

Arbejdsmarkedets grundlov og EU arbejdsretlige betragtninger i statsretlig belysning

af

Professor, dr.jur. Ole Krarup

1. Septemberforliget har altid været anset for "Arbejdsmarkedets grundlov". Grundlovs-betegnelsen indikerer at Septemberforliget - og dets nugældende afløser(e), Hovedaftale(r)n(e) - har en basal retlig betydning for organiseringen af arbejdsmarkedet. Septemberforliget/Hovedaftalen er (arbejdsrets)systemets fundament.

Med dette udgangspunkt kan det være passende at bruge Septemberforligets jubilæum som anledning til at spørge til jubilarens helbred. Det gør jeg i det følgende med udgangspunkt i spørgsmålet om hvorvidt og hvordan arbejdsmarkedets grundlov - og det overenskomstsysteem den hjemler - påvirkes af den EU-retlige regulering, efterhånden som dette bekendtskab bliver mere og mere intimt.

I den moderate udformning jeg har givet spørgsmålet, er svaret indlysende: Der finder ubestrideligt en omfattende påvirkning sted, så omfattende at der kan være grund til at radikaliserer spørgsmålet: Befinder arbejdsmarkedets grundlov og dens retssystem sig i en forvandlingsproces - der måske ligefrem kan indebære et identitetstab - som følge af EU-retlig påvirkning? Eller omvendt: har denne grundlov en særlig resistens over for overnationale krav der ikke er konsistente med Hovedaftalens system?

Jeg ser altså bort fra den hypotese at den aldrende jubilar ubesværet har bevaret sin fulde vitalitet og udfoldelseskraft i selskab med sin nye partner. En sådan antagelse modsiges temmelig åbenlyst af virkelighedens vidnesbyrd som røber dybtgående strukturelle forskelle mellem Hovedaftalens danske overenskomstsysteem og p.d.a.s. den (voksende) EU-retlige regulering af arbejdsmarkedets retsforhold. På fundamentale punkter er der tale om regulære modsætninger mellem to væsensforskellige retstraditioner.

Spørgsmålet om det traditionelle overenskomstsystems fremtidsudsigter på baggrund af EU-rettens ekspansion har mange facetter; det kan diskuteres med (rets)politisk, historisk eller sociologisk perspektivering. Mine betragtninger er i hovedsagen knyttet til spørgsmålet om den retsbeskyttelse der i dansk ret kan opstilles til værn for den danske aftaletradition.

2. Grundlov problemerne tager udgangspunkt i et alment og overordnet spørgsmål, nemlig hvorvidt - eller hvorfor/hvorfor ikke - arbejdsmarkedets grundlov har en retlig betydning svarende til den betydning Danmarks Riges Grundlov har for danskerne og deres samfund og for statsmagtens forskellige rollehavende.

Ganske som Grundloven er Septemberforlig/Hovedaftale netop en grundlov. Septemberforliget er den danske arbejdsrets genese. Dette svarer til at det danske folkestyre kom til verden med vedtagelsen af den 50 år ældre Junigrundlov. Såvel

Septemberforliget som Junigrundloven skabte en ny retlig virkelighed inden for de respektive retsområder ved at konstituere nye rettigheder og kompetencer.¹⁾

Dette er den ydre lighed mellem Junigrundloven og Septemberforliget, altså mellem den statsretlige grundlov og den arbejdsretlige. Fælles er endvidere at begge "grundlove" er ændret ("moderniseret") sidenhen. Men for begge gælder det at de oprindelige grundstrukturer og basale regler er uændrede, for Hovedaftalens vedkommende særlig sikringen af organisationsretten og de dertil hørende kollektive rettigheder som særpræger dansk arbejdsret i forhold til EU i særdeleshed organisationernes ret til at kræve frie overenskomstforhandlinger, jf. nedenfor afsnit 8.

Det falder uden for denne artikels rammer at dyrke de to grundlove på historisk eller retssociologisk grundlag. Både de konkrete begivenheder bag de to grundlove og de samfundsmæssige forudsætninger for at de kunne gennemføres er væsensforskellige; de er hver for sig behandlet af grundlovsteoretikere og arbejdsmarkedsforskere. Det er ikke disse sammenhænge jeg vil diskutere her.

