



ML í lögfræði

Réttarstaða útsendra starfsmanna á Evrópska efnahagssvæðinu

Inntak og túlkun tilskipunar 96/71/EB um störf útsendra
starfsmanna í tengslum við veitingu þjónustu og íslenskur réttur

Júní 2018

Nafn nemanda: Alexandra Kjærnested Arnarsdóttir

Kennitala: 230793 – 2049

Leiðbeinandi: Margrét Einarsdóttir

Útdráttur

Réttarstaða útsendra starfsmanna á Evrópska efnahagssvæðinu

Markmið þessarar ritgerðar er að varpa ljósi á réttarstöðu útsendra starfsmanna á Evrópska efnahagssvæðinu og hér á landi. Útsendur starfsmaður er starfsmaður sem sendur er af atvinnurekenda í því skyni að veita þjónustu í tiltekinn tíma á yferráðasvæði annars EES-ríkis en þess sem hann starfar venjulega í. Útsendir starfsmenn gegna mikilvægu hlutverki á innri markaði og þá sérstaklega í tengslum við frjálsa þjónustustarfsemi milli EES-ríkja. Réttarstaða útsendra starfsmanna á Evrópska efnahagssvæðinu hefur valdið miklum ágreiningi þar sem ekki hefur náðst jafnvægi á milli reglna innri markaðar og félagslegrar verndar útsendra starfsmanna.

Í ritgerðinni verður fjallað um frelsið til að veita þjónustu og ástæður þess að útsendir starfsmenn falla undir reglur 36.- 39. gr. EES-samningsins. Þá verður gert grein fyrir inntaki tilskipunar 96/71/EB um útsenda starfsmenn. Með tilskipun 96/71/EB um útsendra starfsmanna var reynt að samræma lágmarksreglur um útsenda starfsmenn og setja viðeigandi vernd fyrir þá. Næst verður dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins reifuð ítarlega. Töluvert hefur reynt á réttindi útsendra starfsmanna fyrir Evrópudómstólnum og hefur túlkun dómstólsins valdið miklum ágreiningi.

Þá verður vikið að réttarstöðu útsendra starfsmanna á Íslandi. Tilskipun 96/71/EB um útsendra starfsmanna var innleidd með lögum nr. 45/2007. Verður fjallað um ákvæði laga nr. 45/2007 og lagt mat á hvort lögin samrýmast tilskipun 96/71/EB um útsendra starfsmanna. Stuttlega verður gert grein fyrir breytingartillögu laga nr. 45/2007 sem hefur verið lögð fyrir Alþingi. Jafnframt verður fjallað um mál Primera Air Nordic sem reyndi á gildissvið laga nr. 45/2007 og heimildir íslenskra stéttarfélaganna gagnvart erlendum þjónustufyrirtækjum. Að auki verður litið til tillögu framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um breytingar á tilskipun 96/71/EB um útsendra starfsmanna. Að lokum verða aðalatriði ritgerðarinnar dregin saman og gert grein fyrir niðurstöðum höfundar.

Abstract

The main objective of this thesis is to shed a light on posted workers legal rights on the European Economic Area and Iceland. A posted worker is a worker who, for a limited period, provides services for his employer in the territory of a Member States other than the State which he usually works. Posted workers play an important role on the internal market, particularly in relation to the free movement of services between EEA countries. Posted workers' rights have caused substantial disputes because there have been difficulties in balancing the internal market rules with the social protection of posted workers.

The rules on freedom of service will be discussed in this thesis, along with the reasons why posted workers falls into the scope of Articles 36-39 of the EEA Agreement. Then the content of Directive 96/71/EC on posted workers will be explained. The Directive 96/71/EC lays down a nucleus of mandatory rules for minimum protection for posted workers in the host state. Next, the case law of the European Court of Justice and EFTA-court will be examined. A number of cases regarding posted workers' rights have gone before the European Court of Justice and the Court's interpretation have been controversial.

The posted workers legal rights in Iceland will also be examined. Directive 96/71/EC was introduced with Act no 45/2007. The provisions of the Icelandic Act no. 45/2007 will be discussed and assessed whether the provisions comply with the Directive 96/71/EC on posted workers. A proposal for amendments has been submitted to the Icelandic Parliament of Act no. 45/2007 and will be reviewed briefly. Furthermore, the legal issues in the Primera Air Nordic case will be discussed. The European Commission has presented a proposal for amending Directive 96/71/EC that will be assessed. Finally, the main issues presented will be summarized and authors conclusion.

Efnisyfirlit

Dómaskrá	v
Lagaskrá	viii
1 Inngangur	1
2 Frelsi til að veita þjónustu	2
2.1 Innri markaður.....	2
2.2 Þjónustufrelsið í samanburði við frjálsa för launþega.....	4
2.3 Gildissvið.....	4
2.4 Rétthafi.....	7
2.5 Þrír þættir þjónustufrelsisins.....	7
2.6 Takmarkanir á réttinum til að veita þjónustu og réttlættingarástæður.....	8
2.7 Samantekt.....	10
3 Réttarstaða útsendra starfsmanna fyrir tilskipun 96/71 um útsenda starfsmenn ..	11
3.1 Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn.....	11
3.1.1 Rush Portuguesa.....	12
3.1.2 Síðari dómaframkvæmd.....	13
3.2 Ályktun.....	15
4 Tilskipun 96/71/EB um útsenda starfsmenn	16
4.1 Aðdragandi og markmið.....	16
4.2 Uppbygging og gildissvið tilskipunar.....	17
4.3 Lögboðnar reglur um ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði.....	20
4.3.1 1. og 8. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.....	20
4.3.2 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.....	23
4.4 4. - 6. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.....	24
4.5 Tilskipun 2014/67/EB um framkvæmd tilskipunar um útsenda starfsmenn.....	25
4.6 Ályktun.....	26
5 Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins & EFTA-dómstólsins	27
5.1 Almenn.....	27
5.2 Mál Viking - verkfallsréttur.....	27
5.3 Laval – lágmarksvernd.....	29
5.3.1 Málsatvik.....	29
5.3.2 Vinnulöggjöf í Svíþjóð.....	29
5.3.3 Niðurstaða Evrópudómstólsins.....	30
5.3.4 Samantekt.....	32
5.4 Mál Rüffert – kjarasamningar sem hafa almennt gildi.....	33
5.5 Mál framkvæmdastjórnar gegn Lúxemborg - Allsherjarregla.....	34

5.6	Mál Isbir - hugtakið lágmarkslaun	36
5.7	Nýleg dómaframkvæmd	37
5.8	ESA gegn Íslandi – lágmarksvernd	38
5.9	STX Norway and others gegn Noregi – lágmarksvernd.....	40
5.10	Samantekt.....	42
6	Útsendir starfsmenn á Íslandi.....	44
6.1	Almennt	44
6.2	Söguleg þróun laga nr. 45/2007	46
6.3	Gildissvið laga nr. 45/2007	48
6.4	Lágmarkskjör og reglur laga nr. 45/2007	50
6.5	Frumvarp til laga um breytingu á lögum nr. 45/2007	53
6.6	Samantekt.....	54
7	Primera Air Nordic málið.....	54
7.1	Almennt	54
7.2	Dómur Félagsdóms.....	55
7.3	Ályktun	57
8	Endurskoðun á tilskipun 96/71/EB um útsenda starfsmenn	60
8.1	Aðdragandi.....	60
8.2	Breytingartillaga á tilskipun 96/71 um útsenda starfsmenn.....	61
9	Lokaorð	63
	Heimildaskrá.....	68

Dómaskrá

Dómar EFTA-dómstólsins

Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4

Mál E-6/13 *Metacom AG g. Rechtsanwälte Zipper & Collegen* [2013] EFTA Ct. Rep. 856

Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117

Mál E-14/12 *EFTA Surveillance Authority g. Liechtenstein* [2013] EFTA Ct. Rep. p. 256

Dómar Evrópudómstólsins

Mál C-3/95 *Reiseburo Broede g. Sandker* [1996] ECR I-6511

Mál C-30/77 *Régina g. Pierre Bouchereau* [1977] ECR- 1999

Mál C-33/74 *J.H.M. van Binsbergen g. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299

Mál C-43/93 *Raymond Vander Elst g. Office des Migrations Internationales* [1994] ECR I-1141

Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165

Mál C-60/00 *Mary Carpenter g. Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279

Mál C-60/03 *Wolff & Muller g. Periera Félix* [2004] ECR I-9553

Mál C-76/90 *Säger g. Dennemeyer & Co Ltd* [1991] ECR I-4221

Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417

Mál C-115/14 *RegioPost GmbH & Co. KG g. Stadt Landau in der Pfalz* [2015]
EU:C:2015:760

Mál C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897

Mál C-134/05 *Commission g. Italy* [2007] ECR I-6251

Mál C-159/90 *SPUC g. Grogan* [1991] ECR I-4685

Mál C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787

Mál C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL* [2001] ECR I-2189

Mál C-215/01 *Schnitzer* [2003] ECR I-4847

Mál C-222/95 *Société Civile Immobilière Parodi g. Banque H. Albert de Bary et Cie* [1997]
ECR I-3899

Mál C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE og Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou g. Dimotiki Etairia Pliroforissis, Sotirios Kouvelas, Nicolaos Avdellas og others*
[1991] ECR I-2925

Mál C-272/94 *Guiot* [1996] ECR I-1905

Mál C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I- 1039

Mál C-279/80 *Criminal Proceedings against Alfred John Webb* [1981] ECR 3305

Mál C-281/06 *Jundt g. Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231

Mál C-319/06 *Commission g. Luxembourg* [2008] ECR I-4323

Mál C-341/02 *Commission g. Germany* [2005] ECR I-2733

Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767

Mál C-346/06 *Dirk Rüffert g. Land Niedersachsen* [2008] ECR I-1989

Mál C-352/85 *Bond van Adverteeders and others g. Netherlands* [1988] ECR 2005

Mál C-355/98 *Commission g. Belgium* [2000] ECR I-01221

Mál C-384/93 *Alpine Investment* [1995] ECR I-1141

Mál C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry g. Elektrobudowa Spolka Akcyjna* [2014] ECR I-2236

Mál C-404/05 *Commission g. Germany* [2007] ECR I-10239

Mál C-438/05 *International Transport Workers Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line* [2007] ECR I-10779

Mál C-484/93 *Peter Svensson og Lena Gustavsson g. Ministre du Logement et de l'Urbanisme* [1995] ECR I-3955

Mál C-484/93 *Svensson g. Ministre du Logement et d'Urbanisme* [1995] ECR I-3955

Mál C-522/12 *Tevfik Isbir g. DB Services GmbH* [2013] EU:C:2013:711

Mál C-586/13 *Martin Meat kft g. Géza Simonfay og Ulrich Salburg* [2015] EU:C:2015:405

Sameinuð mál C-49/98, C-50/98, C-52-54/98 og C-68-71/98 *Finalarte and others* [2001] ECR I-7831

Sameinuð mál C-51/96 og C-191/97 *Deliège* [2000] ECR I-2549

Sameinuð mál C-286/82 og C-26/83 *Luisi og Carbone g. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377

Sameinuð Mál C-369/96 og C-376/96 *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL* og C-376/96 *Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL* [1999] ECR I-8453.

Félagsdómur

Dómur Félagsdóms frá 20. nóvember 2017 í máli nr. 8/2017

Hæstiréttur Noregs

HR-2013-0496-A-Rt-2012-1447

Lagaskrá

EES-réttur

Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið [1994] OJ L1/3

Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 37/98 frá 30. apríl 1998 um breytingu á XVIII. viðauka (Öryggi og hollustuhættir á vinnustöðum, vinnuréttur og jafnrétti kynjanna) við EES-samninginn. 48/1998 EES-viðbætur við Stjtið EES 261

Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 149/2012 frá 13. júlí 2012 um breytingu á XVIII. viðauka (Öryggi og hollustuhættir á vinnustöðum, vinnuréttur og jafnrétti kynjanna) við EES-samninginn. 67/2012 EES-viðbætur við Stjtið EES 462

Evrópulöggjöf

Sáttmálar

Samsteyptar útgáfur sáttmálans um Evrópusambandið og sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins [2012] OJ C326/13

Reglugerðir og tilskipanir

Council Directive 96/71/EC of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services [1997] OJ 18/1

Council Directive 2008/104/EC of 19 November 2008 on temporary agency work [2008] OJ L 327/9

Council Directive 2014/67/EC of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System (‘the IMI Regulation’) [2014] OJ L 159/11

Council Regulation (EC) 883/2004 of 29 April 2004 on the coordination of social security systems [2004] OJ L 166/1

Íslensk lög

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993

Lög um réttindi og skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn tímabundið til Íslands o.fl. nr. 45/2007

Lög um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda nr. 55/1980

Lög um starfsmannaleigur nr. 139/2005

Lög um stéttarfélög og vinnudeilur nr. 80/1938

Stjórnarsýslulög nr. 37/1993

Brotfallin lög

Lög um starfskjör starfsmanna sem starfa tímabundið á Íslandi á vegum erlendra fyrirtækja nr. 54/2001

Lögskýringargögn

Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál.

Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál, umsögn Alþýðusambands Íslands við frumvarpið, erindi nr. Þ 133/1109

Alþt. 2009-2010, A-deild, þskj. 835 - 484. mál.

Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 66 – 66. mál.

Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148.

Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148, umsögn Alþýðusambands Íslands við frumvarpið, erindi nr. Þ 138/1406

1 Inngangur

Hreyfanleiki vinnuaflds milli aðildarríkja Evrópusambandsins og EFTA-ríkja hefur valdið togstreitu á milli reglna innri markaðarins og félagslegrar verndar launþega. Á 9. áratugnum var fyrst ágreiningur um réttindi útsendra starfsmanna (*e. posted workers*), en það eru einstaklingar sem eru sendir af atvinnurekanda tímabundið til annarra aðildarríkja Evrópusambandsins til að veita þjónustu eða vinna ákveðið verk.¹ Enn þann dag í dag er deila um réttarstöðu þeirra þar sem jafnvægi hefur ekki náðst á milli innri markaðar annars vegar og félagslegrar verndar útsendra starfsmanna hins vegar. Með tilskipun 96/71/EB um störf útsendra starfsmanna í tengslum við veitingu þjónustu² var reynt að samræma lágmarksreglur um útsenda starfsmenn og setja viðeigandi vernd fyrir þá.³ Tilskipunin var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið⁴ með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 37/98 frá 30. apríl 1998.⁵ Hún nær því til allra ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu,⁶ bæði aðildarríkja Evrópusambandsins og EFTA-ríkja. Tilskipun um útsenda starfsmenn var innleidd hér á landi með lögum nr. 45/2007 um réttindi og skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn tímabundið til Íslands og starfskjör starfsmanna þeirra.⁷

Meginviðfangsefni þessarar ritgerðar eru annars vegar að fjalla um inntak og túlkun á tilskipun 96/71/EB um útsenda starfsmenn og hins vegar lög nr. 45/2007 um réttindi og skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn tímabundið til Íslands og starfskjör starfsmanna þeirra. Í 2. kafla verður fjallað um frelsið til að veita þjónustu samkvæmt EES-samningnum. Þá þykir mikilvægt að fjalla um réttarstöðu útsendra starfsmanna fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn í kafla 3. Evrópudómstóllinn spilaði mikilvægt hlutverk í að skýra réttarstöðu útsendra starfsmanna á EES-svæðinu í tengslum við þjónustufrelsið og vinnumarkaði aðildarríkja Evrópusambandsins. Í kafla 4 verður farið ítarlega yfir ákvæði tilskipun um útsenda starfsmenn. Töluvert hefur reynt á tilskipun um útsenda starfsmenn fyrir Evrópudómstólnum. Þykir því nauðsynlegt að reifa helstu dóma Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins um túlkun á tilskipun um útsenda starfsmenn í kafla 5.

¹ Frank Hendrickx, *European labour law* (óútgefið 2011) 83.

² Council Directive (EC) 96/71 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services [1997] OJ L18/1.

³ Hér eftir tilskipun um útsenda starfsmenn eða tilskipunin.

⁴ Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið [1994] OJ L1/3

⁵ Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 37/98 frá 30. apríl 1998 um breytingu á XVIII. viðauka (Öryggi og hollustuhættir á vinnustöðum, vinnuréttur og jafnrétti kynjanna) við EES-samninginn. 48/1998 EES-viðbætur við Stjórn EES 261.

⁶ Hér eftir EES-svæðið.

⁷ Hér eftir lög nr. 45/2007.

Í ritgerðinni verður einnig fjallað um réttarstöðu útsendra starfsmanna hér á landi í kafla 6. Tilskipun um útsenda starfsmenn var innleidd með lögum nr. 45/2007. Verður fjallað ítarlega um gildissvið og ákvæði laga nr. 45/2007. Að auki verður lagt mat á hvort innleiðing í landsrétt standist tilskipun um útsenda starfsmenn. Stuttlega verður gert grein fyrir breytingartillögu laga nr. 45/2007 sem lögð hefur verið fyrir Alþingi á 148. löggjafarþingi 2017-2018. Í 7. kafla verður reifað mál Primera Air Nordic. Í málinu fyrir Félagsdómi reyndi meðal annars á lögmæti vinnustöðvunar og gildissvið laga nr. 45/2007. Litið verður til tillögu framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um breytingu á tilskipun um útsenda starfsmenn sem er enn í vinnslu hjá stofnunum Evrópusambandsins í kafla 8. Þykir mikilvægt að nefna hvernig stofnanir Evrópusambandsins vilja þróa og bæta tilskipun um útsenda starfsmenn. Að lokum verða aðalatriði ritgerðarinnar dregin saman og gert grein fyrir niðurstöðum höfundar.

2 Frelsi til að veita þjónustu

2.1 Innri markaður

Eftir síðari heimsstyrjöldina var áhersla lögð á að tryggja frið í Evrópu. Samkomulag var gert milli Evrópuríkja um kola-, járn- og stálframleiðslu sem tók gildi í júlí 1952. Með samkomulaginu var stofnaður sameiginlegur markaður á kolum og stáli, í því augnamiði að koma í veg fyrir átök milli ríkja. Evrópusambandið á rætur sínar að rekja til Kola- og stálbandalags Evrópu og hefur mikið vatn runnið til sjávar síðan.⁸ Aðeins sex ríki⁹ undirrituðu Rómarsáttmálann árið 1957 en í dag eru aðildarríki Evrópusambandsins 28 talsins. Með Rómarsáttmálanum var komið á tolla- og markaðsbandalagi og var helsta stoð þess fjórfrelsið, þ.e. frjálst flæði vöru, þjónustu, fólks og fjármagns. Með sk. *innri markaði Evrópusambandsins* eru landamæri aðildarríkja Evrópusambandsins afnumin og mismunun bönnuð. Þróun á innri markaðnum hefur verið töluverð síðan tolla- og markaðsbandalagið var stofnað. Þá hefur virkni fjórfrelsisins aukist verulega á síðustu áratugum.¹⁰

Samkvæmt 3. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins¹¹ (*e. Treaty on the European Union*) er eitt af meginmarkmiðum Evrópusambandsins að koma á fót innri markaði.¹² Innri markaður er svæði án innri landamæra, þar sem frjáls för fólks er tryggð, frjálsir vöruflutningar, frjáls

⁸ Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins: meginþættir* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011) 41.

⁹ Frakkland, Ítalía, Þýskaland, Holland, Belgía og Lúxemborg.

¹⁰ Sigurður Línal og Skúli Magnússon (n. 8) 42.

¹¹ Samsteyptar útgáfur sáttmálans um Evrópusambandið og sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins [2012] OJ C326/13

¹² Hér eftir Stofnsáttmáli ESB.

þjónustustarfsemi og frjálsir fjármagnsflutningar, sbr. 2. mgr. 26. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins¹³ (*e. Treaty on the functioning of the European Union*).¹⁴ Til að mynda getur sjálfstæður þjónustuaðili frá ríki A farið óheftur til ríkis B og veitt þjónustu án þess að gangast undir frekari hæfnisskilyrði í ríki B, svo framarlega sem hann uppfyllir hæfniskröfur í ríki A.¹⁵ Ákvæði SUSE um innri markaðinn eru ekki ítarleg og hefur það verið hlutverk Evrópudómstólsins að túlka nánar í hvað þeim felst. Þar sem fjórfrelsið er undirstaða innri markaðarins hefur Evrópudómstóllinn skýrt gildissvið þess rúmt og undantekningar þröngt.¹⁶

Þann 2. maí 1992 var Evrópska efnahagssvæðið¹⁷ stofnað með gerð samnings um Evrópska efnahagssvæðið¹⁸ á milli aðildarríkja Evrópusambandsins og EFTA-ríkjana,¹⁹ þ.e. Íslands, Noregs og Liechtenstein. Með EES-samningnum fá EFTA-ríkin aðgang að innri markaði Evrópusambandsins. Því geyma ákvæði SUSE og EES-samningsins um innri markaðinn efnislega sömu reglur. Að auki kveður EES-samningurinn á um samstarf EES-ríkja á ýmsum öðrum sviðum. Ísland innleiddi EES-samninginn í lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.²⁰ Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. EES-samningsins er markmið samningsins að mynda einsleitt (*e. homogeneity*) EES-svæði. Í þessu felst annars vegar að teknar verða upp sameiginlegar reglur á öllu EES-svæðinu og hins vegar að túlkun og beiting þeirra reglna skuli vera samræmd. Reglur innri markaðar eiga að vera þær sömu á öllu EES-svæðinu. Þjónustuveitandi sem ferðast á EES-svæðinu á að njóta sömu réttinda eða hlíta sömu skilyrðum, hvort sem hann er frá aðildarríki Evrópusambandsins eða EFTA-ríki. Til þess að ná markmiðinu um einsleitni hafa EFTA-ríkin m.a. lögfest EES-samninginn í landsrétt ásamt því að taka upp afleidda löggjöf frá Evrópusambandinu. Réttarheimildir Evrópusambandsins skipta verulegu máli við túlkun á EES-samningnum.²¹ Einnig þurfa dómstólar EFTA-ríkja og EFTA-dómstóllinn að taka tillit til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins, sbr. 6. gr. EES-samningsins.²² Af þeim sökum verður fjallað um Evrópusambandsrétt og túlkun Evrópudómstólsins samhliða EES-rétti og dómum EFTA-dómstólsins.

¹³ Samsteypt útgáfa sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins [2012] OJ C326/13.

¹⁴ Hér eftir SUSE.

¹⁵ Reiner Voss, „Ábyrgð dómara og innri markaður Evrópubandalagsins“ (1991) 1 Tímarit Lögfræðinga 23, 23–24.

¹⁶ Lorna Woods og Philippa Watson, *EU Law* (12. útg., Oxford University Press 2014) 480.

¹⁷ Hér eftir EES-svæðið.

¹⁸ Hér eftir EES-samningurinn.

¹⁹ Hér eftir verða aðildarríki að EES samningnum kölluð EES-ríki.

²⁰ Hér eftir EES-samningurinn.

²¹ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins: megindrættir* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011) 133.

²² Páll Hreinsson, „Samræmd EES-túlkun“ (2014) 3 Tímarit Lögfræðinga 273, 275–277.

2.2 Þjónustufrelsið í samanburði við frjálsa för launþega

Þegar sjálfstætt starfandi einstaklingur eða fyrirtæki innan EES-svæðisins sendir starfsfólk sitt tímabundið til annarra EES-ríkja, verður skörun á réttinum um frjálsa för launþega samkvæmt 45. gr. SUSE, sbr. 28. gr. EES-samningsins og réttinum til að veita þjónustu samkvæmt 56. gr. SUSE, sbr. 36. gr. EES-samningsins.²³ Hreyfing vinnuafls til annarra EES-ríkja getur verið nauðsynlegur þáttur til þess að veita þjónustu í gistiríki. Flutningur starfsmanna milli EES-ríkja getur þannig átt sér stað í tengslum við þjónustufrelsið. Aftur á móti teljast viðkomandi starfsmenn ekki endilega sem launþegar í skilningi 28. gr. EES-samningsins.²⁴ Þar að leiðandi þarf að gera grein fyrir hvort starfsmaður, sem er sendur til annars EES-ríkis af vinnuveitanda, falli undir reglur um frjálsa för launþega eða þjónustufrelsið. Útsendur starfsmaður kallast sá sem er sendur af vinnuveitanda sínum tímabundið til annars EES-ríkis í þeim tilgangi að veita þjónustu. Til dæmis ef ítalskt verktakafyrirtæki gerir samning við íslenskan aðila um að byggja hótél á Íslandi og sendir starfsmenn sína frá Ítalíu til Íslands í þeim tilgangi að vinna verkið. Útsendur starfsmaður er mikilvægur þáttur í þróun á réttinum til að veita þjónustu á EES-svæðinu.²⁵ Að þessu sögðu er nauðsynlegt að reifa helstu sjónarmið varðandi frelsi til að veita þjónustu.

2.3 Gildissvið

Rétturinn til að veita þjónustu er hluti af innri markaðinum og einn af meginþáttum fjórfrelsisins. Getið er um þjónusturéttinn í 56.-62. gr. SUSE og 36.-39. gr. EES-samningsins. Grundvallarreglur þjónustufrelsisins koma fram í ákvæðum 56. og 57. gr. SUSE, sbr. 1. mgr. 36. og 37. gr. EES-samningsins. Til að byrja með reyndi ekki mikið á túlkun þjónustufrelsisins þar sem orðalag 57. gr. SUSE gaf til kynna að önnur frelsi væru rétt hærrí. Evrópudómstóllinn hefur þó slegið því föstu að svo sé ekki. Á undanförunum áratugum hefur hagvöxtur verið knúin áfram af þjónustu, en hún er nú um 70% af vergri landsframleiðslu og er stærsti atvinnuvegur í flestum aðildarríkjum Evrópusambandsins. Þetta hefur endurspeglast í dómaframkvæmd

²³ Velferðarráðuneytið, „Atvinnuréttindi útlendinga“ <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/utlendingar/ad-flytja-til-islands/atvinnurettindi-utlendinga/>> skoðað 19. febrúar 2018.

²⁴ Marc De Vos, „Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: A Bermuda Triangle for National Labour Standards?“ (2006) 7 (3) *Era Forum* 356, 357.

²⁵ European Commission, „Commission presents reform of the Posting of Workers Directive – towards a deeper and fairer European labour market“ (8. mars 2016) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_en.htm> skoðað 11. apríl 2018.

Evrópudómstólsins en málum þar sem reynir á ákvæði þjónustufrelsisins hefur fjölgað gífurlega síðasta áratug.²⁶

Frelsi til að veita þjónustu samkvæmt 36. gr. EES-samningsins felur í sér að ríkisborgarar EES-ríkja geta veitt þjónustu án hindrana í öðrum aðildarríkjum en því sem þjónustuveitandi hefur staðfestu.²⁷ Aðildarríki mega því ekki mismuna þjónustuveitendum á grundvelli þjóðernis.²⁸ Á þjónustuveitandi að geta farið frá aðildarríki A til aðildarríkis B og veitt þjónustu án þess að þurfa að uppfylla frekari skilyrði í aðildarríki B. Þjónustufrelsið nær ekki til innri málefna EES-ríkja og verður einhver hluti þjónustunnar að fara yfir landamæri heimaríkis.²⁹ Í 37. gr. EES-samningsins segir:

Með „þjónustu“ er í samningi þessum átt við þjónustu sem að jafnaði er veitt gegn **þóknun** að því leyti sem hún lýtur ekki ákvæðum um frjálsa vöruflutninga, frjálsa fjármagnsflutninga og frjálsa fólksflutninga.

Undir „þjónustu“— fellur einkum:

- a) starfsemi á sviði iðnaðar;
- b) starfsemi á sviði viðskipta;
- c) starfsemi handverksmanna;
- d) sérfræðistörf.

Sá sem veitir þjónustu getur, með fyrirvara um ákvæði 2. kafla, í því skyni stundað starfsemi sína **tímabundið** í því ríki þar sem þjónustan er veitt, með sömu skilyrðum og það ríki setur eigin ríkisborgurum. [leturbr. höf.]

Þrjú skilyrði þurfa að vera uppfyllt til þess að reglur þjónustufrelsisins eigi við. Í fyrsta lagi verður starfsemin að falla undir „þjónustustarfsemi“ í skilningi 37. gr. EES-samningsins. Í greininni er upptalning á starfssviðum sem geta fallið undir þjónustustarfsemi en sú talning er ekki tæmandi.³⁰ Með dómaframkvæmd Evrópudómstólsins hefur hugtakið „þjónusta“ verið túlkað rúmt. Í máli *Luisi and Carbone*³¹ taldi Evrópudómstóllinn að starfsemi á sviði ferðaþjónustu, heilbrigðis, fjármála, viðskipta og menntunar geti fallið undir þjónustuhugtakið. Í öðrum málum hefur Evrópudómstóllinn slegið því föstu að vinnumiðlun³²,

²⁶ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (5. útg., Oxford University Press 2016) 291.

²⁷ Paul Craig og Gráinne De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (5. útg., Oxford University Press 2011) 788.

²⁸ Barnard (n. 26) 409.

²⁹ Woods og Watson (n. 16) 451.

³⁰ Sigurður Línal og Skúli Magnússon (n. 8) 483.

³¹ Sameinuð mál C-286/82 og C-26/83 *Luisi og Carbone g. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.

