

Finansdepartementet
Enheten för offentlig upphandling
Mats Rundström

Vår referens/dnr:
Niklas Beckman, dnr 171/2016

103 33 Stockholm

Er referens/dnr:
Fi201600864/OU

2016-11-02

Remissvar

Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse (SOU 2016:15)

Svenskt Näringsliv vill inledningsvis instämma i utredningens slutsats att det inte finns något mervärde för Sverige i att ratificera ILO:s konvention nr 94. En ratifikation påverkar inte Sveriges möjligheter att ställa krav på arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling. Dessa möjligheter är till stor del redan reglerade av EU-rätten.

Som framgår av vad som anförs nedan finns det dock ett flertal hinder för Sverige att ratificera konventionen. Dessa hinder följer av såväl svensk rätt som av EU-rätten. Att undanröja de hinder som följer av den svenska rätten skulle leda till starkt negativa och systemfrämmande konsekvenser för den svenska arbetsmarknadsmodellen. Förändringarna skulle även bland annat missgynna småföretag samt leda till mer komplicerade och fördröjade upphandlingar.

Svenskt Näringsliv anser därutöver att det finns flera EU-rättsliga hinder mot att ratificera konventionen. Det finns även flera områden där konventionens förenlighet med EU-rätten är högst oklar. Eftersom konventionens regler berör områden i EU-rätten som syftar till harmonisering och dessutom står i konflikt med vissa av dem måste EU:s kompetens att ingå en sådan internationell överenskommelse betraktas som exklusiv.

Mot bakgrund av ovanstående anser Svenskt Näringsliv att en ratifikation av konventionen varken är möjlig eller lämplig. Att, som utredningen tycks förespråka, initiera ett förfarande med syfte att ratificera konventionen enbart som en signal till andra länder vore synnerligen ogenomtänkt.

Krav på arbetsklausuler

ILO:s konvention nr 94 innebär att det en ratificerande stat ska tillse att centrala

myndigheter vid många typer av offentlig upphandling ska ställa krav på så kallade arbetsklausuler. Med detta menas att arbetstagarna ska erhålla villkor i form av lön (inklusive olika tillägg), arbetstid och övriga anställningsvillkor som inte är mindre gynnsamma än det som gäller för arbete av samma art inom yrket eller näringsgren i det område där arbetet utförs. Villkoren ska hämtas ur det som är mest förmånligt för arbetstagarna av kollektivavtal, skiljedom eller lagstiftning.

Svenskt Näringsliv anser att det föreligger ett flertal uppenbara hinder mot att ratificera konventionen. Vid offentlig upphandling finns för närvarande ingen skyldighet för en upphandlande myndighet att ställa krav på att de arbetstagare som utför kontraktet ska erhålla vissa anställningsvillkor. Alla svenska arbetsgivare är naturligtvis skyldiga att följa den svenska lagstiftningen om exempelvis arbetstid och semester. Det är dock endast arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal som är skyldiga att följa kollektivavtalens regler.

Många gånger är kollektivavtalens villkor mer fördelaktiga för arbetstagaren jämfört med villkoren i lagstiftningen. Den omvända situationen förekommer dock också, exempelvis vid branschpassning av arbetstider. Utredningens slutsats är då att bara kollektivavtalsvillkor som är mer förmånliga för arbetstagaren än villkoren i lag ska läggas till grund för arbetsklausulerna. Någon sådan reglering som underkänner de branschpassningar som parterna gjort i sina avtal finns naturligtvis inte för närvarande.

Det rättsläge som beskrivits ovan är en naturlig följd av den svenska arbetsmarknadsmodellen som bygger på den självklara principen om föreningsfrihet för både arbetstagare och arbetsgivare. Att gå med i en arbetstagarorganisation eller arbetsgivarorganisation och då bli bunden av de avtal som de förhandlat fram är ett val som ska bygga på frivillighet. Det är arbetsmarknadens parter som utan politisk inblandning ska förhandla om vilka villkor som ska gälla i respektive bransch och sedan ansvara för avtalens tolkning. Vår lagstiftning är också som regel dispositiv för att möjliggöra att parterna anpassar reglerna till den aktuella branschen.

