet. Så länge fördraget inte ändras så kommer ett förslag genom vilket man vill införa en bindande reglering stöta på samma patrull som Monti II-förordningen gjort. Svårigheterna med att använda artikel 352 som rättslig grund framgår tydligt av subsidiaritetsinvändningarna och att försöka anpassa ett nytt förslag så att det skulle röstas igenom av alla

95 Se <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2007/apr/03/thehistoryattheendofhist> (senast besökt 28 februari 2013).

96 Alternativet har diskuterats av bl.a. Barnard, *Squaring the circle*, s. 8.

97 Se det ovan nämnda Mål C-67/96 Albany (REG 1999 s. I-05751).

27 medlemsstater framstår inte bara som en grannlaga uppgift utan också som meningslöst eftersom ett redan vagt utformat förslag skulle bli helt urvattnat.

När det gäller alternativa rättsliga grunder kan man fråga sig om inte artikel 153.5 EUF-fördraget genom en teleologisk tolkning skulle kunna användas som rättslig grund. Lavalkvartetten skulle kunna tas till intäkt för att de bärande skälen bakom att undanta stridsrätten från de frågor som kan regleras på EU-nivå inte längre gör sig gällande med samma kraft.⁹⁸ Artikel 153.5 är nämligen sprungen ur en tid då arbetsrätten sågs som en nationell angelägenhet, vilket inte tycks vara fallet idag. Med andra ord, varför ska inte rättslig reglering kunna antas på ett område där EU-domstolen anser sig behörig att tråda in? Mot bakgrund av medlemsstaternas subsidiaritetsinvändningar kan det dock konstateras att problemet med artikel 153.5 som rättslig grund är att ett sådant val knappast skulle falla i god jord hos de medlemsstater som anser att stridsrätten är en nationell sak.

Vägen framåt är enligt min uppfattning istället att genom artikel 26.3 EUF-fördraget anta riktlinjer där det tydligt anges att EU och dess institutioner (inklusive EU-domstolen) har att respektera alla de rättsliga åtaganden unionen är bunden till. Enligt denna artikel ska rådet för att säkerställa den inre marknadens funktion (artikel 26.1) fastställa *riktlinjer* och villkor som är nödvändiga för att säkerställa *väl avvägda* framsteg inom berörda sektorer. Möjligtvis kan man tänka sig att den avvägning som här avses är hur den inre marknaden ska vägas mot arbetsmarknadsreglering och att det för det ändamålet antas riktlinjer. Riktlinjerna är visserligen inte bindande för medlemsstaterna men ska ändå beaktas och de skulle som tolkningsdatum kunna utgöra ett väl så tydligt budskap som en förordning. Riktlinjerna skulle kunna utformas i enlighet med innehållet i förordningens artikel 2, eller genom att t.ex. EU:s skyldigheter enligt den sociala stadgan, EKMR och ILO tydligare markerades. Ett sådant soft law-alternativ avvisades dock av kommissionen i samband med förordningens framtagande, bland annat på grund av att en sådan reglering inte är bindande. Fördelen är dock att det skulle vara ett *realistiskt* alternativ. För att anta sådana riktlinjer krävs enligt artikel 16.3 FEU endast kvalificerad majoritet och inte enhällighet.⁹⁹

98 Se Fabbrini & Granat, s. 8.

99 I och med Lissabonfördraget infördes ett system med "dubbel majoritet", men detta träder inte i kraft förrän 2014. Enligt det nu gällande systemet uppnås kvalificerad majoritet om ett förslag får 255 av 345 röster i rådet och har stöd av en majoritet av medlemsstaterna.

Man kan och bör emellertid fråga sig vilken reell förändring av rättsläget en sådan reglering skulle uppnå. På kort sikt uppnås sannolikt inte särskilt mycket, men är det något som talar för ett sådant alternativ så är det tiden. Mot bakgrund av det nya rättsliga landskap som växt fram i allmänhet och EKMR och dess rättspraxis i synnerhet, kommer det till slut bli mycket svårt för EU-domstolen att bortse från sådana riktlinjer. 🙄