Direktivet om udstationering - et middel til forebyggelse af social dumping?

af Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Udgangssituationen

1. Arbejdskraftomkostninger som placeringsfaktor

Der er forskel på arbejdskraftomkostningerne i de enkelte EF-medlemsstater. Ifølge EF-Kommissionen svingede en byggearbejders overenskomstforhandlede minimumsløn i 1990 mellem 1,5 ECU og 2,12 ECU i henholdsvis Portugal og Grækenland og 7,11 ECU og 13,32 ECU i henholdsvis Tyskland og Danmark.[1] Indkomsten pr. indbygger i EF's 10 rigeste regioner var cirka 160% højere end i de 10 fattigste regioner.[2] Sammenlignet med tredjelande - f.eks. i Østeuropa eller den såkaldte Tredje Verden - er kontrasten langt mere skærende. Den konkurrencefordel, der ligger i lave lønudgifter bliver under alle omstændigheder mere end udlignet af andre faktorer: manglende adgang til kvalificeret arbedskraft, ineffektiv infrastruktur, vanskeligt beregnelig statslig forvaltning er "ulemper", som for det meste vejer tungere ved investeringsafgørelser. Der er derfor på ingen måde anledning til spærreforanstaltninger over for "billiglønsproducenter". Sådanne foranstaltninger ville være udtryk for ren protektionisme. Det er også korrekt at hævde, at der ikke er tale om dumping i juridisk forstand, når en udenlandsk producent kan tilbyde billigere varer på grund af lavere arbejdskraftomkostninger.[4]

2. Garanterede minimumsstandarder?

Der kan opstå juridiske problemer, når produktionen foregår i et andet land under uværdige forhold. Forbundsretten måtte således afgøre, om det strider mod § 1 i UWG (den tyske lov mod uretmæssig konkurrence), når der i Tyskland markedsføres en billig asbest, som kun er så billig, fordi den er fremstillet i Sydkorea uden de arbejderbeskyttelsesforanstaltninger, som er en selvfølge i Europa.[5] Hverken lovgivningsmagten eller domsmyndighederne har hidtil udviklet klare retningslinjer for, hvornår grænsen for det acceptable er overskredet. Der findes ganske vist en lang række internationale minimumsstandarder - f.eks. ILO-standarderne[6], garantien om "en passende løn" og "sikre og sunde arbejdsvilkår" i art. 7 i FN-pagten om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder[7] samt i "socialklausulerne" i Verdensråvareaftalen, som kræver garanti for "fair labour standards".[8] Disses indhold og bindende kraft i aftale- eller sædvaneretlig forstand giver dog stadig anledning til tvivl - man må stadig gå ud fra, at produktionsbetingelserne trods nye tiltag inden for udviklingsfolkeretten er relativt uinteressante for tysk ret, og at sætningen "pecunia non olet" ledsages af sætningen "merx non olet". EF-forordningen om utilladelig handelspraksis i tredjelande[10] forekommer for så vidt heller ikke at være anvendt.[11]

3. Problemet med vandrende arbejdstagere

De forskellige arbejdskraftomkostninger kan få en mere vidtgående virkning, når arbejdere rejser fra fra de mindre udviklede lande til de "rigere" lande, hvor de accepterer en aflønning, som ligger et sted mellem niveauet i deres hjemland og i "arbejdslandet". I Tyskland lagde man ved antagelse af udenlandske arbejdstagere fra starten afgørende vægt på, at de ikke kun var dækket af tysk arbejdsret, men at de også havde de samme arbejdsbetingelser som deres tyske kolleger.[12] For fagforbundene var dette en grundlæggende forudsætning for, at de overhovedet kunne erklære sig indforstået med ansættelsen af "gæstearbejdere".[13] EØF-Traktatens art. 48, stk. 2 indeholder et udtrykkeligt forbud mod forskelsbehandling; at betale en italiensk metalarbejder en "udlændingeløn" ville være et klart brud på fællesskabsretten. Det ligger indtil nu klart, at en åbenlys forfordeling af udenlandske arbejdstagere hører til den absolutte undtagelse, men at der diskrimineres i det skjulte, kan ikke benægtes, hverken hvad angår kvinder eller andre udsatte grupper.