I enlighet med vad Svenskt Näringsliv redan anfört i sitt tidigare remissvar över regeringens förslag om en förändrad upphandlingslagstiftning skulle en anpassning av vår lagstiftning till konventionens krav på arbetsklausuler få systemfrämmande och starkt negativa konsekvenser för den svenska modellen. Den förändrade lagstiftningen skulle innebära att våra upphandlande myndigheter oundvikligen måste börja tolka våra kollektivavtal, ge vissa avtal företräde framför andra samt bedöma avtalsvillkoren i förhållande till lagstiftningen.

Myndigheterna skulle då ta på sig den avtalstolkande roll som hittills varit förbehållen arbetsmarknadens parter och våra domstolar. En sådan ordning kan inte betraktas som något annat än ett direkt angrepp på den svenska modellen

och skulle innebära en maktförskjutning från parterna till de upphandlande myndigheterna.

Det finns ca 700 kollektivavtal på svensk arbetsmarknad och deras villkor om lön, arbetstid, försäkringar och pensioner är ofta komplicerade och svåra att tolka. Det är uppenbart att alla de tolkningar som skulle göras av olika myndigheter riskerar att bli både felaktiga och starkt normerande. Att ge vissa avtal företräde framför andra och bedöma villkoren i förhållande till lagstiftningen innebär att det även vore fråga om en oacceptabel politisk överprövning av de villkor och avsteg som parterna förhandlat fram.

Förändringarna skulle även leda till mer komplicerade och fördyrade upphandlingar samt sämre konkurrens. Redan i nuläget är den bristande konkurrensen i offentliga upphandlingar ett problem. Idag är det ofta endast två aktörer som deltar i en upphandling. Bristande konkurrens leder naturligtvis till sämre kvalitet och dyrare upphandlingar. En anpassning av upphandlingslagstiftningen till konventionens krav kommer att göra den befintliga situationen ännu värre.

Lagrådet har också riktat skarp kritik mot regeringens förslag om en förändrad upphandlingslagstiftning eftersom det väcker frågor kring just den svenska modellen. Lagrådet anser bland annat att regleringen blir otydlig och kommer att leda till tillämpningssvårigheter med risk för att upphandlingarna blir kostsamma och tidskrävande. Detta kommer att drabba inte minst små företag som ofta saknar kollektivavtal. Ett syfte med det nya regelverket om upphandling är att reglerna ska bli enklare och gynna mindre företag. Lagrådet menar att förslagen är oförenliga med det syftet och det kan därför ifrågasättas om de är godtagbara.

I sammanhanget bör också erinras om att en ratifikation av konvention nr 94 skulle leda till ännu större negativa konsekvenser än det förslag som Lagrådet och remissinstanserna yttrat sig över. Efter en ratifikation skulle arbetsrättsliga krav behöva ställas i alla de fall när centrala myndigheter upphandlar varor och tjänster enligt konventionen och inte bara när den upphandlande myndigheten bedömer att det är nödvändigt. Fler upphandlingar skulle därför beröras av de arbetsrättsliga kraven.

När villkor saknas i kollektivavtal, skiljedom eller lagstiftning

Konventionen ställer även krav på vissa villkor även om de inte regleras i kollektivavtal, skiljedom eller lagstiftning. Konventionen föreskriver då att arbetsklausulerna ska garantera villkor som gäller för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i närmast jämförbara område, eller den allmänna standard, som tillämpas av arbetsgivare i samma yrke eller näringsgren och som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden.

Svenskt Näringsliv anser att en sådan reglering inte är förenlig med EU:s regler

om tillhandahållande av tjänster på den inre marknaden. Enligt utstationeringsdirektivet kan ett företag som är etablerat i en medlemsstat och som utstationerar arbetstagare till en annan medlemsstat endast åläggas att följa villkor som är fastställda på visst sätt. Det ska då vara villkor som enligt direktivets artikel 3.1 är fastställda i antingen lagar eller andra författningar, eller i kollektivavtal eller skiljedomar som har förklarats ha allmän giltighet. Saknas ett system för att allmängiltigförklara kollektivavtal kan medlemsstaten, som exempelvis Sverige gjort, även utgå från kriterierna i artikel 3.8. Det rör sig då bland annat om avtal som träffats av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet.

