

Arbejdsret og flexicurity – Grønbogen om modernisering af arbejdsretten

PROFESSOR, DR JUR RUTH NIELSEN, COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL

EU-Kommissionens Grønbog om Modernisering af arbejdsretten med henblik på tackling af det 21. århundredes udfordringer er ment som startskud til en offentlig debat/høring om arbejdsrettens udvikling. Artiklen tager udgangspunkt i forfatterens oplæg til en eksperthøring, det danske Folketings Europaudvalg og Arbejdsmarkedsudvalg har afholdt.

RUTH NIELSEN er født i 1946, cand jur fra 1967, dr jur fra 1992. Hun er professor ved Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København (Copenhagen Business School).

1 Indledning	156
2 Den EU-arbejdsretlige ramme	156
2.1 Faser i udviklingen	156
2.2 Reguleringsstemaer	156
2.3 Reguleringsformer	157
2.3.1 Primærregulering: EF- og EU-Traktaten	157
2.3.2 Grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper	157
2.3.3 Forordninger og direktiver	158
2.3.4 Social dialog og kollektive overenskomster på EU-plan	159
2.3.5 Retspraksis	159
2.3.6 Soft law og åben koordinering	160
3 Lissabon strategien og den europæiske beskæftigelsesstrategi	160
3.1 Større fleksibilitet	161
3.2 Beskæftigessikkerhed	162
3.3 Mindre segmentering af arbejdsmarkedet	162
3.4 Behørig hensyntagen til arbejdsmarkedets parter.	163
4 Den danske flexicurity model	163
5 Grønbogen om modernisering af arbejdsretten	163
5.1 Terminologi	164
5.2 Generelle spørgsmål	165
5.3 Omstilling på arbejdsmarkedet	165
5.4 Retsusikkerhed – arbejdstagerbegrebet og «floor of rights»	166
5.5 Treparts ansættelsesforhold	167

5.6 Tilrettelæggelse af arbejdstiden	167
5.7 Arbejdstagernes mobilitet	169
5.8 Håndhævelse af regler og sort arbejde	169
6 Konklusion	169

1 Indledning

I november 2006 udsendte Kommissionen en Grøn bog om arbejdsret,¹ der lægger op til diskussion af, om de arbejdsretlige regler kan udvikles til at fremme «flexicurity» og bidrage til at skabe et arbejdsmarked, der er mere retfærdigt, lydhørt og rummeligt (inclusive på engelsk, integrativ på tysk) og til at gøre Europa mere konkurrencedygtigt. Grøn bogen er baggrundsdokument for en offentlig høring på internettet,² der pågår fra december 2006 til udgangen af marts 2007.

Beskæftigelsesministeriet har udarbejdet et grundnotat om Grøn bogen, hvis reviderede version fra februar 2007 indeholder høringsvarene fra arbejdsmarkedets parter.³ Folketingets Europaudvalg og Arbejdsmarkedsudvalg afholdt den 14.3.2007 en ekspert-høring om Grøn bogen.⁴

2 Den EU-arbejdsretlige ramme

I de ca 50 år, EF/EU har eksisteret, er der benyttet forskellige legalstrategier på det arbejdsretlige område.⁵

2.1 Faser i udviklingen

Udviklingen i EU-arbejdsretten kan opdeles i følgende faser:

- Økonomisk neo-liberalisme og fri bevægelighed (1958-71)
- Social aktion (1972-80)
- Stagnation (1981-85)
- Fra Fællesakten 1986 til Maastricht-Traktaten 1992
- Fra Maastricht-Traktaten til Amsterdam-Traktaten (1992 - 97)
- Fra Amsterdam-Traktaten til i dag (1997-2007).

2.2 Reguleringstemaer

De vigtigste temaer, EU-arbejdsretten regulerer, er ligestilling, arbejdsmiljø, ansættelsesbeskyttelse (virksomhedsoverdragelse, kollektive afskedigelser og arbejdsgiverens in-

1 KOM(2006)708 af 22.11.2006. Grøn bog om Modernisering af arbejdsretten med henblik på tackling af det 21. århundredes udfordringer.

2 http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_en.htm.

3 http://www.eu-oplysningen.dk/upload/application/pdf/9b4b1f0a/708_2.pdf.

4 Se programmet på <http://www.eu-oplysningen.dk/dokumenter/ft/euu/bilag/kom/20060708/bilag/>.

5 Se nærmere Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, Kbhvn 2006.

solvens), fri bevægelighed, information og høring af arbejdstagere samt den europæiske beskæftigelsespolitik.

Beskyttelse mod afskedigelse er kun i mindre grad reguleret på EU-niveau. Ligestillingsreglerne indeholder dog afskedigelsesbeskyttelse for en række grupper (kvinder, indvandrere, ældre, mfl), som har særlig risiko for at blive marginaliseret. Den fælles europæiske beskæftigelsespolitik er udviklet i perioden efter vedtagelsen i 1997 af Amsterdam-Traktaten, der trådte i kraft den 1.5.1999.

Den kollektive dimension af arbejdsretten er blevet mere reguleret siden midten af 1990'erne. Grønbogen handler dog mest om individuelle aspekter.

2.3 Reguleringsformer⁶

2.3.1 Primærregulering: EF- og EU-Traktaten

EF- og EU-traktaten indeholder især regler om EU's formål og værdier og kompetencenormer vedrørende EU's institutioner, lovgivningsprocedurer mv. Desuden er der nogle få grundlæggende pligtregler, navnlig art 141 EF om ligeløn og reglerne om diskriminations- og restriktionsforbud og fri bevægelighed på det indre marked, dvs art 12 EF (generelt forbud mod nationalitets-diskrimination), art 18 EF (unionsborgernes fri bevægelighed), art 28 EF (varernes fri bevægelighed), art 39 EF (arbejdskraftens fri bevægelighed), art 43 EF (etableringsfrihed), art 49 EF (fri bevægelighed for tjenesteydelser) og art 56 EF (kapitalens fri bevægelighed).