Temaet for mine betragtninger er i første række den juridiske betydning af begrebet "grundlov" anvendt på Septemberforliget og de efterfølgende hovedaftaler. Hvorvidt kan det statsretlige grundlovsbegreb anvendes til belysning af spørgsmålet om EU-rettens indflydelse på dansk arbejdsrets grundlov?

Anledningen til dette spørgsmål er at det statsretlige forhold mellem Danmarks Riges Grundlov og EU er udførligt belyst i Højesterets to domme i Maastricht-sagen, nemlig dels dom af 12. august 1996 om prøvelsesretten, UfR 1996 side 1300, dels realitetsdommen af 6. april 1998, UfR 1998 side 800. Mit ærinde er at drøfte hvorvidt disse afgørelser kan have betydning for de(t) omdiskuterede spørgsmål om EU-reguleringens indflydelse på dansk arbejdsret.

3. Maastricht-sagen var anlagt af en gruppe borgere der krævede dom for at den kompetenceoverførsel fra danske instanser til EU der følger af den danske tiltrædelseslov (Traktaten om Den Europæiske Union, TEU) er i strid med Grundloven.

Højesteret frifandt regeringen for påstanden om grundlovsbrud. Herom nærmere nedenfor afsnit 5. Sagen blev (bl.a.) rejst med udgangspunkt i sagsøgernes retoriske spørgsmål: Har vi en Grundlov? Det svar der fremgår af Højesterets dom, er bekræftende: Uanset EU-rettens omdiskuterede forrangsprincip, og uanset at "tiltrædelsen af Traktaten om Den Europæiske Union indebærer overførsel af lovgivningskompetence inden for en række almene og væsentlige livsområder"²⁾, gælder grundloven fortsat.

Derimod har den arbejdsretlige grundlov været stærkt nedprioriteret i forhold til EU-retten, uden at dette har givet anledning til at anfægte EU-rettens arbejdsretlige dele som "grundlovsstridige"; mest markant finder nedprioriteringen udtryk i følgende karakteristik:

"Det har været almindeligt at opfatte Hovedaftalen mellem LO og DA som arbejdsmarkedets grundlov. Denne position er ændret. Selvom Hovedaftalen og andre kollektive overenskomster ikke direkte ændres af EF-retten, rykker de ned

1. Det gælder først og fremmest etableringen af den materielle og personelle kompetence. Derimod kom den processuelle overbygning til Septemberforliget først til verden en halv snes år senere, nemlig gennem August-udvalgets vedtagelser der er grundlaget for såvel den fagretlige som den arbejdsretlige procesordning der har vist sig tilsvarende langtidsholdbar som grundreglerne i Septemberforliget.

2. Citatet - som er fra præmisserne i den første dom, UfR 1996 side 800 - indgår i Højesterets begrundelse for at de (oprindelig) 12 borgere havde søgsmålsret.

i retskildehierarkiet, mens de øverste pladser indtages af EF-regler, hvoraf de trindhøjeste er grundrettighederne og de almindelige retsprincipper. Alle bindende EF-regler har forrang for enhver dansk regel".³⁾

Der er altså forskel på den statsretlige grundlov og den arbejdsretlige. Men hvilken?

4. Hvis man abstraherer fra den (ordmagiske) tilsnigelse der ligger i betegnelsen "grundlov", er svaret egentlig nærliggende. Det er korrekt at begge retsområdets grundlove - Danmarks Riges og arbejdsmarkedets - ligner hinanden derved at de begge

(1) konstituerer et (henholdsvis omfattende og begrænset) retssystem, der overvejende består af kompetencenormer, og (dermed)

(2) skaber fundamentet for et retligt hierarki, hvori grundlovene indgår som normer af højeste gyldighed, og (i overensstemmelse hermed)

(3) kun kan ændres på grundlag af en ekstraordinær procedure.

