



Islands Brygge 32 D
Postboks 340
2300 København S

Telefon 3524 6000
Fax 3524 6300
E-mail lo@lo.dk

EU-Specialudvalget for Arbejdsmarkedet og Sociale Forhold
Beskæftigelsesministeriet
Ved Stranden 8
1061 København K

LO-sagsnr. 16-276
FTF-sagsnr.
AC-sagsnr.
Vores ref. JRB/lph
Deres ref.

Kirsten Weber Olsen kwo@bm.dk
Helle Ekmann Jensen hej@bm.dk
Tanja Lücking tal@bm.dk
bm@bm.dk

Den 20. september 2016

Endeligt hørings svar om ændring af Udstationeringsdirektivet

EU-Kommissionen har den 8. marts 2016 fremsat forslag til ændring af udstationeringsdirektivet.

Vi afgav den 18. marts 2016 et hørings svar til EU-specialudvalget for Arbejdsmarkedet og Sociale Forhold. Siden har vi arbejdet videre med forslaget og kan nu afgive et endeligt hørings svar. Vi har af praktiske grunde valgt et samlet hørings svar.

Vi er positive over for forslaget, der kan bidrage til at bekæmpe social dumping. Fx kan nævnes forslaget til en ny regel om **underleverandører**, jf. et nyt stykke til art. 3(1a). Det giver medlemsstaterne en mulighed for at kræve, at en virksomhed kun indgår aftaler med underleverandører, der garanterer overholdelse af de samme løn- og vilkår, som den førstnævnte virksomhed skal overholde. Sådanne krav kan gennemføres såvel ved lovgivning, administrative bestemmelser eller kollektive overenskomster.

Bestemmelsen giver som nævnt ingen forpligtelse for medlemsstaterne. Men den synes at være en blåstempling af den danske model med arbejdsklausuler i offentlige udbuds kontrakter – en model vi finder både hensigtsmæssig og nyttig.

Som nævnt har vi også arbejdet med ”nye” ændrings forslag til udstationeringsdirektivet. Forslagene angives neden for i prioriteret rækkefølge.

1. Lønbegrebet

I det nuværende udstationeringsdirektivs art. 3, stk. 1, litra c, fastslås det, at de udstationerede arbejdstagere skal sikres ”mindsteløn”.

Denne formulering foreslås ændret til: ”aflønning”

I det nuværende direktiv er følgende anført: ”I forbindelse med dette direktiv *defineres begrebet* mindsteløn, jf. stk. 1, litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret.” Dette forhold fremgår måske endnu tydeligere af den engelske udgave af direktivet, hvori det hedder: ” **the concept** of minimum rates of pay referred to in paragraph 1 (c) **is defined by** the national law and/or practice of the Member State to whose territory the worker is posted.” (udhævet her)

”Mindsteløn” er som sagt udskiftet med ”aflønning” i forslaget og suppleret med en uklar beskrivelse af forståelsen af begrebet. Men en formulering som den ovenstående genfindes ikke i det foreliggende forslag.

Udeladelsen af denne sætning indikerer, at der er introduceret et nyt EU-retligt løn-begreb, hvis nærmere indhold ved usikkerhed om fortolkningen på sigt skal fastlægges af EU-Domstolen. Det ønsker vi ikke. Forslagets betragtning 12 er i så henseende helt utilstrækkelig. Dels har en betragtning en anden retskildeværdi end en art. Dels indeholder betragtning nr. 12 et andet led, der væsentligt afsvækker indholdet af 1. led. Endelig fastsætter betragtning 12 ikke, at det er medlemsstaterne, der definerer, hvad aflønning er.

Vi ønsker på denne baggrund, at det fortsat udtrykkeligt skal fremgå af direktivets art. 3, at ”begrebet aflønning defineres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis”. Denne sætning har været afgørende for den danske og den svenske Laval-løsning. Sætningen spiller endvidere en væsentlig rolle i sagen C-396/13. I præmis 39 anerkender EU-Domstolen således, at det er klart, at mindsteløn defineres nationalt af medlemsstaterne.

En genindførelse af denne præcisering må derfor anses for en afgørende forudsætning for, at Danmark (og Sverige) kan deltage i en revision af direktivet.

2. Udstationerede vikarer

Udstationerede vikarer er omfattet af udstationeringsdirektivet, jf. art. 1, stk. 3, litra c.

Hertil knytter der sig imidlertid en særlig regel i art. 3, stk. 9. Denne bestemmelse giver medlemsstaterne mulighed for (men altså ikke en forpligtelse til) at bestemme, at de udstationerede vikarer skal have ”*de samme vilkår*”, som dem, der gælder for vikarer i værtslandet. Denne vigtige regel har Danmark udnyttet i forbindelse med implementeringen af vikardirektivet.