Samspillet mellem kollektiv arbejdsret og reglerne om fri bevægelighed i EF-Traktaten har givet anledning til flere sager i de seneste år. Der verserer sager for EU-Domstolen om konfliktretten i forhold til etableringsfriheden i art 43 EF og den fri bevægelighed for tjenesteydelser i art 49 EF.⁷ Arbejdsretten i Danmark har haft en sag om fri bevægelighed og konfliktret,⁸ der på mange måder var parallel til den for EU-Domstolen verserende Laval-sag fra Sverige, men Arbejdsretten valgte ikke at se noget EU-retligt problem i den og afgjorde den uden forelæggelse for EU-Domstolen og uden at afvente udfaldet af Laval-sagen. Der verserer også en sag for EU-Domstolen om, hvorvidt det strider mod art 49 EF, at en ordregiver forlanger, at tilbudsgivere til en bygge- og anlægskontrakt mindst skal betale overenskomstmæssig løn.⁹

2.3.2 Grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper

EU's regler om grundlæggende rettigheder og almindelige principper er historisk først udviklet af EU-Domstolen, og senere (i et vist omfang) kodificeret i de grundlæggende

6 Se generelt Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbhvn 2005 kap 4.

7 Se sag C-341/05, Laval un Partneri Ltd mod Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnads-arbetareförbundets afdeling 1 Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet, verserende og sag C-438/05, International Transport Worker's Federation og Finnish Seamen's Union mod Viking Line ABP og OU Viking Line Eesti, verserende.

8 A 2005.839.

9 Sag C-346/06, Rüffert, verserende.

Traktater, bla i art 6 EU. De fleste af dem er også formuleret i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, der blev proklameret som en højtidelig erklæring i december 2000 i forbindelse med vedtagelsen af Nice Traktaten. Charteret har i sin nuværende form karakter af ikke-bindende regulering (soft law). Senest er de grundlæggende rettigheder formuleret i Forfatningstraktaten, der blev underskrevet i december 2004, og som, hvis den gennemføres, vil indebære en omfattende kodifikation af grundrettighederne i EU.

2.3.3 Forordninger og direktiver

EU kan ikke vedtage bindende regler uden hjemmel. På det arbejdsretlige område kan der vedtages bindende regulering i form af forordninger og direktiver med hjemmel i en række bestemmelser om forskellige emneområder og med varierende beslutningsprocedurer:

- det indre marked, art 94 og 95 EF
- fri bevægelighed, art 39, stk 3, litra d) og 40 EF (arbejdskraft), art 44 og 47, stk 2 EF (etableringsfrihed) og art 52 og 55 EF (tjenesteydelser)
- ligestilling, art 12, 40, 44 og 52 EF (nationalitet), art 13 EF (køn, etnicitet, religion, alder, handicap, seksuel orientering på alle områder omfattet af EF-Traktaten), art 141, stk 3 EF (køn i beskæftigelse og erhverv)
- unionsborgerskab, art 18 EF
- minimumsdirektiver til opfyldelse af de sociale målsætninger i art 136 EF, art 137 EF
- opsamlingsbestemmelsen i art 308 EF.

Det generelle mønster er, at der stort set ikke kunne vedtages forordninger og direktiver med kvalificeret flertal før midten af 1980'erne.¹⁰ Ved den europæiske Fællesakt, der trådte i kraft i 1987, blev der mulighed for at vedtage regler om arbejdsmiljø med kvalificeret flertal. Ved Maastricht-Traktaten, der trådte i kraft den 1.11.1993, blev adgangen til at benytte kvalificeret flertal udvidet, således at det i dag er den normale procedure på de fleste områder. Når retsakter vedtages af Rådet med kvalificeret flertal er beslutningsproceduren normalt fælles beslutningstagen mellem Rådet og Europa-Parlamentet efter art 251 EF.

Specielt i forhold til arbejdsmarkedet har arbejdsmarkedets parter på europæisk plan, navnlig siden midten af 1980'erne, fået øget betydning. Siden Maastricht-Traktaten er der, når direktiver vedtages efter art 137 EF, to lovgivningsspor i EU-arbejdsretten, se straks nedenfor.

Der kan kun vedtages minimumsdirektiver, ikke maximumdirektiver, med hjemmel

10 Vedrørende arbejdskraftens fri bevægelighed har der dog været hjemmel til at træffe kvalificerede flertalsbeslutninger siden den første EF-Traktat fra 1958.

i art 137 EF. Hvis der fx måtte være et politisk flertal, der synes, det vil være godt for at fremme flexicurity at lægge loft over afskedigelsesbeskyttelsen,¹¹ kan det ikke – inden for det nuværende traktatgrundlag – ske ved direktiv eller forordning, da EU ikke har hjemmel til at vedtage en sådan retsakt. EU kan kun vedtage bindende regler om mindsteniveau for afskedigelsesbeskyttelse, ikke lægge et bindende loft over den.

2.3.4 Social dialog og kollektive overenskomster på EU-plan

Arbejdsmarkedets parter på europæisk plan (ETUC, BusinessEurope (tidligere UNICE), CEEP mfl) har i medfør af art 139 EF andel i den formelle lovgivningsmagt, når der vedtages direktiver på grundlag af aftaler mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan. Der gælder en særlig beslutningsprocedure, når de udøver den, således at Europa Parlamentet træder ud af lovgivningsproceduren, når arbejdsmarkedets parter på EU-plan træder ind. Parterne kan også vælge, at nøjes med at regulere et emne ved aftale og lade være at gå videre ad lovgivningsvejen. Sidstnævnte aftalstype kaldes ofte frivillige aftaler. Retsvirkningen af sådanne aftaler er omstridt og usikker.