4. Problemet med udstationerede arbejdstagere

En lignende potentiel underbydelseskonkurrence opstår, når arbejdstagere fra et lavtlønsland af deres derboende arbejdgiver udstationeres i et højtlønsland for i kortere eller længere tid at have til opgave at bygge veje eller køre lastvogne. En faktisk og juridisk inddragelse i arbejdsretsordningen lader sig her ifølge gældende international privatret kun vanskeligt gennemføre: I henhold til art. 30, stk 2 i EGBGB (bekendtgørelse til "Bürgerliches Gesetzbuch", som indeholder samtlige lovbestemmelser vedr. privatretten) ændrer midlertidig virksomhed i et andet land ikke noget ved, hvilken retsordning der er den gældende, og selv ved en vedblivende udstationering vil de i reglen "tætte forbindelser" til den hidtidige retsordning fortsætte.[14] Der bliver rapporteret om grelle tilfælde af "løndumping". F.eks. drøftede Europa-Parlamentet i april en forespørgsel fra et portugisisk medlem, der gik ud på, at udstationerede portugisiske arbejdstagere, som arbejdede ved opførelsen af Euro-Disney kun havde modtaget ca. en femtedel af det beløb, som en tilsvarende fransk arbejdstager havde modtaget.[15] Inden for byggebranchen bliver der oftere og oftere meldt om tilfælde, hvor polske eller andre østeuropæiske arbejdstagere ansat på basis af (pro forma) arbejdskontrakter arbejder for 5,- til 8,- DM i timen.[16] Vismændene udtalte sig allerede i deres årsberetning for 1989/90 med glædelig tydelighed imod en sådan praksis:[17] Den vil føre til en segmentering af arbejdsmarkedet og skabe spændinger mellem de lokale og de tilrejsende arbejdstagere. I rapporten hedder det videre: "Lovgivernes muligheder for at forme lovgivningen på arbejds- og socialområdet ville blive undergravet, da andre landes bestemmelser ville blive bragt til anvendelse inden for landets grænser på en måde, der i sidste ende ikke ville være til at kontrollere, for så vidt som der var ansat udenlandske arbejdstagere i landet. Resultatet ville blive, at virksomheder flyttede deres aktiviteter til lande med lave standarder på arbejds- og socialområdet. Dette ville udløse konflikter mellem landene..."

På sådanne forstyrrelser på arbejdsmarkederne kan der reageres på nationalt plan, men også på EF-plan. EF-Kommissionen forelagde i august 1991 et forslag til et direktiv "om udstationering af arbejstagere som led i udveksling af tjenesteydelser".[18] Europa-Parlamentet har i mellemtiden afgivet udtalelse herom.[19] I det følgende vil vi kigge nærmere på dette initiativ, da det behandler et problem, hvis relevans ingen længere kan benægte.

II. Indholdet af Kommissionens forslag

Direktivet sigter imod oprettelsen af en "kerne" af arbejdsvilkår på "arbejdsstedet", som også skal overholdes i tilfælde af udstationering. Den kendsgerning, at bl.a. den tyske interzonale privatret hviler på Rom-Konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, er for så vidt uden betydning, da art. 20 i denne konvention udtrykkeligt giver fællesskabsretten forrang.

1. Begrebet "udstationering"

Ifølge art. 2 i direktivforslaget findes der tre forskellige former for udstationering.

Litra (a) omhandler det egentlige tilfælde af udstationering: Virksomheden udstationerer en arbejdstager "i løbet af udførelsen af en kontrakt vedrørende arbejde eller tjenestydelser" til en medlemsstats område under ledelse af nævnte virksomhed.