³² Mál C-279/80 *Criminal Proceedings against Alfred John Webb* [1981] ECR 3305.

innheimtustarfsemi³³, happdrætti³⁴, lánastarfsemi³⁵, tryggingarstarfsemi³⁶ og íþróttastarfsemi³⁷ falli undir hugtakið þjónustustarfsemi í skilningi 37. gr. EES-samningsins.³⁸

Í öðru lagi verður þjónustan að vera veitt tímabundið í gistiríki. Mikilvægt er að aðgreina annars vegar réttinn til að veita þjónustu og hins vegar staðfesturéttinn. Með réttinum til að veita þjónustu getur sjálfstætt starfandi einstaklingur eða fyrirtæki veitt þjónustu tímabundið í öðru EES-ríki en það hefur staðfestu. Á grundvelli staðfesturéttarins getur sjálfstætt starfandi einstaklingur eða fyrirtæki flutt starfsemi sína til annars EES-ríkis til þess að veita þjónustu þar. Við mat á því hvort þjónusta sé veitt tímabundið þarf að líta til hversu lengi fyrirtæki starfar eða einstaklingur dvelur í gistiríkinu.³⁹ Í máli *Gebhard*⁴⁰ hélt Evrópuþingurinn því fram að hið tímabundna eðli þjónustunnar verði ekki aðeins skýrt með hliðsjón af hversu langan tíma þjónustan varir heldur einnig hvort hún sé reglubundin, endurtekin og samfelld. Það er ekki ein rétt leið til þess að greina á milli annars vegar þjónusturéttarins og hins vegar staðfesturéttarins, heldur verður að skoða aðstæður hverju sinni.⁴¹ Ljóst er að starfsemi sem er rekin varanlega í aðildarríki eða minnsta kosti án fyrirsjáanlegra tímamarka fellur ekki undir reglur þjónustufrelsisins. Þjónustuveitanda er þó heimilt að gera nauðsynlegar ráðstafanir í gistiríki til þess að veita þjónustuna þar, til dæmis með því að setja upp skrifstofu eða aðra aðstöðu. Til að mynda getur það verið eðlilegt fyrir þjónustuveitanda að setja upp vinnubúðir í gistiríki á meðan þjónustuveitandi framkvæmir verkið. Aftur á móti þegar gistiríki skyldar þjónustuveitanda að gera ákveðnar ráðstafanir í ríkinu til þess að veita þjónustu þá getur það verið takmörkun á þjónustufrelsinu.⁴² Til dæmis ef gistiríki setur skilyrði að þjónustuveitandi hafi aðstöðu í gistiríki á meðan hann veitir þjónustu.⁴³

Þjónustan verður í þriðja lagi að vera veitt gegn þóknun. Það verður að vera efnahagsleg tengsl á milli þjónustuveitanda og þjónustuþega. Þjónusta sem er veitt án endurgjalds fellur

³³ Mál C-3/95 *Reiseburo Broede g. Sandker* [1996] ECR I-6511, mgr. 24.

³⁴ Mál C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I- 1039.

³⁵ Mál C-484/93 *Peter Svensson og Lena Gustavsson g. Ministre du Logement et de l'Urbanisme* [1995] ECR I-3955; Mál C-222/95 *Société Civile Immobilière Parodi g. Banque H. Albert de Bary et Cie* [1997] ECR I-3899.

³⁶ Mál C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897, mgr. 22.

³⁷ Sameinuð mál C-51/96 og C-191/97 *Deliège* [2000] ECR I-2549.

³⁸ Barnard (n. 26) 295.

³⁹ sama heimild 302.

⁴⁰ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, mgr. 27.

⁴¹ Mál C-215/01 *Schnitzer* [2003] ECR I-4847, mgr. 30-32.

⁴² Barnard (n. 26) 301–302.

⁴³ Mál C-134/05 *Commission g. Italy* [2007] ECR I-6251, mgr. 43; Mál C-404/05 *Commission g. Germany* [2007] ECR I-10239, mgr. 34.

ekki undir gildissvið þjónustufrelsisins.⁴⁴ Aftur á móti er ekki gerð krafa um að þjónustuveitandi hagnist af því að veita þjónustuna.⁴⁵ Það er ekki skilyrði að endurgjald fyrir þjónustu sé greitt í peningum heldur getur það verið í formi annarra efnahagslegra verðamæta.⁴⁶ Þjónustuþeginn þarf ekki að greiða sjálfur fyrir þjónustuna, til að mynda þegar þóknunin er greidd af þriðja aðila. Þjónusta sem er opinberlega fjármögnuð telst ekki vera efnahagsleg og fellur þar af leiðandi fyrir utan gildissvið þjónusturéttarins.⁴⁷

2.4 Réttshafi

Rétturinn til að veita þjónustu samkvæmt 1. mgr. 36. gr. EES-samningsins nær annars vegar til sjálfstætt starfandi einstaklinga sem eru ríkisborgarar EES-ríkja og hins vegar fyrirtækja sem hafa staðfestu innan EES-svæðisins í skilningi 31. gr. EES-samningsins.⁴⁸ Þjónustan telst veitt frá EES-ríkinu þar sem sjálfstætt starfandi einstaklingurinn eða fyrirtækið er með skráða staðfestu. Skilyrði er að einstaklingurinn eða fyrirtækið hafi staðfestu í einu aðildarríki áður en það veitir þjónustu í öðru EES-ríki.⁴⁹ Vinnuafli sjálfstætt starfandi einstaklinga eða fyrirtækja er varið samkvæmt 31. gr. EES-samningsins, óháð þjóðerni þeirra. Þeir sem falla fyrir utan gildissvið þjónustufrelsisins eru fyrirtæki sem eru ekki rekin í hagnaðarskygni eða fyrirtæki sem kveðið er á um í 2. mgr. 34. gr. EES-samningsins, til að mynda almenn félagasamtök eða trú- og lífsskoðunarfélög. Hvort þau eru arðsöm, getur þó ekki verið ótvírætt viðmið.⁵⁰ Án efnahagslegrar fótfestu innan EES-svæðisins er engin réttur samkvæmt EES-samningnum fyrir fyrirtæki eða ríkisborgara aðildarríkis sem staðsettur er fyrir utan EES-svæðisins en veitir tímabundna þjónustu innan EES-svæðisins. Ekki kemur fram orðrétt í 36. og 37. gr. EES-samningsins að sömu reglur eiga við um þjónustuþega. Þó er ekki gerð krafa um að einstaklingar sem fá þjónustu frá þjónustuveitanda séu ríkisborgarar EES-ríkja.⁵¹

2.5 Þrír þættir þjónustufrelsisins

Reglur þjónustufrelsisins taka til þriggja mismunandi þátta. Í fyrsta lagi er það frelsi þjónustuveitanda til þess að ferðast til annarra EES-ríkja í þeim tilgangi að veita þjónustu. Á

⁴⁴ Mál C-159/90 *SPUC g. Grogan* [1991] ECR I-4685.

⁴⁵ Mál C-281/06 *Jundt g. Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231.

⁴⁶ Mál E-6/13 *Metacom AG g. Rechtsanwálte Zipper & Collegen* [2013] EFTA Ct. Rep. 856.

⁴⁷ Barnard (n. 26) 296–302.

⁴⁸ Woods og Watson (n. 16) 449.

⁴⁹ Velferðarráðuneytið (n. 23).

⁵⁰ Philipp Speitler, „Right of Establishment and Freedom to Provide and Receive Service“ í Carl Baudenbacher (ritstj.), *The Handbook of EEA law* (Springer-Verlag 2016) 464–465.

⁵¹ (n. 27) 789–790.

grundvelli 36. gr. EES-samningsins getur þjónustuveitandi sem er með staðfestu í aðildarríki A og er ríkisborgari í EES-ríki (þarf ekki að vera í ríki A) farið til aðildarríkis B og veitt þar þjónustu og farið til baka þegar þjónustu er lokið. Í þessum aðstæðum er hægt að beita 1. mgr. 36. gr. EES-samningsins bæði gegn gistiríki (ríki B) og heimaríki (ríki A), sem hindra þjónustufrelsið. Það er töluvert algengara að gistiríki (ríki B) hindri þjónustufrelsið í þessum aðstæðum.⁵² Þó er ekki útilokað að heimaríki (ríki A) takmarki þjónusturéttinn sem er einnig óheimilt.⁵³

Í öðru lagi getur þjónustuveitandi ferðast til annarra EES-ríkja til þess að fá þjónustu. Þrátt fyrir að orðalag 1. mgr. 36. og 37. gr. EES-samningsins gefi það ekki til kynna, nær þjónustufrelsið einnig til þjónustuveitanda.⁵⁴ Getur þjónustuveitandi ferðast frá ríki B til ríki A til þess að fá þjónustu frá þjónustuveitanda (ríki A) og ferðast svo aftur til ríki B þegar þjónustu er lokið.⁵⁵ Í máli *Luisi and Carbone*⁵⁶ taldi Evrópudómstóllinn að frelsi til að fá þjónustu í öðrum aðildarríkjum án hindrana fælist einnig í réttinum að veita þjónustu. Af þessu leiðir að þjónustuveitandi geta farið til annarra EES-ríkja til þess að fá þjónustu á grundvelli 36. gr. EES-samningsins. Tilgangur þjónustuveitanda getur meðal annars verið menntun, viðskipti eða lækningaþjónusta.⁵⁷

Í þriðja lagi getur þjónustan farið á milli aðildarríkja, þar sem hvorki þjónustuveitandi né þjónustuveitandi ferðast með henni, til að mynda í gegnum síma, tölvupóst eða í gegnum netið.⁵⁸ Þjónustuveitandi sem er með staðfestu í aðildarríki A og er ríkisborgari í EES-ríki (þarf ekki að vera í ríki A) getur veitt þjónustu í aðildarríki B án þess að ferðast þangað, er hann þá ekki líkamlega viðstaddur í ríki B þegar þjónustan er veitt. Í þessum aðstæðum þarf þjónustan að fara yfir landamæri og hún þarf að vera veitt innan EES-svæðisins.⁵⁹

2.6 Takmarkanir á réttinum til að veita þjónustu og réttlættingarástæður

Samkvæmt 36. gr. EES-samningsins er bannað að mismuna þjónustuveitanda á grundvelli þjóðernis. Meginreglan um jafna meðferð felst í því að bein eða óbein mismunun á grundvelli

⁵² Mál C-33/74 *J.H.M. van Binsbergen g. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299; Mál C-355/98 *Commission g. Belgium* [2000] ECR I-01221, mgr. 39-40; Mál E-14/12 *EFTA Surveillance Authority g. Liechtenstein* [2013] EFTA Ct. Rep. p. 256, mgr. 36.

⁵³ Mál C-60/00 *Mary Carpenter g. Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279; Barnard (n. 26) 292–293.

⁵⁴ Barnard (n. 26) 293.

⁵⁵ Speitler (n. 50) 463.

⁵⁶ Sameinuð mál C-286/82 og C-26/83 *Luisi og Carbone g. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377, mgr. 10.

⁵⁷ sama heimild, mgr. 16.

⁵⁸ Mál C-384/93 *Alpine Investment* [1995] ECR I-1141; Mál C-352/85 *Bond van Adverteeders and others g. Netherlands* [1988] ECR 2005.

⁵⁹ Speitler (n. 50) 464.

þjóðernis eða uppruna er bönnuð. Óbein mismunun er þegar reglur EES-ríkis eru án mismununar en í raun er erfiðara fyrir þjónustuveitanda sem er frá öðru EES-ríki að uppfylla skilyrðin, óhagræði eða sett tvöfald byrði eru sett á hann. Þjónustuveitandi frá öðru EES-ríki á að njóta sömu meðferðar og þjónustuveitandi frá gistiríkinu, bæði hvað varðar aðgang að markaðnum og einnig þegar hann er kominn á markaðinn. Evrópudómstóllinn hefur breytt framkvæmd sinni á undanförunum áratugum frá meginreglunni um jafna meðferð í aðferðir sem felast í almennu banni við hindrunum (*e. general prohibition of restriction*) og takmörkun á aðgangi að markaði sem er án mismunar (*e. non-discriminatory restriction to market access*).⁶⁰

Í máli *Säger*⁶¹ breytti Evrópudómstóllinn framkvæmd sinni. Ágreiningur var um þýska löggjöf sem gerði kröfu um að þjónustuveitendur væru með leyfi til þess að þjónusta endurnýjun á einkaleyfum í Þýskalandi. Dennemeyer sem var með staðfestu í Bretlandi veitti þjónustu í Þýskalandi en var ekki með leyfi, enda gerði bresk löggjöf ekki kröfu um slíkt. Þýska löggjöfin var án mismunar þar sem hún átti bæði við um innlenda og erlenda þjónustuveitendur sem veittu þessa þjónustu. Í álitu lögsögumanns Evrópudómstólsins⁶² (*e. Advocate General*) sagði hann, að jafnvel þó reglur aðildarríkis mismuni ekki erlendum aðilum, þá geta fjölmargar og mismunandi takmarkanir í aðildarríkjum sameiginlega komið í veg fyrir markmið 56. gr. SUSE, um sameiginlegan markað á sviði þjónustu. Lögsögumaðurinn taldi að fyrirtæki væri aðeins skylt að fara eftir löggjöf aðildarríkis þar sem það hefur staðfestu, jafnvel þó þjónustan sé ekki veitt löglega samkvæmt landslögum gistiríkis. Ættu lög gistiríkis aðeins að gilda gagnvart þjónustuveitendum sem hafa staðfestu í öðrum aðildarríkjum ef það er hægt að réttlæta það með ástæðum sem samræmast markmiðum SUSE.

Evrópudómstóllinn staðfesti rökstuðning lögsögumannsins og sló því föstu að 56. gr. SUSE⁶³ krefst ekki einungis að afnema alla mismunun á grundvelli þjóðernis gagnvart aðilum sem veita þjónustu, heldur einnig afnema allar takmarkanir, jafnvel þó reglan sé án mismunar. Þegar það er líklegt að það banni eða á annan hátt hindri starfsemi þjónustuveitenda sem veitir löglega þjónustu í heimaríki.⁶⁴ Krafan samkvæmt þýskum lögum var ekki réttlætanleg þegar litið var til eðli þjónustunnar og óhólfleg miða við markmið laganna. Það myndast tvöföld byrði fyrir þjónustuveitanda ef hann þarf einnig að fara eftir skilyrðum sem gistiríki setur. Evrópudómstóllinn hefur því yfirgefið sjónarmiðið um bann við mismunun og hefur frekar

⁶⁰ Barnard (n. 26) 409–410.

⁶¹ Mál C-76/90 *Säger g. Dennemeyer & Co Ltd* [1991] ECR I-4221.

⁶² Mál C-76/90 *Säger g. Dennemeyer & Co Ltd* [1991] ECR I-4221, álit lögsögumanns Jacobs.

⁶³ Þá 49. gr. EBE sáttmálans.

⁶⁴ Mál C-76/90 *Säger g. Dennemeyer & Co Ltd* [1991] ECR I-4221, mgr. 12.

horft til ráðstafana sem kunna að banna eða á annan hátt hindra frjálsa þjónustu. Þetta hefur verið staðfest í fjölda mála.⁶⁵

Í máli *Gebhard*⁶⁶ skýrði Evrópudómstóllinn að hve miklu leyti 56. gr. og 57. gr. SUSE gæti takmarkað réttindi aðildarríkjana til þess að setja reglur um ríkisborgara sem eru með staðfestu í öðru aðildarríki sem óska þess að veita þjónustu á yfirráðasvæði þeirra. Evrópudómstóllinn hélt því fram að líta þyrfti til fjögurra skilyrða þegar ráðstöfun takmarkaði eða hindraði fjórfrelsið. Ef þessi skilyrði væru uppfyllt þá væri ráðstöfunin heimil. Ráðstöfunin verður að vera án mismunar, verður að vera rökstudd með tilvísun til mikilvægra þjóðfélagsþarfa, til þess fallin að ná því markmiði sem að væri stefnt og mætti ekki ganga lengra en nauðsynlegt væri.⁶⁷

Samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins er aðeins hægt að réttlæta beina mismunun á grundvelli 33. gr. EES-samningsins. Réttlættingarástæðurnar eru allsherjarregla, almannaöryggi og lýðheilsa. Aðrar takmarkanir, þar á meðal óbein mismunun, getur annars verið réttlætt á þeim forsendum sem settar eru fram í 33. gr. EES-samningsins og hins vegar með tilvísun til óhjákvæmilegra þjóðfélagsþarfa. Efnahagslegar ástæður geta einar og sér ekki réttlætt hindrun á réttinum til að veita þjónustu. Ráðstöfun sem hindrar þjónustufrelsið þarf að vera viðeigandi til að tryggja að markmiðinu sé náð og má ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði.⁶⁸

2.7 Samantekt

Rétturinn til að veita þjónustu samkvæmt 36. gr. EES-samningsins, felur í sér að sjálfstætt starfandi einstaklingur eða lögaðili sem hefur staðfestu í einu EES-ríki geti veitt þjónustu tímabundið í öðru EES-ríki, án mismunar á grundvelli þjóðernis. Þjónustuveitendur eiga því rétt á að veita þjónustu í öðrum EES-ríkjum án þess að uppfylla frekari skilyrði gistiríkis.⁶⁹ Til þess að ákvæði frelsisins til að veita þjónustu eigi við, þarf starfsemi að teljast þjónustustarfsemi ásamt því að vera veitt tímabundið gegn þóknun í öðru EES-ríki en það hefur staðfestu í. Takmörkun á frelsinu til að veita þjónustu getur talist vera öll sú ráðstöfun sem líkleg er að takmarki, banni eða á annan hátt hindri starfsemi þjónustuveitenda sem veitir

⁶⁵ Mál C-43/93 *Raymond Vander Elst g. Office des Migrations Internationales* [1994] ECR I- 1141; Mál C-272/94 *Guiot* [1996] ECR I-1905.

⁶⁶ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

⁶⁷ Barnard (n. 26) 409–410.

⁶⁸ Speitler (n. 50) 467–468.

⁶⁹ Hendrickx (n. 1) 83.

þjónustu löglega í heimaríki sínu. Ráðstöfun sem takmarkar frelsið til að veita þjónustu þarf að uppfylla fjögur skilyrði þannig hún teljist réttlæt看leg, sbr. mál *Gebhard*.⁷⁰

3 Réttarstaða útsendra starfsmanna fyrir tilskipun 96/71 um útsenda starfsmenn

3.1 Dómaframbkvaemd Evrópudómstólsins fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn

Með reglum um frjálsa þjónustustarfsemi á EES-svæðinu hafa fjölþjóða samningum við undirverktaka fjölgað.⁷¹ Á grundvelli þjónustufrelsisins geta fyrirtæki sem hafa staðfestu í ríki A gert samninga í ríki B (gistiríki) og flutt starfsmenn sína til gistiríkisins til þess að uppfylla samningsskyldur sínar. Í Rómarsáttmálanum var ekkert um réttarstöðu starfsmanna sem sendir voru tímabundið af þjónustufyrirtæki til annarra aðildarríkja til þess að veita þjónustu. Fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn voru flest aðildarríki Evrópusambandsins sem beittu vinnulöggjöf sinni að fullu gagnvart útsendum starfsmönnum. Þannig gildi vinnulöggjöf aðildarríkis um alla launamenn sem unnu á yfirráðasvæði þess. Þetta leiddi til alvarlegra hindrana fyrir fyrirtæki sem veittu þjónustu milli aðildarríkja þar sem erfiðara var fyrir þjónustufyrirtækin að senda vinnuafl sitt til annarra ríkja.⁷²

Fyrirtæki með fjölþjóða þjónustusamningar geta ýtt undir félagslega undirboðun og samkeppnislega röskun. Til að mynda getur fyrirtæki frá ríki A boðið í verk í ríki B. Það er ávinningur fyrir bæði fyrirtækið sem vinnur útboð í öðru EES-ríki og heimríkið þar sem samningurinn veitir meiri tekjur og atvinnu. Einnig er ávinningur fyrir gistiríkið, þar sem tryggt er ódýrari þjónusta í gistiríki frá erlendum þjónustuveitendum. Til að mynda verða útboðsverkin hagstæðari en ella. Stéttarfélög gistiríkja gerðu athugasemdir við þessa samninga og héldu því fram að slíkir samningar ýti undir félagslega undirboðun. Með þessu er átt við að þjónustuveitandi undirbjóði markaðinn í gistiríki. Þjónustuveitandi nýtir sér ódýrari vinnustaðla í sínu eigin ríki til þess að fá samninginn í gistiríki á kostnað vinnumarkaðarins í gistiríkinu.⁷³

Evrópuuómstóllinn spilaði mikilvægt hlutverk í þróun á Evrópusambandsrétti með því að skýra réttarstöðu þjónustufyrirtækis sem sendir vinnuafl sitt tímabundið til annarra

⁷⁰ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

⁷¹ Catherine Barnard, *EC Employment Law* (3. útg., Oxford University Press 2006) 275.

⁷² Lucia Dalla Pellegrina og Margherita Saraceno, „Posted Workers: Complements or Substitutes for Local Employment? Empirical Evidence from the EU“ (Social Science Research Network 1. júlí 2013) SSRN Scholarly Paper ID 2287841 426 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2287841>> skoðað 27. apríl 2018.

⁷³ Barnard (n. 71) 275.

aðildarríkja í þeim tilgangi að veita þjónustu. Þarf að skoða samspil reglna innri markaðar og félagslegrar verndar starfsmanna. Samhengisins vegna verða dómur Evrópudómstólsins fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn reifaðir stuttlega, enda höfðu þeir mikil áhrif á þróun tilskipunar um útsenda starfsmenn.

3.1.1 Rush Portuguesa

Í máli *Rush Portuguesa*⁷⁴ reyndi á samspil frjálsrar farar launþega og frelsisins til að veita þjónustu.⁷⁵ Rush Portuguesa var portúgalskt byggingarfyrirtæki sem gerði samning við franskt fyrirtæki um að leggja járnbrautaspor í Frakklandi. Rush Portuguesa vildi senda starfsmenn sína frá Portúgal til Frakklands til þess að framkvæma verkið. Samkvæmt þáverandi lögum í Frakklandi var gerð krafa að erlent fyrirtæki þyrfti að sækja um atvinnuleyfi til þess að geta sent vinnuafli sítt til Frakklands. Í málinu varð ágreiningur á milli Rush Portuguesa og franska ríkisins þar sem Rush Portuguesa taldi sig ekki þurfa að sækja um atvinnuleyfi í Frakklandi á grundvelli frelsisins til að veita þjónustu. Ágreiningur í málinu snerist, annars vegar um hvort fyrirtæki frá einu aðildarríki gæti keppt um og gert samninga í öðru aðildarríki á sama hátt og fyrirtæki sem hefur staðfestu í því ríki og hins vegar hvaða reglur gilda um erlend þjónustufyrirtæki og starfsmenn þess.

Evrópuþingurinn skýrði sambandið milli frjálsrar farar launþega og frelsisins til að veita þjónustu. Rétturinn til að veita þjónustu er frábrugðinn réttinum um frjálsa för launþega þegar starfsmenn eru sendir tímabundið á yfirráðasvæði annarra aðildarríkja til þess að framkvæma verk. Í raun fara slíkir starfsmenn aftur til upprunalands síns eftir að verkinu er lokið án þess að verða hluti af vinnumarkaði gistiríkisins.⁷⁶ Skiptir máli hvort starfsmennirnir hafa aðgang að vinnumarkaði gistiríkisins þar sem rétturinn um frjálsa för launþega nær einungis til þeirra sem verða hluti af vinnumarkaði gistiríkis. Starfsmennirnir sem eru sendir tímabundið til annarra aðildarríkja eru ekki að óska eftir aðgengi að vinnumarkaði þess ríkis því þeir fara aftur til fæðingar- eða búsetulands þegar verkinu er lokið. Af þeirri ástæðu gilda ákvæði um frjálsa för launþega ekki við um þá starfsmenn.⁷⁷ Á grundvelli frelsisins til að veita þjónustu getur fyrirtæki sem er með staðfestu í Portúgal veitt þjónustu í öðru aðildarríki og sent vinnuafli sítt til að framkvæma verkið. Stjórnvöld aðildarríkis getur ekki sett skilyrði eða krafist atvinnuleyfis fyrir vinnuafli þjónustuveitanda.⁷⁸

⁷⁴ Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417.

⁷⁵ Þá 58.-66. gr. Rómarsáttmálans.

⁷⁶ Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417, mgr. 12.

⁷⁷ Vos (n. 24) 358.

⁷⁸ Hendrickx (n. 1) 89.

Þó taldi Evrópudómstóllinn að bandalagsréttur kæmi ekki í veg fyrir að aðildarríki gætu knúið erlend þjónustufyrirtæki til að greiða starfsmönnum sínum laun í samræmi við landslög eða kjarasamninga sem hafa almennt gildi í því ríki.⁷⁹ Evrópudómstóllinn skýrði þessa málgrein ekki frekar. Má túlka hana með þeim hætti að dómstóllinn hafi verið að reyna að koma í veg fyrir félagslega undirboðun með því að leyfa gistiríkjum að víkka gildissvið vinnulöggjafar og starfskjör til starfsmanna sem eru sendir af þjónustuveitanda á yfirráðasvæði þess.⁸⁰

Evrópudómstóllinn sló því föstu í máli *Rush Portuguesa* að fyrirtæki með staðfestu í EES-ríki geti sent vinnuafli sitt til annarra EES-ríkja til þess að veita þjónustu eða framkvæma ákveðið verk á grundvelli þjónustufrelsis. Þegar starfsmenn eru sendir tímabundið til annarra EES-ríkja verða þeir ekki hluti af vinnumarkaði gistiríkisins og falla ekki undir reglur frjálsrar farar launþega. EES-ríkjum er þó heimilt að skylda erlenda þjónustuveitendur til að greiða starfsmönnum sínum sem eru sendir á yfirráðasvæði þeirra laun í samræmi við landslög eða kjarasamninga sem hafa almennt gildi í gistiríki. Með þessu fengu aðildarríki víðtækt vald til þess að láta vinnulöggjöf þess eiga einnig við um starfsmenn sem sendir voru tímabundið á yfirráðasvæði þeirra. Þegar aðildarríki framlengdu vinnulöggjöf sína til útsendra starfsmanna takmarkaði það frelsið til að veita þjónustu. Í samræmi við mál *Gebhard*⁸¹ verða takmarkanir sem settar voru af aðildarríki að byggja á málefnalegum sjónarmiðum í formi almannahagsmuna, sem þurfa að vera til þess fallnar að ná markmiðum um vernd þessara hagsmuna, mega ekki ganga lengra en nauðsyn krefur og fela ekki í sér mismunun.⁸²

3.1.2 Síðari dómaframkvæmd

Eftir niðurstöðu *Rush Portuguesa* var ljóst að það vantaði evrópskt regluverk um starfsmenn sem sendir voru tímabundið til annarra aðildarríkja til þess að veita þjónustu. Þar að leiðandi var hafist handa við að útbúa lagaramma um útsenda starfsmenn. Fimm árum seinna var tilskipun um útsenda starfsmenn samþykkt. Nokkrir dómar féllu áður en tilskipun um útsenda starfsmenn kom til framkvæmdar. Þeir staðfestu niðurstöðu *Rush Portuguesa* og skýrðu fekar reglur þjónustufrelsisins í tengslum við útsenda starfsmenn.

Í máli *Vander Elst*⁸³ sendi þjónustufyrirtæki starfsmenn sína til annars aðildarríkis til að framkvæma verk. Í starfsliðinu hans voru bæði ríkisborgarar Evrópusambandsins og

⁷⁹ Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417, mgr. 18.

⁸⁰ Barnard (n. 71) 277.

⁸¹ Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417, mgr. 37.

⁸² Jonas Malmberg, „The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action“ (2010) 3.

⁸³ Mál C-43/93 *Raymond Vander Elst g. Office des Migrations Internationales* [1994] ECR I- 1141.

ríkisborgarar frá þriðja ríki en starfsmennirnir voru löglega í aðildarríkinu sem þjónustufyrirtækið hafði staðfestu. Ágreiningur í málinu snéri að því hvort gistiríki gæti krafist þess að þjónustuveitandi sótti um atvinnuleyfi fyrir starfsmennina sem voru frá þriðja ríki. Evrópudómstóllinn staðfesti niðurstöðu sína úr *Rush Portuguesa* og taldi að þjónustufyrirtæki væri heimilt að senda starfsmenn sína til annarra ríkja innan EES-svæðisins í tengslum við veitingu á þjónustu. Evrópudómstóllinn sló því föstu að ekki væri gerður greinamunur frá hvaða ríki starfslið þjónustuveitandans væri svo lengi sem þeir eru löglega í ríki þar sem fyrirtækið hefur staðfestu. Aðildarríkinu var óheimilt að gera kröfu um starfsmenn frá þriðja ríki þyrfti atvinnuleyfi í gistiríkinu.⁸⁴

Í máli *Arblade and Leloup*⁸⁵ reyndi annars vegar á gildi kjarasamninga varðandi lágmarkslaun og hins vegar önnur atriði í belgískri vinnulöggjöf. Höfðað var refsímál gegn stjórnendum fyrirtækis sem unnu við byggingaframkvæmdir í Belgíu sem greiddu starfsmönnum sínum sem sendir voru þangað laun undir þarlandum kjarasamningum. Evrópudómstóllinn sló því föstu að heimilt væri að skylda erlend þjónustufyrirtæki til að fara eftir ákvæðum kjarasamninga í gistiríki. Slíkir kjarasamningar þyrftu þó að vera nákvæmir, aðgengilegir og mega ekki gera það ómögulegt eða óhóflega erfitt fyrir atvinnurekendur að kynna sér skuldbindingar sínar í gistiríki.⁸⁶ Í *Finalarte*⁸⁷ taldi Evrópudómstóllinn að ekki væri heimilt að beita kjarasamningi sem gerir greinarmun á samningum milli innlendra og erlendra fyrirtækja um launað orlof. Slík beiting felur í sér mismunun sem er óheimil á grundvelli 56. gr. SUSE (þá 49. gr. EB sáttmálans).⁸⁸ Í máli *Portugaia Construções*⁸⁹ taldi Evrópudómstóllinn að ójöfn meðferð væri einnig til staðar þegar kjarasamningur er gerður sérstaklega við eitt fyrirtæki, innlendan vinnuveitanda sem greiðir lægri laun en erlendir atvinnurekendur sem eru alltaf háðir lágmarkslaunum samkvæmt almennt gildandi kjarasamningum.⁹⁰

Evrópudómstóllinn viðurkenndi að aðildarríki gætu takmarkað frelsið til að veita þjónustu með því að skylda erlenda þjónustuveitendur til að beita vinnulöggjöf gistiríkis gagnvart starfsmönnum sínum. Slíkar reglur takmarka engu að síður réttinn til að veita þjónustu yfir landamæri.⁹¹ Ráðstafanir sem banna, hindra eða takmarka erlenda þjónustuveitendur að

⁸⁴ sama heimild, mgr. 19.

⁸⁵ Sameinuð Mál C-369/96 og C-376/96 *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL* og C-376/96 *Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL* [1999] ECR I-8453.

⁸⁶ sama heimild, mgr. 43.

⁸⁷ Sameinuð mál C-49/98, C-50/98, C-52-54/98 og C-68-71/98 *Finalarte and others* [2001] ECR I-7831.

⁸⁸ Sameinuð mál C-49/98, C-50/98, C-52-54/98 og C-68-71/98 *Finalarte and others* [2001] ECR I-7831.

⁸⁹ Sameinuð mál C-49/98, C-50/98, C-52-54/98 og C-68-71/98 *Finalarte and others* [2001] ECR I-7831, mgr. 76-83.

⁹⁰ Mál C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787.