Av utstationeringsdirektivets regelverk följer därför att ett utstationerande företag inte kan åläggas att, när villkor saknas i både lagstiftning och tillämpligt kollektivavtal, följa villkor som enligt en upphandlande myndighets bedömning gäller för arbete av samma art eller den allmänna standard som tillämpas av andra arbetsgivare och som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden. Att det skulle kunna vara fråga om bestämmelser som rör ordre public är också uteslutet eftersom en nationell reglering saknas av de aktuella villkoren.

Denna fråga är högst relevant för svenska förhållanden då vi saknar lagstadgade löne regler. Eftersom exempelvis de flesta tjänstemannaavtal utgår från individuell lönesättning saknas också fastställda lönenivåer i dessa avtal. I sådana fall skulle konventionens regler innebära att de upphandlande myndigheterna måste bedöma villkoren i jämförbara yrken eller för arbetsgivare som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden. Därefter ska myndigheten kräva sådana villkor i upphandlingen.

Utöver att en sådan ordning skulle strida mot EU-rätten skulle den även få en förödande påverkan på den svenska partsautonomin och lönesättningen. Trots att parterna uttryckligen valt att inte inkludera några lönenivåer i avtalen ska de upphandlande myndigheterna bedöma vilka lönenivåer som ska gälla för de aktuella yrkeskategorierna genom att göra de föreskrivna jämförelserna. Bedömningarna av villkoren för jämförbart arbete etc. kommer självfallet kunna påverka kraven i såväl efterföljande kollektivavtalsförhandlingar som i individuella lönesamtal och innebär därför ett oönskat och oacceptabelt ingrepp i partsautonomin.

Krav på underleverantörer

Konventionen ställer även krav på att underleverantörer ska omfattas av arbetsklausulerna, vilket ska framgå av den nationella regleringen.

Någon skyldighet att ställa sådana krav finns inte idag och Svenskt Näringsliv anser inte heller att en sådan bör införas. Som föreningen anfört i sina remissvar över utredningens tidigare betänkanden förutsätter en sådan reglering en tidskrävande och kostsam kontroll från leverantörens sida i

förhållande till sina underleverantörer. Detta är något som en leverantör normalt inte har vare sig praktisk eller rättslig möjlighet att utföra.

En utökad kontrollskyldighet i underleverantörskedjan kommer med all sannolikhet att leda till höjda priser eftersom företagen kommer att vilja kompensera sig ekonomiskt för de risker de tar genom att utlova något man faktiskt inte rår över. Vetskapen om att någon annan kan få ansvara för de arbetsrättsliga skyldigheterna kan också locka oseriösa aktörer att delta i offentlig upphandling, vilket skulle göra en sådan reglering kontraproduktiv.

Arbetskadeförsäkring

Utredningen drar slutsatsen att arbetskadeförsäkring ska ingå i de villkor som en upphandlande myndighet ska säkerställa för arbetstagare som utför arbete i Sverige, även tillfälligt sådant.

För närvarande finns ingen skyldighet för en arbetsgivare som inte är bunden av kollektivavtal att teckna en arbetskadeförsäkring. Det är inte heller möjligt för en arbetsgivare utan kollektivavtal att endast teckna TFA för arbetare och någon annan privat arbetskadeförsäkring med motsvarande försäkringsmoment finns inte. Arbetsgivaren måste teckna ett helt försäkringspaket (Foras så kallade grundavtal) som består av sex försäkringsprodukter, bland annat Avtalspension SAF-LO. Det är heller inte möjligt för arbetsgivaren att teckna försäkringarna i paketet för enskilda anställda utan försäkringarna blir gällande för samtliga arbetare. Därtill blir TFA även gällande för samtliga tjänstemän. Ovanstående villkor är framförhandlade av arbetsmarknadens parter.