Men disse funktionelle ligheder kan ikke skjule de afgørende forskelle mellem de to grundlove m.h.t. spørgsmålet om EU-rettens indflydelse eller dominans over det danske retssystem, navnlig

(a) at arbejdsmarkedets grundlov kun har gyldighed som et delsystem inden for den samlede danske retsorden, d.v.s. det retssystem der baseres på den danske grundlov,

(b) at dette delsystem er hierarkisk underordnet den danske grundlovs kompetencer; og dette betyder

(c) at EU-rettens indflydelse er baseret på den danske stats overordnede kompetence, i særdeleshed den udenrigspolitiske handleevne efter grundlovens §§ 19 og 20; nogen tilsvarende udenrigspolitisk handleevne rummes ikke (og kan ikke rummes) i arbejdsmarkedets grundlov(e) for de persongrupper (organisationer) der er disse grundloves adressater. Dersom centrale danske hovedorganisationer, f.eks. LO og DA, måtte vedtage at overføre (dele af) deres kompetencer inden for det danske arbejdsretlige system til "arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan", jf. TEF artikel 139 (artikel 4 i Maastricht-traktatens sociale protokol), kan sådanne vedtagelser ikke uformidlet få retsvirkninger i henhold til gældende dansk arbejdsret, f.eks. i forhold til søgsmålskompetence og partshabilitet i medfør af lov om arbejdsretten.⁴⁾

5. På baggrund af denne afmystificering af betegnelsen "arbejdsmarkedets grundlov" kan man spørge om Højesterets afgørelser i Maastricht-sagen kan belyse spørgsmålet om forholdet mellem EU-arbejdsrettens system og Hovedaftalen (det danske overenskomstsystem), i særdeleshed spørgsmålet om hvordan indbyrdes konflikter eller sammenstødsproblemer mellem de to systemer løses.

Dommen af 6. april 1998 rummer muligvis en nøgle til besvarelse.

3. Ruth Nielsen, Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning (1992) side 279.

4. Jf. erklæring 27 til Amsterdamtraktaten.

Jeg sigter til et punkt jeg har diskuteret andetsteds⁵⁾ nemlig spørgsmålet om hvorvidt konflikter eller sammenstødsproblemer afgøres i EU-regi eller af danske myndigheder. Maastricht-dommens svar er at det som udgangspunkt tilkommer EF-Domstolen at definere grænser for EU-myndighedernes kompetence i forhold til dansk (arbejds)ret, men med forbehold af danske domstoles principielle ret til det sidste ord.

Højesterets ræsonnement bygger på følgende: Det er en central antagelse i statsretlig teori at delegation af lovgivningsmagt til en overnational institution ikke kan indbefatte kompetence til for det overnationale organ selv at afgøre grænser for sin egen kompetence. Det sidste ord tilkommer de danske domstole. I modsat fald ville delegationen ligge uden for grundlovens § 20, eftersom denne bestemmelse forudsætter at suverænitetetsafgivelsen skal finde sted "i nærmere bestemt omfang". Ja, det har endog været hævdet at det skulle være principielt udelukket at den nationale suverænitetets-afgivelse kunne indbefatte kompetencen til at afgøre den overdragne kompetences grænser⁶⁾.

I Højesterets dom af 6. april 1998 udtales det herom:

“Ved tiltrædelsesloven er det anerkendt, at kompetencen til at prøve lovligheden og gyldigheden af EF-retsakter tilkommer EF-domstolen. Dette indebærer, at danske domstole ikke kan anse en EF-retsakt for anvendelig i Danmark, uden at spørgsmålet om dens forenelighed med Traktaten har været prøvet af EF-domstolen, og at danske domstole i almindelighed kan lægge til grund, at EF-domstolens afgørelser herom ligger inden for suverænitetetsafgivelsens grænser. Højesteret finder imidlertid, at det følger af bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1, sammenholdt med danske domstoles adgang til at prøve loves grundlovsmæssighed, at domstolene ikke kan fratages adgangen til at prøve spørgsmål om, hvorvidt en EF-retsakt overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetetsafgivelse. Danske domstole må derfor anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den ekstraordinære situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder med hensyn til fællesskabsretlige regler og retsprincipper, som beror på EF-domstolens praksis”.