På europæisk plan findes (lidt forenklet) tre niveauer for frivillige kollektive aftaler: 1) tværsektorielle aftaler mellem ETUC og BusinessEurope, CEEP og lignende, fx teleaførelsen og stressaftalen, 2) sektoraftaler (der er fx indgået aftaler på landbrugsområdet og frisørområdet) og 3) koncernaftaler, fx aftaler om europæiske samarbejdsudvalg og aftaler om andre forhold, herunder de såkaldte global agreements.

I det social og arbejdsmarkedspolitiske handlingsprogram for 2006-2010¹² bebudede Kommissionen, at den har til hensigt at vedtage et forslag, som skal gøre det muligt for arbejdsmarkedets parter at føre formelle tværnationale kollektive overenskomstforhandlinger og udnytte resultaterne heraf. En ekspertgruppe, der har udredt problemstillingen har i foråret 2006 foreslået et direktiv med hjemmel i art 94 EF om en fakultativ europæisk ramme for tværnationale kollektive overenskomstforhandlinger på virksomheds- og sektorniveau.¹³

2.3.5 Retspraksis

EU-Domstolen har afsagt et betydeligt antal domme i arbejdsretlige sager. EU-Domstolens domme offentliggøres uden dissens, så læseren ved ikke, når en EU dom vurderes, om alle dommere har været enige. Det spiller en rolle for en doms præjudikatværdi, hvor mange dommere, der har deltaget i afgørelsen. Mangold-dommen,¹⁴ der fastslog, at princippet om forbud mod aldersdiskrimination er et generelt fællesskabsretligt princip med

11 Se spørgsmål 5 i Grønbogen.

12 KOM (2005) 33.

13 Ales, E, S Engblom, T Jaspers, S Laulom, S Sciarra, A Sobczak, F Valdés Dal-Ré: Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future, European Commission 2006, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf.

14 Sag C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm, Saml 2005 I-9981.

højere rang end direktiver, er fx afsagt af EU-Domstolens Store Afdeling (13 dommere), hvilket taler for, at den får stor præjudikatværdi.

2.3.6 *Soft law og åben koordinering*

Henstillinger og udtalelser er efter art 249 EF ikke bindende. Det samme gælder resolutioner, konklusioner og lignende, fx beskæftigelsespolitiske retningslinjer.

Vedrørende beskæftigelsesstrategien, se straks nedenfor, er der udviklet et system til åben koordinering af medlemsstaternes politikker ved hjælp af beskæftigelsespolitiske retningslinjer, der har karakter af soft law. Soft law og koordinering af medlemsstaternes politikker kræver ikke særlig hjemmel. EU kan vedtage soft law om alt, hvad der må opfattes som EU-relevant, fx en fælles europæisk beskæftigelsespolitik. Hvis der fx måtte være et politisk flertal, der synes, at det vil være godt for at fremme flexicurity at lægge loft over afskedigelses-beskyttelsen, kan Rådet vedtage en beskæftigelsespolitisk retningslinje herom. En sådan retningslinje er soft law, hvilket indebærer, at en medlemsstat, der vælger at fastholde et højere beskyttelsesniveau og overtræde den, ikke kan dømmes for traktatbrud.

3 Lissabon strategien og den europæiske beskæftigelsesstrategi

Art 125-130 EF om beskæftigelse blev indsat i EF-Traktaten ved Amsterdam-Traktaten, der som nævnt trådte i kraft 1.5.1999, men allerede i november 1997 startede den såkaldte Luxembourg-proces, der er baseret på gennemførelsen af den koordinerede europæiske beskæftigelsesstrategi. De første fem år vedtog Rådet hvert år en afgørelse om retningslinier for medlemsstaternes beskæftigelsespolitik. Fra 2003 vedtages de for tre år ad gangen.

På Det europæiske Råds møde i 2000 satte EU sig som mål at blive den mest konkurrence-dygtige og dynamiske videnbaserede økonomi i verden, en økonomi, der kan skabe en holdbar økonomisk vækst med flere og bedre job og større social samhørighed. Siden begyndelsen af 2000-tallet har EU bestræbt sig på at opnå bedre sammenhæng mellem de forskellige processer, der foregår for at koordinere den økonomiske politik (Lissabon-strategien) og beskæftigelsespolitikken. På Det europæiske Råds møde i juni 2003 vedtog man Retningslinier for beskæftigelsespolitikken og den almindelige økonomiske politik i en fælles strømlinede procedure. Fra 2005 vedtages der integrerede retningslinjer for vækst- og beskæftigelsespolitikken. Tidligere vedtog hvert EU land årligt en national handlingsplan for beskæftigelse (NAP). Fra 2005 er de afløst af nationale reformprogrammer (NRP),¹⁵ der integrerer vækst og beskæftigel-

15 Se om Danmarks deltagelse i den europæiske beskæftigelsesstrategi på beskæftigelsesministeriets hjemmeside <http://www.bm.dk/sw2063.asp>.

sesstrategien. I de aktuelle Beskæftigelsesretningslinjer 2005-2008¹⁶ opstilles følgende mål:

Retningslinje 21: At skabe større fleksibilitet kombineret med sikkerhed i beskæftigelsen og begrænse segmenteringen af arbejdsmarkedet, idet der samtidig tages behørigt hensyn til arbejdsmarkedsparternes rolle.

Det er dette mål, Grønbogen om modernisering af arbejdsretten ser arbejdsretten i forhold til.¹⁷ Den vækst- og beskæftigelsespolitiske målsætning, arbejdsretten i Grønbogen vurderes i forhold til, rummer således 4 elementer: større fleksibilitet, beskæftigessikkerhed, mindre segmentering af arbejdsmarkedet og behørig hensyntagen til arbejdsmarkedets parter.