För utländska företag som bedriver tillfällig verksamhet i Sverige kan undantag beviljas från AGS och Avtalspension SAF-LO. Undantaget gäller dock i maximalt 12 månader från det att företaget började driva sin verksamhet i Sverige.

Redan på denna grund menar Svenskt Näringsliv att tecknandet av TFA för arbetare och betalningsskyldighet för de tillhörande försäkringsavgifterna inte kan ingå i utstationeringsdirektivets så kallade hårda kärna. Det framgår av direktivets artikel 3.1 (som exempelvis uttryckligen undantar tilläggs pensionssystem) och EU-domstolens bedömningar i Lavaldomen att ett företag som utstationerar arbetskraft inte kan åläggas en skyldighet att teckna ett dylikt försäkringspaket. Möjligheterna till undantag från AGS och Avtalspension SAF-LO påverkar inte heller denna bedömning. Ett företag kan naturligtvis bedriva verksamhet som betraktas som tillfällig i Sverige under längre tid än 12 månader och en enskild utstationering av en anställd kan också pågå under längre tid än så. Även i de fall där undantag beviljas kvarstår också flera försäkringar förutom TFA.

Som Svenskt Näringsliv anført i remissvaret avseende förslagen i betänkandet SOU 2015:83 anser föreningen inte heller att tecknande av en arbetskadeförsäkring och

tillhörande avgifter för denna ingår i de villkor som innefattas av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet även om en sådan kan tecknas separat.

I Lavaldomen motiverades EU-domstolens underkännande av hela försäkringspaketet, där TFA ingick, med att avgifter för försäkringarna inte uttryckligen omnämndes i utstationeringsdirektivets artikel 3.1. EU-domstolens ställningstagande i Lavaldomen måste därför rimligen avse såväl de där aktuella försäkringspaketet i dess helhet som de i paketet ingående, separata försäkringarna. Ställningstagandet måste förstås så att avgifter för försäkringar över huvud taget inte omnämns i artikel 3.1. och att krav på sådana överhuvudtaget inte kan ställas.

Stöd för denna slutsats finns också i EFTA-domstolens mål 12/10 där domstolen funnit att tecknande av olycksfallsförsäkring avseende olyckor på arbetet, eller på väg till eller från arbetet, för utstationerade arbetstagare faller utanför de arbets- och anställningsvillkor som innefattas av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet.

Som alternativ till att arbeidsklausulerna ska omfatta tecknande av arbetsskadeförsäkring för alla arbetstagare framför utredningen att den allmänna lagstiftningen kan ändras så att sådana förmåner tillkommer även de som utför tillfälligt arbete i Sverige. Svenskt Näringsliv anser att en sådan ordning inte skulle vara förenlig med EU:s regelverk om samordning av de sociala trygghetssystemen.

Enligt förordning 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen ska en arbetstagare som huvudregel kvarstå under socialförsäkringsskyddet i utsändningslandet och inte i utstationeringslandet om arbetet inte förväntas pågå i mer än 24 månader. Några arbetsgivaravgifter ska således inte betalas i Sverige under utstationeringen utan i hemlandet och det är socialförsäkringsskyddet i hemlandet som ska gälla under den aktuella perioden.

Vidare måste alla krav i en offentlig upphandling vara utformade i enlighet med principen om icke-diskriminering. Kraven måste också stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen, vilket innebär att de måste vara kopplade till kontraktsföremålet och de får inte vara högre än vad som är nödvändigt för att uppnå målet med upphandlingen. Krav får därför bara ställas på den delen av leveransen som avser det specifika uppdraget. En arbetsskadeförsäkring kan dock inte tecknas för en enskild arbetstagare utan all personal och all deras arbetstid måste inbegripas, vilket innebär att ett sådant krav går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. Ett krav av detta slag strider därmed mot EU:s proportionalitetsprincip och är otillåtet även på denna grund.