⁹¹ sama heimild, mgr. 34-35.

veita þjónustu í aðildarríkinu takmarka þjónustufrelsið.⁹² Við mat á því hvort vinnulöggjöf gistiríkis væri réttlæt看leg ætti að beita sjónarmiðum sem fram komu í málum *Gebhard*⁹³ og *Säger*.⁹⁴ Takmörkunin verður að uppfylla ákveðin skilyrði. Þessari nálgun var meðal annars beitt í máli *Mazzoleni*.⁹⁵ Í fyrsta lagi verður að meta hvort takmörkunin byggir á hlutlægum ástæðum. Í öðru lagi er aðeins hægt að takmarka réttinn til að veita þjónustu með vísan til mjög mikilvægra þátta er varða vernd almannahagsmuna. Evrópudómstóllinn hefur fallist á ráðstöfun sem takmarkar þjónustufrelsið getur verið réttlætt til verndar launafólks.⁹⁶ Þá hefur Evrópudómstóllinn hafnað takmörkunum sem eru réttlættar á grundvelli efnahagslegra sjónarmiða, til dæmis vernd innlendra fyrirtækja.⁹⁷ Aðildarríki verða í þriðja lagi að virða meginregluna um gagnkvæma viðurkenningu. Með þessu er átt við að bera verður saman hvernig verndin er í heimaríki viðkomandi starfsmanna. Í þessu felst að starfskjör gistiríkis eiga aðeins við um útsenda starfsmenn þegar þau eru hagstæðari en heimaríki segir til um. Evrópudómstóllinn felur oftast landsdómstól að meta þetta. Í fjórða lagi, verður að meta hvort gætt hafi verið meðalhófs, þ.e. hvort reglan gangi nokkuð lengra en nauðsyn krefur til að ná þeim markamiðum sem að er stefnt.⁹⁸ Í flestum tilvikum er það á valdi landsdómstóls að meta hvort meðalhófs sé gætt.⁹⁹

3.2 Ályktun

Fyrirtæki geta sent vinnuafli sitt tímabundið til annarra EES-ríkja til þess að veita þjónustu á grundvelli 36. gr. EES-samningsins. Hefur það ekki áhrif á frelsið til að veita þjónustu hvort starfslið þjónustufyrirtækisins séu ríkisborgarar EES-ríkja eða þriðju ríkja. EES-ríki hafa heimild til að beita vinnulöggjöf og/eða almennum kjarasamningum gagnvart starfsmönnum erlendra þjónustufyrirtækja. Slíkar ráðstafanir takmarka hins vegar þjónustufrelsið og verður að líta til sjónarmiða samkvæmt málum *Gebhard*¹⁰⁰ og *Säger*.¹⁰¹

⁹²Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417.

⁹³ Mál C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787, mgr. 18.

⁹⁴ Mál C-76/90 *Säger g. Dennemeyer & Co Ltd* [1991] ECR I-4221.

⁹⁵Mál C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL* [2001] ECR I-2189.

⁹⁶ Sameinuð mál C-49/98, C-50/98, C-52-54/98 og C-68-71/98 *Finalarte and others* [2001] ECR I-7831, mgr. 41-49; Mál C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787, mgr. 28-29; Sameinuð Mál C-369/96 og C-376/96 *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL* og C-376/96 *Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL* [1999] ECR I-8453., mgr. 36.

⁹⁷ Mál C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787, mgr. 26.

⁹⁸ Mál C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL* [2001] ECR I-2189.

⁹⁹ Barnard (n. 71) 278.

¹⁰⁰ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

¹⁰¹ Mál C-76/90 *Säger g. Dennemeyer & Co Ltd* [1991] ECR I-4221.

Evrópudómstóllinn var gagnrýndur fyrir niðurstöðu sína um að landslög og/eða almennir kjarasamningar gætu einnig átt við um útsenda starfsmenn. Evrópudómstóllinn skýrði ekki frekar hvaða starfskjör gætu átt við um útsenda starfsmenn. Þetta var helsta vandamál fyrir tilkomu tilskipunarinnar. Aðildarríki er með mismunandi vinnulöggjöf sem gerði það erfiðara fyrir þjónustufyrirtæki að veita þjónustu í öðrum aðildarríkjum. Takmörkunin var þar af leiðandi mismunandi eftir aðildarríkjum.¹⁰² Þannig var stöðug þörf að leita forúrskurðar hjá Evrópudómstólnum. Einnig gaf Evrópudómstóllinn óskýr fyrirmæli til landsdómstóla um aðferðafræði sem ættu að beita við mat á vinnulöggjöf aðildarríkjanna. Var það oftast á valdi landsdómstóla að meta hvort einhver munur væri á félagslegri vernd milli heimaríkis og gistiríkis. Mat á mismunandi kerfum eftir aðildarríkjum varðandi félagslega vernd og samburður á því var í raun ómöguleg. Á móti sjónarmiðum um frjálsa þjónustustarfsemi er félagsleg vernd starfsmanna og sanngjörn samkeppni. Ef Evrópudómstóllinn hefði hafnað því að gistiríkjum væri heimilt að beita vinnulöggjöf sinni gagnvart starfsmönnum sem sendir voru tímabundið á yfirráðasvæði þeirra hefði það ýtt undir félagslega undirboðun og samkeppnislega röskun.¹⁰³

4 Tilskipun 96/71/EB um útsenda starfsmenn

4.1 Aðdragandi og markmið

Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins var óskýr þar sem hún lýsti ekki nákvæmlega hvaða starfskjör ættu við um útsenda starfsmenn í gistiríki og byggði á hverju tilviki fyrir sig (*e. case by case*). Þar sem vinnulöggjöf er ólík eftir aðildarríkjum hefur það leitt til þess að vernd útsendra starfsmanna er mismunandi milli aðildarríkja. Þess vegna var nauðsynlegt að útbúa samevrópska löggjöf um útsenda starfsmenn til þess að tryggja frjálsa þjónustustarfsemi og réttindi útsendra starfsmanna.¹⁰⁴ Eftir niðurstöðu Evrópudómstólsins í *Rush Portuguesa* var hafist handa við að gera lagaramma fyrir starfsmenn sem sendir voru tímabundið til annarra aðildarríkja til þess að veita þjónustu. Fimm árum seinna náðist samkomulag milli stofnana Evrópusambandsins, aðildarríkja og aðila vinnumarkaðarins á vettvangi Evrópusambandsins (*e. EU social partners*). Í framhaldi var tilskipun 96/71/EB um störf útsendra starfsmanna í

¹⁰²Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417; Sameinuð Mál C-369/96 og C-376/96 *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL* og C-376/96 *Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL* [1999] ECR I-8453.

¹⁰³ Richard Giesen, „Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?“ (2003) 40 (1) Common Market Law Review 143, 152.

¹⁰⁴ Mihaela Catana, „Posted Workers in the Transnational Provision of Services - Treatment and Obligations of Employers“ (2013) 2 (1) „Perspectives of Business Law“ Journal; Bucharest 247, 1.

tengslum við veitingu þjónustu samþykkt af Evrópuþingi og ráði Evrópusambandsins þann 16. desember 1996. Lagagrundvöllur tilskipunarinnar eru ákvæði 56.-62. gr. SUSE um frelsið til að veita þjónustu. Tilgangur tilskipunar um útsenda starfsmenn er að koma á jafnvægi milli þess að stuðla að frelsinu til að veita þjónustu milli aðildarríkja annars vegar og þess að vernda réttindi útsendra starfsmanna hins vegar, meðal annars með það að markmiði að tryggja sanngjarna samkeppni milli erlendra og innlendra þjónustufyrirtækja.¹⁰⁵

Tilskipun um útsenda starfsmenn setur kjarna lögboðinna reglna um lágmarksvernd í sem þjónustuveitendur verða að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríkjum.¹⁰⁶ Fyrirtæki sem veitir þjónustu í öðrum aðildarríkjum þarf að hlíta þeim ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum í gistiríki sem eru skilgreind í tilskipuninni. Skipti því ekki máli þó önnur lög gildi um ráðningarsambandið milli þjónustuveitanda og starfsmanna hans. Tilskipunin dregur þannig úr hindrunum og bætir réttaröryggi fyrir þjónustuveitanda þar sem hann þarf einungis að tryggja starfsmönnum sínum tiltekin starfskjör í gistiríkinu.¹⁰⁷ Þar af leiðandi fá útsendir starfsmenn lágmarksvernd í gistiríki.¹⁰⁸

Líkt og að framan er rakið hefur tilskipunin einnig félagslegt markmið. Samkvæmt 5. lið inngangsorða tilskipunarinnar er reynt að tryggja frjálsa samkeppni og ráðstafanir sem tryggja að réttindi starfsmanna séu virt. Með lögboðnum reglum um lágmarksvernd útsendra starfsmanna er reynt að sporna gegn félagslegum undirboðum.¹⁰⁹ Tilskipunin veitir þannig verulega vernd fyrir starfsmenn sem kunna að vera í viðkvæmri stöðu þar sem þeir vinna tímabundið í erlendu landi og þekkja ekki vinnumarkað gistiríkis, opinberar eftirlitstofnanir eða tungumál. Einnig reynir tilskipunin að stuðla að sanngjarnri samkeppni með því að jafna stöðu aðila og veita réttaröryggi fyrir þjónustuveitendur, þjónustuþega og útsenda starfsmenn.¹¹⁰

4.2 Uppbygging og gildissvið tilskipunar

Tilskipun um útsenda starfsmenn hefur að geyma níu ákvæði. Fjallað er um skilgreiningar og gildissvið í 1. og 2. gr. tilskipunarinnar. Í 3. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um

¹⁰⁵ Vos (n. 24) 426.

¹⁰⁶ 13. liður inngangsorða tilskipunar um útsenda starfsmenn.

¹⁰⁷ European Commission, „Commission, „The implementation of Directive 96/71/EC in the Member States““ (júl 2003) COM (2003) 458 final 3.

¹⁰⁸ Eckhard Voss o.fl., „Posting of Workers Directive: Current Situation and Challenges“ [2016] SSRN Electronic Journal 21 <<https://www.ssrn.com/abstract=2817462>> skoðað 26. mars 2018.

¹⁰⁹ sama heimild.

¹¹⁰ European Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (European Commission 21. mars 2012) COM(2012) 131 final.

ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði fyrir útsenda starfsmenn og er þetta ákvæði kjarni tilskipunarinnar. Fjallar 4.-6. gr. um upplýsingasamstarf, ráðstafanir og lögsögu. Í 7.-9. gr. er fjallað um framkvæmd og tæknileg atriði sem þykir ekki nauðsynlegt að fjalla um frekar í ritgerð þessari.¹¹¹

Samkvæmt 36. gr. EES-samningsins getur þjónustuveitandi ferðast með vinnuafli sitt tímabundið til annarra EES-ríkja til þess að veita þjónustu. Tilskipun um útsenda starfsmenn gildir um fyrirtæki, sem hafa staðfestu í aðildarríki og senda starfsmenn tímabundið til starfa á yfirráðasvæði annarra aðildarríkja í tengslum við veitingu þjónustu, sbr. 1. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar nær tilskipunin yfir þrjár ráðstafanir sem fyrirtæki gerir og nær yfir landamæri:

1. Þegar starfsmenn eru sendir til annarra aðildarríkja samkvæmt samningi milli fyrirtækisins sem sendir starfsmanninn og aðilans sem þjónustan er ætluð fyrir (vertaki/undirverktaki); eða
2. Senda starfsmenn til starfstöðvar eða fyrirtækis í eigu fyrirtækjahópsins (flutningur innan fyrirtækis); eða
3. Framræða, sem afleysingarfyrirtæki eða atvinnumiðlun, starfsmenn til notandafyrirtækis sem hefur staðfestu eða starfar á yfirráðasvæði aðildarríkis.

Í öllum tilvikum verður að vera ráðningarsamband á milli fyrirtækisins, sem sendir starfsmanninn, og starfsmannsins sjálfs á útsendingartímabilinu. Með þriðja liðnum er átt við starfsmannaleigur. Starfsmannaleigur eru þjónustufyrirtæki sem leiga út starfsmenn sína samkvæmt samningi gegn gjaldi. Starfsmenn sem eru á vegum starfsmannaleigu sinna störfum á vinnustað notandafyrirtækisins (sá sem leigir starfsmennina) undir verkstjórn þess.¹¹² Jafnframt gildir tilskipun 2008/104/EB um vinnu á vegum starfsmannaleiga um starfsemi þeirra. Starfsmenn á vegum starfsmannaleigna falla þar af leiðandi undir tilskipun um útsenda starfsmenn.

Starfsmaður sem innir starf sitt af hendi í tiltekinn tíma á yfirráðasvæði annars aðildarríkis en þess sem hann starfar venjulega í kallast „útsendur starfsmaður“ í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn.¹¹³ Í tilskipuninni er ekki frekar skilgreint hvað felst í hugtakinu „tiltekinn tíma“ á yfirráðasvæði annars aðildarríkis. Tilskipunin skilgreinir ekki

¹¹¹ Mikje Houwerzijl, „Towards a More Effective Posting Directive“ í Roger Blanpain (ritstj.), *Freedom of services in the European Union: labour and social security law: the Bolkestein initiative* (Kluwer Law International 2006) 186.

¹¹² Vinnuálastofnun, „Starfsmannaleigur“ (*Vinnuálastofnun*) <<https://www.vinnuastofnun.is/atvinnurekandi/erlend-thjonustufyrirtaeki-og-starfsmannaleigur/starfsmannaleigur>> skoðað 19. apríl 2018.

¹¹³ 1. mgr. 2. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn

hámarkstíma útsendingartímabilsins. Sömu sjónarmið gilda um tímamarkið samkvæmt tilskipuninni og reglna þjónustufrelsisins. Frekari umfjöllun vísast til kafla 2.3. Gera verður greinamun á milli þjónustu sem er veitt tímabundið eða stöðugt á yfirráðasvæði annars EES-ríkis.¹¹⁴ Þegar þjónustuveitandi sendir starfsmenn sína tímabundið til annars EES-ríkis í þeim tilgangi að veita þjónustu, þá ber þjónustuveitanda að tryggja starfskjör gistiríkis sem eru taldar upp í tilskipun um útsenda starfsmenn. Aftur á móti, gilda reglur um staðfesturétt þegar þjónusta er veitt stöðugt í gistiríki og falla starfsmenn þjónustuveitandans undir vinnulöggjöf gistiríkisins líkt og staðbundnir starfsmenn.¹¹⁵

Í 6. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar segir að reikna skuli lengd útsendingartímabils á grundvelli eins árs viðmiðunartíma frá upphafi þess. Við slíka útreikninga skal taka tillit til sérhvers fyrra tímabils sem annar útsendur starfsmaður kann að hafa gegnt í starfinu áður. Samkvæmt 2.-5. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er undir sérstökum aðstæðum hægt að víkja frá ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum sem talið er upp í tilskipuninni.

Hugtakið „starfsmaður“ í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn er ekki sérstaklega skilgreint heldur fer hún eftir landslögum gistiríkis, sbr. 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Með þessu þarf að gera greinamun annars vegar á einstaklingum sem starfa sjálfsætt og veita þjónustu í öðrum EES-ríkjum og hins vegar starfsmönnum sem eru sendir til annarra aðildarríkja til að þess veita þjónustu. Einstaklingar sem starfa sjálfstætt og veita þjónustu í öðrum aðildarríkjum falla fyrir utan gildissvið tilskipunar um útsenda starfsmenn.¹¹⁶

Tilskipun um útsenda starfsmenn skyldar þjónustuveitendur til þess að tryggja ákveðin starfskjör fyrir starfsmenn sína þegar þeir senda þá á yfirráðasvæði annarra ríkja. Á hinn bóginn gildir sú meginregla að fyrirtæki sem hafa staðfestu utan EES-svæðisins skulu ekki njóta betri kjara en fyrirtæki sem hafa staðfestu á yfirráðasvæðum EES-ríkja.¹¹⁷ Löggjöf EES-ríkja má ekki vera hagstæðari fyrir þjónustuveitendur frá þriðja ríki en fyrir þjónustuveitendur sem hafa staðfestu á EES-svæðinu.¹¹⁸ Einnig hefur tilskipun um útsenda starfsmenn hefur hvorki áhrif á samninga sem Evrópusambandið gerir við þriðja ríkið né landslög EES-ríkja um aðgang þjónustuveitenda frá þriðja ríkinu á yfirráðasvæði þeirra. Jafnframt hefur tilskipunin ekki áhrif á landslög EES-ríkja um komu, búsetu og atvinnuaðgengi starfsmanna frá þriðja ríki, sbr. 20. lið inngangsorða tilskipunar um útsenda starfsmenn.

¹¹⁴ Houwerzijl (n. 111) 187.

¹¹⁵ Commission of the European Communities, „Commission Staff working Document - Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (Commission of the European Communities 4. apríl 2006) COM 2006 159 Final 14–15.

¹¹⁶ European Commission, „COM (2003) 458 final“ (n. 107) 9.

¹¹⁷ 18. liður inngangsorða tilskipunar um útsenda starfsmenn.

¹¹⁸ European Commission, „COM (2003) 458 final“ (n. 107) 7.

4.3 Lögboðnar reglur um ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði

4.3.1 1. og 8. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn

Markmið tilskipunar um útsenda starfsmenn er að veita starfsmönnum sem fara á milli aðildarríkja lágmarksvernd í gistiríkinu. Í 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn koma fram lögboðnar reglur um lágmarksvernd sem atvinnurekandi skal tryggja. Þetta er kjarni tilskipunar um útsenda starfsmenn.¹¹⁹ Í 1. mgr. 3. gr. tilskipun um útsenda starfsmenn segir:

aðildarríkin skulu sjá til þess að **fyrirtækin**, tryggi starfsmönnum, sem sendir eru til starfa á yfirráðasvæði þeirra, þá **ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði** varðandi eftirtalin atriði sem mælt er fyrir um í **aðildarríkinu þar sem starfið er unnið**:

- a) hámarksvinnutíma og lágmarkshvildartíma;
- b) lágmarksfjölda launaðra frídaga á ári;
- c) lágmarkslauna;
- d) skilyrði fyrir framráðningu starfsmanna hjá afleysingarfyrirtækjum;
- e) heilbrigði, öryggi og hollustuhætti á vinnustað;
- f) verndarráðstafanir með tilliti til skilmála og skilyrða fyrir ráðningu barnhafandi kvenna eða kvenna sem hafa nýlega fætt barn, svo og barna og ungmenna;
- g) jafna meðferð karla og kvenna og önnur ákvæði um jafnræði.“
[leturbr. höf.]

Í greininni er tæmandi talning á hvaða ráðningarskilmálar og atvinnuskilyrði geta átt við um starfsmenn sem eru sendir tímabundið á yfirráðasvæði gistiríkis. Með þessu er kveðið á um hvaða starfskjör eiga við um útsenda starfsmenn í gistiríki og gera þau bindandi fyrir alla þjónustuveitendur á EES-svæðinu sem veita þjónustu yfir landamæri. Þjónustuveitandi sem hefur staðfestu í EES-ríki og sendir starfsmenn sína til annars EES-ríkis ber skylda að sjá til þess að farið sé eftir reglum gistiríkis hvað varðar starfskjör samkvæmt a.-g. lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.¹²⁰ Með tæmandi talningu starfskjara sem eiga við um útsenda starfsmenn í gistiríki er verið að auka réttaröryggi þjónustuveitenda með því að setja ákveðnar lágmarksreglur í gistiríki sem hann verður að uppfylla. Þjónustuveitandi hefur frelsi til að semja við starfsmenn sína um önnur atriði í ráðningarsamningi.¹²¹ Tilskipun um útsenda starfsmenn gefur ekki fyrirmæli um hvað skuli felast efnislega í reglum sem eru listaðar upp í a.-g. lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Með lágmarksvernd útsendra starfsmanna er reynt að stuðla að sanngjarni samkeppni með því að tryggja jafna meðferð útsendra starfsmanna og

¹¹⁹ sama heimild 5.

¹²⁰ sama heimild 7.

¹²¹ Houwerzijl (n. 111) 189.

staðbundna starfsmanna í gistiríki.¹²² Það er undir EES-ríkjum að ákvarða hvað felst efnislega í lögboðnu reglunum um ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði, svo lengi sem reglurnar hafa ekki verið samræmdar með samevrópsku regluverki.¹²³

Kjarni lögboðna reglna um lágmarksvernd fyrir útsenda starfsmenn í gistiríkinu er meðal annars ákvæði um lágmarkslaun. Samkvæmt c. lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn eiga útsendir starfsmenn rétt á sömu lágmarkslaunum og yfirvinnukaupi og staðbundnir launþegar á yfirráðasvæði gistiríkis. Hugtakið „lágmarkslaun“ skal vera skilgreint í samræmi við landslög og/eða venjur aðildarríkisins sem starfsmaðurinn er sendur til að starfa í, sbr. seinni málslið 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Hugtakið getur því verið breytilegt frá einu EES-ríki til annars. Þó fellur viðbótarkerfi fyrir eftirlaunalífeyri einstakra starfsgreina ekki undir hugtakið „lágmarkslaun“. Seinni málsliður 7. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar gefur einnig vísbendingu um skilgreiningu á hugtakinu „lágmarkslaun“ en þar segir að „reikna skal greiðslur, sem sérstaklega tengjast starfinu, inn í lágmarkslaun, nema endurgreiðslur á beinum kostnaði vegna starfsins, svo sem kostnaði við ferðir, uppihald og gistingu.“¹²⁴ Aðildarríki hafa val um hvernig lágmarkslaun eru reiknuð. Til að mynda geta lágmarkslaun verið miðuð við tiltekið mánaðarkaup, klukkutímakaup eða eftir framleiðni starfsmannsins. Þá getur það verið sammingsbundið hlutfall fyrir alla launþega í tilteknum geira, atvinnugrein eða mismunandi lágmarkslaun eftir atvinnufærni og störfum samkvæmt kjarasamningum. Aðildarríkjum er heimilt að ákvarða að ýmiss hlunnindi og viðbótargreiðslur geta fallið undir hugtakið lágmarkslaun, þó innan marka dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins.¹²⁵ Fjallað er um meginreglu um hagstæðari meðferð í 7. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Þar kemur fram að „ákvæði 1.-6. mgr. koma ekki í veg fyrir að beitt sé ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum sem eru hagstæðari fyrir starfsmenn.“¹²⁶ Í þessu felst að starfskjör gistiríkis eiga aðeins við um útsenda starfsmenn þegar þau eru hagstæðari en starfskjör heimaríkis segir til um.

Þar sem tilskipun um útsenda starfsmenn gerir ekki kröfu um efnislega samræmingu þá hafa EES-ríki val um hvaða starfskjör eiga við um útsenda starfsmenn samkvæmt a.-g. lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Við setningu tilskipunarinnar sagði ráðið og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins að 1. og 2. másl. 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar legðu ekki setja skyldu á aðildarríki að hafa löggjöf um lágmarkslaun eða setja slíkar reglur. EES-ríkjum er til að mynda

¹²² sama heimild.

¹²³ Barnard (n. 71) 288–289.

¹²⁴ Houwerzijl (n. 111) 192.

¹²⁵ Commission of the European Communities (n. 115) 16–17.

¹²⁶ 7. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.

ekki skylt að setja reglur um lágmarkslaun á grundvelli tilskipunar um útsenda starfsmenn.¹²⁷ Þar af leiðandi stuðlar tilskipun um útsenda starfsmenn ekki að efnislegri samræmingu á starfskjörum heldur setur skyldu á þjónustuveitanda um hvaða starfskjör hann ber að virða í gistiríki þegar hann sendir starfsmenn sína til starfa á yfirráðasvæði annarra EES-ríkja.

Samkvæmt 1. másl. 1. mgr. 3. gr. skulu ráðningarskilmálar og atvinnuskilyrði samkvæmt a.-g. liðar annað hvort vera settir með:

-lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum og/eða;
-í kjarasamningum eða úrskurðum gerðardóms sem hafa **almennt gildi** í skilningi 8. mgr., að svo miklu leyti sem þeir varða þá starfsemi sem um getur í viðaukanum.
[leturbr. höf.]

Í viðaukanum með tilskipuninni er fjallað um atvinnustarfsemi sem fellur undir byggingarstarfsemi eða mannvirkjagerð. Þegar um er að ræða byggingarstarfsemi þá er hægt að setja starfskjör í lög, stjórnvaldsfyrirmæli og/eða kjarasamninga eða með úrskurðum gerðardóms sem hafa almennt gildi. EES-ríki geta því ráðið hvaða aðferð það vill beita til að innleiða reglur um ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði fyrir útsenda starfsmenn í landsrétt. Á grundvelli 2. másl. 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar sem fjallað verður um nánar í kafla 4.3.2, er hægt að nýta þessa leið gagnvart annarri starfsemi. Í 8. mgr. 3. gr. segir að með „almennu gildi“ er átt við kjarasamninga eða úrskurði gerðardóms sem öll fyrirtæki á viðkomandi landsvæði og í viðkomandi geira eða atvinnugrein þurfa að hlíta. Þar að leiðandi er um að ræða jafna meðferð milli innlendra fyrirtækja og fyrirtækja sem hafa staðfestu í öðrum EES-ríkjum sem veita þjónustu á yfirráðasvæði gistiríkjanna.¹²⁸

Í 2. másl. 8. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar kemur fram að fyrir þau aðildarríki sem hafa ekki kerfi til að veita kjarasamningum eða úrskurðum gerðardóms „almennt gildi“ í skilningi 1. másl. 8. mgr. 3. gr., er heimilt að leggja til grundvallar:

-kjarasamninga eða úrskurði gerðardóms sem almennt gilda um öll svipuð fyrirtæki á viðkomandi landsvæði og í viðkomandi atvinnugrein, og/eða;
-kjarasamninga sem helstu samtök vinnuveitenda og launþega á landsvísu hafa gert og gilda á öllu yfirráðasvæði landsins.

Með þessum tveimur aðferðum er verið að tryggja jafna meðferð milli innlendra og erlendra fyrirtækja. Aðildarríki sem hafa ekki kerfi til að veita kjarasamningum eða úrskurðum gerðardóms „almennt gildi“ geta kosið að byggja á 2. másl. 8. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þá

¹²⁷ European Council, „Council document No 10048/96 SOC 264 CODEC 550, Brussels - Statement No 5“.

¹²⁸ European Commission, „COM (2003) 458 final“ (n. 107) 12.

er gerð krafa um að aðildarríki geri sérstaklega grein fyrir því við innleiðingu á tilskipuninni. Ef aðildarríki hafa ekki tilvísun þess efnis þá geta þau ekki skyldað erlend þjónustufyrirtæki til að gangast undir kjarasamning samkvæmt 2. málsl. 8. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þar af leiðandi gilda einungis starfskjör um útsenda starfsmenn sem mælt er fyrir um löggjöf aðildarríkisins.¹²⁹

4.3.2 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn

Í 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn er reynt að endurspegla ólíka vinnumarkaði og vinnulöggjöf aðildarríkja. Ljóst er að framkvæmd og venjur eru mismunandi í aðildarríkjum og reynir 10. mgr. 3. gr. tilskipunar að veita aðildarríkjum svigrúm.¹³⁰ Í 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar kemur fram að:

Þessi tilskipun útilokar ekki að aðildarríkin beiti gagnvart innlendum fyrirtækjum og fyrirtækjum í öðrum ríkjum, í samræmi við sáttmálann og á grundvelli jafnrar meðferð:

-Ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum sem lúta að öðrum atriðum en þeim sem um getur í fyrstu undirgrein 1. mgr. ef um ræðir **ákvæði um allsherjarreglu**,

-Ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum sem ákveðin eru í kjarasamningum eða úrskurðum gerðardóms í skilningi 8. mgr. og varða aðra starfsemi en þá sem um getur í viðaukanum. [leturbr. höf.]

Aðildarríkjum ber ávallt að tryggja jafna meðferð milli innlendra og erlendra fyrirtækja sem eru í svipaðri stöðu.¹³¹ Á grundvelli 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar geta aðildarríki sett starfskjör umfram þau tæmandi atriði í a.-g. liðar 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Aðildarríki hafa þó ekki opna heimild til þess að fella útsenda starfsmenn undir öll gildandi ákvæði vinnulöggjafar. Skilyrðin eru annars vegar að ákvæðið sé allsherjarregla og hins vegar gildi jafnt um innlend og erlend fyrirtæki í samræmi við sáttmálann og meginregluna um jafna meðferð. Þjónustuveitandi þarf því ekki einungis að virða kjarna lögboðinna reglna í gistiríki þegar hann sendir starfsmenn sína til starfa á yfirráðasvæði þess, heldur einnig ákvæði um allsherjarreglu.¹³²

Í tilskipun um útsenda starfsmenn er ekki skilgreint hvað felst í „ákvæði um allsherjarreglu“. Evrópuþingið hefur talið að túlka skuli ákvæði um allsherjarreglu með þeim hætti að þau ákvæði eigi að ná yfir ófrávíkjanlegar reglur sem er ekki mögulegt að veita

¹²⁹ sama heimild.

¹³⁰ Voss o.fl. (n. 108) 23.

¹³¹ sama heimild.

¹³² European Commission, „COM (2003) 458 final“ (n. 107) 13.

undanþágu frá vegna eðli og markmiða þeirra til þess að mæta ófrávíkjanlegum kröfum almannahagsmuna. Til að mynda ákvæði um bann við nauðungarvinnu eða eftirlitsstarfsemi stjórnvalda.¹³³ Ávallt skal beita ákvæðum um allsherjarreglu í samræmi við sáttmálann og á grundvelli jafnrar meðferðar, sbr. 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Við túlkun á 1. másl. 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar skal hafa í huga markmið innri markaðarins að afnema hindranir á frjálsri þjónustustarfsemi á EES-svæðinu. Evrópudómstóllinn hefur túlkað hugtakið „allsherjarregla“ (*e. public policy*) þröngt í skilningi 56. og 62. gr. SUSE.¹³⁴ Hugtakið er breytilegt milli aðildarríkja og tíma.¹³⁵ Gefur það aðildarríkjum svigrúm til að skýra hugtakið innan marka SUSE. Evrópudómstóllinn hefur ekki listað upp hvaða ákvæði laga eða kjarasamninga geta fallið undir allsherjarreglu.¹³⁶ Að þessu sögðu verða ákvæði um allsherjarreglu í skilningi tilskipunarinnar að vera túlkuð í samræmi við 56. og 62. gr. SUSE.