3.1 Større fleksibilitet

Fleksibilitet kan referere til forskellige forhold afhængig af, hvilken synsvinkel man anlægger. Set fra virksomhedernes synsvinkel taler man normalt om numerisk fleksibilitet, hvis virksomhederne har frihed til at sætte antallet af arbejdstagere op eller ned i takt med virksomhedens behov ved, at det er let og billigt at hyre og fyre. Danske virksomheder har stor numerisk fleksibilitet. Hvis det er let at ændre arbejdstiden i op eller nedadgående retning, herunder benytte vagttjenester, ubekvemme arbejdstider og lignende, øger det også virksomhedernes fleksibilitet. EU's arbejdstidsregulering – ikke mindst som den er blevet fortolket af EU-Domstolen – sætter grænser for arbejdstidsfleksibiliteten.¹⁸ Man taler om funktionel fleksibilitet, når arbejdstagere kan varetage forskellige funktioner i virksomheden. Højere uddannet arbejdskraft har gennemgående større funktionel fleksibilitet end lavere uddannet.

Set fra arbejdstagerside handler en arbejdsplads' fleksibilitet om dens evne og vilje til at tilpasse sig arbejdstagerens behov, fx gennem fleksibel arbejdstid efter arbejdstagerens ønske, fleksibel orlov, hensyntagen til arbejdstagerens familieforhold, mv.

Nogle reguleringsformer opfattes som regel som mere fleksible end andre. Beskæftigelsespolitiske retningslinjer (soft law) er mere fleksible end direktiver, og kollektive overenskomster opfattes normalt som mere fleksible end love. I dansk arbejdsret spiller kollektive overenskomster en stor rolle, hvilket bidrager til systemets fleksibilitet.

16 EUT 2005, L 205. På engelsk: Promote flexibility combined with employment security and reduce labour market segmentation, having due regard to the role of the social partners, på tysk: Unter gebührender Berücksichtigung der Rolle der Sozialpartner Flexibilität und Beschäftigungssicherheit in ein ausgewogenes Verhältnis bringen und die Segmentierung der Arbeitsmärkte verringern og på fransk: favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi et réduire la segmentation du marché du travail, en tenant dûment compte du rôle des partenaires sociaux.

17 Se KOM(2006)708 s 4.

18 Se nærmere spørgsmål 11 i Grønbogen.

3.2 Beskæftigessikkerhed

Beskæftigessikkerhed (i den tyske version af Grønbogen Beschäftigungssicherheit, i den engelske employment security, i den franske sécurité d'emploi) kan tænkes opnået med mange forskellige midler af juridisk, økonomisk eller politisk art, fx strenge regler om ansættelses- og afskedigelsesbeskyttelse, der kan øge beskæftigessikkerheden for dem, der har et job med et højt beskyttelsesniveau, eller tværtimod lempelige regler om ansættelses- og afskedigelsesbeskyttelse, der kan gøre det lettere for nye grupper at komme ind på arbejdsmarkedet, livslang læring, aktiv arbejdsmarkedspolitik, og social sikring på et relativt højt niveau, der opretholder levestandarden under midlertidigt fravær fra arbejdsmarkedet.

3.3 Mindre segmentering af arbejdsmarkedet

Den letteste måde at skabe en kombination af fleksibilitet og beskæftigessikkerhed (flexicurity) på er formentlig at segmentere arbejdsmarkedet ved at nogle arbejdstagere bliver kernearbejdskraft med stor beskæftigessikkerhed/tryghed i ansættelsen og måske begrænset fleksibilitet og nogle andre bliver marginalarbejdskraft med stor fleksibilitet og ringe beskæftigessikkerhed/tryghed i ansættelsen.¹⁹

På et arbejdsmarked, der er opdelt efter køn, etnicitet og alder, er det en nærliggende mulighed/risiko, at kvinder/indvandrere/ældre arbejdstagere kommer til at bære en uforholdsmæssig del af byrden af fleksibiliteten, mens hvide mænd i aldersgruppen 25-55 får hovedparten af fordelene. Der er pligt til kønsmainstreaming i ligebehandlingslovens § 1a og det underliggende ligebehandlingsdirektiv.²⁰ I Kommissionens rapport om ligestilling mellem kønnene - 2007²¹ fremhæves i overensstemmelse hermed under strategiske udfordringer, at der ved formuleringen, gennemførelsen og opfølgningen af politikkerne for fleksibilitet og tryghed (flexicurity) bør tages hensyn til deres forskellige virkninger på mænd og kvinder, og man bør undgå, at fleksibilitetsaspektet hovedsageligt bliver relevant for kvinder, og at tryghedsaspektet især bliver relevant for mænd.

Mainstreaming som juridisk instrument er i nugældende ret forholdsvis svagt udviklet. Det er formentlig et af de områder, hvor der er mest potentiale for at videreudvikle arbejdsretten som et instrument til fremme af flexicurity, forstået som en kombination af fleksibilitet, beskæftigessikkerhed, mindre segmentering og hensyntagen til arbejdsmarkedets parter.

19 Se om insidere og outsiders «Jobs, Jobs, Jobs: Creating more employment in Europe». Rapport fra taskeforcen for beskæftigelse, november 2003.

20 2002/73/EF art 1a. I det omarbejdede ligebehandlingsdirektiv, 2006/54/EF, indsættes en mainstreaming bestemmelse i art 29. Udtrykket «gender mainstreaming» benyttes som overskrift i den engelske version, men ikke i den danske, hvor der tales om integration af kønsaspektet.

21 KOM(2007)49 s 7.

3.4 Behørig hensyntagen til arbejdsmarkedets parter.

Den traditionelle danske model for arbejdsretlig regulering bygger på en høj grad af inddragelse af arbejdsmarkedets parter.