EU-Kommissionen foreslår nu, jf. nyt stykke i art. 3(1c), at medlemsstaterne skal fastsætte, at udstationerede vikarbureauer skal garantere udstationerede vikarer de samme rettigheder, som gælder for værtsstatens vikarer i henhold til vikardirektivet art. 5.

Efter denne bestemmelse skal ”*de væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår*”, der gælder for vikaransatte under deres udsendelse til en brugervirksomhed, mindst svare til dem, der ville være gældende, hvis de vikaransatte havde været ansat direkte af denne virksomhed til udførelse af samme arbejdsopgave. De væsentlige arbejds- og

ansættelsesvilkår er defineret i direktivets art. 3, stk. 1, litra f. Det fremgår heraf, at der tænkes på bestemmelser om arbejdstid og aflønning.

Vi er positive over for forslaget. Imidlertid foreslås der samtidig med indsættelsen af det nye stykke i art. 3(1c) en ophævelse art. 3, stk. 9, jf. forslagets art. 3 (1d). Forslaget indeholder ikke nogen begrundelse for denne ophævelse. De to bestemmelser supplerer hinanden og strider ikke mod hinanden.

Det må umiddelbart betyde, at direktivet efter forslaget ikke giver medlemsstaterne adgang til at ligestille udstationerede vikarer med nationale, når det gælder fx afskedigelsesregler, løn i opsigelsesperiode og regler om akkumulering af anciennitet. Det samme må så gælde den nationale implementering af den øvrige del af vikardirektivet, der fx omhandler information og høring, information om ledige stillinger og adgang til kollektive faciliteter.

Det kan næppe heller udelukkes, at anvendelsen af vikarreglerne i overenskomsterne over for udstationerede vikarer vil kunne anses som en restriktion for den fri bevægelighed for tjenesteydelser i den udstrækning, at ligebehandling ikke (længere) er hjemlet i direktivet.

Vi ønsker at hindre dette samt sikre en fuldstændig ligestilling og ikke kun fsva. de "væsentlige løn- og ansættelsesvilkår". Vi ønsker derfor, at art. 3, stk. 9, bevares.

3. Hjemmel

Som hjemmel for direktivforslaget angives (alene) art. 56 og 59 i TEUF. Som begrundelse herfor anføres, at det oprindelige direktiv, der nu ændres, (alene) var baseret på disse bestemmelser, jf. pkt. 2.1. under overskriften begrundelse.

Som det imidlertid fremgår af forslagets 6. afsnit under pkt. 1.1. om begrundelse, har udstationeringsdirektivet et dobbelt formål. Udover at lette den grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, skal der således ske en afbalancering i forhold til at "beskytte udstationerede arbejdstagere og sikre lige vilkår for nationale og udenlandske konkurrenter". Dette hensyn har også fundet udtryk i betragtning nr. 5 i det eksisterende udstationeringsdirektiv og i betragtning nr. 3 i forslaget til ændring af direktivet.

Man må forstå, at der er tale om to ligeværdige formål, der afbalanceres over for hinanden. Dette har blot endnu ikke fundet udtryk i direktivets hjemmelsgrundlag.

Derfor har europæisk fagbevægelse i en del år arbejdet for, at der som hjemmel tillige blev angivet art. 153 i TEUF. Denne bestemmelse er hjemmelsgrundlaget for regler i henhold til traktatens afsnit X om social- og arbejdsmarkedspolitikken. Her har arbejdsmarkedet parter en central rolle efter bestemmelserne i art. 154 til 156. Endvidere anerkender art. 152 arbejdsmarkedets parter på EU-plan samt foreskriver, at EU skal respektere "de nationale systemers forskelligartede karakter".

Vi ønsker på denne baggrund et udvidet hjemmelsgrundlag med art 151 og art 153 i TEUF.

4. Minimumsdirektiv

Det var i en årrække den almindelige opfattelse, at udstationeringsdirektivet var et minimumsdirektiv, som medlemsstaterne kunne bygge videre på med det formål, at forbedre lønmodtagernes retsbeskyttelse. Denne opfattelse havde god støtte i direktivets art 3, stk. 7, 1. afsnit ("Stk. 1-6 er ikke til hinder for anvendelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne.") samt af betragtningerne nr. 12 og nr. 17 i direktivet.

Denne opfattelse måtte imidlertid opgives efter EU-Domstolens dom i Laval-sagen (C-341/05), hvor direktivet blev udlagt som et maksimumsdirektiv.