Litra (b) omhandler grænseoverskridende vikararbejde: Vikarbureauet sender en arbejdstager til en "brugervirksomhed", der er etableret eller har et forretningssted i en medlemsstat, for så vidt der er indgået en ansættelseskontrakt mellem vikarbureauet og arbejdstageren for udstationeringsperioden.

Litra (c) omhandler især udstationeringen af arbejdstagere inden for en koncern. Det omfatter det tilfælde, hvor en virksomhed henviser en arbejdstager til en af sine afdelinger eller en anden virksomhed i en medlemsstat, for så vidt der er indgået en ansættelseskontrakt mellem den første virksomhed og arbejdstageren for udstationeringsperioden. Forskellen mellem litra (b) og (c) ligger alene i, at den udstationerende arbejdsgiver i sidstnævnte tilfælde er en normal produktions- eller servicevirksomhed; i tysk termonologi drejer det sig således om ægte udlejningsarbejde.[21]

Ved "udstationerende virsomhed" forstås enhver virksomhed, som udnytter retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til EØF-Traktatens art. 59 ff. En sådan virksomhed kan også være etableret uden for Fællesskabet.[22] Det er kendetegnende for samtlige udstationeringsforhold, at ansættelsesforholdet mellem arbejdstageren og den udstationerende virksomhed fortsætter. Hvis der er tale om ændring af arbejdsgiver, foreligger der et tilfælde af fri bevægelighed af arbejdskraft, hvorved ligebehandlingsbestemmelserne i EØF-Traktatens art. 48, stk. 2 finder anvendelse, i hvert fald hvis udvekslingen foregår inden for EF.[23]

2. "Kernen" af ansættelsesbetingelser på arbejdsstedet

Direktivforslagets art. 3, stk. 1 foreskriver, at bestemte arbejdsvilkår og -betingelser, "som er gældende for arbejde af samme art på det sted, hvor arbejdet udføres midlertidigt", skal overholdes under udstationeringen, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelseskontrakten. Dette gælder, når det drejer sig om ved lov eller administrative bestemmelser, kollektive aftaler eller voldgiftskendelser fastsatte arbejdsvilkår og
-betingelser, der dækker hele den pågældende beskæftigelse og erhvervsgren, og som således har en "erga omnes" betydning. Ud over den juridisk bindende arbejdsret omfatter dette kun lønoverenskomster, der er bindende for hele den pågældende beskæftigelse. Hertil kommer, at den bindende virkning kun gælder nedenstående forhold:

(1) daglig og ugentlig arbejdstid, hviletid, søndagsarbejde og natarbejde;

(2) ferie med løn;

(3) mindsteløn, herunder overtidsbetaling og godtgørelser, bortset fra fordele opnået ved private arbejdsordninger;

(4) betingelser for udlejning af arbejdstagere, især ved vikarbureauers levering af arbejskraft;

(5) sundhed, sikkerhed og hygiejne på arbejdspladsen;

(6) beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejsvilkår for gravide kvinder eller kvinder, som lige har født, børn, unge og andre grupper, der nyder særlig beskyttelse;

(7) ligebehandling mellem mænd og kvinder og forbud mod forskelsbehandling på grundlag af farve, race, religion, overbevisning, national oprindelse eller social baggrund.

I henhold til art. 3, stk. 2 gælder ovennævnte bestemmelser vedrørende ferie med løn og mindsteløn ikke, når udstationeringens varighed er mindre end tre måneder inden for en referenceperiode på et år at regne fra den første dag af udstationeringen. Ved beregningen af 3-måneders perioden medregnes alle forudgående perioder, hvor en arbejdstager har været udstationeret til det pågældende arbejde. Man vil åbenbart undgå, at nogle arbejdstagere gennem en slags rotation hindrer overskridelsen af tremånedersfristen, og at undtagelsen således udvides ud over det egentlige anvendelsesområde.