4 Den danske flexicurity model

Den danske flexicurity-model beskrives ofte som en trekant, der er karakteriseret ved fleksible ansættelses- og afskedigelsesregler, et veludviklet dagpenge/kontanthjælpssystem og en aktiv arbejdsmarkedspolitik – baseret på stramme rådighedsregler, omskoling mv.

I forhold til EU's fælles beskæftigelsespolitik er Danmark ret godt med mht fleksibilitet, beskæftigessikkerhed og inddragelse af arbejdsmarkedets parter. Det danske arbejdsmarked er imidlertid meget opdelt (segmenteret). Danmark har fx et af de mest kønsopdelte arbejdsmarkeder i EU. De arbejdsretlige regler forstærker opdelingen/segmenteringen ved at nogle delgrupper, fx funktionærer, har bedre retsstilling end andre. I dansk arbejdsret er lovgivningen kasuistisk med særlige love for forskellige kategorier af arbejdstagere.²²

Der sker i kraft af funktionærloven betydelig forskelsbehandling af arbejdere og funktionærer, især med hensyn til løn under sygdom og opsigelsesvarsler. Funktionærer²³ har efter funktionærlovens § 5 krav på løn under sygdom, mens andre arbejdstagere kun har krav på dagpenge, som udgør et mindre beløb end lønnen, medmindre det er aftalt i en kollektiv aftale eller i den individuelle ansættelseskontrakt, at arbejdsgiveren skal betale løn under sygdom. For funktionærers vedkommende findes regler om forholdsvis lange opsigelsesvarsler i funktionærlovens § 2. For faglærte og ikke-faglærte arbejdere findes som regel i de kollektive overenskomster bestemmelser om opsigelsesvarsler, der typisk er væsentligt kortere end varslerne for funktionærer. Der kan også være aftalt opsigelsesregler i den enkelte ansættelseskontrakt.²⁴

5 Grønbogen om modernisering af arbejdsretten

Det hovedspørgsmål, Grønbogen lægger op til en diskussion af, er, om og hvordan ar-

22 Se nærmere Supiot, Alain: Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés Européennes, Luxembourg 1992, der p 32 fremhæver Danmark som det land i EU, der har den mest kasuistisk prægede ansættelsesbeskyttelseslovgivning.

23 Funktionærloven, der oprindelig stammer fra 1938, gælder kun for ansatte, der er beskæftiget gennemsnitlig mindst 8 timer om ugen hos den pågældende arbejdsgiver. Desuden skal den ansatte indtage en tjenestestilling, således at hun/han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner. Derudover er arbejdets art afgørende. Ifølge lovens § 1 gælder den for følgende kategorier af arbejdstagere: a) Handels- og kontormedhjælpere, beskæftiget ved køb eller salg, ved kontorarbejde eller dermed ligestillet lagerekspedition, b) Personer, hvis arbejde består i teknisk eller klinisk bistandsydelse af ikke håndværks- eller fabriksmæssigt art, og andre, hvis arbejde kan sidestilles hermed, c) Personer, hvis arbejde udelukkende eller overvejende består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde og d) Personer, hvis arbejde overvejende er af den under a og b nævnte art. Uden for loven falder især faglærte og ikke-faglærte arbejdere inden for landbrug, håndværk og industri. Undervisningsarbejde falder efter lovens forarbejder også uden for loven.

24 Se nærmere Nielsen, Ruth: Lærebog i Arbejdsret, Kbhvn 2005 s 406 ff.

bejdsretten kan udvikles til at bidrage til at opfylde Lissabon-strategiens beskæftigelsespolitiske mål.

5.1 Terminologi

Dansk Arbejdsgiverforening kritiserer i sit høringssvar, at «labour law» (på tysk Arbeitsrecht, på fransk droit du travail) på dansk oversættes til arbejdsret og ikke til «regulering af arbejdsmarkedet». Den kritik er jeg uenig i. Grønbogen har klart fokus på det, der traditionelt kaldes arbejdsret på dansk, dvs noget juridisk til forskel fra fx økonomiske incitament, og inden for retssystemet arbejdsret til forskel fra socialret og skatteret.²⁵ Den danske flexicurity-model er i høj grad en kombineret arbejdsretlig og socialretlig model. Når der i en EU-retlig Grønbog fokuseres på arbejdsret frem for socialret og skatteret, hænger det formentlig sammen med, at EU har langt mere kompetence på det arbejdsretlige område end på det socialretlige og skatteretlige.

EU-retten er flersproget. Danske EU-dokumenter og retsakter skal læses i lyset af de andre sproglige versioner. I den danske version af spørgsmålene²⁶ benyttes udtrykket «tryghed i ansættelsen» i tre spørgsmål i noget forskellig betydning. Spørgsmål 2 lyder

Kan en tilpasning af arbejdsret og kollektive aftaler bidrage til at forbedre fleksibilitet og tryghed i ansættelsen (i den engelske version employment security, på tysk Beschäftigungssicherheit, på fransk sécurité dans l'emploi) og mindske segmenteringen på arbejdsmarkedet? Hvis ja, hvordan?

Spørgsmål 4 lyder:

Hvordan kan det gøres lettere at ansætte på tidsbegrænsede og tidsbegrænsede kontrakter, uanset om det er gennem lovgivning eller kollektive aftaler, så der bliver større fleksibilitet inden for rammerne af disse kontrakter, samtidig med at der sikres passende normer for tryghed i ansættelsen (i den engelske version employment security, på tysk Beschäftigungssicherheit, på fransk sécurité dans l'emploi) og social beskyttelse for alle?