En dansk domstol kan altså anse en EU-retsakt for uanvendelig i Danmark som følge af at retsакten er udstedt på et reguleringsområde der ikke tilkommer EU på grundlag af de danske tiltrædelseslove. Men det fremgår af Højesterets præmisser at betingelserne for at danske domstole kan se bort fra en EU-retsakt, er ganske strenge. Det forudsættes at der foreligger en "ekstraordinær situation" og at EU-retsакten "med sikkerhed" ligger uden for den danske suverænitetetsafgivelse.⁷⁾

5. Jf. Retsvidenskabeligt Institut B's Årsberetning 1996 side 49 ff. og UfR 1994 B side 75 ff.

6. Således Alf Ross, Dansk Statsforfatningsret, 2. udg. 1966 side 408, jf. min anmeldelse UfR 1967 B side 14 ff.

7. Jf. nærmere herom min artikel Om domstolenes grundlovsprøvelse i Retsvidenskabeligt Institut B's Årsberetning 1998 side 131 ff.

6. Selvom Højesterets censurforbehold næppe er tiltænkt stor praktisk gennemslagskraft, er det af principiel interesse at drøfte spørgsmålet om hvorvidt prøvelsesforbeholdet kan få betydning m.h.t. arbejdsretlige sammenstødsproblemer.

Før Maastricht-traktaten kunne det diskuteres om den hidtidige EU-regulering var omfattet af den danske tiltrædelseslov. Opregningen af EFs reguleringskompetencer i artikel 3 omfattede ikke arbejdsmarkeds- og socialpolitikken, og den dagældende artikel 118 indeholdt ikke (til forskel fra den afløsende artikel 137 i Amsterdam-traktaten) hjemmel til at udstede forpligtende arbejdsretlige forskrifter. De fleste arbejdsrets-direktiver før Maastricht-traktaten var udstedt med hjemmel i artikel 100, enkelte (tillige) med henvisning til artikel 235. Spørgsmålet om hvorvidt disse artikler kunne udgøre tilstrækkelig hjemmel - og arbejdsmarkedspolitikken dermed være anset for overført til Fællesskabskompetence - kunne med rimelighed være rejst, men hjemmelen er aldrig blevet anfægtet.

F.eks. indeholder direktiv 77/187 (EØF) forskrifter om "tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter". Sigtet med direktivet er at "sikre, at arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet fortsættes af erhververen uden ændringer, for at forhindre, at de arbejdstagere, der berøres af overførselen stilles ringere på grund af overførselen"⁸⁾, altså en utvetydig lønarbejder-beskyttelsesregel.

Hvorvidt en selvstændig beskyttelsesregel med det angivne sigte falder inden for tiltrædelsesloven, må afgøres med udgangspunkt i den påberåbte hjemmel. Direktivet er udstedt på grundlag af artikel 100; efter den dagældende udformning kunne der i medfør af denne artikel udstedes "direktiver om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, der direkte indvirker på fællesmarkedets oprettelse og funktion".

Men direktivets indhold og erklærede betydning er, som det fremgår af det ovenfor anførte, at sikre lønarbejderrettigheder; at noget sådant kan indvirke på fællesmarkedets funktion, er vel ubestrideligt, eftersom enhver generel regulering af lønarbejdsforholdet kan siges at "indvirke" på markedets funktion; men lige så ubestrideligt er det at denne indvirken ikke er "direkte", men blot en indirekte følge af et andet selvstændigt hovedsigte - og at en accept af en så almen hjemmel vil devaluere hjemmelskravet i forhold til de - sammenlignelige - hjemmelskrav danske domstole håndhæver over for administrative myndigheder på grundlag af Grundlovens § 63.

Dette pointerer jeg på baggrund af Højesterets fremhævelse (dommens afsnit 9.3.) af at TEF bygger på et krav om at "Fællesskabets institutioner kun kan handle inden for de rammer for Fællesskabets virke, som fremgår af Traktatens bestemmelser". Hertil føjer Højesteret:

"Princippet om tildelte kompetencer indebærer således en begrænsning i institutionernes beføjelser, som svarer til bestemmelseskravet i grundlovens § 20".