Övriga villkor i arbeidsklausulerna

Utöver ovanstående ratifikationshinder är det även oklart exakt vilka villkor som arbeidsklausulerna ska omfatta. Utredningen kommer inte fram till något ställningstagande i denna del utan hänvisar främst till sin egen bedömning att konventionen har en flexibel lydelse. Det torde därför ha lämnats upp till

medlemsstaterna själva att ta ställning till vilka övriga anställningsvillkor som ska ingå. Något närmare underlag än så ges dock inte i denna avgörande fråga.

Svenskt Näringsliv vill framhålla att det föreligger en stor risk att andra villkor än de som utredningen anser ska ingå i arbetsklausulerna faller under begreppet övriga villkor. Enligt rekommendationen avses med övriga villkor semester och sjukledighet. Andra ILO-dokument synes också utgå från att semester och regler för sjukledighet ska inkluderas i arbetsklausulerna.¹ I sina yttranden avseende länders tillämpning av konventionen tar Expertkommittén också regelmässigt upp semester som ett villkor i arbetsklausulerna och i exempelvis yttrandet från 2011 avseende Rwanda hänvisar Expertkommittén till "paid leave entitlement".

Även om rekommendationen inte är rättsligt bindande föreligger det naturligtvis en stor risk att konventionen i slutändan kommer att tolkas i enlighet med de förtydliganden som anges i rekommendationen. I sammanhanget kan nämnas att utredningen i andra avseenden fäster stor vikt vid Expertkommitténs uttalanden och dessa uttalanden är inte heller rättsligt bindande.

Om regler avseende sjukledighet ingår i de villkor som ska ställas i arbetsklausulerna föreligger ratifikationshinder. Detta eftersom regler om sjukledighet inte är inkluderade i de arbets- och anställningsvillkor som omfattas av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet.

Nivåer för villkoren i arbetsklausulerna

Utredningen kommer även fram till att villkoren i arbetsklausulerna ska avse miniminivåer och inte så kallad normalnivå. Detta ställningstagande skiljer sig bland annat från vad som anges i rekommendationen. Enligt denna ska "the normal and overtime rate of wages" vara styrande för kraven i arbetsklausulerna.

Även i denna del måste utredningens resonemang sägas vara grund och baseras, förutom utredningens egna åsikter, på ett citat från expertkommittén avseende Frankrike och det faktum att Finlands genomförande inte ifrågasatts av ILO. Vidare tycks utredningen fästa vikt vid att denna slutsats inte har motsagts vid ett möte som utredningen haft med experter från ILO.

Som utredningen konstaterar själv finns det dock även yttranden från Expertkommittén som talar för att det inte är tillräckligt med krav på miniminivåer utan att normalnivåer ska gälla. Med anledning av utredningens resonemang i denna del bör det anmärkas att även om Expertkommittén också anger att minimivillkoren i lagstiftningen ofta kompletteras av bättre villkor i avtal är det som faktiskt sägs avseende nivåerna på lönen i exempelvis yttrandet om Ghana "the wage that is generally paid". Det finns också ett stort antal yttranden där

¹ General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), s. 36.

Expertkommittén på olika sätt hänvisar till den villkorsnivå som gäller normalt i det område som upphandlingen berör.

Tidigare svenska betänkanden har också utgått från att lönen ska sättas på normal- och inte på miniminivå och det är också vad rekommendationen anger. Mot den bakgrunden anser Svenskt Näringsliv att utredningens slutsatser inte är tillräckligt övertygande för att kunna ligga till grund för en bedömning av Sveriges möjligheter att ratificera konventionen.

Om det inte är miniminivåer som ska tillämpas enligt konventionen är en ratifikation inte möjlig med hänsyn till EU-rätten eftersom utstationeringsdirektivets artikel 3.1 utgår från miniminivåer. Konventionens förenlighet med EU-rätten har också tidigare ifrågasatts utifrån just förenligheten med direktivets hårda kärna, jämför exempelvis NOU:s utredning 1997.