3. Udtalelsen fra Europa-Parlamentet og dets udvalg

Der gik godt 1½ år, inden der forelå en udtalelse fra Europa-Parlamentet til Kommissionens direktivforslag. Den første rapport fra udvalget for sociale anliggender, beskæftigelse og arbejdsmiljø[24] blev afvist af plenarforsamlingen den 6. juli 1992 og atter henvist til udvalget. Den nu foreliggende anden rapport[25] blev vedtaget af plenarforsamlingen. De vigtigste ændringsforslag vedrører anvendelsesområdet - allerede efter

mindst en måneds beskæftigelse skal direktivets bestemmelser gælde - samt andre anvendelige bestemmelser, hvor der tages hensyn til skik og brug på arbejdsstedet, og ikke længere til, at vilkårene skal have almen bindende karakter.[26]

III. Kritik

1. Den fornuftige grundtanke

Kommissionens forslag må hilses velkomment, for så vidt som det tager et reelt problem op, som kan forventes at få større betydning i fremtiden: Jo tættere medlemsstaterne knyttes sammen økonomisk, jo hyppigere kan udstationering føre til grænseoverskridende overføring af arbejdstagere.[27] Kommissionen har med rette undladt at søge en "storstilet løsning" i den forstand, at bestemte arbejdsvilkår skal harmoniseres inden for Fællesskabet: I betragtning af medlemsstaternes forskellige udviklingsstadier er tiden endnu ikke moden til et bindende "socialt fundament".[28] Ud fra en realistisk betragtning kan det således kun dreje sig om, helt eller delvist at udvide de i de enkelte medlemsstater gældende (helt forskellige) standarder til at dække arbejdstagere, som af deres arbejdsgivere er blevet udstationeret til den pågældende medlemsstat. Konkurrencen vedrørende lønudgifter standses hhv. indskrænkes således kun, når den manifesterer sig på det enkelte nationale arbejdsmarked, d.v.s. når en slags kombination af hjemlandets lave lønninger og "værtslandets" mere udviklede infrastruktur ellers ville blive udnyttet. Kommissionen indskrænker sig for så vidt til samordningen af nationale regler: Direktivet skal fastslå, hvilke områder, der skal høre til "kernen" af arbejdsvilkår på arbejdsstedet, uden at deres forskelligartethed på nogen måde berøres. Uden en sådan bestemmelse kunne det på den anden side forekomme, at medlemsstater går forskellige veje, således at det f.eks. i ét land er mindstelønnen, og i et andet pligten til at bidrage til de fælles faciliteter, der gøres gældende. I henhold til EF-Domstolens domspraksis har medlemsstaterne fuld ret til at udvide deres retlige og overenskomstmæssige standarder til udstationerede arbejdstagere - en sådan afgørelse har i tilfældet Ruch Portuguesa fundet anvendelse på portugisiske arbejdstagere i Frankrig[29], men er imidlertid almengældende, for så vidt der ikke derved opstår forskelsbehandling, f.eks. gennem en dobbeltforpligtelse til betaling af sociale bidrag.[30] Direktivet har under disse omstændigheder en harmoniserende funktion og letter udøvelsen af retten til fri bevægelighed for tjenesteydelser som udtrykt i EØF-Traktatens art. 59 ff.

2. Den inkonsekvente omsætning

Kommissionens prisværdige målsætning fastholdes ikke konsekvent i den foreslåede direktivtekst, som ikke indeholder stort andet end det, der allerede gælder via national privatret, og har på grund af indskrænkningen af kollektive overenskomster med erga-omnes betydning vidt forskellige virkning i de enkelte medlemsstater.