8. Dette anføres (i tråd med direktivets præambel-tekst) i domstolens afgørelse i sag 105/84, Samling 1985 side 2639, som omtales i Ny Mølle Kro-sagen, Samling 1987 side 5465, jf. Arbejdsretligt Tidsskrift 1988 side 13.

Men i det omfang hjemmelsbestemmelserne fortolkes så bredt som i det nævnte eksempel, udvandes bestemthedskravet tilsvarende.⁹⁾

7. Først med Maastricht-ændringen blev "indførelse af en politik på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område" traktatfæstet (artikel 3 i). Herefter - og særlig efter at den sociale protokol (11 lande-aftalen) er blevet indskrevet i Amsterdam-traktaten (afsnit XI) - er spørgsmålet om Højesterets prøvelsesforbehold uinteressant m.h.t. den generelle adgang til EU-arbejdsretlig regulering. Dette retsområde er nu, modsat tidligere, tydeligvis omfattet af traktaten, og dermed af den danske tiltrædelseslov som udformet efter Maastricht- og Amsterdam-traktaten.

Ikke desmindre kan der opstå grænseproblemer. Direktiv-kompetencen efter artikel 137 gælder således ikke for "lønforhold, organisationsret, strejkeret eller ret til lockout", jf. stk. 6, og traktaten omfatter ikke sanktioner og håndhævelse.

På denne baggrund er EFDs dom af 9. december 1997 i den franske blokade-sag interessant¹⁰⁾. Dommen tager stilling til omfanget af medlemsstaternes pligter til at håndhæve forbud mod fysiske blokader og lignende i forhold til traktatens forbud mod handelshindringer, artikel 30 - 36 (Amsterdamtraktaten artikel 28-31). Konkret angår dommen den franske stats pligt til at "træffe alle nødvendige og adækvate foranstaltninger med henblik på, at private aktioner ikke hindrer den frie bevægelighed for frugt og grønsager". Den franske stat blev dømt for tilsidesættelse af denne pligt, og det skete med ganske vidtgående præmisser.

Med Udgangspunkt i traktatens basale princip om varernes frie bevægelighed, jf. artikel 30, fastslås det at denne artikels forbud mod handelshindringer ikke blot rammer statens egne restriktive foranstaltninger; princippet medfører tillige pligt for medlemsstaterne til at "træffe de fornødne foranstaltninger til at gribe ind over for hindringer for de frie varebevægelser, som skyldes forhold, der ikke kan tilskrives staten" - i dette tilfælde blokader.

Statens EU-retlige pligt til at sikre den frie vareudveksling over for fysiske blokader formuleres således i dommen (præmis 56):

"Medmindre den pågældende medlemsstat godtgør, at en indgriben fra dens side vil få følger for den offentlige orden, som den ikke vil kunne afbøde ved hjælp af de midler, der står til dens rådighed, er medlemsstaten forpligtet til at træffe alle egnede foranstaltninger til at sikre fællesskabsrettens retsvirkninger og gennemslagskraft, således at fællesskabsretten i alle erhvervsdrivendes interesse gennemføres korrekt".

De handlinger der blev pådømt i denne blokadesag, kan muligvis bedømmes i lyset af den antagelse at de franske myndigheder reelt accepterede de fysiske blokader (og hærværkshandlinger). Det interessante er imidlertid at dommens præmisser rækker videre; de dækker alle fysiske blokader der kan udgøre faktiske hindringer for varernes frie bevægelighed inden for det indre marked.

Dommens politiske betydning understreges af at kommissionen i efteråret 1997, umiddelbart før domsafsigelsen, fremsatte forslag til "forordning om indførelse af en interventionsmekanisme for Kommissionen med henblik på at bringe bestemte

9. Direktivet har givet anledning til en lang række retssager, hvoraf størstedelen er blevet afgjort af Arbejdsretten. På flere punkter illustrerer direktivet brudfladerne mellem EU-arbejdsretten og det danske system, bl.a. m.h.t. spørgsmålet om anvendelse af direktivet på organisationernes kollektive rettigheder, jf. Henrik Karl Nielsen Juristen 1996 side 16 ff. med henvisninger.