4.4 4. - 6. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn

Samkvæmt 1. og 4. mgr. 4. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn skal aðildarríki tilnefna eina eða fleiri samskiptaskrifstofur eða lögbæran aðila til þess að framkvæma tilskipunina og tilkynna framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og aðildarríkjum um það. Í tilskipuninni er kveðið á um þrenns konar samstarf, sbr. 2.- 3. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar. Í fyrsta lagi, skulu aðildarríki kveða á um samstarf milli opinberra yfirvalda sem bera ábyrgð á að fylgjast með starfskjörum útsendra starfsmanna. Í öðru lagi, samstarf milli framkvæmdastjórnar og opinberra yfirvalda til þess að kanna erfiðleika sem kunna að koma upp við beitingu aðildarríkja á 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Í þriðja lagi, skal hvert aðildarríki gera viðeigandi ráðstafanir til að gera upplýsingar um starfskjör útsendra starfsmanna aðgengilegar. Þjónustuveitendur þurfa að kynna sér fyrirfram upplýsingar um ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem gilda í gistiríki. Til þess að geta framkvæmt þjónustuna í samræmi við lögboðnu reglurnar sem gilda um starfsmenn á útsendingartímabilinu þeirra. Löggjöf heimaríkis og gistiríkis skarast þegar útsendur starfsmaður er sendur tímabundið á yfirráðsvæði annars aðildarríkis. Það getur verið erfitt að beita ákvæðum sem sett eru á grundvelli tilskipunar um útsendra starfsmanna og fylgjast með framkvæmdinni í gistiríki. Þar af leiðandi er mikilvægt að samstarf sé á milli opinberra yfirvalda. Öll aðildarríki hafa tilnefnt aðila til að tryggja samvinnu sem kveðið er á um í tilskipuninni. Er yfirleitt um að ræða ráðuneyti eða

¹³³ sama heimild.

¹³⁴ Mál C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE og Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou g. Dimotiki Etairia Pliroforissis, Sotirios Kouvelas, Nicolaos Avdellas og others* [1991] ECR I-2925.

¹³⁵ Mál C-30/77 *Régina g. Pierre Bouchereau* [1977] ECR- 1999.

¹³⁶ Mál C-484/93 *Svensson g. Ministre du Logement et d'Urbanisme* [1995] ECR I-3955.

vinnumálastofnun í aðildarríkjunum. Til að auðvelda aðgang að upplýsingum um ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem gilda í aðildarríkinu hafa ríki útbúið bæklinga og birt á vefsíðum.¹³⁷

Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn skulu aðildarríki gera viðeigandi ráðstafanir ef ekki er farið að ákvæðum tilskipunarinnar. Aðildarríki skulu einkum tryggja að starfsmenn og/eða fulltrúar þeirra eigi vól á viðunandi málsmeðferð til fullnustu á skuldbindingum samkvæmt þessari tilskipun.¹³⁸ Aðildarríki hafa svigrúm til þess að ákvarða form og reglur um viðeigandi málsmeðferð.¹³⁹ Í 6. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn segir:

til að framfylgja réttinum til þeirra ráðningarskilmála og atvinnuskilyrða sem tryggð eru í 3. gr. er heimilt að hefja málssókn í aðildarríkinu sem starfsmaðurinn var sendur til starfa í, með fyrirvara, þar sem við á, um réttinn til að hefja málssókn í öðru ríki samkvæmt alþjóðasamningum um lögsögu.

Líkt og krafist er í 6. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn hafa flest aðildarríki gert aðilum kleift að hefja málssókn í sínu ríki þegar útsendur starfsmaður er eða hefur verið sendur þangað. Getur hann höfðað mál í gistiríkinu til þess að krefjast þeirra réttinda sem um getur í 3. gr. tilskipunarinnar.¹⁴⁰

4.5 Tilskipun 2014/67/EB um framkvæmd tilskipunar um útsenda starfsmenn

Þann 15. maí 2014 tók gildi tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/67/EB um framfylgd tilskipunar 96/71/EB um breytingu á reglugerð (ESB) nr. 1024/2012 um samvinnu á sviði stjórnábyrgð fyrir tilstilli upplýsingakerfisins fyrir innri markaðinn.¹⁴¹ Með tilskipuninni er komið á sameiginlegum ramma viðeigandi ákvæða, ráðstafana og eftirlitskerfa sem nauðsynleg eru til að koma tilskipun um útsenda starfsmenn til framkvæmda, beita henni og framfylgja betur og með samræmdari hætti í reynd, þ.m.t. ráðstafanir til að koma í veg fyrir og beita viðurlögum gegn því að gildandi reglur séu misnotaðar og sniðgengnar.¹⁴² Með tilskipun 2014/67 er reynt meðal annars að bæta réttaröryggi útsendra starfsmanna með bættum aðgangi að upplýsingum, keðjuábyrgð, aukið samstarf aðildarríkja og eftirlit. Að auki fjallar tilskipunin um framfylgd fjárhagslegra stjórnábyrgðarviðurlaga og/eða sekta milli aðildarríkja.¹⁴³ Tilskipun

¹³⁷ European Commission, „COM (2003) 458 final“ (n. 107) 9–10.

¹³⁸ 2. mgr. 5. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.

¹³⁹ Mál C-60/03 *Wolff & Muller g. Periera Félix* [2004] ECR I-9553, mgr. 30.

¹⁴⁰ European Commission, „COM (2003) 458 final“ (n. 107) 10.

¹⁴¹ Hér eftir tilskipun 2014/67.

¹⁴² 1. másl. 1. mgr. 1. gr. tilskipunar 2014/67.

¹⁴³ European Parliament, „Posting of workers - Part of the expected Labour Mobility Package“ (september 2015) 3

2014/67 hefur ekki áhrif á gildissvið tilskipunar um útsenda starfsmenn frá 1996 heldur er hún sett í þeim tilgangi að tryggja að ákvæðum laga sem gilda í aðildarríkjum um réttindi útsendra starfsmanna sé fylgt, sbr. 1. másl. 1. mgr. 1. gr. tilskipunar 2014/67. Tilskipun 2014/67 hefur ekki verið tekin upp í EES-samninginn.

4.6 Ályktun

Tilskipun um útsenda starfsmenn leysti úr álitaefnum sem Evrópudómstólum tókst ekki að svara í dómaframkvæmdinni. Það skorti samevrópska löggjöf um heimildir aðildarríkja til þess að beita vinnulöggjöf gegn þjónustuveitendum sem sendu starfsmenn sína tímabundið til starfa á yfirráðasvæði þeirra. Dómaframkvæmd fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn byggir á reglum þjónustufrelsisins. Hún er þó en mikilvæg þar sem tilskipunin er byggð á reglum þjónustufrelsisins og skulu ákvæði hennar vera túlkuð í ljósi þess.¹⁴⁴

Gildissvið tilskipunarinnar nær til fyrirtækja eða sjálfstætt starfandi einstaklinga sem senda starfsmenn sína tímabundið til starfa á yfirráðasvæði aðildarríkis þar sem þjónustan er veitt.¹⁴⁵ Í a.-g.lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er listað upp þau starfskjör sem þjónustuveitandi verður að virða í gistiríki. Fyrrgreint ákvæði er kjarni tilskipunar um útsenda starfsmenn sem tryggir útsendum starfsmönnum lágmarksvernd. Tilskipunin tilgreinir ekki þær efnisreglur sem aðildarríki verða að innleiða í landslög heldur telur upp ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem þjónustuveitanda ber að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríki.¹⁴⁶ Þó hafa aðildarríki heimildir til þess að hafa starfskjör sem lúta að öðrum atriðum á grundvelli allsherjarreglu, sbr. 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Í 1. mgr. og 8. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er fjallað um þær aðferðir sem aðildarríki geta sett kjarna lögboðinna reglna um lágmarksvernd.

Tilskipun um útsenda starfsmenn var fimm ár í vinnslu og málefni útsendra starfsmanna pólitískt, því það snertir bæði reglur innri markaðar og félagsleg réttindi starfsmanna. Til að mynda hefur markmið tilskipunarinnar verið mikið gagnrýnd af fræðimönnum. Tilskipuninni er ætlað að auðvelda frjálsa þjónustustarfsemi á EES-svæðinu. Aftur á móti eru þjónustuveitendur skyldaðir til þess að tryggja starfsmönnum sínum ákveðna lágmarksvernd í gistiríki sem í raun takmarkar frelsið til að veita þjónustu. Á hinn bóginn hefur tilskipunin félagslegt markmið, þ.e. félagsleg réttindi starfsmanna og stuðla að sanngjarni samkeppni. Með lögboðnum reglum um lágmarksvernd er tilskipuninni ætla að samræma kostnað og sporna

<http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558784/EPRS_BRI%282015%29558784_EN.pdf> skoðað 27. apríl 2018.

¹⁴⁴ Commission of the European Communities (n. 115) 10.

¹⁴⁵ 1. mgr. 1. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.

¹⁴⁶ Barnard (n. 71) 281.

gegn félagslegum undirboðum. Þó er ólíklegt að tilskipunin nái því markmiði að fullu. Aðildarríki tryggja útsendum starfsmönnum einungis lágmarksvernd þegar þeir eru sendir á yfirráðasvæði þeirra. Til að mynda þurfa erlendir þjónustuveitendur einungis að greiða starfsmönnum sínum lágmarkslaun í gistiríkinu. Flest fyrirtæki sem hafa staðfestu í gistiríkinu greiða starfsmönnum sínum laun yfir lágmarkslaunum. Af þessu leiðir að erlendir þjónustuveitendur hafa samkeppnislegt forskot, hins vegar minnka það að einhverju leyti með tilskipuninni. Aftur á móti hafa öll aðildarríki tryggt útsendum starfsmönnum þau réttindi sem eru talin upp í tilskipuninni.¹⁴⁷

5 Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins & EFTA-dómstólsins

5.1 Almennt

Tilskipun um útsenda starfsmenn setur einungis kjarna lögboðinna reglna um lágmarksvernd hafa aðildarríki frelsi til að ákvarða efni þessara reglna. Þrátt fyrir tilkomu tilskipunarinnar var mörgu ósvarað og hefur töluvert reynt á tilskipunina fyrir Evrópudómstólnum. Dómaframkvæmdin endurspeglar ekki aðeins efnahagslegt mikilvægi útsendra starfsmanna heldur einnig þörfina á að skýra ákvæði tilskipunarinnar.¹⁴⁸ Stærsta ágreiningsefni varðandi tilskipunina hefur verið hvort hún eigi að vera túlkuð sem lágmarksvernd. Hvort tilskipunin miði að því að vernda vinnumarkað gistiríkis og/eða útsenda starfsmenn með lágmarksvernd hennar eða hámarksréttindi. Með hámarksréttindum á tilskipunin að auðvelda þjónustuveitendum að veita þjónustu milli aðildarríkja og takmarka þannig völd gistiríkja til þess að setja ógrynni af reglum um útsenda starfsmenn.¹⁴⁹ Í dómaframkvæmd hefur aðallega reynt á beitingu 3. gr. tilskipunarinnar þar sem vandamálin tengjast félagslegum undirboðum. Í þessu samhengi er nauðsynlegt að fjalla um helstu dóma Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins um túlkun tilskipunar um útsenda starfsmenn.¹⁵⁰

5.2 Mál Viking - verkfallsréttur

Samhengisins vegna þykir nauðsynlegt að reifa málið *Viking*¹⁵¹ þar sem reyndi á 49. gr. SUSE um staðfesturétt.¹⁵² Ágreiningur í málinu var á milli Viking sem var finnskt skipafélag og

¹⁴⁷ sama heimild 288–289.

¹⁴⁸ European Parliament (n. 143) 11.

¹⁴⁹ Malmberg (n. 82) 4.

¹⁵⁰ European Parliament (n. 143) 11.

¹⁵¹ Mál C-438/05 *International Transport Workers Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line* [2007] ECR I-10779.

¹⁵² Þá 43. gr. EB sáttmálans.

finnskra stéttarfélaganna vegna verkfallsaðgerða og annarra sambærilegra aðgerða. Viking rak ferjuna Rosellu sem var skráð í finnska skipaskrá og sigldi milli Finnlands og Eistlands. Þar sem ferjan var rekin með tapi var ákveðið að breyta skráningu ferjunnar í eistneska skipaskrá. Til þess að lækka launakostnað var ákveðið að ráða eistneska áhöfn fyrir ferjuna í Eistlandi. Þar af leiðandi færu kjör áhafnarinnar eftir eistneskum kjarasamningum en ekki finnskum. Viking gæti því tryggt samkeppnisstöðu fyrirtækisins gagnvart samkeppnisaðilum sem væru einnig að sigla milli Finnlands og Eistlands. Á grundvelli áskorunar frá alþjóðasambandi flutningamanna (ITF) neituðu eistnesk stéttarfélög að stofna til kjaraviðræðna við Viking um ráðningarkjör þeirra sem störfuðu á ferjunni Rosellu. Þá krafði finnska stéttarfélagið Viking um framlengingu á gildandi kjarasamningi og hótaði verkfallsaðgerðum ef það yrði ekki við þeim kröfum. Viking taldi aðgerðir finnska stéttarfélagsins og ITF takmarka rétt sinn að færa starfsemi sína milli aðildarríkja í skilningi 49. gr. SUSE um staðfesturétt.

Evrópudómstóllinn sló því föstu að þó Evrópusambandsréttur næði ekki til verkfallsaðgerða en væri ekki hægt að undanskilja slíkar aðgerðir frá gildissviði 49. gr. SUSE um staðfesturétt.¹⁵³ Evrópudómstóllinn taldi verkfallsréttinn vera grundvallarrétt bandalagsréttar sem yrði að meta með tilliti til meðalhófs.¹⁵⁴ Verkfallsaðgerðir stéttarfélaganna voru taldar fela í sér takmörkun á staðfesturéttinum. Slíkar takmarkanir væru aðeins lögmætar með tilvísun til óhjákvæmilegra þjófðfélagsparfa, til dæmis vernd launafólks. Jafnframt skyldu slíkar takmarkanir ekki ganga lengra en nauðsynlegt væri til að ná þeim markmiðum sem stefnt var að.¹⁵⁵ Í ljósi framangreinds taldi Evrópudómstóllinn að aðgerðir stéttarfélagsins og IFT hafi takmarkað staðfesturéttinn í skilningi 49. gr. SUSE. Landsdómstól var falið að meta hvort slík takmörkun gæti verið réttlætunleg á grundvelli þeirra sjónarmiða sem Evrópudómstóllinn lagði til grundvallar í málinu.

Evrópudómstóllinn sló því föstu að aðgerðir sem jafna má til vinnustöðvunar falli innan gildissviðs Evrópusambandsréttar þar sem þær geta falið í sér takmörkun á innri markaðinum. Þetta er mikilvægt fyrir áframhaldandi umfjöllun um frjálsa þjónustustarfsemi og réttindi útsendra starfsmanna þar sem aðgerðir stéttarfélaganna geta fallið innan reglna fjórfrelsisins.

¹⁵³Case C-438/05 *International Transport Workers Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line* [2007] ECR I-10779, mgr. 41.

¹⁵⁴ sama heimild, mgr. 44 og 46.

¹⁵⁵ sama heimild, mgr. 75.

5.3 *Laval – lágmarksvernd*

5.3.1 **Málsatvik**

Niðurstaða Evrópudómstólsins í *Laval*¹⁵⁶ hefur verið mjög umdeild síðan dómurinn féll árið 2007 en málið er umfangsmikið og reynir á mörg álitamál. Ágreiningurinn snerist um hvort verkfallsaðgerðir sænskra stéttafélaga gegn lettnesku þjónustufyrirtæki færu gegn tilskipun um útsenda starfsmenn og 56. gr. SUSE um frelsið til að veita þjónustu.¹⁵⁷ Vegna umfangs málsins verður reynt að reifa það ítarlega í ljósi tilskipunar um útsenda starfsmenn.

Lettneska félagið Laval gerðist undirverktaki fyrir sænska dótturfélag sitt Baltic Bygg til að starfa við byggingarframkvæmdir í Svíþjóð. Laval sendi 35 starfsmenn til Svíþjóðar til að sinna þessu verkefni. Laval gerði kjarasamning við lettneskt stéttarfélag sem 65% af útsendu starfsmönnum voru aðilar að. Í júní 2004 gengu Laval og Baltic Bygg til samningsviðræðna við sænsk stéttarfélög um gerð kjarasamninga fyrir útsendu starfsmennina. Reyndu aðilar að semja um laun og önnur starfskjör. Hins vegar náðu aðilar ekki samkomulagi. Í nóvember 2004 beittu stéttarfélögin aðgerðum gegn Baltic Bygg með því að stöðva starfsemi á byggingarsvæðinu. Þetta leiddi til þess að fyrirtækið gat ekki lengur haft starfsemi sína í Svíþjóð.¹⁵⁸ Laval fór með málið fyrir sænskan félagsdóm þar sem hann hélt því fram að aðgerðir sænsku stéttarfélaganna hafi verið ólöglegar. Félagsdómur óskaði eftir forúrskurði hjá Evrópudómstólnum. Í málinu reyndi meðal annars á hvort aðgerðir sænsku stéttarfélaganna, að þvinga lettneska félagið til að gangast undir sænska kjarasamninga væri í samræmi við frelsið til að veita þjónustu samkvæmt 56. gr. SUSE og tilskipun um útsenda starfsmenn.¹⁵⁹

5.3.2 **Vinnulöggjöf í Svíþjóð**

Samhengisins vegna verður stuttlega lýst vinnumarkaðinum í Svíþjóð. Líkt og í öðrum skandínávískum löndum er stór partur af starfkjörum launamanna í kjarasamningum. Þó hafa ákvæði sænskra kjarasamninga ekki almennt gildi í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn, þ.e. lágmarksjör fyrir alla launamenn á viðkomandi svæði í ákveðinni starfsgrein. Sænska ríkið innleiddi tilskipun um útsenda starfsmenn aðeins að hluta vegna þess að sænska ríkið vildi vera hlutlaust varðandi kjaradeilur milli aðila vinnumarkaðarins. Samkvæmt

¹⁵⁶Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767.

¹⁵⁷ Þá 43. gr. EB sáttmálans.

¹⁵⁸ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767, mgr. 27-34.

¹⁵⁹ sama heimild, mgr. 39-41.

sænskum lögum var mögulegt að semja við einstaka atvinnurekendur um önnur starfskjör en þau sem tilgreind voru sem lágmarksjör í lögnum sem innleiddu tilskipun um útsenda starfsmenn. Þar af leiðandi voru stéttarfélögin að krefjast betri réttar en tilskipunin veitir. Svíþjóð taldi sína fyrirmynd vera árangursrík til þess að berjast gegn erlendri láglauna samkeppni. Með sænska kerfinu gátu erlendir þjónustuveitendur ekki fengið upplýsingar um gildandi starfskjör í landinu samkvæmt kjarasamningum. Markmið tilskipunar um útsenda starfsmenn er að slíkar upplýsingar séu tiltækar fyrir erlend þjónustufyrirtæki. Þar af leiðandi hindraði sænska fyrirmyndin frjálsa þjónustustarfsemi.¹⁶⁰

5.3.3 Niðurstaða Evrópudómstólsins

Í málinu reyndi á aðferðir sænska ríkisins til innleiðingar á tilskipun um útsenda starfsmenn. Samkvæmt tilskipuninni verða reglur um lágmarksvernd að vera settar með lögum og/eða kjarasamningum eða úrskurði gerðardóms sem hefur almennt gildi, sbr. 1. mgr. 3. gr. hennar. Tilskipunin hefur ekki samræmt efni lögboðnu reglnanna um lágmarksvernd. Þannig hafa aðildarríki frelsi um efni reglnanna en þær þurfa að vera í samræmi við ákvæði sáttmálans og almennar meginreglur sambandsréttar (*e. general principles of Community law*).¹⁶¹ Aðferðir sænska ríkisins var að setja lög um lágmarksvernd að undanskildum lágmarkslaunum. Þannig voru lágmarkslaun ekki ákvörðuð eftir þeim aðferðum sem taldar voru upp í 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar.¹⁶² Í 2. másl. 8. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er fjallað um aðferðir þegar aðildarríki hafa ekki kerfi sem lýsir því yfir að kjarasamningar hafi almennt gildi. Ef aðildarríki ætla að nota aðra aðferð við innleiðingu á starfskjörum útsendra starfsmanna þá verður það að vera ljóst við innleiðingu.¹⁶³ Þó er tilgangur tilskipunarinnar ekki að samræma kerfi aðildarríkjanna við innleiðingu á lögboðnu reglunum um lágmarksvernd heldur hefur aðildarríki frelsi til að velja hvernig kerfi þau styðjast við þrátt fyrir að það sé ekki tekið sérstaklega fram í tilskipuninni.¹⁶⁴ Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að sænska kerfið gæti ekki skyldað erlenda þjónustuveitendur til að semja um lágmarkslaun þar sem ríkið var ekki með innlendar reglur um lágmarkslaun sem voru í samræmi við tilskipunina.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Wiebke Warneck, „The ECJ decisions“, *Viking - Laval - Rüffert: consequences and policy perspectives* (ETUI aisbl 2010) 16–17.

¹⁶¹ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767, mgr. 56-61.

¹⁶² sama heimild, mgr. 63.

¹⁶³ sama heimild, mgr. 65-66.

¹⁶⁴ sama heimild, mgr. 68.

¹⁶⁵ sama heimild, mgr. 69-71.

Í sænsku lögunum voru einnig önnur starfskjör en talin voru upp í 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Tilgangurinn með 1. mgr. og 7. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er að veita útsendum starfsmönnum betri kjör í gistiríki ef rétturinn er lakari í heimaríki. Evrópudómstóllinn hafnaði að túlka 7. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar með þeim hætti að aðildarríki gætu bætt atriðum við upptalningu um lögboðnu reglurnar um lágmarksvernd í 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Evrópudómstóllinn taldi að með 7. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar þyrfti að bera saman starfskjör gistiríkis og heimaríkis. Þá sló Evrópudómstóllinn því föstu að 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar leggi skýrt umfang verndar fyrir útsenda starfsmenn sem þjónustuveitendur þurfa að tryggja í gistiríki. Aðildarríki hafa ekki opna heimild til þess að rýmka lögboðnu reglurnar um lágmarksvernd. Slík túlkun myndi leiða til þess að tilskipunin væri ekki skilvirk.¹⁶⁶ Þar að leiðandi er lágmarksvernd útsendra starfsmanna takmörkuð við 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þó er aðildarríkjum heimilt að beita öðrum atriðum en tilskipunin telur upp þegar um ræðir ákvæði um allsherjarreglu, sbr. 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Evrópudómstóllinn féllst ekki á að önnur starfskjör gætu verið sett á grundvelli 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar.¹⁶⁷

Evrópuþingurinn taldi einnig nauðsynlegt að túlka vinnustöðvun með hliðsjón af 56. gr. SUSE. Evrópudómstóllinn sló því föstu að verkfallsréttur er grundvallarréttur (*e. fundamental rights*) sem er óaðskiljanlegur hluti meginreglna Evrópusambandsréttar (*e. general principles of community law*). Evrópudómstóllinn taldi réttinn til vinnustöðvunar takmarkandi og erfiðara væri fyrir erlend fyrirtæki að uppfylla skyldur sínar í Svíþjóð. Þar af leiðandi takmarkaði aðgerðin frelsið til að veita þjónustu í skilningi 56. gr. SUSE.¹⁶⁸ Til þess að ráðstöfunin sé réttlæt看leg verður hún að vera byggð á lögmætum hagsmunum. Einnig verður ráðstöfunin að vera rökstudd með tilvísun til óhjákvæmilegra þjóðfélagsþarfa og til þess fallin að ná því markmiði sem að væri stefnt.¹⁶⁹ Þegar stéttarfélag beitir vinnustöðvun í þeim tilgangi að vernda réttindi launafólks og sporna gegn félagslegum undirboðum þá verður hún að vera rökstudd með tilvísun til mikilvægra þjóðfélagsþarfa. Þá verður tilgangur vinnustöðvunin að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að væri stefnt og að þau mættu ekki ganga lengra en nauðsynlegt væri.¹⁷⁰ Evrópudómstóllinn taldi hins vegar takmörkunin hafi gengið of langt og ekki hægt að réttlæta hana.¹⁷¹ Evrópudómstóllinn komst því að þeirri

¹⁶⁶sama heimild, mgr. 73-81.

¹⁶⁷sama heimild, mgr. 82-84.

¹⁶⁸ sama heimild, mgr. 99.

¹⁶⁹ sama heimild, mgr. 101.

¹⁷⁰ sama heimild, mgr. 103.

¹⁷¹ sama heimild, mgr. 108.

niðurstöðu að tilskipun um útsenda starfsmenn hafi ekki verið innleidd réttilega og brotið hefði verið gegn 56. gr. SUSE.

5.3.4 Samantekt

Þegar niðurstaða Evrópudómstólsins í málinu er dregin saman er tvennt sem er nauðsynlegt að minnast á sérstaklega. Í fyrsta lagi, taldi Evrópudómstóllinn að rétturinn til verkfallsaðgerða til þess að þvinga fram kjarasamning telst varinn sem grundvallarréttur bandalagsréttar. Þessi réttur er þó háður takmörkunum þegar hann skarast á við reglur innri markaðar, til dæmis þjónustufrelsið. Verkfallsaðgerðir stéttarféлага geta takmarkað rétt erlendra þjónustuveitanda til að veita þjónustu. Slík aðgerð kann að vera réttlæt看leg á grundvelli sjónarmiða um vernd launafólks í gistiríki til þess að sporna við félagslegum undirboðum, meðal annars verkfallsaðgerðir stéttarféлага.¹⁷² Evrópudómstóllinn taldi hins vegar að verkfallsaðgerðin væri ekki réttlæt看leg þar sem aðgerðin gekk of langt og braut því gegn meðhófsreglunni.

Í öðru lagi, skýrði Evrópudómstóllinn tilskipun um útsenda starfsmenn. Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að viðræður um lágmarkslaun á vinnustöðum, væru byggðar á hverju tilviki fyrir sig (*e. case by case basis*) og væri sú aðferð ekki í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn. Því er ekki heimilt að byggja á öðrum aðferðum en tilskipun um útsenda starfsmenn tilgreinir.¹⁷³ Annað veldur óvissu fyrir erlend þjónustufyrirtæki, þar sem þau geta ekki vitað fyrirfram hvaða starfskjör þau þurfa að tryggja starfsmönnum sínum á yfirráðasvæði gistiríkisins.¹⁷⁴ Tilskipun um útsenda starfsmenn setur lágmarksvernd með lögboðnum reglum sem þjónustuveitendur þurfa að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríki. Líkt og allar tilskipanir á sviði félagsmála á tilskipun um útsenda starfsmenn að vera skilin sem tilskipun sem veitir útsendum starfsmönnum lágmarksvernd. Jafnframt útilokar tilskipunin ekki aðildarríki að veita frekar vernd á yfirráðasvæði sínu. Aftur á móti kom Evrópudómstóllinn með allt aðra túlkun með því að segja að tilskipun um útsenda starfsmenn takmarki verndina sem útsendir starfsmenn geta fengið í gistiríki. Hvorki gistiríki né aðilar vinnumarkaðarins geta krafist hagstæðari kjara en lögboðnu reglurnar um lágmarksvernd sem kveðið er á um í tilskipuninni.¹⁷⁵ Með þessu hefur Evrópudómstóllinn fært nálgunina frá því að tilskipunin veiti lágmarksvernd til þess að hún veiti hámarksvernd.¹⁷⁶

¹⁷² sama heimild, mgr. 103.

¹⁷³ sama heimild, mgr. 69-70.

¹⁷⁴ sama heimild, mgr. 71.

¹⁷⁵ sama heimild, mgr. 80.

¹⁷⁶ Warneck (n. 160) 10.

5.4 Mál Rüffert – kjarasamningar sem hafa almennt gildi

Niðurstaða Evrópudómstólsins í máli *Laval* er umdeild og hefur verið gagnrýnd verulega af aðilum vinnumarkaðarins þar sem hún er talin hylla fjálsri þjónustustarfsemi á kostnað félagslegra réttinda. Mál *Rüffert*¹⁷⁷ kom til kasta Evrópudómstólsins aðeins nokkrum mánuðum eftir niðurstöðu *Laval*. Það var álitamál hvort niðurstaða í *Laval* hefði verið tilfallandi eða upphaf á dómaframkvæmd um túlkun tilskipunar um útsenda starfsmenn.

Í máli *Rüffert* var ágreiningur um þýsk lög um opinber útboð. Samkvæmt þýsku lögnum var öllum byggingarverktökum sem tækju þátt í opinberum útboðum skylt að virða lágmarkslaun samkvæmt tilteknum kjarasamningi sem gildi á svæðinu. Ákvæði laganna áttu einnig við um undirvertaka á vegum aðalverktaka. Þýskt verktakafyrirtæki vann útboð um byggingu á fangelsi í Þýskalandi og fékk til liðs við sig pólskan undirverktaka. Í ljós kom að undirverktakinn greiddi starfsmönnum sínum laun undir lágmarkslaunum samkvæmt gildandi kjarasamningi á þessu svæði. Starfsmennirnir á vegum undirverktakans voru pólskir sem sendir voru tímabundið til Þýskalands til að framkvæma þetta verk og voru því útsendir starfsmenn. Þýsk stjórnvöld riftu samningnum þar sem starfsmönnum voru ekki greidd laun í samræmi við gildandi kjarasamning. Í málinu reyndi á hvort þýsku lögini um opinber útboð stæðust 56. gr. SUSE¹⁷⁸ um frelsið til að veita þjónustu.¹⁷⁹

Evrópudómstóllinn taldi nauðsynlegt að skoða tilskipun um útsenda starfsmenn samhliða frelsinu til að veita þjónustu.¹⁸⁰ Samkvæmt fyrstu málsgrein 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn er hægt að setja starfskjör fyrir útsenda starfsmenn með lögum, stjórnarsýslufyrirmælum og/eða kjarasamningum eða úrskurði gerðardóms sem hafa almennt gildi. Í málinu giltu lágmarkskjör kjarasamningsins eingöngu um opinber útboð og samninga sem varðaði útboðið. Af því leiddi að kjarasamningurinn náði ekki til byggingaiðnaðarins í heild sinni á landsvæðinu og hafði þar af leiðandi ekki almennt gildi á þýska vinnumarkaðinum. Evrópudómstóllinn taldi þessa aðferð ekki vera samrýmanleg þeim aðferðum sem tilskipun um útsenda starfsmenn kveður á um.¹⁸¹ Í Þýskalandi var fyrir hendi ákveðið kerfi til þess að veita kjarasamningum almennt gildi en þeim reglum var þó ekki fylgt í þessu tilviki. Þar af leiðandi var ekki hægt að skilgreina laun samkvæmt kjarasamningnum sem lágmarkslaun í skilningi c. lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar, þar sem kjarasamningurinn hafði ekki almennt gildi.¹⁸²

¹⁷⁷ Mál C-346/06 *Dirk Rüffert g. Land Niedersachsen* [2008] ECR I-1989.