I disse to spørgsmål ville det have været mere nærliggende, at benytte udtrykket «beskæftigelsessikkerhed». Spørgsmål 5 lyder:

Ville det være nyttigt at overveje en kombination af mere fleksible regler om tryghed i ansættelsen (employment protection legislation i den engelske version, Kündigungsschutzgesetzten i den tyske, og législation de protection de l'emploi i den franske) og veludtænkte ydelser til arbejdsløse, både i

25 I note 7 i Grønbogen nævnes, at skat på forbrug i stedet for på arbejde måske kunne fremme flexicurity, men det er ikke det, Grønbogen handler om.

26 Til brug for internethøringen ligger spørgeskemaerne kun på nettet på de tre store sprog (tysk, engelsk og fransk). De spørgsmål, der er nævnt i «kasserne» i Grønbogen er (med forbehold af evt oversættelsesfejl) de samme, som dem, der står i spørgeskemaerne.

form af indkomstkompensation (dvs passiv arbejdsmarkedspolitik) og aktiv arbejdsmarkedspolitik?

Her betyder tryghed i ansættelsen, som det ses, lovgivning om ansættelses- og afskedigelsesbeskyttelse. På s 4 i Grønbogen tales der om at

«Sætte skub i drøftelserne om, hvordan forskellige typer kontraktlige forhold, tillige med tryghed i ansættelsen for alle ansatte (employment rights applicable to all workers, bei gleichen Arbeit-srechten für alle Arbeitnehmer, droits du travail applicables à tous les travailleurs) kan fremme jobskabelse og være til fordel for både arbejdstagere og virksomheder, ...»

Her benyttes udtrykket tryghed i ansættelsen således i forbindelse med lige rettigheder for alle arbejdstagere, altså segmenteringsaspektet af flexicurity.

5.2 Generelle spørgsmål

Kommissionen beder i spørgeskemaet respondenterne om at besvare fire generelle spørgsmål om prioritering og om tilpasning af arbejdsmarkedslovgivningen og kollektive aftaler. Derefter stilles 10 spørgsmål om følgende temaer:

5.3 Omstilling på arbejdsmarkedet

Her stilles det ovenfor citerede spørgsmål 5, der nærmest er et spørgsmål, om den danske flexicurity model er en egnet model. Danmark er blandt de lande i EU, der har det laveste niveau i ansættelsestryghed og afskedigelsesbeskyttelse.²⁷ Hvis der i EU måtte være politisk vilje til at påvirke andre lande til at sænke niveauet, kan det som nævnt ikke ske ved bindende retsakter, men evt ved soft law i form af en beskæftigelsespolitisk retningslinje.

Som omtalt foran behandles arbejdere i dansk ret mindre fordelagtigt end funktionærer, navnlig med hensyn til løn under sygdom og opsigelsesvarsler. Den tyske forfatningsdomstol, Bundesverfassungsgericht fastslog i 1990,²⁸ at en bestemmelse i BGB

27 Det danske begreb afskedigelse benyttes normalt som overbegreb, der omfatter opsigelse med varsel og bortvisning uden varsel pga grov misligholdelse fra arbejdstagerens side. Det norske begreb «avskjed» svarer formentlig nærmest til bortvisning på dansk.

28 BVerfGE 82, 126, på nettet på <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv082126.html>. Entscheidungsformel: 'I. § 622 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 erster Halbsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung des Artikels 2 Nummer 4 des Gesetzes zur Änderung des Kündigungsrechtes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften (Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz) vom 14. August 1969 (BGBl. I S. 1106) ist mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, soweit hiernach die Kündigungsfristen für Arbeiter kürzer sind als für Angestellte. II. Die Urteile des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 19. Februar 1986 (8 Sa 1024/85, 8 Sa 1025/85 und 8 Sa 1026/85) verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes. Die Entscheidungen werden aufgehoben. Die Sachen werden an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Das Land Hessen hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.' Se om dommen og om praksis i øvrigt Susanne Baer: Constitutional Equality: Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court, Columbia Journal of European Law 1999 p 249.

(Bürgerliches Gesetzbuch), der fastsatte kortere opsigelsesvarsler for arbejdere (Arbeiter) end for funktionærer (Angestellte), var forfatningsstridig som uforenelig med art 3, stk 1 Grundgesetz, der bestemmer, at alle mennesker er lige for loven. Begrundelsen var, at forskelsbehandlingen af arbejdere (Arbeiter) og funktionærer (Angestellte), der gik tilbage til 1800-tallet, ikke længere - i slutningen af 1900-tallet - kunne anses for sagligt begrundet.²⁹

Art 20 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder indeholder en med art 3, stk 1 i den tyske Grundgesetz enslydende bestemmelse om, at alle mennesker er lige for loven. Det er nærliggende at antage, at den tyske Bundesverfassungsgerichts fortolkning af den tyske Grundgesetz art 3, stk 1 vil inspirere EU-Domstolens fortolkning af Chartrets art 20. Hvis EU vil presse Danmark til at hæve niveauet, kan det i givet fald ske ved et minimumsdirektiv.

Spørgsmål 6 handler om, hvilken rolle lovgivning og/eller kollektive aftaler mellem arbejdsmarkedets parter kan spille for at fremme adgangen til uddannelse og lette overgangen mellem forskellige typer kontrakter, når det gælder mobilitet opad, i løbet af et arbejdsliv, hvor den pågældende har været uafbrudt erhvervsaktiv. I dansk ret er problemet i nogen grad taget op ved kollektiv overenskomst.