10. Sag 265/95.

handelshindringer til ophør". Forslaget går ud på at kommissionen får tillagt en række beføjelser til at gennemtvinge en hurtig retshåndhævelse over for blokadehindringer af den art der omhandles i dommen; det oprindelige forslag rummer ikke nogen undtagelse m.h.t. hindringer for den frie bevægelighed der alene skyldes en lovlig (overenskomst-mæssig) arbejdskamp. En sådan undtagelse er medtaget i Kommissionens senere forslag¹¹⁾.

Hvis der under en lovlig arbejdskamp herhjemme forekommer fysiske blokader, vil politiet også efter dansk retsopfattelse være berettiget til at gribe ind¹²⁾. Pointen er imidlertid at hensynet til det indre markeds krav om fri varebevægelighed ikke ubetinget har prioritet fremfor de andre skønsmomenter der er afgørende for om blokaden skal bringes til ophør ved magt.¹³⁾

Blokadeeksemplet viser at der - selvom EUs kompetence i dag omfatter arbejdsretlig regulering - fortsat er mulighed for en kollision mellem EU-retlige krav og (i øvrigt gældende) dansk ret. Altså et eksempel på at danske domstoles adgang til - i overensstemmelse med Maastricht-dommen - at erklære en EU-retsakt for uanvendelig som følge af at den savner hjemmel i de danske tiltrædelseslove, kan udgøre et omdrejningspunkt for en juridisk problematisering af mulige sammenstødsproblemer.

Selvom det fremgår af Højesterets præmisser at censurbeføjelsen for de danske domstole nok er af større teoretisk end praktisk betydning, er der grund til at konfrontere prøvelsesretten med de konfliktspørgsmål der udspringer af strukturelle forskelle mellem de to systemer. Nogle af disse konflikter omtales i det følgende.

8. Retligt set bygger den basale forskel mellem EUs arbejdsretlige normering og Hovedaftalens system på at arbejdsretten inden for EU-systemet primært udgør et lovgivningsanliggende, altså et ansvar for de enkelte medlemsstater, mens de afgørende sider af arbejdets retsforhold i dansk ret reguleres ved overenskomster, hvis indhold og gennemførelse er organisationernes - og ikke statsmagtens - ansvar¹⁴⁾. I overensstemmelse hermed er Hovedaftalens system - til forskel fra EUs - bygget over

11. Det oprindelige forslag blev fremsat 18.11. 1997, KOM (97) 619. Det senere forslag fra Kommissionen af 9.6. 1998, 9348/98 fastslår udtrykkeligt at forordningen ikke giver adgang til at gribe ind i "grundlæggende rettigheder", herunder strejkeretten. Forslagene er udarbejdet med hjemmel i artikel 235. Dette hjemmelsgrundlag er blevet bestridt under parlamentets behandling.

12. Grundlaget for den politimæssige indskriden findes i justitsministeriets såkaldte blokade-cirkulære af 30.6.1976. I henhold til arbejdsretlig bedømmelse anses en fysisk blokade for et ulovligt kampskridt, jf. Arbejdsrettens dom i sag nr. 7601. Om grundlaget for den politimæssige indskriden findes der en ganske omfattende litteratur, jf. Straffelovrådet's bet. nr. 759/1976 om arbejdskonflikter, Unmack Larsen, Juristen 1976.185 ff, Alf Ross, Juristen 1976 s. 317 ff, J. Vestergaard (red.), Sociale uligheder, 1986, Del 1 s. 13-68, Jørgen Jepsen, Scandinavian Studies in Criminology Vol. 7, Universitetsforlaget 1980 s. 177-207, Knud Waaben, Strafferettens specielle del, 4. udg. 1994, s. 40, Greve m.fl.: Kommenteret straffelov, SPD, 6. udg., 1997 s. 299 og 301, Greve m.fl.: Normalpolitivedtægten, 2. udg, DJØF 1981 s. 98 ff og Ib Henrichson: Politiret, 1996 s. 188 ff.