¹⁷⁸ Þá 49. gr. EB sáttmálans.

¹⁷⁹ Mál C-346/06 *Dirk Rüffert g. Land Niedersachsen* [2008] ECR I-1989, mgr. 10-16.

¹⁸⁰ sama heimild, mgr. 18.

¹⁸¹ sama heimild, mgr. 30.

¹⁸² sama heimild, mgr. 31.

Evrópudómstóllinn taldi samninginn vera takmörkun á frelsinu til að veita þjónustu þar sem erfiðara var fyrir erlend fyrirtæki að semja um opinber verk á þessu svæði.¹⁸³ Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þýsku löggin stæðust ekki tilskipun um útsenda starfsmenn og 56. gr. SUSE.¹⁸⁴

Málið virðist vera annað dæmi um hvernig innri markaður Evrópusambandsins rekst á vinnuréttarlöggjöf aðildarríkis og spennuna sem myndast á milli þessara þátta. Í stað þess að snúa umdeildri niðurstöðu sinni í *Laval* málinu um túlkun á tilskipuninni um útsenda starfsmenn þá heldur Evrópudómstóllinn áfram inn á sömu braut. Lágmarksvernd sem á að vera í samningum við hið opinbera verður að vera sett með lögum eða kjarasamningum sem hafa almennt gildi. Í þessu máli var ágreiningur um þýska kerfið. Þýskaland hefur kerfi til að veita kjarasamningum almennt gildi. Samkvæmt lögnum um opinber útboð, giltu lágmarkslaun kjarasamnings eingöngu um opinbera framkvæmd en ekki alla framkvæmd. Þar af leiðandi hefur kjarasamningurinn ekki almennt gildi í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn. Evrópudómstóllinn hafnaði að launataxti í kjarasamningum félli undir hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunarinnar.¹⁸⁵

Mikilvægasti þátturinn í *Rüffert* og *Laval* er sú sama, þar að segja tilskipun um útsenda starfsmenn mælir sérstaklega fyrir um hversu mikla vernd þjónustuveitendur þurfa að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríki. Evrópudómstóllinn virðist snúa baki í upphaflega markmiðið með tilskipuninni. Evrópudómstóllinn gerði það ljóst að í málinu ætti að túlka tilskipunina með tilliti til þjónustufrelsisins og hlutverk hennar sé einkum að auka frelsi til að veita þjónustu.¹⁸⁶ Mat evrópsku verkalýðshreyfingarinnar er að með niðurstöðu Evrópudómstólsins í *Laval* og *Rüffert* sé hann að takmarka heimildir aðildarríkjanna og verkalýðsfélaga til þess að stýra vinnumarkaðinum sínum og verja hann gegn félagslegum undirboðum.¹⁸⁷

5.5 Mál framkvæmdastjórnar gegn Lúxemborg - Allsherjarregla

Í máli *framkvæmdastjórnar gegn Lúxemborg*¹⁸⁸ hóf framkvæmdastjórnin mál gegn Lúxemborg fyrir að hafa ekki uppfyllt skyldur sínar við innleiðingu á tilskipun um útsenda starfsmenn.

¹⁸³ sama heimild, mgr. 37.

¹⁸⁴ sama heimild, mgr. 43; Alþýðusamband Íslands, „Dómar - Evrópudómstóllinn“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/evropskur-vinnurettur/rettindi-launafolks/utsendir-starfsmenn/domar/>> skoðað 25. apríl 2018.

¹⁸⁵ Hendrickx (n. 1) 107.

¹⁸⁶ Mál C-346/06 *Dirk Rüffert g. Land Niedersachsen* [2008] ECR I-1989, mgr. 36.

¹⁸⁷ Alþýðusamband Íslands, „Útsendir starfsmenn og lágmarkslaun - dómur fellur í Rüffert málinu“ (4. apríl 2008) <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/utsendir-starfsmenn-og-lagmarkslaun-domur-fellur-i-ruffert-malinu/>> skoðað 4. apríl 2018.

¹⁸⁸ Mál C-319/06 *Commission g. Luxembourg* [2008] ECR I-4323.

Framkvæmdastjórnin sendi Lúxemborg áminningarbréf áður en hún höfðaði sammingsbrotamál fyrir Evrópudómstólnum. Löggjöf Lúxemborgar geymdi fleiri atriði en talin var upp í a.-g. liðar 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þar af leiðandi voru erlendir þjónustuveitendur skyldaðir til að tryggja starfsmönnum sínum önnur starfsskilyrði í Lúxemborg en tilskipunin sagði til um.¹⁸⁹ Lúxemborg taldi sig vera heimilt að setja önnur starfsskilyrði á grundvelli 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar þar sem ákvæðin væru sett á grundvelli allsherjarreglu. Evrópudómstóllinn var beðinn um að skýra ákvæði 1. mgr. og 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn þegar starfsskilyrði útsendra starfsmanna í landslögum ganga lengra en a.-g. liðar 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar.

Evrópudómstóllinn sló því föstu að 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar hefur að geyma tæmandi upptalningu á starfsskilyrðum sem eiga að gilda um útsenda starfsmenn í gistiríki.¹⁹⁰ Samkvæmt 10. mgr. 3. gr. geta aðildarríki sett ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem lúta að öðrum atriðum en þeim sem um getur í 1. mgr., ef um ræðir ákvæði sem sett eru á grundvelli allsherjarreglu.¹⁹¹ Evrópudómstóllinn sagði að ákvæði um allsherjarreglu væru einungis ákvæði sem talin eru svo mikilvæg til verndar pólitískra, félagslegra eða efnahagslegra sjónarmiða og krefjast þess að þau eigi við um alla einstaklinga sem eru á yfirráðasvæði þess, óháð þjóðerni.¹⁹² Samkvæmt Evrópudómstólnum skal túlka hugtakið „allsherjarregla“ þröngt þar sem það takmarkar frjálsa þjónustustarfsemi. Einnig geta aðildarríki ekki lagt mat á það einhliða án aðkomu stofnana Evrópusambandsins.¹⁹³ Þá lagði Evrópudómstóllinn mat á ákvæðin sem Lúxemborg taldi vera allsherjarreglur í skilningi 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Evrópudómstóllinn taldi löggjöf og túlkanir Lúxemborgar væru ósamrýmanlegar ákvæðum tilskipunarinnar.

Þetta mál er mikilvægt þar sem Evrópudómstóllinn þurfti að skýra hugtakið „allsherjarregla“ í skilningi 10. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn og heimild aðildarríkja til þess að beita þessari undanþágu. Mál *framkvæmdastjórnar gegn Lúxemborg* kemur í raun ekki á óvart miðað við fyrri dómaframkvæmdir Evrópudómstólsins. Það má færa rök fyrir því að Evrópudómstóllinn hafi svarað því sem var óljóst eftir niðurstöðu *Laval* og *Rüffert* í þessu máli.

¹⁸⁹sama heimild, mgr. 8.

¹⁹⁰sama heimild, mgr. 26.

¹⁹¹sama heimild, mgr. 27.

¹⁹²sama heimild, mgr. 29.

¹⁹³sama heimild, mgr. 30.

5.6 Mál Isbir - hugtakið lágmarkslaun

Í máli *Isbir*¹⁹⁴ var ágreiningur um túlkun á hugtakinu „lágmarkslaun í skilningi 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Isbir var Kýpurbúi sem vann við ræstingar í Þýskalandi. Isbir hélt því fram að hann fengi greitt lægri laun en almennur kjarasamningur kvað á um. Vinnuveitandi Isbir taldi að hann fengi greidd lágmarkslaun eftir kjarasamningi þar sem eingreiðsla og kaupauki (*e. capital formation fund*) væru hluti af lágmarkslaunum hans.¹⁹⁵ Evrópudómstóllinn var því annars vegar beðinn um að skýra hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn og hvort eingreiðslur og kaupauki gætu fallið þar undir.¹⁹⁶

Evrópudómstóllinn benti á að það er á valdi aðildarríkis að ákveða lágmarkslaun starfsmanna sem eru sendir á yfirráðasvæði þess með lögum eða í almennum kjarasamningum. Í tilskipun um útsenda starfsmenn er hugtakið „lágmarkslaun“ ekki skilgreint.¹⁹⁷ Af því leiðir að aðildarríki verða að skilgreina „lágmarkslaun“ og hvaða þættir falla þar undir í skilningi c. liðar 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Þó verður skilgreiningin að leiða af landslögum aðildarríkis, viðeigandi kjarasamningi eða túlkun landsdómstóla og má ekki takmarka frjálsa þjónustustarfsemi.¹⁹⁸ Það er á valdi aðildarríkja að skilgreina hugtakið „lágmarkslaun“.¹⁹⁹

Evrópudómstóllinn vísaði í mál framkvæmdastjórnar gegn Þýskalandi²⁰⁰, og sagði að viðbótgreiðslur sem eru annars vegar ekki skilgreindar sem hluti af lágmarkslaunum samkvæmt löggjöf eða framkvæmd aðildarríkis og hins vegar breytur á endurgjaldi fyrir þjónustuna geta ekki talist vera hluti af lágmarkslaunum í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn. Þess vegna geta greiðslur fyrir aukavinnu eða tilfallandi vinnu ekki verið hluti af lágmarkslaunum. Að þessu sögðu geta aðeins greiðslur sem breyta ekki sambandinu milli vinnuveitanda og starfsmannsins fallið undir skilgreininguna „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn.²⁰¹

Jafnvel þó Evrópudómstóllinn taldi að það væri hlutverk landsdómstóls að meta hvort eingreiðslur og kaupauki gætu verið hluti af lágmarkslaunum gaf Evrópudómstóllinn leiðbeiningar við matið. Frá rökstuðningi Evrópudómstólsins er ljóst að eingreiðslur

¹⁹⁴Mál C-522/12 *Tevfik Isbir g. DB Services GmbH* [2013] EU:C:2013:711.

¹⁹⁵sama heimild, mgr. 19-24.

¹⁹⁶ sama heimild, mgr. 27 og 32.

¹⁹⁷ sama heimild, mgr. 36.

¹⁹⁸sama heimild, mgr. 37.

¹⁹⁹ sama heimild, mgr. 34-35.

²⁰⁰Mál C-341/02 *Commission g. Germany* [2005] ECR I-2733, mgr. 39-40.

²⁰¹Mál C-522/12 *Tevfik Isbir g. DB Services GmbH* [2013] EU:C:2013:711, mgr. 38-40.

samkvæmt kjarasamningum geta verið hluti af lágmarkslaunum. Kaupauki í þessu máli féll ekki undir skilgreininguna þar sem þær hefðu tilhneigingu til að breyta sambandinu milli þjónustu og greiðslur fyrir hana.²⁰² Evrópudómstóllinn lagði einnig áherslu á að jafnvel þótt slíkt framlag sé ekki aðgreinanlegt frá vinnunni sem er unninn, þá er það aðgreinanlegt frá sjálfum launinum, þar sem starfsmaðurinn mun aðeins njóta góðs af því til lengri tíma litið.²⁰³

Af þessari niðurstöðu leiðir að Evrópudómstóllinn telur það vera hlutverk aðildarríkja að skilgreina hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn. Hugtakið getur verið skilgreint í landslögum aðildarríkis, almennum kjarasamningum eða dómafrankvæmd landsdómstóls. Þrátt fyrir að skilgreiningin á hugtakinu væri í höndum aðildarríkjana þá lagði Evrópudómstóllinn ákveðnar leiðbeiningar við matið. Hugtakið getur verið túlkað rúmt. Lágmarkslaun eru ekki einungis ákvörðuð eftir tímakaupi eða mánaðarkaupi heldur geta annars konar greiðslur fallið þar undir. Evrópudómstóllinn taldi að ef sambandið milli vinnu starfsmannsins og endurgjaldinu fyrir þá vinnu myndi breytast þá félli sú greiðsla ekki undir hugtakið „lágmarkslaun“. Þá taldi Evrópudómstóllinn ekki heimilt að reikna þóknun fyrir tiltekin verkefni eða vinnu við sérstakar aðstæður sem lágmarkslaun. Kaupauki getur fallið undir hugtakið lágmarkslaun ef þeir eru dæmigerður fyrir tiltekið starf og eru ákvarðaðir eftir lagaheimild eða almennum kjarasamningum.

5.7 Nýleg dómafrankvæmd

Í máli *Martin Meat*²⁰⁴ var ágreiningur um hvort leiga á starfsmönnum félli undir tilskipun um útsenda starfsmenn. Evrópudómstóllinn sló því föstu að það væru þrjú skilyrði við mat á því hvort tiltekið samningssamband félli undir tilskipun um útsenda starfsmenn. Í fyrsta lagi hvort ráðningarsamningur haldist milli starfsmanna og þjónustuveitanda. Í öðru lagi hvort flutningur starfsmanna til gistiríkis er í þeim tilgangi að veita þá þjónustu sem þjónustuveitandi veitir. Í þriðja lagi, við slíka leigu eru starfsmennirnir undir verkstjórn notendafyrirtækisins.²⁰⁵

Í máli *Sähköalojen ammattiliitto ry*²⁰⁶ reyndi á lágmarkslaun til pólskra starfsmanna sem sendir voru til Finnlands að vinna í kjarnorkuveri. Ágreiningur var um hvort útsendu starfsmennirnir hefðu fengið greitt lágmarkslaun samkvæmt finnskum kjarasamningum sem höfðu almennt gildi. Evrópudómstóllinn staðfesti fyrri niðurstöðu sína og taldi að 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn ætti að vera túlkuð í ljósi reglna um frjálsa

²⁰²sama heimild, mgr. 41-44.

²⁰³sama heimild, mgr. 44.

²⁰⁴ Mál C-586/13 *Martin Meat kft g. Géza Simonfay og Ulrich Salburg* [2015] EU:C:2015:405.

²⁰⁵ sama heimild, mgr. 33.

²⁰⁶ Mál C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry g. Elektrobudowa Spolka Akcyjna* [2014] ECR I-2236.

þjónustustarfsemi. Það er í hlutverki aðildarríkja að skilgreina hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunarinnar. Þó er einungis hægt að styðjast við skilgreiningu sem stafar af landslögum, kjarasamningum eða dómaframkvæmd landsdómstóla.²⁰⁷ Evrópudómstóllinn sló því föstu að greiða skuli útsendum starfsmönnum á EES-svæðinu laun og önnur starfskjör í samræmi við ákvæði þeirra kjarasamninga sem gilda þar sem þeir vinna, nema heimakjörin séu betri. Allar greiðslur sem ekki er beint ætlað að endurgreiða starfsmanni útlagðan kostnað teljast til lágmarkslauna samkvæmt kjarasamningum. Þetta var til dæmis talið eiga við um staðaruppbætur og greiðslu fyrir ferðatíma frá heimili að vinnustað.

Þá sagði Evrópudómstóllinn að reglur um flokkun starfsmanna í launahópa í gistiríkinu gilda einnig um útsenda starfsmenn. Því er ekki nóg að líta til lægstu launa samkvæmt launatöflu, heldur beri að líta til þeirrar röðunar sem ætti væri starfsmaðurinn í beinni ráðningu í Finnlandi.²⁰⁸ Þannig á að raða starfsmönnum inn í launatöflur kjarasamninga í samræmi við menntun, starfsreynslu, aldur og annað sem skiptir máli við launasetningu samkvæmt kjarasamningum.²⁰⁹

Mál *Regiopost*²¹⁰ var um pólskt fyrirtæki sem bauð í pósthjónustu í Þýskalandi. Þýska ríkið gerði kröfu um að allir tilboðsgjafar skyldu greiða starfsmönnum sínum lágmarkslaun samkvæmt kjarasamningum sem höfðu almennt gildi. Regiopost neitaði að gefa slíka yfirlýsingu sem leiddi til þess að sveitarfélagið hafnaði tilboðinu. Ágreiningur var milli aðila hvort það væri heimilt að krefjast lágmarkslauna samkvæmt evrópskum reglum um opinber innkaup. Evrópudómstóllinn taldi að túlka ætti 70. gr. tilskipunar 2014/24²¹¹ í samræmi við 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn og 56. gr. SUSE.²¹² Aðildarríkjum er heimilt að hafna tilboðum vegna opinbera samninga frá verktökum, hvort sem það eru innlend eða erlend fyrirtæki og undirverktakar á þeirra vegum ef þeir neita að skuldbinda sig til að greiða starfsmönnum sínum lágmarkslaun samkvæmt lögum eða kjarasamningum á þessu svæði.²¹³

5.8 ESA gegn Íslandi – lágmarksvernd

Líkt og framan er rakið í kafla 2.1 þarf EFTA-dómstóllinn að túlka EES-rétt í samræmi við fordæmi Evrópudómstólsins. EFTA-dómstóllinn hefur túlkað tilskipun um útsenda starfsmenn

²⁰⁷ sama heimild, mgr. 34.

²⁰⁸ sama heimild, mgr. 45.

²⁰⁹ Alþýðusamband Íslands, „Útsendir starfsmenn – sömu laun fyrir sömu vinnu“ <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/utsendir-starfsmenn-somu-laun-fyrir-somu-vinnu/>> skoðað 5. maí 2018.

²¹⁰ Mál C-115/14 *RegioPost GmbH & Co. KG g. Stadt Landau in der Pfalz* [2015] EU:C:2015:760.

²¹¹ Þá 26. gr. tilskipunar 2004/18/EB.

²¹² Mál C-115/14 *RegioPost GmbH & Co. KG g. Stadt Landau in der Pfalz* [2015] EU:C:2015:760, mgr. 66-67.

²¹³ sama heimild, mgr. 75-77.

í tveimur málum. Fyrri málið er sammingsbrotamál sem Eftirlitsstofnun EFTA²¹⁴ höfðaði gegn Íslandi vegna rangrar innleiðingar í landslög á tilskipun um útsenda starfsmenn. Í seinna málinu óskaði norska ríkið eftir ráðgefandi áliti hjá EFTA-dómstólnum um túlkun á tilskipun um útsenda starfsmenn.

Í máli *ESA gegn Íslandi*²¹⁵ úrskurðaði EFTA-dómstóllinn að ákvæði íslenskra laga um laun í veikinda- og slysatilvikum og skyldu að kaupa slysatryggingu samræmdist ekki tilskipun um útsenda starfsmenn. Samkvæmt íslensku lögnum áttu erlend þjónustufyrirtæki, sem sendu starfsmenn tímabundið til Íslands, að greiða útsendum starfsmönnum föst laun í veikinda- og slysatilvikum. Þá voru erlend fyrirtæki skylduð til að kaupa slysatryggingu fyrir útsenda starfsmennina sína samkvæmt íslensku lögnum. ESA byggði aðallega á því að ákvæði um rétt til launa í veikinda- og slysatilvikum félli hvorki undir hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn né ákvæði reglugerðar nr. 1408/71 um almannatryggingar. Einnig taldi ESA að ákvæði um skyldubundin kaup slysatrygginga félli fyrir utan tæmandi talningar 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. ESA taldi íslensku lögin brjóta gegn EES-rétti þar sem tilskipun um útsenda starfsmenn byggir á þeirri forsendu að starfsmenn njóti nú þegar verndar að þessu leyti í heimaríki.²¹⁶ Þá byggði íslenska ríkið aðallega á því að ákvæði um laun í veikinda- og slysatilvikum féllu undir hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þá taldi íslenska ríkið að ákvæðin um slysatryggingu félli undir landsrétt þar sem ákvæðin varða skaðabætur og váttryggingar sem færi út fyrir gildissvið tilskipunarinnar og væri þar að leiðandi heimil. Enn fremur byggði íslenska ríkið á því að hvorutveggja gæti verið réttlætt á grundvelli 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar um allsherjarreglu.²¹⁷

EFTA-dómstóllinn staðfesti dómafrankvæmd Evrópudómstólsins og taldi að tilskipunin væri skýr um umfang þeirrar verndar sem EES-ríki geta krafði erlend fyrirtæki um að tryggja þegar þau senda starfsmenn sína á yfirráðasvæði þeirra. Í 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn er upptalning á tæmandi atriðum sem þjónustuveitendur þurfa að virða þegar þau senda starfsmenn sína til starfa á yfirráðasvæði annarra EES-ríkja.²¹⁸ Rétturinn til lágmarkslauna ásamt yfirvinnukaupi er hluti af þeirri upptalningu, sbr. c. lið 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. EFTA-dómstóllinn hafnaði að greiðslur launa í veikinda- og slysatilvikum samkvæmt íslenskum lögum félli undir hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunarinnar. Miðuðust laun í veikinda- og slysatilvikum við launagreiðslur starfsmannsins samkvæmt

²¹⁴ Hér eftir ESA.

²¹⁵Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117.

²¹⁶ sama heimild, mgr. 26.

²¹⁷ sama heimild, mgr. 32-34.

²¹⁸ sama heimild, mgr. 40.

ráðningarsamningi en ekki við lágmarkslaun, það er fasta fjárhæð lágmarkslauna í veikinda- og slysatilvikum, eða fjárhæð byggða á útreikningi sem tæki mið af lágmarkslaunum.²¹⁹

Þar að auki taldi EFTA-dómstóllinn að ákvæðið um skyldubundna slysatryggingu varðaði ráðningarskilmála og félli þar að leiðandi undir 3. gr. tilskipunarinnar. Skyldubundin slysatrygging er ekki meðal þeirra atriða sem EES-ríki getur krafist að þjónustufyrirtæki tryggi starfsmönnum sínum á yfirráðasvæði þeirra í samræmi við 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þar að leiðandi fer slík ákvæði í bága við tilskipunina og væru óheimil.²²⁰ EFTA-dómstóllinn hafnaði þeirri röksemd að unnt væri að réttlæta íslensku reglurnar á grundvelli allsherjarreglu þar sem ekki var sýnt fram á að reglurnar væru nauðsynlegar til að mæta raunverulegri og alvarlegri ógn við grundvallarhagsmuni íslensks samfélags.²²¹

5.9 *STX Norway and others gegn Noregi – lágmarksvernd*

Í máli *STX Norway Offshore*²²² var ágreiningur um réttindi útsendra starfsmanna sem voru sendir á yfirráðasvæði Noregs til að starfa í skipasmíðum. Í norskum lögum var útsendum starfsmönnum í skipasmíðaiðnaði tryggt ákveðnir ráðningarskilmálar og atvinnuskilyrði með kjarasamningum sem gerðir eru algildir. Til að mynda voru skilmálar um hámarksvinnutíma, viðbótargreiðslur ofan á grunntímakaup þegar starfsmanni var falið verkefni sem var fjarri heimili og greiðsla vegna kostnaðar við ferðalög, uppihald og gistingu í slíkum tilvikum. EFTA-dómstólnum var falið að túlka hvort slík starfskjör féllu undir gildissvið tilskipunar um útsenda starfsmenn.²²³

EFTA-dómstóllinn byggði á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og sagði að starfsmenn sem eru sendir til annarra EES ríkja til að veita þjónustu sé tryggð lágmarksvernd í gistiríki ef hún er meiri en í heimaríki samkvæmt ákvæðum tilskipunar um útsenda starfsmenn.²²⁴ Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. tilskipunar má ekki kveða á um réttindi útsendra starfsmanna umfram þá skyldubundnu lágmarksvernd sem kveðið er á um í tilskipuninni.²²⁵ Því má ekki kveða á um réttindi útsendra starfsmanna umfram skyldubundna lágmarksvernd sem kveðið er á um í tilskipun um útsenda starfsmenn.²²⁶ EFTA-dómstóllinn taldi að þau skilyrði

²¹⁹sama heimild, mgr. 46.

²²⁰sama heimild, mgr. 52-54.

²²¹ sama heimild, mgr. 61.

²²²Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4.

²²³ sama heimild, mgr. 17-19.

²²⁴ sama heimild, mgr. 23-26.

²²⁵ Með þessu staðfesti EFTA-dómstóllinn túlkun Evrópudómstólsins á tilskipun útsendra starfsmanna í máli *Laval*.

²²⁶ Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4, mgr. 29.

og þeir skilmálar sem um ræðir, varðandi hámarksvinnutíma, falli undir hugtakið „skyldubundin lágmarksvernd“ í skilningi 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn.²²⁷ Þá komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ákvæði norsku laganna um þóknun sem greidd væru fyrir vinnu utan venjulegs vinnutíma væru samþýðanleg tilskipuninni að því gefnu að þau falli undir hugtakið „lágmarkslaun“.²²⁸

Aftur á móti taldi EFTA-dómstóllinn að viðbótargreiðslur ofan á grunntímakaup þegar útsendum starfsmönnum væru falin verkefni þar sem nauðsynlegt er að gista fjarri heimili félli ekki innan a.-g. liðar 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Þar sem viðbótargreiðslurnar féllu ekki innan gildissviðs tilskipunar um útsenda starfsmenn bar að skoða þær með tilliti til frelsisins til að veita þjónustu. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þessar greiðslur væru til þess fallnar að gera erlendum fyrirtækjum erfiðara fyrir að veita þjónustu í Noregi og þar með takmarka frelsið til að veita þjónustu.²²⁹ Ráðstafanir líkt og þessar gætu einungis verið réttlætanager ef þær byggðust á lögmatum sjónarmiðum sem rökstuddar væru með vísun til mikilvægra þjóðfélagsþarfa. Að auki, þurfa reglurnar að vera þannig úr garði gerðar að þær nái markmiði sínu og gangi ekki lengra en nauðsyn krefur.²³⁰ Það var á valdi landsdómstóls að meta á hlutlægan hátt hvort ráðstöfunin væri réttlætanager.²³¹ Að lokum taldi EFTA-dómstóllinn að greiðslur vegna kostnaðar við ferðalög, uppihald og gistingu gætu ekki falli undir launahugtak í skilningi 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar.²³² EES-ríki væri því ekki heimilt að kveða á um slíka skilmála nema því aðeins að sýnt væri fram á að þeir væru nauðsynlegir til að mæta raunverulegri og alvarlegri ógn við grundvallarhagsmuni samfélagsins.²³³

Niðurstaða EFTA-dómstólsins kemur í raun ekki á óvart miðað við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Með þessu staðfesti EFTA-dómstóllinn sjónarmið Evrópudómstólsins að 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn geymi tæmandi talningu á þeim ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum sem EES-ríki geta skyldað erlend þjónustufyrirtæki sem senda starfsmenn sína á yferráðasvæði þeirra að tryggja.

²²⁷ sama heimild, mgr. 47-48.

²²⁸ sama heimild, mgr. 56-60.

²²⁹ sama heimild, mgr. 71-79.

²³⁰ sama heimild, mgr. 80.

²³¹ sama heimild, mgr. 84.

²³² sama heimild, mgr. 97.

²³³ sama heimild, mgr. 98-100.

5.10 Samantekt

Naðsynlegt er að draga saman í einföldu máli dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins. Það er tvennt sem skiptir máli í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins um útsenda starfsmenn. Annars vegar verkfallsréttur eða sambærilegar aðgerðir stéttarféлага með tilliti til reglna innri markaðarins og hins vegar túlkun á tilskipun um útsenda starfsmenn. Túlkun Evrópudómstólsins hefur valdið miklum ágreiningi milli stofnanna Evrópusambandsins, fræðimanna og aðilum vinnumarkaðarins. Hefur Evrópudómstóllinn verið gagnrýndur til að vernda frekar réttinn til að veita þjónustu á kostnað félagslegrar réttinda útsendra starfsmanna. European Trade Union Confederation²³⁴ hefur kallað dómaframkvæmdina heimild til félagslegra undirboða.²³⁵

Í *Viking* og *Laval* skýrði Evrópudómstóllinn sambandið á milli annars vegar verkfallsréttar eða sambærilegra aðgerða stéttarféлага og hins vegar réttinum til að veita þjónustu og staðfesturéttinum. Verkfallsréttur eða sambærilegar aðgerðir er grundvallarréttur og hluti af almennum meginreglum Evrópusambandsréttar. Verkfallsaðgerðir sem stéttarfélag beitir gegn fyrirtækjum geta þar af leiðandi fallið undir EES-samninginn, þegar þær hafa áhrif á ráðstafanir þjónustuveitanda yfir landamæri. Í þeim tilvikum geta verkfallsaðgerðir eða sambærilegar aðgerðir takmarkað frelsið til að veita þjónustu eða staðfesturétt. Evrópudómstóllinn leggur áherslu á að fyrirtæki geta farið óhindrað um EES-svæðið til þess að veita þjónustu eða senda vinnuafl sitt tímabundið til þess að framkvæma verkið. Evrópudómstóllinn sló því föstu að ráðstafanir stéttarféлага til að fá erlend fyrirtæki til að gangast undir kjarasamninga í viðkomandi ríki vera takmörkun á frjálsri þjónustustarfsemi og staðfesturétti. Samkvæmt Evrópudómstólnum geta takmarkanir verið réttlættar á grundvelli *Gebhard*²³⁶ aðferðar. Það virðist ekki skipta máli hverskonar aðgerða stéttarfélag grípur til heldur er horft til tilgangs og eðlis aðgerðanna.²³⁷ Með þessu er í raun verið að takmarka rétt stéttarféлага til að taka þátt í deilum og baráttu sem snerta starfskjör útsendra starfsmanna.²³⁸ Evrópudómstóllinn kannar í raun hvort félagslegu réttindin brjóti gegn efnahagslegum réttindum.²³⁹ Þessi nálgun Evrópudómstólsins hefur verið harðlega gagnrýnd af aðilum vinnumarkaðarins.

²³⁴ Hér eftir „ETUC“.

²³⁵ European Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (n. 110) 6.

²³⁶ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

²³⁷ Malmberg (n. 82) 6.

²³⁸ Voss o.fl. (n. 108) 31.

²³⁹ sama heimild 31–32.