5.4 Retsusikkerhed – arbejdstagerbegrebet og «floor of rights»

Arbejdstagerbegrebet har forskellige funktioner.³⁰ Det afgrænser først og fremmest, hvilke personer der er rettighedssubjekter i de love, kollektive overenskomster eller andre regler, der giver arbejdstagere en anden retsstilling end andre arbejdspræsterende parter, typisk en mere beskyttet retsstilling eller ret til deltagelse i beslutningsprocesser gennem information, høring og medindflydelse. Arbejdstagerbegrebet er også afgørende for afskærmningen af kollektive aftaler over for de konkurrenceretlige forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. I forhold til skat og social sikring benyttes begrebet i en række lande til at afgrænse, hvem der skal bidrage hvordan til disse ordninger. Afgørelsen af, om en arbejdspræsterende part er arbejdstager, beror i alle EU-lande på en vurdering af en række omstændigheder, herunder især en vurdering af i hvilket omfang han eller hun er undergivet hovedmandens/arbejdsgiverens ledelse og kontrol. Tilfælde, hvor det er tvivlsomt, om en arbejdspræsterende part er arbejdstager, angår navnlig sondringen mellem arbejdstagere og selvstændige samt spørgsmål, om hvorvidt forskellige varianter af fleksible arbejdsforhold (deltid, tidsbegrænsede kontrakter, vikarforhold, telearbejde, mv) er omfattet af arbejdstagerbegrebet.

I spørgsmål 7 og 8 spørger Kommissionen, om der er behov for større klarhed i medlemsstaternes retlige definition af arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende for at gøre det lettere at skifte i god tro fra at være arbejdstager til at være selvstændig erhvervsdrivende og omvendt, og om der er behov for et "rettighedsminimum" (floor of rights) vedrørende alle arbejdstageres arbejdsvilkår, uanset typen af deres ansættelseskontrakt.

29 Se nærmere Nielsen, Ruth: Europæisk Arbejdsret, Kbhvn 2003 s 69 f og 127 ff.

30 Se nærmere Nielsen, Ruth: Europæisk Arbejdsret, Kbhvn 2003 kap III.

En sokkel af rettigheder/lige rettigheder for alle arbejdstagere ville bidrage til at reducere den retlige segmentering af arbejdsmarkedet.

5.5 Treparts ansættelsesforhold

Vikarforhold, hvor der er tre parter involveret: en vikar, et vikarbureau og en brugervirksomhed, har givet anledning til en del usikkerhed og (forsøg på) regulering. Fsva arbejdsmiljø kræver et direktiv fra 1991,³¹ at arbejdsmiljøregler skal anvendes på samme måde over for vikarer som over for andre ansatte. EU har mere generelt forsøgt at regulere vikarers retsstilling i en årrække, men emnet er kontroversielt. Muligheden for at indgå en aftale på europæisk plan har været forhandlet mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan (ETUC, BusinessEurope (tidligere UNICE) og CEEP), men resulterede ikke i en aftale. Kommissionen udarbejdede herefter forslag til direktiv om vikarforhold.³² I begrundelsen for forslaget siges det om de komparative ligheder/forskelle mellem EU landene, at disse kan opdeles i tre kategorier:

- 1 Stater, hvor der ikke findes en definition på vikaransættelse, eller hvor der er en meget begrænset særlig lovgivning herom: Danmark, Finland, Irland og UK.
- 2 Stater, hvor der er en definition af og særlovgivning om vikararbejdskraft, som hovedsageligt vedrører forholdet mellem vikarvirksomhed, brugervirksomhed og arbejdstager: Tyskland, Østrig, Spanien, Luxembourg, Nederlandene og Sverige.
- 3 Stater, hvor der er udarbejdet en definition af og særlovgivning om vikaransættelse, som ikke blot omfatter forholdet mellem vikarvirksomhed, brugervirksomhed og arbejdstager, men også den vikaransattes stilling: Belgien, Frankrig, Italien, Portugal og Grækenland.

I spørgsmål 9 og 10 i Grønbogen spørger Kommissionen, om det ansvar, der pålægges de forskellige parter i ansættelsesforhold med flere parter, bør tydeliggøres, så det præciseres, hvem der er ansvarlig for, at arbejdstagernes rettigheder respekteres. I den forbindelse spørges, om det ville være effektivt og muligt at gøre subsidiært ansvar gældende for underentreprenører. Der spørges også, om der er behov for at præcisere vikarers beskæftigelsesmæssige status. Ovennævnte forslag til vikardirektiv synes at være kørt fast i den politiske beslutningsproces, men det er endnu ikke trukket tilbage.

5.6 Tilrettelæggelse af arbejdstiden

Kommissionen foreslog i 1990 et direktiv om tilrettelæggelse af arbejdstiden. Det blev vedtaget i 1993.³³ Direktivets hovedbestemmelser er:

31 91/383/EØF.

32 KOM(2002)149 med senere ændringer.

33 93/104/EF, nu kodificeret ved 2003/88/EF.

- en minimum daglig hvileperiode på 11 timer
- en pause, hvor arbejdstageren kan forlade arbejdspladsen, ved mere end 6 timers arbejde
- en minimum hvileperiode på en dag om ugen
- en maksimal ugentlig arbejdstid på 48 timer, inklusive overarbejde (beregnet over en referenceperiode på 4 måneder)
- mindst 4 ugers betalt ferie
- natarbejdere må ikke arbejde mere end 8 timer pr 24 timer i gennemsnit.