13. Dette diskuteres særlig indgående i J. Vestergaard (red.) Sociale uligheder, 1986, særlig Del 1 side 13-68.

14. Modsætningen er almindeligt erkendt, jf. særlig Jens Kristiansen, EU-direktiver og aftalesystemer, Retsvidenskabeligt Institut B's årsberetning 1994 side 73 ff., C. Strøby Jensen, Arbejdsmarked og europæisk integration II (1998), særlig kapitel 8. Den samme forståelse ligger til grund for Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 3. udg (1997) og samme forfatter afhandling, Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning (1992) - uden at denne forfatter problematiserer modsætningen, jf. min anmeldelse af sidstnævnte værk UFR 1993 B, side 153 ff og Det juridiske babelstårn i Blume m.fl. (red.) Retlig polycentri (1993).

organisationernes kollektive rettigheder, mens parternes individuelle rettigheder forvaltes af organisationerne, som ligeledes har ansvaret for retshåndhævelsen.

Skematisk kan de strukturelle forskelle mellem Hovedaftalens retssystem og EU-retten anskueliggøres som følger:

	DK (NORDEN)	EU
Retsgrundlag:	Overenskomst	Direktiv
Rettighedsstruktur:	Kollektiv ret	Individuel ret
Håndhævelse/ proces:	Voldgift/Arb.ret	Domstole (EF-D)
Organisering:	Enhedsfagbevægelse Høj organisering	Opdelt fagbevægelse Lav organisering

Forholdet mellem dansk arbejdsret og EU-retten udgør, med EU-retlig sprogbrug, et integrationsretligt problem (uden at denne betegnelse rummer nogen klar stillingtagen til om der er tale om integration af dansk ret i EU-retten og/eller omvendt). Integrationsspørgsmålet har mange facetter, også selvom det begrænses til rent retlige problemstillinger: I hvilket omfang kan danske organisationer påtage sig, respektive frasige sig statsmagtens EU-retlige pligt i forhold til EU, f.eks. pligten til at implementere arbejdsmarkedets EU-direktiver? Hvorvidt kan EU-systemets individorienterede rettigheder overføres til, respektive afvises fra det overenskomstbaserede danske system, hvis hovedaktører er organisationerne som bærere af kollektive rettigheder? Hvordan kan EU-arbejdsretlige individuelle rettigheder gennemføres i det danske fagretlige og arbejdsretlige - kollektive - processystem, f.eks. i forhold til uorganiserede? Og mere alment: Hvilke konsekvenser kan en stigende EU-retlig regulering få for arbejdsmarkedets struktur, herunder organiseringen af den danske arbejdsmarked?

Spørgsmålene udgør eksempler på sammenstødsproblemer, dvs. retsspørgsmål der opstår i mødet mellem hovedaftalesystemet og EU-retten. Disse - omfattende - spørgsmål kan ikke afhandles inden for denne artikels rammer. Det følgende er smagsprøver på (aktuelle) problemer der tjener til at perspektivere sammenstødsproblemerne art og omfang på baggrund af den prøvelsesret der fremgår af Maastricht-dommen.

9. Den basale konflikt mellem Hovedaftalens overenskomstnormering og EU-rettens forudsætning om den arbejdsretlige regulering som et lovgivningsanliggende kan illustreres med direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser¹⁵). Direktivet angår virksomheder som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på en medlemsstats område, jf. artikel 1, stk. 1 (og om den nærmere afgrænsning stk. 3). Grundreglen i direktivet går ifølge artikel 3, stk. 1 ud på at

15. Direktivet gennemgås nærmere af Ruth Nielsen i EU-arbejdsret, 3. udg. side 333 ff.

"Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder (....) sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse".

De ansættelsesvilkår der er omfattet af direktivets krav, er specificeret i samme stk., bl.a. arbejdstid, betalt ferie og mindsteløn, overtidsbetaling.