Þegar litið er til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins í heild er ljóst að túlka skal ákvæði tilskipunar um útsenda starfsmenn mjög þröngt. Samkvæmt Evrópudómstólnum og EFTA-dómstólnum geymir 3. gr. tilskipunarinnar tæmandi lista yfir lögboðnar reglur um lágmarksvernd sem aðildarríki má tryggja útsendum starfsmönnum. Evrópudómstóllinn og EFTA-dómstóllinn hafa túlkað tilskipunina sem hámarksvernd. Þannig sé EES-ríkjum ekki heimilt að veita útsendum starfsmönnum meiri vernd.²⁴⁰ Kjarni tilskipunarinnar um lágmarksvernd útsendra starfsmanna telst í raun ekki lágmarksreglur heldur tæmandi talning starfskjara sem þjónustuveitendur verði að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríki. Jafnframt sló Evrópudómstóllinn því föstu að aðildarríki hafa ekki algjört frelsi til að veita útsendum starfsmönnum frekari starfskjör á grundvelli ákvæða um allsherjarreglu, sbr. 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Verður að túlka ákvæðið þröngt þar sem önnur starfskjör takmarka frjálsa þjónustustarfsemi.²⁴¹ Þar af leiðandi verður að vera hægt að réttlæta takmörkunina og litið er til *Gebhard* aðferðarinnar við matið.²⁴²

Tilskipun um útsenda starfsmenn samræmir ekki efnisreglur EES-ríkja. Þannig hafa EES-ríki vald um að ákvarða efnisreglur varðandi útsenda starfsmenn innan þess ramma sem tilskipunin setur.²⁴³ Þó þurfa reglurnar að vera í samræmi við sáttmálann og meginreglur Evrópusambandsrétt (*e. The general principles of Community law*).²⁴⁴ Í tilskipuninni er ekki skilgreint hvaða atriði geta fallið undir hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi c. liðar 1. mgr. 3. gr. tilskipunar heldur fer hún eftir löggjöf EES-ríkja. EES-ríkjum hefur verið falið að skilgreina hugtakið „lágmarkslaun“ með landslögum eða í almennum kjarasamningum og gildir sú skilgreining einnig fyrir útsenda starfsmenn á yfirráðasvæði þeirra. Hugtakið „lágmarkslaun“ hefur verið skilgreint á mismunandi hátt í aðildarríkjum Evrópusambandsins og EES-ríkjum sem hefur valdið verulegri réttaróvissu.²⁴⁵ Evrópudómstóllinn hefur ekki skýrt með afgerandi hætti hugtakið „lágmarkslaun“ en hefur slegið því föstu að það er á valdi aðildarríkja að skilgreina þetta hugtak.²⁴⁶

²⁴⁰ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767; Mál C-319/06 *Commission g. Luxembourg* [2008] ECR I-4323; Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117; Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4.

²⁴¹ Mál C-319/06 *Commission g. Luxembourg* [2008] ECR I-4323.

²⁴² Voss o.fl. (n. 108) 31.

²⁴³ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767, mgr. 68.

²⁴⁴ Malmberg (n. 82) 7.

²⁴⁵ Voss o.fl. (n. 108) 32.

²⁴⁶ Mál C-341/02 *Commission g. Germany* [2005] ECR I-2733; Mál C-522/12 *Tevfik Isbir g. DB Services GmbH* [2013] EU:C:2013:711; Mál C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry g. Elektrobudowa Spolka Akcyjna* [2014] ECR I-2236; Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117; Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4.

Evrópudómstóllinn sló því föstu að ekki er hægt að krefjast þess að erlendir þjónustuveitendur gangist undir kjarasamninga sem hafa ekki almennt gildi í skilningi tilskipunarinnar.²⁴⁷ Jafnframt er ekki mögulegt að krefjast þess að þjónustufyrirtæki gangist undir kjarasamninga sem hafa ekki almennt gildi þegar það gerir samning við hið opinbera.²⁴⁸ Þegar reglur um starfskjör í EES-ríki uppfylla ekki aðferðir tilskipunarinnar þá geta ríkin ekki krafist erlenda þjónustuveitendur um að tryggja slíkar reglur. Þar af leiðandi þarf erlendir þjónustuveitandi ekki að fara eftir lágmarkslaunum samkvæmt kjarasamningi ef hann hefur ekki almennt gildi í skilningi tilskipunarinnar.²⁴⁹

6 Útsendir starfsmenn á Íslandi

6.1 Almennt

Í þessum kafla verður fjallað um réttarstöðu erlendra starfsmanna sem sendir eru tímabundið til Íslands í því skyni að veita þjónustu. Fyrirtækjum eða sjálfstætt starfandi einstaklingum sem eru skráðir á EES-svæðinu er heimilt á grundvelli 36. gr. EES-samningsins að veita þjónustu á Íslandi á jafnræðisgrundvelli við íslenska aðila, sbr. 2. gr. EES-samningsins. Einnig er erlendum þjónustufyrirtækjum heimilt að senda starfsmenn sína tímabundið hingað til lands í þeim tilgangi að veita þjónustu.²⁵⁰ Jafnframt geta fyrirtæki sent starfsmenn sína sem eru ríkisborgarar frá þriðju ríkjum ef þeir hafa gilt dvalar- og atvinnuleyfi í heimaríki fyrirtækisins.²⁵¹ Á Íslandi hefur þessi heimild aðallega verið nýtt af erlendum þjónustufyrirtækjum í byggingariðnaði, bæði erlend verktakafyrirtæki og starfsmannaleigur.²⁵²

Það er mikilvægt að hafa skýrar og skilvirkar reglur til verndar útsendum starfsmönnum til að sporna gegn félagslegum undirboðum og misnotkun.²⁵³ Á undanförunum árum hefur erlendum starfsmönnum fjölgað verulega á íslenskum vinnumarkaði. Erlendum þjónustufyrirtækjum fækkaði árið 2009 í kjölfar hrunsins, og það var ekki fyrr en árið 2015

²⁴⁷ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767.

²⁴⁸ Mál C-346/06 *Dirk Rüffert g. Land Niedersachsen* [2008] ECR I-1989.

²⁴⁹ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767; Mál C-346/06 *Dirk Rüffert g. Land Niedersachsen* [2008] ECR I-1989.

²⁵⁰ Mál C-113/89 *Rush Portuguesa Ld g. Office National d'Immigration* [1990] ECR I-1417.

²⁵¹ Mál C-43/93 *Raymond Vander Elst g. Office des Migrations Internationales* [1994] ECR I-1141.

²⁵² Alþýðusamband Íslands, „Erlent launafólk á íslensku markaði - upplýsingarit um atvinnuréttindi og starfskjör launafólks og sérstakar skyldur atvinnurekenda stjórnvöldum“ (september 2007) 10 <http://www.asi.is/media/6360/Microsoft_Word_-_ASI_Lei_beiningar_um_eftirlit_sept_2007_loka.pdf> skoðað 30. apríl 2018.

²⁵³ Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148., athugasemdir með frumvarpi.

sem þeim fór aftur fjölgandi. Samkvæmt upplýsingum frá Vinnumálastofnun voru samtals 125 erlend þjónustufyrirtæki skráð á árinu 2017 og sendu þau rúmlega 1.800 starfsmenn tímabundið til Íslands í þeim tilgangi að veita þjónustu. Á sama tímabili var fjöldi starfsmanna á vegum starfsmannaleigna, innlendra sem erlendra, rúmlega 3.100. Útsendir starfsmenn hafa aldrei verið fleiri í heildina en árið 2017.²⁵⁴ Útsendum hefur haldið áfram að fjölga en mánaðarmet var slegið í janúar 2018. Í janúar 2018 voru samtals 51 erlend fyrirtæki starfandi hér á landi með samtals 368 starfsmenn. Þá voru skráðar samtals 24 starfsmannaleigur, innlendar og erlendar með samtals 1.398 starfsmenn.²⁵⁵ Vinnumálastofnun telur þess aukningu megi rekja til umsvifa í byggingar- og mannvirkjagerð, en stór hluti af starfsmönnum þjónustufyrirtækja og starfsmannaleigna sinna störfum á því sviði.²⁵⁶ Vinnumálastofnun gerir ekki ráð fyrir að það muni draga úr umsvifum erlendra þjónustufyrirtækja og starfsmannaleigna hér á landi á næstunni heldur muni aukast enn frekar á næstu árum.²⁵⁷

Tilskipun 96/71/EB um útsenda starfsmenn var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 37/98 frá 30. apríl 1998.²⁵⁸ Samkvæmt 7. gr. EES-samningsins skal Ísland innleiða afleidda löggjöf Evrópusambandsréttar sem tekin er upp í EES-samninginn. Tilskipun um útsenda starfsmenn var fyrst innleidd í íslenskan rétt með lögum nr. 54/2001 um starfskjör starfsmanna sem starfa tímabundið á Íslandi á vegum erlendra fyrirtækja.²⁵⁹ Lög nr. 54/2001 voru hins vegar felld úr gildi með lögum nr. 45/2007 um réttindi og skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn tímabundið til Íslands og starfskjör starfsmanna þeirra.²⁶⁰ Fjalla lög nr. 45/2007 annars vegar um skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn sína til Íslands og hins vegar starfskjör hinna erlendu starfsmanna. Í athugasemdum við lagafrumvarpið segir að megingilgangur laganna er:

að veita íslenskum stjórnvöldum yfirsýn yfir stöðuna á íslenskum vinnumarkaði að því er varða starfsemi erlendra þjónustufyrirtækja hér á landi sem og fjölda erlendra starfsmanna er starfa hjá slíkum fyrirtækjum. Enn fremur markmiðið

²⁵⁴ Vinnumálastofnun, „Erlendir ríkisborgarar á íslenskum vinnumarkaði á árunum 2012-2017“ (janúar 2018) 11–12 <<https://www.vinnumalastofnun.is/media/2003/erlendir-rikisborgarar-2012-2017-endanlegt.pdf>> skoðað 3. mars 2018.

²⁵⁵ Vinnumálastofnun, „Vinnumarkaðurinn á Íslandi - Yfirlit, horfur og þjónusta Vinnumálastofnunar“ (Vinnumálastofnun janúar 2018) 5–6 <<https://www.vinnumalastofnun.is/media/2003/erlendir-rikisborgarar-2012-2017-endanlegt.pdf>>.

²⁵⁶ Vinnumálastofnun, „Ársskýrsla Vinnumálastofnunar 2016“ (2016) 19–21.

²⁵⁷ Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148., greinargerð með frumvarpi.

²⁵⁸ Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 37/98 frá 30. apríl 1998 um breytingu á XVIII. viðauka (Öryggi og hollustuhættir á vinnustöðum, vinnuréttur og jafnrétti kynjanna) við EES-samninginn. 48/1998 EES-viðbætur við Stjtið EES 261.

²⁵⁹ Hér eftir lög nr. 54/2001.

²⁶⁰ Samkvæmt 7. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn þurfa aðildarríki gera ráðstafanir í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum, sbr. 20. gr. laga nr. 45/2007.

að unnt sé að viðhalda því eftirliti sem tíðkast á íslenskum vinnumarkaði með að ákvæði laga og kjarasamninga séu virt svo treysta megi stöðu starfsmanna sem sendir eru tímabundið hingað til lands á vegum erlendra fyrirtækja í tengslum við veitingu þjónustu. Þykir efni frumvarpsins jafnframt vera til þess fallið að stuðla að því að útlendingar sem koma hingað til lands á vegum erlendra fyrirtækja dvelji og starfi hér á landi með lögmætum hætti og að áreiðanlegar upplýsingar um þessa útlendinga séu til.²⁶¹

Með lögum nr. 45/2007 er reynt að hafa eftirlit með starfsemi erlendra fyrirtækja og starfsmannaleigna sem senda starfsmenn hingað til að veita þjónustu. Einnig er reynt að koma í veg fyrir að fyrirtæki noti erlenda starfsmenn til félagslegra undirboða á vinnumarkaðinum hér á landi.²⁶² Markmið laga nr. 45/2007 er í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn.

6.2 Söguleg þróun laga nr. 45/2007

Sem fyrr segir var tilskipun um útsenda starfsmenn fyrst innleidd með lögum nr. 54/2001. Löggjöfin var einföld og vísaði einungis til helstu lagaákvæða sem giltu um lágmarkskjör á Íslandi. Alþýðusamband Íslands²⁶³ gagnrýndi lagafrumvarpið og taldi að lögin gengu ekki nógu langt til verndar íslenskum vinnumarkaði. Eftir tilkomu laga nr. 54/2001 varð þensla í byggingaframkvæmdum og virkjanaframkvæmdum sem leiddi til þess að erlendum starfsmönnum fjölgaði verulega á Íslandi. Málum um réttindi erlendra starfsmanna hjá stéttarfélögum fjölgaði verulega þar sem reyndi á réttindi þeirra samkvæmt íslenskum lögum.²⁶⁴ Árið 2004 gerðu ASÍ og Samtök atvinnurekenda²⁶⁵ með sér samkomulag um útlendinga á íslenskum vinnumarkaði.²⁶⁶ Með samkomulaginu var lögð áhersla á að fyrirtæki sem nýttu erlent vinnuafl á Íslandi tryggðu að greidd væru laun og önnur starfskjör í samræmi við íslensk lög og gildandi kjarasamninga. Eftir þrýsting frá aðilum vinnumarkaðarins skipaði félagsmálaráðherra starfshóp í júní 2006. Tilgangurinn var að fara yfir málefni útlendinga á íslenskum vinnumarkaði. Starfshópurinn tók meðal annars til skoðunar réttarstöðu útsendra starfsmanna hér á landi.²⁶⁷ Í framhaldi lagði starfshópurinn fram frumvarp af nýjum lögum sem

²⁶¹ Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148., athugasemdir með frumvarpi.

²⁶² Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál., athugasemdir með frumvarpi.

²⁶³ Hér eftir ASÍ.

²⁶⁴ Alþýðusamband Íslands, „Innleiðing tilskipunar 96/71/EC“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/evropskur-vinnurettur/rettindi-launafolks/utsendir-starfsmenn/innleiðing-tilskipunar-9671ec/>> skoðað 2. apríl 2018.

²⁶⁵ Hér eftir SA.

²⁶⁶ Alþýðusamband Íslands og Samtök Atvinnulífsins, „Samkomulag um útlendinga á íslenskum vinnumarkaði“ (Alþýðusamband Íslands 2004) <http://www.asi.is/media/6360/Microsoft_Word_-_ASI_Lei_beiningar_um_eftirlit_sept_2007_loka.pdf> skoðað 4. október 2018.

²⁶⁷ Alþýðusamband Íslands, „Innleiðing tilskipunar 96/71/EC“ (n. 264).

fólu í sér umfangsmiklar breytingar á lögum nr. 54/2001. Lög nr. 45/2007 voru samþykkt og tóku við af lögum nr. 54/2001 sem voru í kjölfarið felld úr gildi.²⁶⁸

ESA tók lög nr. 45/2007 til skoðunar stuttu eftir að þau voru samþykkt. ESA komst að þeirri niðurstöðu að tiltekin ákvæði laga nr. 45/2007 samræmdust hvorki 36. gr. EES-samningsins um frjáls þjónustuviðskipti né ákvæðum tilskipunar um útsenda starfsmenn. ESA gerði meðal annars athugasemdir við upplýsingaskyldu erlendra þjónustufyrirtækja og kröfu um að sækja um starfsleyfi hér á landi, þar sem slík ákvæði stæðust ekki 36. gr. EES-samningsins.²⁶⁹ Einnig gerði ESA athugasemd við ákvæði laga nr. 45/2007 um rétt til launa í veikinda- og slysatilvikum og slysatryggingu vegna andláts, varanlegs líkamstjóns og tímabundins missis starfsorku, þar sem slík starfskjör falla ekki undir tilskipun um útsenda starfsmenn. Íslenska ríkið tók hluta af athugasemdum ESA til skoðunar og breytti í kjölfarið lögum nr. 45/2007.²⁷⁰ Aftur á móti féllst íslenska ríkið ekki á að breyta ákvæðum laganna um veikinda- og slysarétt starfsmanna líkt og ESA krafðist.

Í greinargerð með lagafrumvarpinu til breytinga á lögum nr. 45/2007 er sérstaklega tekið fram að þrátt fyrir athugasemdir ESA, þá feli „umrædd ákvæði laganna í sér kjarasamningsbundin réttindi á íslenskum vinnumarkaði sem eru hluti af lágmarkskjörum launafólks og geyma því mikilvæga vernd fyrir launafólk sem starfar hér á landi.“ Þótti grundvallaratriði að halda þessum ákvæðum í lögnum þar sem erlendir starfsmenn ættu að njóta sömu lágmarksréttinda og staðbundnir starfsmenn hér á landi. Þrátt fyrir athugasemdir ESA var ekki breytt ákvæðum um rétt til launa í veikinda- og slysatilvikum og skyldubundna slysatryggingu.²⁷¹ Taldi íslenska ríkið að allt launafólk sem starfar á Íslandi ætti rétt á sömu lágmarksréttindum og laun veikinda- og slysatilvikum væri óaðskiljanlegur hluti af þeirri vernd.

Í framhaldi höfðaði ESA mál á hendur Íslandi fyrir EFTA-dómstólnum.²⁷² Mál *ESA gegn Íslandi*²⁷³ er reifað nánar í kafla 5.8. EFTA-dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að hvorki ákvæði um laun í veikinda- og slysatilvikum né ákvæði um skyldubundna slysatryggingu félli undir 1. mgr. 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn. Dómstóllinn taldi að laun í veikinda- og slysatilvikum gætu ekki fallið undir „hugtakið“ lágmarkslaun í skilningi tilskipunarinnar

²⁶⁸ Alpt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál. 9, athugasemdir við lagafrumvarp.

²⁶⁹ Eftirlitsstofnun EFTA, „Starfsmenn Erlendra Fyrirtækja: Íslandi Stefnt Fyrir EFTA-Dómstólinn“ (*Eftirlitsstofnun EFTA*) <<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/1260>> skoðað 30. apríl 2018.

²⁷⁰ Alþýðusamband Íslands, „Innleiðing tilskipunar 96/71/EC“ (n. 264).

²⁷¹ Alpt. 2009-2010, A-deild, þskj. 835 - 484. mál., athugasemdir við lagafrumvarp.

²⁷² sama heimild.

²⁷³ Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117.

þar sem íslenska ákvæðið miðaði við laun í starfsmanns samkvæmt ráðningarsamningi en ekki við lágmarkslaun samkvæmt íslenskum lögum. Í framhaldi var lögum nr. 45/2007 breytt til að koma til móts við niðurstöðu EFTA-dómstólsins.²⁷⁴ Krafa um skyldubundna slysaftryggingu var felld úr gildi. Ákvæði um laun í veikinda- og slysatilvikum vísa nú til kjarasamningsbundinna launa sem eru í samræmi við 1. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda.²⁷⁵ ESA hefur ekki gert athugasemdir við breytingar á lögum nr. 45/2007. EES-ríkjum hefur verið falið að skilgreina lágmarkslaun í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn.²⁷⁶ Lágmarkslaun samkvæmt íslenskum rétti koma fram í kjarasamningum. Þannig verður að telja að núverandi ákvæði um laun í veikinda- og slysatilvikum standist tilskipun um útsenda starfsmenn. Vísast til kafla 6.4 um frekari umfjöllun um 5. gr. laga nr. 45/2007.

6.3 Gildissvið laga nr. 45/2007

Lög nr. 45/2007 fjalla bæði um starfskjör starfsmanna erlendra fyrirtækja sem eru sendir tímabundið til Íslands í tengslum við veitingu þjónustu og skyldur fyrirtækjanna til að veita íslenskum stjórnvöldum tiltekna upplýsingar varðandi starfsemi sína hér á landi.²⁷⁷ Í 1. gr. laganna er tilgreint gildissviðið en í 1. mgr. segir:

lög þessi gilda um **fyrirtæki** sem hefur staðfestu í öðru ríki innan EES-svæðisins, öðru EFTA-ríki eða Færeyjum og sendir starfsmann **tímabundið** til lands í **tengslum við veitingu þjónustu**:

- a) á vegum fyrirtækisins og starfsmaðurinn starfar undir stjórn þess í tengslum við samning við notendafyrirtæki um veitingu þjónustu hér á landi,
- b) á vegum fyrirtækisins til starfsstöðvar eða fyrirtækis í eigu sömu fyrirtækjasamstæðu hér á landi eða
- c) á vegum fyrirtækisins og starfsmaðurinn er leigður gegn gjaldi til að sinna störfum á vinnustað notendafyrirtækis undir verkstjórn þess. [leturbr. höf.]

Reglur frelsisins til að veita þjónustu gilda þegar kemur að gildissviði laganna varðandi hugtökin fyrirtæki, tímabundna eðlið og þjónusta. Hugtakið „fyrirtæki“ er skilgreint í 1. tölul. 3. gr. laga nr. 45/2007 en það getur verið einstaklingur, félag eða annar sem stundar atvinnurekstur með staðfestu í öðru ríki á EES-svæðinu og veitir þjónustu hér á landi á

²⁷⁴ Lög um breytingu á lögum nr. 45/2007, um réttindi og skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn tímabundið til Íslands og starfskjör starfsmanna þeirra, með síðari breytingum nr. 114/2012.

²⁷⁵ Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 66 - 66. mál.

²⁷⁶ Mál C-522/12 *Tevfik Isbir g. DB Services GmbH* [2013] EU:C:2013:711; Mál C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry g. Elektrobudowa Spolka Akcyjna* [2014] ECR I-2236; Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117; Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4.

²⁷⁷ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál. athugasemdir við 1. gr.

grundvelli EES-samningsins. Það sem skiptir máli er að fyrirtækið sem ætlar að veita þjónustu hér á landi hafi þegar staðfestu í öðru EES-ríki. Fyrirtæki sem hafa staðfestu hérlendis eða í þriðju ríkjum falla fyrir utan gildissvið laganna. Er litið svo á að þjónustan sé veitt frá þeim stað þar sem fyrirtækið er með skráða staðfestu. Samkvæmt c. lið 1. mgr. 1. gr. laganna er átt við starfsmannaleigur. Það er nauðsynlegt að greina á milli erlendra þjónustufyrirtækja og starfsmannaleigna þar sem lög nr. 139/2005 um starfsmannaleigur²⁷⁸ gilda einnig um starfsemi á þeim síðarnefndu. Það sem greinir á milli erlendra þjónustufyrirtækja og starfsmannaleigna er verkstjórnin.²⁷⁹ Ef notendafyrirtæki fer með verkstjórn þá telst starfsemin vera starfsmannaleiga í skilningi laga um starfsmannaleigu.²⁸⁰ Í lögum nr. 45/2007 er einungis gert ráð fyrir að erlendu starfsmennirnir starfi hér í skamman tíma. Þetta tímabil er þó ekki skilgreint í lögnum.

Samkvæmt 3. tölul. 3. gr. laga nr. 45/2007 er starfsmaður sá sem starfar að jafnaði utan Íslands en er sendur tímabundið á vegum fyrirtækis, hingað til lands í tengslum við veitingu þjónustu þess. Undir lög nr. 45/2007 falla einungis „útsendir starfsmenn“ en það eru starfsmenn sem teljast ekki hluti af vinnumarkaði gistiríkisins, enda óski þeir ekki eftir aðgengi að þeim vinnumarkaði, því þeir snúa til baka til heimaríkis þegar tímabundin þjónusta hefur verið veitt.²⁸¹ Útsendur starfsmaður er einstaklingur sem er í ráðningarsambandi við erlent fyrirtæki og er sendur tímabundið til starfa á Íslandi í þrenns konar tilvikum. Í fyrsta lagi getur starfsmaður verið sendur til Íslands í tengslum við samning sem erlenda fyrirtækið hefur gert við notendafyrirtæki um veitingu á þjónustu. Í öðru lagi þegar starfsmaður er sendur til Íslands til starfsstöðvar eða fyrirtækis sem er í eigu sömu fyrirtækjasamstæðu hér á landi. Í þriðja lagi getur starfsmaður verið sendur til Íslands sem starfsmaður starfsmannaleigu og starfar undir verkstjórn notendafyrirtækis.²⁸² Með lögum nr. 45/2007 er útsendum starfsmönnum tryggð ákveðin réttindi.²⁸³ Í öllum framangreindum atvikum er skilyrði að það sé ráðningarsamband milli fyrirtækisins og starfsmanna þess, þann tíma fyrirtækið starfar hér á landi, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 45/2007. Þannig falla sjálfstæðir verktakar ekki innan gildissviðs laganna.²⁸⁴

²⁷⁸ Hér eftir lög um starfsmannaleigur.

²⁷⁹ Vinnumálastofnun, „Ársskýrsla Vinnumálastofnunar 2016“ (n. 256) 20.

²⁸⁰ 2. mgr. 1. gr. laga um starfsmannaleigu.

²⁸¹ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál. 12, um 3. gr.

²⁸² Sjá 1. mgr. 1. gr. laga nr. 45/2007.

²⁸³ Vinnumálastofnun, „Ársskýrsla Vinnumálastofnunar 2016“ (n. 256) 20.

²⁸⁴ Vinnumálastofnun, „Starfsmannaleigur og útsendir starfsmenn“ (Vinnumálastofnun)

<<https://www.vinnumalastofnun.is/media/1663/starfsmannaleigur-baeklingur.pdf>> skoðað 4. apríl 2018.

6.4 Lágmarkskjör og reglur laga nr. 45/2007

Í 4. gr. og 5. gr. laga nr. 45/2007 er fjallað um lágmarkskjör sem erlend fyrirtæki verða að tryggja starfsmönnum sínum á Íslandi.²⁸⁵ Ákvæði 4. og 5. gr. laganna eru sett á grundvelli 3. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn sem fjallar um kjarna lögboðinna reglna um lágmarksvernd. Starfskjör útsendra starfamanna samkvæmt 1. mgr. 4. gr. laganna, gilda hér á landi, óháð löggjöf heimaríkis sem gildir um ráðningarsambönd milli erlenda þjónustufyrirtækjanna og starfsmanna þeirra. Þannig þarf að samræma starfskjör starfsmanna í heimaríki við reglur sem gilda hér á landi samkvæmt lögum og kjarasamningum. Þó gildir 4. gr. laga nr. 45/2007 ekki, ef útsendu starfsmennirnir eru með betri starfskjör samkvæmt ráðningarsamning, kjarasamning eða löggjöf í heimaríki.²⁸⁶ Í 1.-7. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna er upptalning á íslenskri löggjöf sem gildir um kjör útsendra starfsmanna hér á landi. Ísland hefur aftur á móti ekki frjálsa heimild til að ákveða starfskjör sem erlend fyrirtæki þurfa að tryggja starfsmönnum sínum hér á landi. Evrópudómstóllinn og EFTA-dómstóllinn hafa slegið því föstu að 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar geymir tæmandi talningu á þeim starfskjörum sem EES-ríki getur skyldað erlend þjónustufyrirtæki til að tryggja starfsmönnum sínum á yfirráðasvæði þess. Þegar borið er saman 4. gr. laga og 3. gr. tilskipunar verður að telja að þær reglur sem gilda um starfskjör útsendra starfsmanna hér á landi séu í samræmi við tilskipunina.

Tilskipunin tiltekur þær aðferðir sem EES-ríki geta beitt til þess að setja reglur um starfskjör útsendra starfsmanna í landsrétt. EES-ríki getur meðal annars sett starfskjör útsendra starfsmanna á grundvelli laga eða kjarasamninga sem hafa almennt gildi. Lög nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda, gilda um útsenda starfsmenn hér á landi, að því er varðar lágmarkslaun og aðra launaþætti, yfirvinnugreiðslur, réttindi til orlofs, hámarksvinnutíma og lágmarksvinnutíma, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007. Samkvæmt 1. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda, skulu laun og önnur starfskjör sem aðildarsamtök vinnumarkaðarins semja um vera lágmarkskjör á íslenskum vinnumarkaði. Með þessu er átt við að stéttarfélög semja um kjarasamninga sem eru gildandi lágmarkskjör fyrir alla launamenn óháð þjóðerni, í viðkomandi starfsgrein á svæði því er samningurinn tekur til. Ákvæði kjarasamninga segja til um laun og önnur starfskjör útsendra starfsmanna sem eru sendir hingað.²⁸⁷

²⁸⁵ Í 6. gr. laga nr. 45/2007 er fjallað um frávik frá ákvæðum 1. og 3. tölul. 4. gr. og 5. gr., en þá þurfa starfskjör og veikindaréttur ekki að vera í samræmi við íslensk lög.

²⁸⁶ 2. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007.

²⁸⁷ „Útsendir starfsmenn“ <<https://vinnumalastofnun.is/atvinnurekandi/erlend-thjonustufyrirtaeki-og-starfsmannaleigur/utsendir-starfsmenn>> skoðað 18. apríl 2018.

Allir atvinnurekendur eru einnig bundnir af ákvæðum kjarasamninga og geta ekki komið sér undan þeim skyldum. Íslenskir kjarasamningar hafa svokölluð „ergo omnes“ áhrif eða gerðir algildir samkvæmt lögum nr. 55/1980.²⁸⁸ Þar af leiðandi verða erlend þjónustufyrirtæki bundin af ákvæðum kjarasamninga. Í máli *STX Norway gegn Noregi*²⁸⁹ reyndi á „ergo omnes“ áhrif kjarasamninga fyrir EFTA-dómstólnum. Hæstiréttur Noregs óskaði eftir ráðgefandi áliti um hvort heimilt væri að gera hluta af kjarasamningum algilda á grundvelli tilskipunar um útsenda starfsmenn og 36. gr. EES-samningsins um þjónustufrelsið.²⁹⁰ EFTA-dómstóllinn túlkaði tilskipunina þröngt og taldi ákvæðin sem voru gerð algild, hvorki vera hluti af tæmandi upptalningu a.-g. lið 1. mgr. 3. gr. né sett á grundvelli allsherjarreglu. EFTA-dómstóllinn taldi ákvæði kjarasamningsins fari gegn 36. gr. EES-samningsins en mögulegt væri að réttlæta á grundvelli mikilvægra þjóðfélagsþarfa. Hæstarétti Noregs var falið að meta þetta.²⁹¹ Frá niðurstöðu dómsins má túlka að heimilt sé að gera kjarasamninga algilda, sú aðferð sé í lagi. Þó mega ákvæðin sem eru gerð algild eingöngu varða þau starfskjör sem talin eru upp með tæmandi hætti í tilskipuninni. Þannig verður að telja að aðferðir Íslands við innleiðingu á reglum um lágmarksvernd útsendra starfsmanna séu í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn.

Samkvæmt dómaframkvæmd Evrópuþings og EFTA-dómstólsins er það hlutverk EES-ríkja að skilgreina hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn.²⁹² Kjarasamningar eru gildandi lágmarkskjör fyrir launafólk á Íslandi, sbr. 1. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda. Af þessu leiðir að lágmarkslaun samkvæmt íslenskum vinnumarkaði fara eftir gildandi kjarasamningum. Einnig segir í 3. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007, að greiðslur sem sérstaklega tengjast starfinu skulu reiknast inni í lágmarkslaun starfsmanns. Greiðslur vegna kostnaðar fellur hins vegar ekki undir hugtakið „lágmarkslaun“. Þetta er í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn og dómaframkvæmd Evrópuþings og EFTA-dómstólsins.