Arbejdstidsdirektivet har givet anledning til flere sager for EU Domstolen, der har fastslået, at der ikke efter direktivet er nogen mellemting mellem arbejdstid og hviletid. Vagttjeneste, hvor arbejdstageren, skal være til stede på arbejdsstedet, er arbejdstid, selv om arbejdstageren kan hvile sig på arbejdspladsen. I SIMAP-sagen³⁴ antog EU Domstolen, at lægearbejde på skadestuer er omfattet af arbejdstidsdirektivet. Den tid, hvorunder lægerne på en skadestue udfører vagt efter ordningen med fysisk tilstedeværelse i sundhedsinstitutionen, skal fuldt ud betragtes som arbejde og efter omstændighederne som overarbejde i henhold til arbejdstidsdirektivet. For så vidt angår ordningen med vagter, hvorunder de pågældende læger er til rådighed på tilkald, skal kun den tid, der faktisk er brugt til at yde de primære behandlingsydelser, betragtes som arbejdstid. I Jaeger-sagen³⁵ fastslog EU-Domstolen, at arbejdstidsdirektivet skal fortolkes således, at en vagttjeneste (Bereitschaftsdienst), som en læge udfører efter ordningen med fysisk tilstedeværelse på hospitalet, fuldt ud skal anses for at være arbejdstid i direktivets forstand, selv om lægen har lov til at hvile sig på arbejdsstedet i de perioder, hvor hans arbejdsydelser ikke er påkrævet. Direktivet skal endvidere fortolkes således, at det under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter der i forbindelse med vagttjeneste, der udføres efter ordningen med fysisk tilstedeværelse på hospitalet - eventuelt i kraft af en kollektiv overenskomst eller virksomhedsaftale, der er støttet på en kollektiv overenskomst - kun ydes kompensation for de vagtperioder, hvorunder arbejdstageren faktisk har udført arbejde. I Pfeiffer-sagen³⁶ blev der bla stillet nogle spørgsmål om, hvordan SIMAP-dommen skal forstås.

Kommissionen har fremsat forslag til ændring af arbejdstidsdirektivet med henblik på at gøre reglerne om vagttjeneste mere fleksible.³⁷ I spørgsmål 11 i Grønbogen spørger Kommissionen, hvordan mindstekravene vedrørende tilrettelæggelse af arbejdstiden kan ændres, så både arbejdsgivere og arbejdstagere får større fleksibilitet, samtidig med at der sikres et højt beskyttelsesniveau for arbejdstagernes sikkerhed og sundhed.

34 Sag C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap), Saml 2000 I-7963.

35 Sag C-151/02, Landeshauptstadt Kiel mod Norbert Jaeger, Saml 2003 I- 8389.

36 Forenede sager C-397/01 - C-403/01, Pfeiffer, Saml 2004 I-8835.

37 KOM(2003)843.

5.7 Arbejdstagernes mobilitet

I spørgsmål 12 i Grønbogen spørger Kommissionen, hvordan arbejdstagernes rettighe-der kan sikres i hele EU for de arbejdstagere, der arbejder på tværnational basis, herunder særligt grænsearbejdere. Der spørges igen, om der er brug for en EU-retlig definition af arbejdstagerbegrebet. I denne sammenhæng tænkes primært på direktiverne om udstationering³⁸ og virksomhedsoverdragelse.³⁹

5.8 Håndhævelse af regler og sort arbejde

De sidste to spørgsmål (13 og 14) angår styrkelse af det administrative samarbejde mellem de relevante myndigheder for at gøre dem bedre til at håndhæve EU-arbejdsretten, herunder om hvilken rolle, arbejdsmarkedets parter bør have i dette samarbejde. I dansk ret spiller arbejdsmarkedets parter typisk en helt afgørende rolle i håndhævelsen både af rent danske regler og regler med EU-retlig baggrund. De nordiske lønmodtagerorganisationer har udarbejdet et forslag om et supplerende arbejdsretligt system, der skal bedre håndhævelsesmulighederne for kollektive aftaler på europæisk plan.⁴⁰

Endelig spørger Kommissionen, om der er brug for initiativer på EU-plan til at støtte medlemsstaternes tiltag til bekæmpelse af sort arbejde.

6 Konklusion

EU-arbejdsretten har hidtil været baseret på en bredspektret legalstrategi omfattende mange forskellige reguleringsformer. Grønbogen ændrer ikke noget heri. Den har ikke karakter af et lovprogram eller et forslag til enkeltstående lovgivning, men er et startskud til en offentlig debat/høring. Kommissionen har bebudet, at den i sommeren 2007 vil udsende en meddelelse om flexicurity, hvor den vil formulere nogle guidelines på grundlag af den stedfundne debat.

En væsentlig del af baggrunden for, at der stilles øgede krav til fleksibilitet og omstilling på arbejdsmarkedet er udviklingen af en global, videnbaseret økonomi. Sikring og forbedring af arbejdstagernes ansættelsesegnethed (employability) er et af de prioriterede områder inden for den europæiske beskæftigelsespolitik, som Grønbogen relaterer arbejdsretten til. Ann Henning har argumenteret for,⁴¹ at der i takt med videnøkonomiens udvikling er brug for et normativt skift fra en forpligtelse for arbejdsgiveren til at sikre fortsat ansættelse, hvilket er hovedindholdet af reglerne om opsigelsesværn, til en pligt til at sikre fortsat ansættelsesegnethed, jf følgende:

that flexible knowledge (and thus continuous education) has the potential to out-date employment

38 96/71/EF.

39 2001/23/EF.

40 Se <http://www.nfs.net/index.php?dispatchTo=Renderer&action=download&file=26>.

41 Numhauser-Henning, Ann: Flexible Qualification - a Key to Labour Law?, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2001 p 101.

protection versus new forms of works as the touchstone of labour law discourse in the Knowledge Society. Hitherto labour law discourse has usually focused on labour market segmentation in terms of a core group of permanently employed workers and more peripheral groups of workers in atypical employment. However, recent Swedish labour market statistics show that employability in terms of qualification appears to be the crucial quality, regardless of mode of employment, when it comes to the risk for the individual of being subjected to unfavourable labour conditions, transfers and unemployment. This implies new challenges to labour law. Legally defined or negotiated rights to education and training is an important way forward. It is argued that while such rights as part of employment protection schemes seem to imply a strengthening of employer prerogatives as regards the functional flexibility dimension, a right to education and training as part of more general conditions of employment may work to the 'empowerment' of individual employees. What we need is 'a normative shift' as regards the employer's obligation, from an obligation to guarantee continued employment to an obligation to guarantee continued employability.