Konsekvensen heraf er, at de danske fagforeninger ikke kan konflikte til støtte for et krav om, at udenlandske serviceydere skal tiltræde en dansk brancheoverenskomst som indeholder andre vilkår (end de opregnede i udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1). Som følge heraf bliver de udenlandske serviceydere (kun) præsenteret for en såkaldt Laval-overenskomst.

Dette er utilfredsstillende, idet den udenlandske virksomhed herved opnår en konkurrencefordel i forhold til danske virksomheder, der har indgået en (helt normal) dansk overenskomst.

Som anført af Jens Kristiansen i Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer (2013) side 177 ff. harmonerer Laval-afgørelsen ikke med art. 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Ikke mindst set i lyset af forhandlingerne om EU's tiltræden af denne konvention, jf. art 6, stk. 2, i TEU, burde man benytte lejligheden til at rette op på dette forhold.

Vi ønsker derfor en bestemmelse, der ændrer udstationeringsdirektivet tilbage til igen at være et minimumsdirektiv.

Man kan formulere et sådant forslag på følgende måde:

"Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre love eller administrative bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne eller at tillade eller fremme anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne."

Hvis art. 153 bliver indføjet som hjemmelsgrundlag for direktivet, jf. pkt. 2, vil der næppe være traktatmæssige problemer med dette forslag, men det er formentlig også en forudsætning for forslaget. Det fremgår af art. 153, stk. 2, litra b, at direktiver, der udstedes med hjemmel i bestemmelsen, er "minimumsforskrifter".

5. Udstationeringens midlertidige karakter og lovvalgsregler

Udstationeringsdirektivet fastsætter ikke nogen maksimal periode i hvilken, en virksomhed eller en arbejdstager kan være udstationeret. I art. 2 hedder det dog om en udstationeret arbejdstager, at det er en "arbejdstager, der i en bestemt periode udfører arbejde på en anden medlemsstats område end den, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde". I betragtning 3 og 13 tales der om arbejdstagere, der "midlertidigt er udstationeret".

I forbindelse med udarbejdelsen af håndhævelsesdirektivet drøftedes længden af den periode, hvori man kunne være udstationeret. Eneste regulering blev imidlertid art. 4, stk. 3, om vurderingen af, om en arbejdstager midlertidigt udfører arbejde i en anden medlemsstat. Ved vurderingen heraf skal man navnlig lægge vægt på om ”arbejdet udføres i en begrænset periode i en anden medlemsstat.”

Det var bebudet, at man i forbindelse med mobilitetspakken ville regulere varigheden af en udstationering. Det er ikke sket. Man har alene medtaget en lovvalgsregel. Under pkt. 7.1. stk. 1 anføres udtrykkeligt, at ”Den mulige varighed af en midlertidig levering af tjenesteydelser berøres ikke”. Der tilføjes så, at ”det skal afgøres i hvert enkelt tilfælde, idet der tages hensyn til ikke blot varigheden, men også hyppigheden, den periodiske karakter eller kontinuiteten af leveringen af tjenesteydelser”. Man opgiver altså at regulere spørgsmålet og foreslår i stedet en lovvalgsregel.

Spørgsmålet om lovvalget foreslås således reguleret i en ny bestemmelse i direktivet (ny art. 2a). Denne bestemmelse er begrænset til tilfælde, hvor en udstationering overstiger 24 måneder.

Ved en udstationering af en arbejdstager, som varer længere end 24 måneder, skal værtslandet ”anses for at være det land, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde.” Hertil kommer i andet stykke en regel, der skal sikre imod omgåelse ved udskiftning af arbejdstagere. Det samme gælder således, når der sker udskiftning af de udstationerede arbejdere forudsat, at de udfører de samme opgaver på det samme sted og er udstationerede i en periode på mindst 6 måneder.

Bestemmelsen er formuleret som en slags henvisning til Rom I-forordningen og giver jo ikke i sig selv et svar på lovvalgsspørgsmålet. Af Rom I-forordningen følger det, at det land, ”hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde” også er det land, hvis ret finder anvendelse på ansættelsesforholdet. Det gælder dog kun, hvis ikke parterne i ansættelseskontrakten har aftalt andet. Man kan dog ikke ved et lovvalg i en ansættelseskontrakt berøve arbejdstageren rettigheder i henhold til værtslandets ufravigelige regler.

I praksis ses meget lange perioder – op til 6-7 år – hvor en virksomhed hævder at være udstationeret. Udstationeringens længde er derfor et vigtigt spørgsmål. De kriterier, som EU-Kommissionen nævner, jf. ovenfor er ikke operationelle i praksis.