²⁸⁸ Alþýðusamband Íslands, „Gildissvið kjarasamninga“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/stettarfelog-og-vinnudeilur/kjarasamningar/gildissvid-kjarasamninga/>> skoðað 2. maí 2018.

²⁸⁹ Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4.

²⁹⁰ HR-2013-0496-A-Rt-2012-1447.

²⁹¹ Þrátt fyrir niðurstöðu EFTA-dómstólsins tók Hæstiréttur Noregs ekki undir ráðgefandi álit dómsins. Hæstiréttur Noregs taldi ekki einsýnt að vega ætti frelsið til að veita þjónustu með þeim hætti sem EFTA-dómstóllinn gerði í samræmi við dómaframkvæmd Evrópuþings og EFTA-dómstólsins. Þar af leiðandi fór Hæstiréttur Noregs gegn ráðgefandi álitinu.

²⁹² Mál C-522/12 *Tevfik Isbir g. DB Services GmbH* [2013] EU:C:2013:711; Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117; Mál E-2/11 *STX Norway Offshore g. Norwegian State* [2012] Ct. Rep. 4.

Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. laga nr. 45/2007 skal starfsmaður njóta réttar til launa í veikinda- og slysatilvikum á meðan hann starfar hér á landi í tengslum við veitingu þjónustu. Líkt og framan greinir var 5. gr. laganna breytt eftir niðurstöðu EFTA-dómstólsins.²⁹³ Nú er vísað til launa í veikinda- og slysatilvikum samkvæmt kjarasamningsbundnum launum, í viðkomandi starfsgrein, í réttu hlutfalli við starfshlutfall útsendra starfsmanna, sbr. 2. mgr. 5. gr. laganna. Í 5. mgr. 5. gr. laga nr. 45/2007 er skilgreint kjarasamningsbundin laun í viðkomandi starfsgrein sem laun samkvæmt kjarasamningi á svæði, er samningurinn tekur til miðað við fullt starf í viðkomandi starfsgrein. Kjarasamningsbundin laun eru lágmarkslaun samkvæmt lögum nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda. Þar sem aðildarríkjum er heimilt að skilgreina hugtakið „lágmarkslaun“ og ákvarða hvað fellur þar undir með lögum verður að telja að 5. gr. laga nr. 45/2007 uppfylli þau skilyrði. Laun í veikinda- og slysatilvikum fellur undir lágmarkslaun útsendra starfsmanna hér á landi.

Í ákvæðum 8.-11. gr. laga nr. 45/2007 er fjallað um skyldur erlendra þjónustufyrirtækja og notendafyrirtækja,²⁹⁴ meðal annars upplýsingaskylda þeirra. Samkvæmt 1. mgr. 12. gr. laga nr. 45/2007 fer Vinnumálastofnun með framkvæmd laganna. Vinnumálastofnun ber að fylgja ákvæðum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993²⁹⁵ við framkvæmd laga nr. 45/2007.²⁹⁶ Samkvæmt 13. gr. laganna er Vinnumálastofnun heimilt að óska eftir upplýsingum og gögnum frá þjónustufyrirtækjum og notendafyrirtækjum. Í 15. gr. og 18. gr. laganna er fjallað um þvingunarúrræði og viðurlög vegna brota gegn lögum nr. 45/2007. Með þvingunarúrræðum er reynt að tryggja að fyrirtæki sem í hlut á fari að tilmælum Vinnumálastofnunar þegar stofnunin hefur komist að þeirri niðurstöðu að fyrirtæki hefur brotið lögin og það hafi ekki brugðist við tilmælum stofnunarinnar.²⁹⁷ Það er í hlutverk dómstóla að ákveða sektir og fjárhæð þeirra.²⁹⁸

Vinnumálastofnun getur óskað eftir afritum af ráðningarsamningum útsendra starfsmanna til þess að tryggja að starfskjör þeirra séu í samræmi við íslenska kjarasamninga á grundvelli 13. gr. laga nr. 45/2007. Þá skal Vinnumálastofnun afhenda stéttarfélagi í viðkomandi starfsgrein á viðkomandi svæði því sem starfsmaður fyrirtækis starfar á afrit af ráðningarsamningi starfsmannsins ef stéttarfélag óskar sérstaklega eftir því, enda liggur fyrir grunur um brot á gildandi kjarasamningi, sbr. 14. gr. laga nr. 45/2007. Tilgangur þessa ákvæðis er að tryggja að aðilar vinnumarkaðarins geti fylgst með því að kjarasamningar séu haldnir hér

²⁹³ Mál E-12/10 *EFTA Surveillance Authority g. The Republic of Iceland* [2010] Ct. Rep. 117.

²⁹⁴ Samkvæmt 2. tölul. 3. gr. laga nr. 45/2007 er notendafyrirtæki einstaklingur, félag, opinber aðili eða annar sá sem stundar atvinnurekstur sem kaupir þjónustu af fyrirtæki.

²⁹⁵ Hér eftir stjórnarsýslulögin.

²⁹⁶ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál. 18-19, um 12. gr.

²⁹⁷ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál., um 15. gr.

²⁹⁸ sama heimild, um 18. gr.

á landi en ástæða þykir til að styrkja það skipulag með þessum hætti með tilkomu erlendra fyrirtækja á innlendan vinnumarkað.²⁹⁹ Þar sem eitt af meginverkefnum stéttarfélaga er að hafa eftirlit með því að atvinnurekendur fylgi kjarasamningum sem gilda hér á landi. Í 1. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda segir, að samningar einstakra launamanna og atvinnurekenda um lakari kjör en hinir almennu kjarasamningar ákveða skulu ógildir. Ráðningarsamningar sem gera ekki ráð fyrir íslenskum kjörum samkvæmt lögum 45/2007 þegar útsendir starfsmenn starfa hér á landi eru ekki gildir.

6.5 *Frumvarp til laga um breytingu á lögum nr. 45/2007*

Í apríl 2018 lagði félags- og jafnréttismálaráðherra frumvarp fyrir Alþingi um breytingu á lögum nr. 45/2007. Aðaltilgangur frumvarpsins er að innleiða tilskipun 2014/67 í íslenskan rétt og styrkja stöðu útsendra starfsmanna á íslenskum vinnumarkaði. Frumvarpið var áður lagt fram á 146. löggjafarþingi 2016-2017 (þingskjal 626-457. mál) en hlaut ekki afgreiðslu á því þingi.³⁰⁰ Frumvarpið hefur lokið fyrstu umræðu á þingi. Lagafrumvarpið felur í sér umtalsverðar breytingar á lögum nr. 45/2007 ásamt öðrum lagabálkum. Markmið frumvarpsins er að veita íslenskum stjórnvöldum betri yfirsýn yfir stöðuna á íslensku vinnumarkaði varðandi erlend þjónustufyrirtæki sem starfa hér á landi sem og fjölda og stöðu starfsmanna á þeirra vegum. Jafnframt að styrkja það eftirlit sem tíðkast á íslenskum vinnumarkaði þannig að útsendir starfsmenn fái laun og önnur starfskjör í samræmi við ákvæði laga og gildandi kjarasamninga á viðkomandi starfsgreinum á því svæði þar sem vinnan fer fram. Að auki er frumvarpinu ætlað að stuðla að jafnri samkeppnisstöðu fyrirtækja á íslenskum vinnumarkaði. Ef fyrirtæki virða ákvæði laga og gildandi kjarasamninga þá þurfa fyrirtæki ekki að vera í samkeppni við önnur fyrirtæki sem koma sér hjá því að fara að ákvæðum laga og kjarasamninga, en slík brot bitna oft og tíðum ekki síst á starfsmönnum hlutaðeigandi fyrirtækja.³⁰¹ Frumvarpið felur í sér miklar breytingar á lögnum en það var unnið í nánu samstarfi við aðila vinnumarkaðarins. Felur breytingartillagan bæði í sér að bæta ákvæði laganna og innleiða ákvæði tilskipunar 2014/67. Frumvarpið felur meðal annars í sér breytingar á gildissviði laganna varðandi hvaða fyrirtæki teljast þjónustufyrirtæki í skilningi laganna, upplýsingaskylda sjálfstætt starfandi einstaklinga, auknar eftirlitsheimildir Vinnumálastofnunar, viðurlög og keðjuábyrgð.

²⁹⁹ sama heimild, um 14. gr.

³⁰⁰ Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148. 28–29.

³⁰¹ sama heimild 30, greinargerð með frumvarpi.

6.6 Samantekt

Á grundvelli 36. gr. EES-samningsins geta fyrirtæki sent vinnuafli sitt til Íslands án hindrana í þeim tilgangi að veita þjónustu. Tilskipun um útsenda starfsmenn var innleidd með lögum nr. 45/2007. Lögin fjalla annars vegar um skyldur erlendra þjónustufyrirtækja og starfsmannaleigna og hins vegar réttindi starfsmanna þeirra. Fyrirtæki sem hefur staðfestu á EES-svæðinu og senda starfsmenn sína tímabundið hingað til lands í því skyni að veita þjónustu falla undir lög nr. 45/2007. Þó er gert skilyrði að ráðningarsamband sé á milli fyrirtækja og starfsmanna. Með lögnum er tryggt að útsendir starfsmenn njóti lágmarkskjara samkvæmt íslenskum lögum og gildandi kjarasamningum. Þannig er komið í veg fyrir að erlend fyrirtæki njóti samkeppnisforskots gagnvart íslenskum fyrirtækjum vegna lakari kjara eða réttinda starfsmanna sinna.³⁰² Í 1.-7. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007 er upptalning á löggjöf sem gildir um starfskjör útsendra starfsmanna á meðan þeir starfa hér á landi. Upptalningin á reglum sem gilda um starfskjör útsendra starfsmanna á Íslandi er í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn. Samkvæmt lögum nr. 45/2007 eru lágmarkskjör útsendra starfsmanna hér á landi sett með lögum og kjarasamningum. Kjarasamningar hafa svokölluð „ergo omnes“ áhrif eða ákvæði hans gerð algild. Þar af leiðandi binda ákvæði kjarasamninga einnig atvinnurekendur. Erlend þjónustufyrirtæki eru bundin af ákvæðum kjarasamninga þegar þau senda starfsmenn sína hingað. Þessar aðferðir eru í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn. Þó gilda ákvæði kjarasamnings eingöngu að því er varðar tæmandi lista starfskjara samkvæmt tilskipun um útsenda starfsmenn.

7 Primera Air Nordic málið

7.1 Almennt

Síðastliðinn þrjú ár hefur verið ágreiningur á milli annars vegar, Alþýðusambands Íslands³⁰³ og Flugfreyjufélags Íslands³⁰⁴ og hins vegar Primera Air og Primera Air Nordic SIA.³⁰⁵ Primera Air er íslenskt félag sem flýgur bæði leiguflug og áætlanaflyg frá Íslandi. Til þess að sinna þessu flugi þá leigir Primera Air flugvélar með áhöfn af Primera Air Nordic sem er flugfélag með flugrekstrarleyfi og aðsetur í Lettlandi. Flugáhöfnin sem starfar um borð í flugvélum Primera Air Nordic eru leigðar, alveg eða að hluta frá starfsmannaleigu sem er staðsett í

³⁰² Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 810 - 541. mál, umsögn Alþýðusambands Íslands við frumvarpið, erindi nr. Þ 133/1109 1.

³⁰³ Hér eftir ASÍ.

³⁰⁴ Hér eftir FFÍ.

³⁰⁵ Hér eftir Primera Air Nordic.

Guernsey, sem er ekki hluti af EES-svæðinu. Ágreiningur milli aðila snýr meðal annars að því hvort flugliðar sem starfa um borð í flugvélum Primera Air Nordic séu útsendir starfsmenn í skilningi laga nr. 45/2007 og eiga rétt á lágmarkskjörum samkvæmt íslenskum lögum og kjarasamningum.³⁰⁶

FFÍ hefur reynt að fá Primera Air Nordic til að ganga til samningaviðræðna við gerð kjarasamnings við flugliða um borð í flugvélum félagsins sem flygju áætlunar- og leiguflug frá og til Íslands á vegum Primera Air. FFÍ telur samning milli Primera Air og Primera Air Nordic falla undir lög nr. 45/2007. Vinnumálastofnun telur að flugrekstur og flugþjónusta geti fallið undir gildissvið laganna, sé um að ræða tilvik sem fellur undir a-c. lið 1. mgr. 1. gr. laganna og þeir starfsmenn sem sendir eru til landsins eru í ráðningarsambandi við þjónustufyrirtækið. Vinnumálastofnun hefur hins vegar ekki gefið út hvort það telji starfsemi Primera Air Nordic falla undir gildissvið laga nr. 45/2007. Primera Air Nordic hefur hafnað samningaviðræðum og byggir á því að rekstur félagsins falli ekki undir íslenskan vinnumarkað. Leiddi það til þess að ASÍ og FFÍ vísuðu kjaradeilunni til ríkissáttasemjara og óskuðu eftir milligöngu um lausn með vísan til laga nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur. Ríkissáttasemjari vildi ekki taka deiluna til meðferðar vegna vafa um heimildir sínar um aðkomu að henni. Í framhaldi boðaði FFÍ ótímabundna vinnustöðvun flugfreyja um borð í flugvélum Primera Air Nordic sem fljúga farþegum frá og til Íslands. Primera Air Nordic mótmælti vinnustöðvuninni. Primera Air Nordic höfðaði mál fyrir Félagsdómi gegn ASÍ f.h. FFÍ og krafðist þess að ótímabundin vinnustöðvun sem FFÍ boðaði væri dæmd ólöglegt.³⁰⁷

7.2 Dómur Félagsdóms

Í dómi Félagsdóms 20. nóvember 2017 í máli nr. 8/2017³⁰⁸ reyndi á lögmæti vinnustöðvunar sem FFÍ boðaði á hendur Primera Air Nordic þann 9. maí 2017. Ástæða vinnustöðvunarinnar var að fá Primera Air Nordic til ganga til formlegra samningaviðræðna um gerð kjarasamnings vegna starfs núverandi og væntanlegra flugliða um borð í flugvélum félagsins sem flygju áætlunar- og leiguflug frá og til Íslands. Meginágreiningur í málinu var annars vegar hvort vinnustöðvunin væri lögmæt og hins vegar hvort flugáhöfnin sem starfar um borð á flugvélum Primera Air falli undir lög nr. 45/2007. Stuttlega verður reifað málsástæður aðila fyrir félagsdómi varðandi gildissvið laga nr. 45/2007 og heimildir stéttarfélaga til vinnustöðvunar samkvæmt lögum nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur.

³⁰⁶ Dómur Félagsdóms frá 20. nóvember 2017 í máli nr. 8/2017.

³⁰⁷ sama heimild.

³⁰⁸ sama heimild.

Primera Air Nordic telur lög nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur verði ekki beitt gagnvart félaginu, hvorki til að gangast til samningaviðræðna við gerð kjarasamnings né að þola þvingunaraðgerðir í formi vinnustöðvunar. Primera Air Nordic telur lög nr. 80/1938 einungis gilda á íslenskum vinnumarkaði og verða löggin eingöngu beint að atvinnurekendum sem hafa starfsemi hér á landi. Þar af leiðandi eiga löggin ekki undir félagið þar sem það telur sig ekki vera atvinnurekenda með atvinnustarfsemi hér á landi í skilningi laga nr. 80/1938. Einnig byggir Primera Air Nordic á að FFÍ sé ekki samningsaðili fyrir hönd flugliða sem starfa um borð í flugvélum þess þar sem flugliðarnir séu ekki félagsaðilar í FFÍ. Þannig geti FFÍ hvorki gert kjarasamning við Primera Air Nordic né boðað til vinnustöðvunar. Jafnframt byggir Primera Air Nordic á því að lög nr. 45/2007 gilda ekki um starfsemina þar sem flugliðar sem starfa um borð í flugvélum þess séu ekki útsendir starfsmenn í skilningi laganna. Félagið telur að flugliðarnir séu verktakar og sé því ekki ráðningarsamband til staðar. Þannig telur félagið sig ekki hafa heimild til þess að semja um kaup og kjör fyrir flugliðina. Jafnvel þó Primera Air Nordic falli undir lög nr. 45/2007 þá gerir það ekki að verkum að félagið starfi á íslenskum markaði í skilningi laga nr. 80/1938.³⁰⁹

ASÍ og FFÍ telja að Primera Air Nordic falli undir lög nr. 45/2007. ASÍ og FFÍ byggja á því að Primera Air Nordic sé að veita þjónustu hér á landi í skilningi laga nr. 45/2007. Jafnframt telja ASÍ og FFÍ að flugliðar sem starfa um borð í flugvélum Primera Air Nordic falli undir skilgreiningu starfsmanna í skilningi laga nr. 45/2007. Það eigi ekki að skipta máli hvort flugliðarnir séu ráðnir beint til Primera Air Nordic eða leigðir. Séu flugliðarnir ekki verktakar þar sem Primera Air Nordic hafi beint boðvald yfir áhöfninni og skipuleggur vinnu hennar. Þar af leiðandi eiga flugliðarnir rétt á lágmarkskjörum samkvæmt íslenskum lögum og kjarasamningi, sbr. 4. laga nr. 45/2007. Að auki telur ASÍ og FFÍ heimilt að gera kröfu um gerð kjarasamnings ef slíkur er ekki til staðar við erlent fyrirtæki og fylgja slíkri kröfu eftir með vinnustöðvun. Vísar ASÍ og FFÍ til mál *Laval*³¹⁰ til stuðnings þar sem engum félagsmönnum hafi verið til að dreifa. Rétturinn til að gera kröfu um kjarasamning, eins og íslensk lög og vinnumarkaður, hafi þróast frá gildistöku laga um EES-samninginn, beri það í sér að réttur stéttarfélaga til þess að tryggja lágmarkslaun og lágmarkskjör samkvæmt tilskipun um útsenda starfsmenn og sem byggja skuli á kjarasamningum, sbr. 1. tl. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007. Felur þetta í sér að stéttarfélög geta gert kröfu um kjarasamning og sé heimilt að fylgja honum eftir. Hefur það ekki áhrif þó tilteknir félagsmenn viðeigandi stéttarfélags séu í

³⁰⁹ sama heimild.

³¹⁰ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767.

ráðningarsambandi við erlenda fyrirtækið á þeim tímapunkti þegar krafan um kjarasamning sé sett fram.³¹¹

Málið féll á formskilyrðum vinnustöðvunar samkvæmt lögum nr. 80/1938. Samkvæmt 3. mgr. 15. gr. laga nr. 80/1938 er það skilyrði lögmaðrar ákvörðunar um boðun vinnustöðvunar að samningaviðræður eða viðræðutilraunir um framlagðar kröfur hafi reynst árangurslausar þrátt fyrir milligöngu sáttasemjara. Félagsdómur komst að þeirri niðurstöðu að engar samningaviðræður hefðu farið fram fyrir milligöngu ríkissáttasemjara í skilningi 3. mgr. 15. gr. laga nr. 80/1938. Félagsdómur fjallaði því ekki um efnisatriði málsins. Þar af leiðandi er enn ósvarað hvort Primera Air Nordic þurfi að ganga til sammingsviðræðna við FFÍ um gerð kjarasamnings vegna flugliða félagsins og hvort FFÍ geti beitt þvingunum í formi vinnustöðvunar til þess að knýja fram kjarasammingsviðræður.

7.3 Ályktun

Þrátt fyrir að Félagsdómur hafi ekki leyst úr ágreiningi aðila verður stuttlega reifuð þau sjónarmið sem koma til skoðunar varðandi lög nr. 45/2007 og heimildir stéttarféлага í því sambandi. Samkvæmt bréfi Vinnumálastofnunar kemur fram að stofnunin telur að flugrekstur og flugþjónusta geti fallið undir gildissvið laganna sé um að ræða tilvik a.-c. liðar 1. mgr. 1. gr. laganna og ráðningarsamband sé á milli þjónustufyrirtækisins og starfsmanna sem sendir eru hingað til landsins. Lögin gildi þegar erlent þjónustufyrirtæki sendir starfsmenn sína til fyrirtækis í eigu fyrirtækjasamstöðu hér á landi, sbr. b. lið 1. mgr. 1. gr. laga nr. 45/2007. Aðilar málsins lýsa tengslum Primera Air og Primera Air Nordic á mismunandi vegu en ljóst er að félögin eru hluti af sömu samstæðu. Primera Air Nordic er fyrirtæki með atvinnurekstur í Lettlandi sem gerir samning um leiguflug við íslenska fyrirtækið Primera Air. Þjónustuviðskiptin falla í raun undir gildissvið laganna. Hins vegar er skilyrði að það sé ráðningarsamband milli erlenda þjónustufyrirtækisins og starfsmanna, sem eru sendir hingað þann tíma sem þeir starfa hér á landi, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 45/2007. Það er ágreiningur milli aðilanna hvort flugliðarnir sem starfa um borð í flugvélum Primera Air Nordic séu starfsmenn þess í skilningi laga nr. 45/2007. Primera Air Nordic byggir á því að flugliðarnir séu verktakar og það sé ekki ráðningarsamband milli félagsins og flugliðanna. ASÍ og FFÍ telja hins vegar að flugliðar geti almennt ekki verið verktakar og séu útsendir starfsmenn í skilningi laga nr. 45/2007.

³¹¹ Dómur Félagsdóms frá 20. nóvember 2017 í máli nr. 8/2017.

Í málinu er ljóst að það er ekki ráðningarsamningur á milli Primera Air Nordic og flugliðanna. Hins vegar verður að skoða hvort flugliðarnir séu í raun gerviverktakar og falla þar af leiðandi undir lög nr. 45/2007. Íslenskir dómstólar hafa ekki svarað því hvort flugliðar geta verið verktakar. Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. tilskipunar um útsenda starfsmenn er skilgreining á starfsmanni sú sem gildir í lögum aðildarríkisins sem starfsmaðurinn er sendur til starfa í. Samkvæmt 3. tl. 3. gr. laga nr. 45/2007 er skilgreint starfsmann sem starfar að jafnaði utan Íslands en sendur hingað til lands í tengslum við veitingu þjónustu þess. Hvorki tilskipunin né lög nr. 45/2007 skilgreina muninn á milli starfsmanna og verktaka. Til þess að greina á milli verður horft til reglna íslensk vinnuréttar. Með verksamningi tekur annar sammingsaðilinn að sér gegn endurgjaldi að sjá um framkvæmd tiltekins verks og ábyrgist gagnaðila sínum tiltekinn árangur af verkinu. Samningurinn er þannig á milli tveggja atvinnurekenda. Ráðningarsamningur er hins vegar samningur þar sem annar aðili, skuldbindur sig til að vinna fyrir sammingsaðilann, undir stjórn hans og ábyrgð gegn greiðslu í peningum eða öðrum verðmætum.³¹² Starf flugliða passar illa undir skilgreiningu á verksamningi. Miða við eðli starfs sem flugliði, verður að telja að öll verkstjórn sé í höndum flugfélagsins og lúti flugliðar valdi þess. Einnig er Primera Air Nordic ábyrgur um öll leyfi. Þannig telur höfundur að flugliðarnir séu í raun starfsmenn Primera Air Nordic og eigi að njóta launa og annarra starfskjara í samræmi við lög nr. 45/2007.

Í öðru lagi, er álitamála hvaða heimildir íslensk stéttarfélög hafa gagnvart erlendu þjónustufyrirtæki. Í málum *Viking*³¹³ og *Laval*³¹⁴ reyndi á svipuð álitamál. FFÍ er að krefja Primera Air Nordic um að gera kjarasamning og beitir þvingunum í formi vinnustöðvunar til að ná því fram. Lög nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur gilda um heimildir íslenskra stéttarfélaga. Hins vegar vísa lög nr. 45/2007 hvorki í lög nr. 80/1938 né fjalla um hvaða ráðstafanir stéttarfélög geta gripið til gagnvart erlendum fyrirtækjum. Félagsdómur hefur ekki skýrt samspilið á milli erlendra þjónustufyrirtækja og laga nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur. Þó vísa lög nr. 45/2007 til lágmarkskjara samkvæmt lögum nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda en þar kemur fram að aðildarsamtök vinnumarkaðarins semja um lágmarkskjör á íslenskum vinnumarkaði.³¹⁵ Stéttarfélög semja því

³¹² Alþýðusamband Íslands, „Launamaður eða verktaki“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/rettindi-og-skyldur/stofnun-radningarsambands/launamadur-eda-verktaki/>> skoðað 15. apríl 2018.

³¹³ Mál C-438/05 *International Transport Workers Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line* [2007] ECR I-10779.

³¹⁴ Mál C-341/05 *Laval un Partneri Ltd g. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767.

³¹⁵ 1. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007.

um kaup og kjör launafólks með kjarasamningi við samtök atvinnurekenda eða atvinnurekendur. Erlendir þjónustuveitendur er því bundnir af ákvæðum kjarasamninga, að því er varðar lágmarkslaun og aðra launaþætti, yfirvinnugreiðslur, réttindi til orlofs, hámarksvinnutíma og lágmarksvinnutíma, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007. Í málum *Viking* og *Laval* hefur Evrópudómstóllinn slegið því föstu að stéttarfélög geta bæði krafist þess að erlend fyrirtæki gangist undir kjarasamninga og gripið til verkfallsaðgerða eða sambærilegra aðgerða, til þess að þvinga fyrirtækin til þess að gangast undir kjarasamning. Þá byggir íslenskur vinnumarkaður á að stéttarfélög semji um og kaup og kjör launamanna sem gildir um alla í viðkomandi starfsgrein á ákveðnu svæði. Eitt af meginverkefnum stéttarfélaga er að hafa eftirlit með því að atvinnurekendur fari eftir kjarasamningum sem gilda hér á landi. Ef stéttarfélög geta ekki beitt verkfallsrétti sínum gagnvart erlendum fyrirtækjum sem neita að gangast undir kjarasamninga þá getur það haft alvarlegar afleiðingar fyrir íslenska vinnumarkaðinn. Höfundur telur þar af leiðandi FFÍ vera heimilt að krefja Primera Air Nordic að ganga til samningaviðræður um kjarasamning og beita vinnustöðvun til að þvinga fram kjarasamning.

Deilunni er þó ekki lokið þar sem stjórn og trúnaðarráð FFÍ samþykkti þann 24. janúar 2018 að hefja undirbúning að boðun nýs verkfalls á hendur Primera Air Nordic vegna starfsemi þess hér á landi. Þá hefur ASÍ verið veitt heimild til að leita allra úrræða til þess að tryggja að íslensk stjórnvöld grípi til nauðsynlegra aðgerða til þess að stöðva ólöglega starfsemi Primera Air og óásættanleg félagsleg undirboð þess á íslenskum vinnumarkaði. Vinnumálastofnun hefur ekki viljað aðhafast í málinu vegna óvissu um lögsögu þess. Einnig verður skoðað hvort ASÍ kvarti til ESA vegna þess að stjórnvöld framfylgi ekki tilskipun um útsenda starfsmenn. Íslenskum stjórnvöldum ber að fylgja tilskipuninni kjósi fyrirtæki á EES-svæðinu að starfa hér á landi líkt og Primera Air gerir.³¹⁶

Í Evrópu hefur svipaður vandi verið í fluggeiranum líkt og Primera Air Nordic málið. Í raun er viðskiptamódel Primera Air löglegt en framkvæmd þess kann hins vegar að ýta undir félagslega undirboðun og gerviverktöku. Framkvæmdin getur verið löglaus ef slík fyrirtæki fylgja ekki íslenskum reglum, EES-reglum né alþjóðlegum flugreglum. FFÍ og ASÍ hafa ávallt byggt á því að Primera Air brjóti gegn íslenskum lögum og grundvallarréttindum flugáhafnar sem starfar um borð í flugvélum Primera Air Nordic.³¹⁷ Hafa fyrirtæki í fluggeiranum þróað

³¹⁶ „Samþykkt stjórnar og trúnaðarráðs FFÍ vegna kjaradeilu félagsins við Primera Air Nordic“ (24. janúar 2018) <<http://www.asi.is/media/313907/alyktun-241-20180.pdf>> skoðað 30. apríl 2018.

³¹⁷ Alþýðusamband Íslands, „Primera brýtur gegn lögum og kjarasamningum“ (12. febrúar 2015) <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/primera-brytur-gegn-logum-og-kjarasamningum/>> skoðað 30. apríl 2018.

með sér viðskiptamódel til þess að komast hjá því að greiða laun og önnur starfskjör eftir réttum lögum eða kjarasamningum. Framkvæmdastjórn ETUC hefur lýst miklum áhyggjum af þessari þróun. ETUC telur þetta vera árás á alla launamenn á EES-svæðinu og fari gegn kjarasamningsmódeli sem hefur viðgengist á evrópskum vinnumarkaði í áratugi. Ef lággjaldaflugfélög geta nýtt sér þetta viðskiptamódel til þess að komast hjá því að fara eftir tiltekinni vinnulöggjöf þá er einungis tímaspursmál hvenær aðrar atvinnugreinar taka upp það sama. Þannig er mikilvægt að verkalýðshreyfingin berjist gegn þessari þróun.³¹⁸

8 Endurskoðun á tilskipun 96/71/EB um útsenda starfsmenn

8.1 Aðdragandi

Með tilkomu innri markaðarins hefur skapast virkt umhverfi fyrir veitingu á þjónustu milli ríkja. Útsendir starfsmenn gegna mikilvægu hlutverki á innri markaði EES-svæðisins og þá sérstaklega í tengslum við frjálsa þjónustustarfsemi milli aðildarríkja.³¹⁹ Þjónusta milli aðildarríkja hefur aukist til muna á síðustu tveimur áratugum.³²⁰ Þá hefur efnahags- og vinnumarkaðurinn á EES-svæðinu breyst verulega síðan 1996 þegar tilskipun um útsenda starfsmenn tók í gildi. Jafnframt hefur orðið mikil tækniþróun og álitæfni sem staðið er frammi fyrir í dag voru ófyrirséð á þeim tíma.³²¹ Þrátt fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn eru aðildarríki enn að glíma við sömu félagslegu vandamál. Það er mikill launamunur á milli aðildarríkja Evrópusambandsins sem hefur leitt til óæskilegrar hvatningar til að nýta útsenda starfsmenn sem aðferð til að nýta sér þennan mismun. Einnig hafa komið önnur vandamál sem tengjast meðal annars félagslegum undirboðum, til að mynda misnotkun á kerfum aðildarríkja með svartri atvinnustarfsemi og svokölluðum „skúffufyrirtækjum“ (*e. letter-box companies*). Þá hafa aðildarríki verið í erfiðleikum með að hafa eftirlit með starfskjörum útsendra

³¹⁸ Alþýðusamband Íslands, „Lágfargjaldaflugfélög grafa undan réttindum launafólks í Evrópu“ (*Alþýðusamband Íslands*, 13. mars 2015) <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/lagfargjaldaflugfelog-grafa-undan-rettindum-launafolks-i-evropu/>> skoðað 30. apríl 2018.