Betragter man efter tur de 7 "kerneområder", er det ikke vanskeligt at se, at der - bortset fra område ét og to, ferie med

løn og mindsteløn - allerede eksisterer en forpligtelse over for udstationerede arbejdstagere. Dette gælder alle offentligretlige forskrifter, som i hvert fald efter hidtil gældende retsopfattelse er en konsekvens af territorialitetsprincippet, og derfor finder anvendelse på ethvert arbejde, som er afledt af aktiviteter på Forbundsrepublikkens område.[31] AZO (den tyske lov om arbejdstid) og forbudet mod søndagsarbejde i henhold til JJ 105b ff i GewO (den tyske næringslov) virker således helt på samme måde som arbejderbeskyttelsesloven også for arbejdstagere, som i henhold til en udenlandsk statut midlertidigt er beskæftiget i Tyskland. "Kerneområde" 1 og 5 tilføjer således ikke noget nyt. Det samme gælder de i område 6 omtalte bestemmelser til fordel for vordende mødre, unge og svært handicappede.[32] Det i område 7 nævnte påbud om ligebehandling mellem mænd og kvinder findes jo allerede i fællesskabslovgivningen, og de øvrige af de der nævnte forbud mod forskelsbehandling kan på grundlag af art. 3, stk. 3 i GG (den tyske grundlov) og J 75 i BetrVG (den tyske arbejdermedbestemmelseslov) næppe betegnes som bindende normer" som defineret i art. 34 i EGBGB - rent bortset fra, at de portugisiske eller polske byggesjaks problemer ikke består i, at enkelte af deres medlemmer forfordeles på grund af deres religiøse overbevisning eller - ifølge tillægsforslaget fra parlamentsudvalget for sociale anliggender - på grund af deres seksuelle orientering. Endelig har vi også hidtil hævdet, at bestemmelserne i AÜG (den tyske lov om midlertidigt arbejde) også skal overholdes ved grænseoverskridende udlejning af arbejdskraft;[33] i lyset heraf indeholder område 4 heller ikke noget nyt. Man kan især med henblik på offentligretlige normer formode, at en lignende situation foreligger i andre medlemsstater.

Det, der er tilbage, er bestemmelserne om ferie med løn (område 2) og om "mindsteløn, herunder overtidsbetaling og godtgørelser" (område 3). Her opstår blot den vanskelighed, at løn- og ferieaftaler ifølge tysk overenskomstlov kun binder de to parters organisationsmedlemmer, og således ikke har nogen erga-omnes virkning. Erklæringer om aftalers alment bindende kraft hører absolut til undtagelserne netop inden for denne sektor.[34] Heller ikke i lande som Frankrig, som lader arbejdsgivernes overenskomstmæssige forpligtelser være tilstrækkelige[35] har direktivet relevans. Så vidt det hidtil har kunnet konstateres, eksisterer den forudsatte erga-omnes virkning kun i spansk ret, og selv der gælder den kun hvis overenskomstaftalerne har overholdt den i arbejdsgiverloven foreskrevne procedure, og hvis det ikke drejer sig om de ret hyppige "ikke-statutmæssige" kollektive overenskomster.36 At direktivet ikke er relevant i Storbritannien med dets overenskomstmæssige "gentlemen's agreements", som kun har retsgyldighed gennem udtrykkelig eller stiltiende henvisning til ansættelseskontrakten[37], er indlysende. Det spiller således heller ikke nogen afgørende rolle mere, om bestemmelserne om ferie og mindsteløn først gælder efter 3 måneders udstationering, allerede efter en måned eller med det samme. At strides om fristerne for noget, der ingen betydning har, minder i mistænkelig grad om beskæftigelsesterapi.

I den foreslåede form er direktivet for langt de fleste medlemsstater omsonst. Det vil kun medføre en række ekstra

fortolkningsproblemer og praktiske vanskeligheder. Når der f.eks. står, at de for det pågældende erhverv bindende bestemmelser om sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen også gælder for udstationerede arbejdstagere,
påvirker det ganske vist brancheforeningens forskrifter for ulykkesforebyggelse, men man tøver med at godkende dette som konkretiserende virksomhedsaftaler, da dette jo på grund af dets begrænsede gyldighedsområde ikke omfatter erhvervet som helhed. Det ville også være temmelig kostbart, hvis den årlige ferie, f.eks. i tilfælde af montører, som arbejder i forskellige medlemsstater, skulle sammenstykkes på basis af forskellige regler. Og selv om dette gik an: Hvad sker der når andre retssystemer har et andet syn end BAG (den tyske arbejdsret) på f.eks. muligheden for at overføre ferie til det følgende år og på behandlingen heraf ved længere sygdomsperioder? De retsbelærte ville som de eneste opleve et uventet opsving.