Vi har drøftet forholdet mellem udstationeringens midlertidige karakter og lovvalgsregler. Vi finder, at det afgørende er hvilket lands arbejdsretlige regler, der gælder for de udstationerede arbejdstagere. *Vi foreslår derfor, at Kommissionens forslag om en 24 måneders regel ændres til en 6 måneders regel.*

Efter 6 måneders udstationering vil gæstelandets lovgivning herefter altovervejende skulle anvendes på ansættelsesforholdet. Dette gælder dog ikke, hvor der i ansættelseskontrakten er aftalt et andet lovvalg, med mindre der er tale om ufravigelig lovgivning.

De 6 måneder harmonerer med det forhold, at den udstationerede arbejdstager bliver skattepligtig til gæstelandet efter denne periode.

6. Konsekvensen af, at direktivet ikke overholdes

I forbindelse med forberedelsen af vedtagelsen af håndhævelsesdirektivet arbejdede vi for, at der blev indsat udtrykkelige regler om konsekvensen af, at direktivet ikke blev overholdt. Forslaget var, at arbejdstagere eller virksomheder, der ikke reelt var udstationerede skulle være omfattet af ligebehandlingskravet i EU-traktaten om vandrende arbejdstagere (art. 45 i TEUF).

Det lykkedes desværre ikke at komme igennem med dette forslag.

Vi finder det derfor nødvendigt at stille et ændringsforslag herom.

Et forslag kan fx affattes således:

”Såfremt en udstationeret arbejdstager eller udstationerende virksomhed ikke opfylder betingelserne for at være udstationeret arbejdstager eller udstationerende virksomhed finder art. 45 i TEUF anvendelse på arbejdstagernes løn- og arbejdsvilkår.”

7. Montørreglen i direktivets art. 3, stk. 2

Art. 3, stk. 1, foreskriver minimumsregler, der skal overholdes i forhold til udstationerede arbejdstagere. Stk. 2 er en udtagelsesregel. Reglerne i stk. 1 om ferie og mindstebetaling skal således ikke overholdes ved første montering eller installation, hvis udstationeringen varer højst 8 dage.

Undtagelsesreglen gælder dog ikke for byggeaktiviteter. HK har foreslået, at det samme burde gælde for aktiviteter, der minder om byggeaktiviteter, specielt projekt-opbygninger i it-branchen. Om forslaget har HK nærmere anført:

”IT-projekter kan i mange henseender sidestilles med bygge- og anlægsprojekter. Forud for opbygning af nye it-systemer – både på hardware- og softwaresiden – foregår et omfattende planlægningsarbejde, hvor hver enkelt del af projektet brydes ned i enkeltdele. It-projekterne foregår også over nærmere bestemte tidsforløb helt svarende til på byggeområdet og afsluttes med en overlevering til den givne kunde.

De enkelte dele af projektet, det være sig opbygning af den fysiske infrastruktur, design af systemer, programmering af software, installation og afprøvning af både hardware og software, tilpasning og ibrugtagning minder til forveksling om faser i byggeprojekter. Ikke hvad angår det, der konkret skal skabes (henholdsvis bygninger og it-systemer), men i den måde, at den overordnede organisering af arbejdet, de tilhørende arbejdsprocesser og brug af arbejdskraft finder sted. At det forholder sig således, kan genfindes ved at studere udbud for henholdsvis bygge- og it-projekter, som de to erhvervsaktiviteter i øvrigt altovervejende er underlagt, når de afsættes.

Arbejdskraften som anvendes kan ofte bestå af et eller flere hold af it-medarbejdere, som sendes over grænserne ligesom sjak på byggeområdet for at løse afgrænsede opgaver i kortere eller længere tid. Ligeledes kan det samme gentage sig i forbindelse med, at der skal installeres nye dele eller at it-systemet skal opdateres.

Vigtigheden af it-systemer som infrastruktur i alle dele af dagens samfund er uomgængelig, og fylder mindst ligeså meget som byggeaktiviteter. Der bør derfor være

samme undtagelse i udstationeringsdirektivet for arbejde, der til forveksling ligner byggeområdets aktiviteter som it-projekter og afledte løbende vedligeholdelsesopgaver. Dette vil i givet fald indebære, at andre brancher med tilsvarende kendetegn, også bør omfattes af undtagelsesbestemmelsen.”

Vi kan tilslutte os dette forslag.

Bestemmelsen i art. 3, stk. 2, kan da udformes således:

”Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på de i bilaget omhandlede byggeaktiviteter eller lignende aktiviteter inden for bl.a. it-branchen, der er sammenlignelige hermed i forhold til installation, afprøvning, tilpasning, ibrugtagning og vedligehold.”

Med venlig hilsen

Jørgen Rønnow Bruun
LO

Simone Heinecke
FTF

Käthe Munk Ryom
Akademikerne