³¹⁹Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins, „Hagsmunagæsla Íslands gagnvart ESB - Forgangsmál 2016-2017“ 10 <<https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/frettir2/Forgangsskjal-til-rikisstjornar-190916.pdf>> skoðað 11. apríl 2018.

³²⁰European Commission, „Revision of the Posting of Workers Directive – frequently asked questions*“ (*European Commission*, 8. mars 2016) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_en.htm> skoðað 30. mars 2018.

³²¹ Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 674-468. mál 148.

starfsmanna sem starfa á yfirráðasvæði þeirra.³²² Lagaramminn frá 1996 svarar ekki veruleikanum að fullu.³²³

Að auki þurfa fyrirtæki sem senda starfsmenn sína til starfa á yfirráðasvæði annarra aðildarríkja aðeins að tryggja lágmarkslaun í gistiríkjunum. Þetta hefur leitt til launamismunar á milli staðbundinna starfsmanna og útsendra starfsmanna í gistiríki. Það er sérstaklega mikill munur í aðildarríkjum þar sem greidd eru tiltölulega há laun miða við heimaríki útsendra starfsmanna. Til að mynda er talið að útsendir starfsmenn fái allt að 50% lægri laun en staðbundnir starfsmenn í ákveðnum atvinnugreinum í einhverjum aðildarríkjum. Verulegur launamismunur raskar samkeppnisstöðu milli þjónustufyrirtækja og grefur undan virkni innri markaðarins. Í ljósi þessa er nauðsynlegt að setja auknar reglur um útsenda starfsmenn sem geta bæði leyst efnahagslegan og félagslegan vanda.³²⁴

8.2 Breytingartillaga á tilskipun 96/71 um útsenda starfsmenn

Þann 8. mars 2016 lagði framkvæmdastjórn Evrópusambandsins fram formlega tillögu að breytingum á tilskipun um útsenda starfsmenn.³²⁵ Markmið tillögunnar er að tryggja að útsendir starfsmenn njóti sömu launa og starfsskjara í samræmi við lög og kjarasamninga í gistiríki. Jafnframt að sporna gegn félagslegum undirboðum og röskun á samkeppnisstöðu milli fyrirtækja.³²⁶ Tillagan hefur bæði verið til umfjöllunar hjá Evrópuþinginu og ráðinu. Þann 23. október 2017 náði ráðið almennu samkomulagi um tilskipunina.³²⁷ Í kjölfarið samþykktu atvinnu- og félagsmálanefnd Evrópuþingsins tillöguna. Þríhliðaviðræður ráðsins, Evrópuþingsins og framkvæmdastjórnarinnar hafa átt sér stað.³²⁸ Í kjölfar sjöundu þríhliðaviðræðna þann 1. mars 2018, var gefin út sameiginleg yfirlýsing um samstarf milli stofnananna um endurskoðun á tilskipun um útsenda starfsmenn.³²⁹ Málefni útsendra starfsmanna eru bæði pólitískt og lagalega flókin. Tillaga um nýja tilskipun um útsenda starfsmenn er því enn á undirbúningsstigi hjá stofnunum Evrópusambandsins.

³²² sama heimild.

³²³ European Commission, „Revision of the Posting of Workers Directive – frequently asked questions*“ (n. 320).

³²⁴ sama heimild.

³²⁵ European Commission, „Commission presents reform of the Posting of Workers Directive – towards a deeper and fairer European labour market“ (n. 25).

³²⁶ Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins (n. 319) 10.

³²⁷ European Commission, „Revision of the Posting of Workers Directive – frequently asked questions*“ (n. 320).

³²⁸ Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins, „Hagsmunagæsla Íslands gagnvart ESB - Forgangsmál 2018 (Drög)“ 18.

³²⁹ European Commission, „Joint Statement on the Revision of the Posting of Workers Directive“ <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=9062&furtherNews=yes>> skoðað 11. apríl 2018.

Meginþáttur nýju tillögunnar er fyrst og fremst endurgjald (*e. remuneration*) útsendra starfsmanna í gistiríki.³³⁰ Núgildandi tilskipun um útsenda starfsmenn gerir aðeins kröfu um að útsendir starfsmenn fái lágmarkslaun í samræmi við reglur gistiríkis. Nýja tillagan kveður á um meginregluna um jafna meðferð tímabundinna starfsmanna og staðbundinna starfsmanna í gistiríki, þ.e. njóta jafna launa og sömu kjara fyrir sömu eða jafnverðmæt störf (*e. equal pay for equal work at the same place*). Þar að auki verður endurgjald útsendra starfsmanna að vera í samræmi við löggjöf og venjur gistiríkis, ásamt því að kjarasamningar gistiríkis munu gilda í heild sinni um útsenda starfsmenn.³³¹ Af þessu leiðir að sömu reglur munu gilda um endurgjald fyrir útsenda starfsmenn og staðbundna starfsmenn í gistiríki. Undir hugtakið endurgjald fellur ekki aðeins lágmarkshlutfall launa heldur einnig önnur atriði, svo sem kaupauki og aðrar launatengdar greiðslur.³³² Jafnframt er fjallað um útsenda starfsmenn til lengri tíma, sem getur verið í 12 mánuði með möguleika á 6 mánaða framlengingu, þar að segja 18 mánuðir í það heila.³³³

Með endurskoðuninni er mögulegt að auka samræmingu milli tilskipunar um útsenda starfsmenn og annarra Evrópulöggjafar sem komu til eftir 1996. Til að mynda er misræmi milli tilskipunar um útsenda starfsmenn og reglugerðar 883/2004/EB um samræmingu almannatryggingakerfa³³⁴ og tilskipunar 2008/104/EB um starfsmannaleigur.³³⁵ Með endurskoðun á tilskipun um útsenda starfsmenn er hægt að samræma viðeigandi ákvæði sem leiðir til þess að reglurnar verða skilvirkari fyrir aðildarríki, fyrirtæki og launamenn.³³⁶ Nýja tillagan hefur ekki áhrif á gildissvið tilskipunar 2014/67/EB um framfylgd tilskipunar 96/71/EB um breytingu á reglugerð (ESB) nr. 1024/2012 um samvinnu á sviði stjórnslu fyrir tilstilli upplýsingakerfisins fyrir innri markaðinn. Tilskipun 2014/67 er sett í þeim tilgangi að tryggja að ákvæðum laga sem gilda í aðildarríkjum um réttindi útsendra starfsmanna sé fylgt. Nýja tillagan er í samræmi við tilskipun 2014/67 og styrkir framkvæmd hennar með skýrari reglum um útsenda starfsmenn.³³⁷

³³⁰ European Commission, „Revision of the Posting of Workers Directive – frequently asked questions“ (n. 320).

³³¹ Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins (n. 319) 18.

³³² European Commission, „Commission presents reform of the Posting of Workers Directive – towards a deeper and fairer European labour market“ (n. 25).

³³³ Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins (n. 319) 18.

³³⁴ Council Regulation (EC) 883/2004 of 29 April 2004 on the coordination of social security systems [2004] OJ L 166/1.

³³⁵ Council Directive 2008/104/EC of 19 November 2008 on temporary agency work [2008] OJ L 327/9.

³³⁶ Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins (n. 319) 18.

³³⁷ European Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (European Commission 8. mars 2016) 2016/0070 (COD) 3.

Með nýju tillögunni geta orðið verulegar breytingar á réttarstöðu útsendra starfsmanna og virkari úrræði til að sporna enn frekar gegn félagslegri undirboðun. Það verður áhugavert að fylgjast með framgangi málsins innan Evrópusambandsins og vonandi næst samkomulag milli stofnana Evrópusambandsins um þessa nýju tilskipun.

9 Lokaorð

Í ritgerðinni er varpað ljósi á réttarstöðu útsendra starfsmanna á EES-svæðinu og héraendis. Á grundvelli 36. gr. EES-samningsins geta fyrirtæki og sjálfstætt starfandi einstaklingar sent vinnuafli sitt tímabundið til annarra EES-ríkja til þess að veita þjónustu. Hreyfing vinnuafli getur verið nauðsynlegur þáttur í því að veita þjónustu. Útsendur starfsmaður er starfsmaður sem sendur er af vinnuveitanda sínum til annarra EES-ríkja í þeim tilgangi að veita þjónustu. Fyrir tilkomu tilskipunar um útsenda starfsmenn var EES-ríkjum heimilt að beita vinnulöggjöf og/eða kjarasamningum sem höfðu almennt gildi gagnvart starfsmönnum erlendra þjónustufyrirtækja. Evrópudómstóllinn taldi það vera nauðsynlegt til að sporna gegn félagslegum undirboðum. Evrópudómstóllinn var gagnrýndur fyrir að skýra ekki frekar hvaða kröfur vinnulöggjafar gætu átt við um útsenda starfsmenn í gistiríkinu. Það að beita vinnulöggjöf eða kjarasamningum gagnvart útsendum starfsmönnum í gistiríki var talið takmarka frelsið til að veita þjónustu. Samkvæmt *Gebhard*³³⁸ aðferðinni þarf að líta til fjögurra atriða til þess að meta hvort takmörkunin sé réttlætanleg. Ráðstöfunin verður að vera án mismunar, verður að vera rökstudd með tilvísun til mikilvægra þjóðfélagsþarfa, til þess fallin að ná því markmiði sem að væri stefnt og mætti ekki ganga lengra en nauðsynlegt væri.

Tilskipun um útsenda starfsmenn leysti úr nauðsynlegum álitamálum sem Evrópudómstólnum tókst ekki að svara í dómaframkvæmd sinni. Markmið tilskipunarinnar er að koma á jafnvægi milli þess að stuðla að frelsinu til að veita þjónustu milli EES-ríkja og þess að vernda réttindi útsendra starfsmanna, meðal annars með því að tryggja sanngjarna samkeppni milli erlendra og innlendra þjónustufyrirtækja. Þó hefur markmið tilskipunarinnar verið verulega gagnrýnt. Tilskipunin er talin takmarkar þjónustufrelsið og veitir ekki nægilega vernd til þess að sporna gegn félagslegum undirboðum og tryggja sanngjarna samkeppni milli þjónustuveitenda, innlendra og erlendra. Tilskipun um útsenda starfsmenn gildir um fyrirtæki sem eru með staðfestu í EES-ríki og senda starfsmenn sína til starfa á yfirráðasvæði annarra EES-ríkja í þeim tilgangi að veita þjónustu. Tilskipunin tryggir útsendum starfsmenn ákveðna

³³⁸ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard g. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

lágmarksvernd sem gildir í EES-ríkinu sem þeir eru sendir til, óháð hvaða lög gilda um ráðningarsambandið. Tilskipunin tilgreinir ekki þær efnisreglur sem EES-ríki verða að innleiða í landslög heldur listar upp þá ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem þjónustuveitandi verður að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríkinu.

Töluvert hefur reynt á tilskipun um útsenda starfsmenn fyrir Evrópudómstólnum. Dómaframkvæmdin er mikilvæg í ljósi þess að ákvæði tilskipunarinnar eru einföld og fjallar ekki efnislega um þá ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem þjónustuveitendur þurfa að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríkjum. Túlkun Evrópudómstólsins hefur valdið miklum ágreiningi milli stofnana Evrópusambandsins, fræðimanna og aðila vinnumarkaðarins. Aðallega vegna þess að Evrópudómstóllinn túlkar tilskipunina til verndar þjónustufrelsins á kostnað félagslegra réttinda launamanna. Evrópudómstóllinn hefur verið gagnrýndur fyrir að takmarka rétt verkalýðshreyfingarinnar í kjaradeilum. Hann túlkaði tilskipun um útsenda starfsmenn þröngt og taldi að tilskipunin geymdi ekki lágmarksreglur, heldur tæmandi upptalningu á þeim ráðningarskilmálum og atvinnuskilyrðum sem þjónustuveitandi ber að tryggja starfsmönnum sínum í gistiríkinu.

Undaþágan í 10. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar á grundvelli allsherjarreglu hefur verið túlkuð mjög þröngt. Sumir fræðimann telja að það sé í raun ómögulegt að uppfylla þau skilyrði sem Evrópudómstóllinn taldi þurfa að vera uppfyllt, til þess að setja frekari reglur um starfskjör á grundvelli allsherjarreglu. Þá hefur Evrópudómstóllinn slegið því föstu að einungis aðferðir sem nefndar eru í 3. gr. tilskipunarinnar eru heimilaðar, til þess að innleiða ráðningarskilmálanna og atvinnuskilyrðin í landsrétt aðildarríkja. Þannig binda reglur ekki erlenda þjónustuveitendur sem settar eru eftir öðrum aðferðum en tilskipunin segir til um. Þurfa aðildarríki að taka það sérstaklega fram við innleiðingu ef þau setja reglur á grundvelli annarra aðferða en samkvæmt 1. mgr. og 8. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þar sem tilskipun um útsenda starfsmenn samræmir ekki efnisreglur EES-ríkja þurfa ríkin að ákvarða þær innan þess ramma sem tilskipunin setur. Helsta ágreiningsefnið hefur verið hugtakið „lágmarkslaun“ í skilningi tilskipunar um útsenda starfsmenn. Evrópudómstóllinn telur það vera hlutverk EES-ríkja að skilgreina hugtakið í vinnulöggjöf sinni og hefur ekki viljað skýra það með afgerandi hætti. Það sem skiptir mestu máli er að landslög eða kjarasamningar skilgreini tiltekin atriði sem falla undir hugtakið „lágmarkslaun“.

Tilskipun um útsenda starfsmenn var innleidd hér með lögum nr. 45/2007. Með lögnum er tryggt að erlendir starfsmenn sem sendir eru hingað tímabundið á vegum erlendra þjónustufyrirtækja njóti launa og annarra starfskjara í samræmi við íslensk lög og gildandi kjarasamninga. Með þessu er komið í veg fyrir að erlend fyrirtæki njóti samkeppnisforskots

gagnvart innlendum fyrirtækjum vegna lakari kjara eða réttinda starfsmanna. Samkvæmt lögum nr. 45/2007 eru lágmarkskjör útsendra starfsmanna hér á landi sett með lögum og kjarasamningum. Í 1.-7. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/2007 er upptalning á löggjöf sem gildir um starfkjör útsendra starfsmanna á meðan þeir starfa hér á landi. Upptalningin á reglum sem gilda um starfskjör útsendra starfsmanna á Íslandi eru í samræmi við tilskipun um útsenda starfsmenn. Kjarasamningar hafa svokölluð „ergo omnes“ áhrif eða ákvæði hans gerð algild. Þar af leiðandi binda ákvæði kjarasamninga einnig atvinnurekendur. Erlend þjónustufyrirtæki eru þar af leiðandi bundin af ákvæðum kjarasamninga þegar þau senda starfsmenn sína hingað. EFTA-dómstóllinn hefur talið slíkt vera heimilt ef ákvæðin varða eingöngu tæmandi upptalningu ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði samkvæmt tilskipun um útsenda starfsmenn. Ákvæði íslenskra kjarasamninga gilda eingöngu að því er varðar tæmandi upptalningu starfskjara samkvæmt tilskipun um útsenda starfsmenn. Það er mat höfundar að tilskipun um útsenda starfsmenn hafi verið réttilega innleidd í landsrétt.

Primera Air Nordic málið hefur verið mikið í umræðu hjá fjölmiðlum undanfarin ár þar sem reynir á viðskiptamódel sem er talið ýta undir félagslega undirboðun og gerviverktöku. Í málinu reynir á gildissvið laga nr. 45/2007 og heimildir stéttarfélags gagnvart erlendu þjónustufyrirtæki. Félagsdómur tók ekki efnislega á málinu þar sem vinnustöðvunin uppfyllti ekki formskilyrði laga nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur. Þar af leiðandi er ósvarað hvort Primera Air Nordic þurfi að ganga til samningsviðræðna við FFÍ um gerð kjarasamnings vegna flugliða félagsins. Að auki hvort FFÍ geti beitt þvingunum í formi vinnustöðvunar til þess að knýja fram kjarasamningsviðræður. Það er niðurstaða höfundar að Primera Air Nordic falli undir lög nr. 45/2007 þar sem þjónustuviðskiptin falli undir c. lið 1. mgr. 1. gr. laganna og flugliðarnir séu starfsmenn í skilningi laganna. Verður að telja vegna eðli starfsins að flugliðar séu ekki verktakar þar sem öll verkstjórn er í höndum Primera Air Nordic og lúti þeir valdi þess. Einnig er Primera Air Nordic ábyrgt um öll leyfi. Þá telur höfundur að á grundvelli mála *Laval* og *Viking*, geta íslensk stéttarfélög krafist erlend þjónustufyrirtæki til þess að gangast undir kjarasamninga og beitt þvingun í formi vinnustöðvunar til að ná fram kröfu sinni.

Eftir rannsóknarvinnu höfundar við þessa ritgerð eru nokkur atriði sem höfundur vill varpa ljósi á. Markmið tilskipunar um útsenda starfsmenn er að ná jafnvægi milli reglna innri markaðar og félagslegrar verndar útsendra starfsmanna. Höfundur telur að erfitt sé að ná markmiðunum með þessari einföldu tilskipun þar sem málefni útsendra starfsmanna eru bæði lagalega flókin og pólitísk. Vinnumarkaður aðildarríkja er viðkvæmt málefni sem er erfitt og jafnvel ómögulegt að ná saman við reglur innri markaðar. Í flestum tilvikum eru útsendir starfsmenn á vegum fyrirtækja sem hafa staðfestu í „láglaunaríkjum“ sem gera

þjónustusamning við aðila sem eru með staðfestu í „hálaunaríkjum“. Með þessu fá fyrirtækin frá láglaunaríkjunum meira fyrir sinn skerf í gistiríkjum heldur en heimaríki. Í láglaunaríkjum er oft töluvert lægri laun og minni vernd fyrir launafólk. Það er að jafnaði hagstæðara fyrir þessa starfsmenn að vera sendir til hálaunaríkja, þar sem hærri laun eru í boði. Tilskipun um útsenda starfsmenn setur einungis kjarna lögboðinna reglna um lágmarksréttindi. Ljóst er að staðbundnir starfsmenn í gistiríkjum fá í flestum tilvikum hærri laun en lágmarkslaun samkvæmt lögum eða kjarasamningum í því ríki. Það eru dæmi um að útsendir starfsmenn fái allt að 50% lægri laun í gistiríki en staðbundnir starfsmenn. Að auki hafa erlendir þjónustuveitendur samkeppnislegt forskot við innlenda þjónustuveitendur þar sem starfsmannakostnaður er lægri sem leiðir oftast til lægra verðs fyrir þjónustu. Höfundur veltir fyrir sér hvort þetta fyrirkomulag með lágmarksréttindi sé í raun nægileg vernd fyrir útsenda starfsmenn. Í fáum tilvikum er staðbundnum starfsmönnum greidd lágmarkslaun samkvæmt lögum eða kjarasamningi. Með nýju tillöggunni af tilskipun um útsenda starfsmenn væri hægt að leysa einhvern vanda með reglur um jöfn laun fyrir sömu vinnu. Hins vegar gæti orðið vandamál með að setja útsendu starfsmennina í rétta launaflokka í gistiríkinu þar sem starfsréttindi er mismunandi eftir EES-ríkjum.

Það er einnig álitamál hvort það þyrfti að samræma vinnulöggjöf aðildarríkjanna með samevrópskri vinnulöggjöf frekar en að setja lögboðnar reglur um lágmarksréttindi fyrir útsenda starfsmenn í gistiríkinu. Tilskipunin tilgreinir ekki efnislega þá ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem á að tryggja útsendum starfsmönnum í gistiríki heldur er það hlutverk aðildarríkja að setja slíkar reglur. Höfundur veltir fyrir sér hvort tilskipunin ætti ekki frekar að samræma þá ráðningarskilmála og atvinnuskilyrði sem gilda um útsenda starfsmenn í gistiríkjum. Slíkt gæti aukið réttaröryggi útsendra starfsmanna og ýtt undir frelsið til að veita þjónustu þar sem sömu starfskjör gilda á EES-svæðinu. Með þessu er ekki átt við að lágmarkslaun verði þau sömu í öllum ríkjum á EES-svæðinu, heldur að sömu atriði falla undir lágmarkslaun í skilningi tilskipunarinnar. Þetta er mögulega óraunhæft þar sem vinnulöggjöf og venjur eru mismunandi í EES-ríkjum.

Það er stöðug þörf á endurskoðun og bættri löggjöf varðandi erlent vinnuafli á Íslandi. Það virðist oft halda í hendur útsendir starfsmenn og barátta gegn félagslegum undirboðum. Líkt og önnur aðildarríki á EES-svæðinu hefur Ísland þurft að berjast gegn svindli og misnotkun gagnvart erlendu vinnuafli sem er sent hingað til landsins til að framkvæma ákveðin verk. Á Íslandi er verkalýðshreyfingin öflug og hefur átt mikinn þátt í að sporna gegn félagslegum undirboðum og misnotkun. Aftur á móti verður löggjöf að fylgja þeirri þróun sem hefur verið í íslensku atvinnulífi og breyttum aðstæðum á alþjóðavísu. Til að mynda er mál

Primera Air Nordic birtingarmynd af flókinni fyrirtækjasamstæðu sem reynir að komast hjá því að greiða starfsmönnum sínum kaupa og kjör í samræmi við íslenska kjarasamninga. Höfundur telur mikilvægt að frumvarp til breytinga á lögum nr. 45/2007 verði samþykkt til þess bæta vernd útsendra starfsmanna hér á landi.

Heimildaskrá

Alþýðusamband Íslands, „Erlent launafólk á íslensku markaði - upplýsingarit um atvinnuréttindi og starfskjör launafólks og sérstakar skyldur atvinnurekenda stjórnvöldum“ (september 2007) <http://www.asi.is/media/6360/Microsoft_Word_-_ASI_Lei_beiningar_um_eftirlit_sept_2007_loka.pdf> skoðað 30. apríl 2018

Alþýðusamband Íslands, „Útsendir starfsmenn og lágmarkslaun - dómur fellur í Ruffert málinu“ (4. apríl 2008) <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/utsendir-starfsmenn-og-lagmarkslaun-domur-fellur-i-ruffert-malinu/>> skoðað 4. apríl 2018

Alþýðusamband Íslands, „Dómar - Evrópudómstóllinn“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/evropskur-vinnurettur/rettindi-launafolks/utsendir-starfsmenn/domar/>> skoðað 25. apríl 2018

Alþýðusamband Íslands, „Gildissvið kjarasamninga“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/stettarfelog-og-vinnudeilur/kjarasamningar/gildissvid-kjarasamninga/>> skoðað 2. maí 2018

Alþýðusamband Íslands, „Innleiðing tilskipunar 96/71/EC“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/evropskur-vinnurettur/rettindi-launafolks/utsendir-starfsmenn/innleiðing-tilskipunar-9671ec/>> skoðað 2. apríl 2018

Alþýðusamband Íslands, „Launamaður eða verktaki“ (*Alþýðusamband Íslands*) <<http://www.asi.is/vinnurettarvefur/rettindi-og-skyldur/stofnun-radningarsambands/launamadur-eda-verktaki/>> skoðað 15. apríl 2018

Alþýðusamband Íslands, „Útsendir starfsmenn – sömu laun fyrir sömu vinnu“ <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/utsendir-starfsmenn-somu-laun-fyrir-somu-vinnu/>> skoðað 5. maí 2018

Alþýðusamband Íslands og Samtök Atvinnulífsins, „Samkomulag um útlendinga á íslenskum vinnumarkaði“ (Alþýðusamband Íslands 2004)

<http://www.asi.is/media/6360/Microsoft_Word_-_ASI_Lei_beiningar_um_eftirlit_sept_2007_loka.pdf> skoðað 4. október 2018

Alþýðusamband Íslands, „Primera brýtur gegn lögum og kjarasamningum“ (12. febrúar 2015) <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/primera-brytur-gegn-logum-og-kjarasamningum/>> skoðað 30. apríl 2018

Alþýðusamband Íslands, „Lágfargjaldaflugfélög grafa undan réttindum launafólks í Evrópu“ (*Alþýðusamband Íslands*, 13. mars 2015) <<http://www.asi.is/um-asi/utgafa/frettasafn/almennar-frettir/lagfargjaldaflugfelog-grafa-undan-rettindum-launafolks-i-evropu/>> skoðað 30. apríl 2018

Barnard C, *EC Employment Law* (3. útg., Oxford University Press 2006)

Barnard C, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (5. útg., Oxford University Press 2016)

Catana M, „Posted Workers in the Transnational Provision of Services - Treatment and Obligations of Employers“ (2013) 2 (1) „Perspectives of Business Law“ Journal; Bucharest 247

Commission of the European Communities, „Commission Staff working Document - Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (Commission of the European Communities 4. apríl 2006) COM 2006 159 Final

Craig P og De Búrca G, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (5. útg., Oxford University Press 2011)

Dalla Pellegrina L og Saraceno M, „Posted Workers: Complements or Substitutes for Local Employment? Empirical Evidence from the EU“ (Social Science Research Network 1. júlí 2013) SSRN Scholarly Paper ID 2287841 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2287841>> skoðað 27. apríl 2018

Eftirlitsstofnun EFTA, „Starfsmenn Erlendra Fyrirtækja: Íslandi Stefnt Fyrir EFTA-Dómstólinn“ (*Eftirlitsstofnun EFTA*) <<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/1260>> skoðað 30. apríl 2018

European Commission, „Commission, „The implementation of Directive 96/71/EC in the Member States““ (júl 2003) COM (2003) 458 final

European Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (European Commission 21. mars 2012) COM(2012) 131 final

European Commission, „Commission presents reform of the Posting of Workers Directive – towards a deeper and fairer European labour market“ (8. mars 2016) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_en.htm> skoðað 11. apríl 2018

European Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services“ (European Commission 8. mars 2016) 2016/0070 (COD)

European Commission, „Revision of the Posting of Workers Directive – frequently asked questions*“ (*European Commission*, 8. mars 2016) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_en.htm> skoðað 30. mars 2018

—, „Joint Statement on the Revision of the Posting of Workers Directive“ <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=9062&furtherNews=yes>> skoðað 11. apríl 2018

European Council, „Council document No 10048/96 SOC 264 CODEC 550, Brussels - Statement No 5“

European Parliament, „Posting of workers - Part of the expected Labour Mobility Package“ (september 2015) <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558784/EPRS_BRI%282015%29558784_EN.pdf> skoðað 27. apríl 2018

Giesen R, „Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?“ (2003) 40 (1) *Common Market Law Review* 143

Hendrickx F, *European labour law* (óútgefið 2011)

Houwerzijl M, „Towards a More Effective Posting Directive“ í Roger Blanpain (ritstj.), *Freedom of services in the European Union: labour and social security law : the Bolkestein initiative* (Kluwer Law International 2006)

Malmberg J, „The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action“ (2010)

Páll Hreinsson, „Samræmd EES-túlkun“ (2014) 3 *Tímarit Lögfræðinga* 273

„Samþykkt stjórnar og trúnaðarráðs FFÍ vegna kjaradeilu félagsins við Primera Air Nordic“
(24. janúar 2018) <<http://www.asi.is/media/313907/alyktun-241-20180.pdf>> skoðað 30. apríl
2018

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska
efnahagssvæðisins: megindrættir* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011)

Speitler P, „Right of Establishment and Freedom to Provide and Receive Service“ í Carl
Baudenbacher (ritstj.), *The Handbook of EEA law* (Springer-Verlag 2016)

Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins, „Hagsmunagæsla Íslands gagnvart ESB -
Forgangsmál 2016-2017“ <[https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-
media/media/frettir2/Forgangsskjal-til-rikisstjornar-190916.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-
media/media/frettir2/Forgangsskjal-til-rikisstjornar-190916.pdf)> skoðað 11. apríl 2018

Stýrihópur um framkvæmd EES-samningsins, „Hagsmunagæsla Íslands gagnvart ESB -
Forgangsmál 2018 (Drög)“

Velferðarráðuneytið, „Atvinnuréttindi útlendinga“
<[https://www.stjornarradid.is/verkefni/utlendingar/ad-flytja-til-islands/atvinnurettindi-
utlendinga/](https://www.stjornarradid.is/verkefni/utlendingar/ad-flytja-til-islands/atvinnurettindi-
utlendinga/)> skoðað 19. febrúar 2018

Warneck W, „The ECJ decisions“, *Viking - Laval - Rüffert: consequences and policy
perspectives* (ETUI aisbl 2010)

Vinnumálastofnun, „Ársskýrsla Vinnumálastofnunar 2016“ (*Vinnumálastofnun* 2016)
<<https://www.vinnumalastofnun.is/media/1821/arsskyrsla2016-final-web.pdf>> skoðað 3.
mars 2018

Vinnumálastofnun, „Erlendir ríkisborgarar á íslenskum vinnumarkaði á árunum 2012-2017“ (*Vinnumálastofnun* janúar 2018) <<https://www.vinnumalastofnun.is/media/2003/erlendir-rikisborgarar-2012-2017-endanlegt.pdf>> skoðað 3. mars 2018

Vinnumálastofnun, „Vinnumarkaðurinn á Íslandi - Yfirlit, horfur og þjónustu Vinnumálastofnunar“ (*Vinnumálastofnun* janúar 2018) <<https://www.vinnumalastofnun.is/media/2003/erlendir-rikisborgarar-2012-2017-endanlegt.pdf>>

Vinnumálastofnun, „Starfsmannaleigur“ (*Vinnumálastofnun*) <<https://www.vinnumalastofnun.is/atvinnurekandi/erlend-thjonustufyrirtaeki-og-starfsmannaleigur/starfsmannaleigur>> skoðað 19. apríl 2018

Vinnumálastofnun, „Starfsmannaleigur og útsendir starfsmenn“ (*Vinnumálastofnun*) <<https://www.vinnumalastofnun.is/media/1663/starfsmannaleigur-baeklingur.pdf>> skoðað 4. apríl 2018

Vos MD, „Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: A Bermuda Triangle for National Labour Standards?“ (2006) 7 (3) *Era Forum* 356

Voss E o.fl., „Posting of Workers Directive: Current Situation and Challenges“ [2016] *SSRN Electronic Journal* <<https://www.ssrn.com/abstract=2817462>> skoðað 26. mars 2018

Reiner Voss, „Ábyrgð dómara og innri markaður Evrópubandalagsins“ (1991) 1 *Tímarit Lögfræðinga* 23

Woods L og Watson P, *EU Law* (12. útg., Oxford University Press 2014)