Vilka källor ska beaktas

På samma sätt kan konventionens regler för vilka källor som ska beaktas vid urvalet av villkoren komma i konflikt med det svenska genomförandet av utstationeringsdirektivet (genom hänvisning till sådana kollektivavtal som avses i direktivets artikel 3.8). Enligt utstationeringslagen ska villkoren för utstationerade arbetstagare hämtas ur ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på arbetstagarna i den aktuella branschen.

Enligt konventionen ska villkoren i arbetsklausulerna dock hämtas ur de kollektivavtal som gäller i det område där arbetet utförs. Avtal som bara gäller ett företag eller en mindre grupp av företag ska inte beaktas vid fastställandet av villkoren i arbetsklausulerna enligt ILO:s vägledning.² Märkas bör dock att Expertkommittén upprepade gånger har uttalat att de villkor som gäller i den sektor och i det geografiska område där arbetet utförs ska vara styrkande för villkoren i klausulerna.

Med beaktande av svenska förhållanden är det givetvis korrekt att många lokala avtal bara gäller för ett företag eller en mindre grupp av sådana. Det kan dock finnas kollektivavtal som även gäller för en större grupp av företag utan att de för den skull tillämpas i hela Sverige.

Exempel på sådana större grupper av företag kan vara en företagskoncern med stark eller till och med dominerande marknadsställning antingen nationellt eller i ett område. Att en koncern har enhetliga avtal för hantering av de allmänna villkoren för anställda är också vanligt. Avtal som gäller i exempelvis ett landsting eller en kommun torde också kunna få en stor påverkan i ett område utan att för den skull tillämpas i hela Sverige på arbetstagarna i den aktuella branschen.

² Labour Clauses (Public Contracts) Convention 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, 2008, s. 23.

Även på denna grund finns det alltså risk för konflikt mellan konventionen och utstationeringsdirektivets regler.

ILO:s vägledning anger också att om inga relevanta kollektivavtal finns att beakta i regionen bör referens ske till avtal i den närmsta regionen eller till den generella villkorsnivån som gäller för arbetsgivare i samma bransch i en liknande situation.³ Som redan konstaterats ovan strider en hänvisning till villkoren hos jämförbara arbetsgivare i en likartad situation mot utstationeringsdirektivet och det svenska genomförandet av detta. Det samma gäller en hänvisning till generella eller normala nivåer på villkoren.

EU-domstolens dom i mål C-115/14, RegioPost

Vid sin analys av EU-rätten och möjligheterna att ställa arbetsrättsliga krav vid offentlig upphandling fäster utredningen avgörande vikt vid EU-domstolens dom i målet RegioPost. Utredningen menar att domen klargör att det är möjligt för ett medlemsland att ställa krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. Detta så länge villkoren är i enlighet med de villkor som gäller enligt det sätt som medlemslandet genomfört utstationeringsdirektivet på.

Svenskt Näringsliv vill dock framhålla att omständigheterna i RegioPost skiljer sig väsentligt från de svenska förhållanden som utredningen har att analysera. Domen avsåg en tydlig minimilön som fastställdes i lagstiftning som var tillämplig i den aktuella delstaten. Till skillnad från omständigheterna i Ruffertdomen fanns det heller inte någon annan tillämplig minimilön i vare sig lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal.

I RegioPost uttalar sig EU-domstolen överhuvudtaget inte om villkor som fastställs i icke allmängiltigförklarade kollektivavtal och förutsättningarna för ett medlemsland att tillämpa dessa i offentliga upphandlingar. Sådana villkor skiljer sig många gånger väsentligt från det lönevillkor som prövades i RegioPost vad avser bland annat komplexitet, transparens och tillgänglighet. Sådana faktorer drabbar självfallet företag som inte redan är bundna av det aktuella avtalet särskilt hårt. En prövning i ett sådant fall kan därför mycket väl leda till en annan utgång än den som blev fallet i RegioPost. Beträffande andra villkor än lön har Sverige också minimireglering i lag.



Peter Jeppsson

³ Labour Clauses (Public Contracts) Convention 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, 2008, s. 23.