Situationen forholder sig anderledes, når man følger Parlamentets forslag. Hvis man giver afkald på erga-omnes kravet og tager hensyn til den stedlige ferie og den stedlige godtgørelse, ville man komme meget nærmere Kommissionens målsætninger. Til den juridiske konstruktion kunne man knytte den praksis, som er udviklet m.h.t. de arbejdsbetingelser, der gælder alle andre arbejdstagere. Man bevarer ganske vist den (relativt) begrænsede tarifmæssige indvirkning, men forbyder enhver afvigelse, som ville gå ud over den beskyttede persongruppe.[38] På denne baggrund er det så også af ret stor betydning, om hver udstationering er dækket, eller om man fastlægger en "relevanstærskel" på en måned eller tre måneder. Her kunne et differentieret system måske komme i betragtning, alt efter udstationeringens art: Ved udlejningsarbejde og andre tilfælde, hvor arbejdstageren faktisk står til rådighed for en virksomhed i "værtslandet", kan ret korte frister under alle omstændigheder accepteres, mens der i "det klassiske tilfælde" af udstationering, d.v.s. hvor forholdet til virksomheden i det andet land opretholdes fuldt ud, kunne vises større gavmildhed: Den konkurrencemæssige situation over for arbejdstagerne i "værtslandet" er her meget mindre udpræget.

IV. Alternativer?

Om direktivudkastet i den foreliggende form eller i en forbedret form nogensinde bliver godkendt af Ministerrådet, er det i øjeblikket umuligt at sige noget om. Den kendsgerning, at Europa-Parlamentet, som er meget åben over for sociale spørgsmål, havde sine kvaler med forslaget,[39] må give anledning til skepsis. På fællesskabsplan kan der under disse omstændigheder ved social dumping, som foretages af tredjelande, kun findes støtte i forordningen om utilladelig handelspraksis.[40]

På nationalt plan kunne man forestille sig forskellige foranstaltninger. For det første åbner fællesskabsretten mulighed for, at den tyske arbejdsret kan kræves overholdt ved tildelingen af offentlige byggekontrakter.[41] Også ved andre offentlige kontrakter kan dette spille en rolle.[42]

Endvidere bør man i lyset af den øgede konkurrence via billig arbejdskraft tænke nærmere over, hvad der i henhold til art. 14 i EGBGB hører til de bindende normer, som også skal anvendes ved udenlandske ansættelseskontrakter. Det ligger klart, at forbudet mod at drive lønåger hører med[43], men i litteraturen slås der i stigende grad til lyd for, at overenskomsaftaler, der erklæres for alment bindende, i modsætning til BAG's ældre retspraksis[44] også anvendes, når arbejdsforholdene er underlagt udenlandsk arbejdsret.[45] Ganske vist skal overenskomstaftalerne tillægge sig selv et tilsvarende gyldighedsområde. Såfremt de kun omfatter "virksomheder" i indlandet, kan de heller ikke ved hjælp af en erklæring om almen bindende kraft udvides til de klassiske tilfælde af udstationering.

Endelig er der fornylig stillet forslag om, at der i hvert fald i byggesektoren opkræves en dumpingafgift for beskæftigelse af billig arbejdskraft, som udligner forskellen mellem de udbetalte lønninger og de herskende lønninger i det pågældende land for tilsvarende arbejde. Dermed ville en sanktion udviklet til bekæmpelse af den "egentlige dumping" være indført på det socialpolitiske område. Om dette af lovgiveren vil blive taget op på en effektiv måde, skal ikke diskuteres her - i denne sammenhæng er det vigtigt blot at få konstateret, at den nationale stat er i stand til skride ind over for forstyrrelser af arbejdsmarkedet.