I det omfang ansættelsesbetingelserne hviler på lov eller administrative bestemmelser (der kan bygge på - andre - direktiver), opstår der ingen sammenstødsproblemer. Medlemsstatens pligter i henhold til direktivet opfyldes uproblematisk gennem lovgivningsvedtagelser og/eller administrative bestemmelser.

Anderledes m.h.t. overenskomstbestemte ansættelsesvilkår ("kollektive aftaler"), herunder lønvilkår. Om disse omfatter udstationerede lønarbejdere, afhænger efter dansk ret (Hovedaftalen) af de(n) på området gældende overenskomst(er). At de udstationerede lønarbejdere dækkes af en overenskomst, kan ingen statsinstitution efter dansk ret "påse", d.v.s. sikre. Påtaleretten tilkommer - eksklusivt - overenskomstens parter uden (supplerende) beføjelser for nogen statsinstitution.

Dette lægger op til en anden ejendommelighed ved artikel 3, nemlig henvisningen til "kollektive aftaler (eller voldgiftskendelser), *der finder generel anvendelse*". Ifølge artikel 3, stk. 8 forstås herved "kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område".

Kollektive aftaler af denne art - altså overenskomster der gælder også for andre end overenskomstens parter (med virkning "erga omnes") - kendes ikke i dansk ret. Er den ansattes organisation og/eller arbejdsgiveren ikke part i (eller har tiltrådt) en dækkende overenskomst, er der hverken pligt til at overholde eller ret til at påberåbe sig overenskomsten.

Artikel 3, stk. 8 indeholder følgende supplerende regel:

"Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse (...), kan medlemsstaten beslutte at lægge følgende til grund:

- De kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren, og/eller
- de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område, såfremt deres anvendelse på de i artikel 1, stk. 1 omhandlede virksomheder på de områder, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, i nærværende artikel, ikke medfører forskelsbehandling mellem disse virksomheder og de øvrige virksomheder, der er nævnt i dette afsnit, og som befinder sig i en tilsvarende situation.

Efter denne artikel foreligger der ligebehandling, når nationale virksomheder, som befinder sig i en tilsvarende situation:

- På arbejdsstedet eller i den pågældende sektor er underkastet samme forpligtelser på de i stk. 1, første afsnit nævnte områder som udstationeringsvirksomhederne, og
- skal opfylde disse forpligtelser med de samme virkninger".

Den korte mening med disse udviklede bestemmelser er at sikre at der ikke diskrimineres med hensyn til løn- og arbejdsvilkår over for de udstationerede lønarbejdere. Men de mange ord kan ikke skjule at selve direktivets begrebsmæssige fundament er uforeneligt med hovedaftalens aftalesystem og overenskomstbegreb.

Problemet er ikke at "der ikke findes en ordning til *konstatering* af, at kollektive aftaler finder generel anvendelse". Problemet er at en sådan ordning er uhjemlet i dansk arbejdsret. Eller med andre ord: Direktivet er - bogstaveligt opfattet - ikke anvendeligt efter det danske hovedaftalesystem.

Teoretisk set er der to løsningsmuligheder.

(1) En dansk retsinstans kan konstatere at direktivets grundregel efter sin bogstavelige udformning er uanvendeligt i Danmark, i det omfang direktivet indeholder et krav om at sikre udstationerede arbejdstagere løn- og arbejdsvilkår svarende til "kollektive aftaler, der finder generel anvendelse" - eftersom sådanne kollektive aftaler ikke findes i dansk ret.

(2) Det bestemmes ved lov at visse kollektive overenskomster tillægges almenyldig virkning i forhold til de udstationerede.

Problemet med løsning (1) er at direktivet vil være uden retsvirkninger i Danmark i det omfang retsgrundlaget er "almene" aftaler. Problemet med løsning (2) er at en lovvedtagelse af den nævnte art (med eller uden mellemkommende administrative afgørelser) betyder at arbejdsgivere og/eller lønarbejdere (som typisk ikke - i hvert fald ikke nødvendigvis - vil være organiseret i det kontraherende forbund) underkastes en overenskomst uden at de har nogen partsrepræsentation, en overenskomst som de ikke kan opsige, og hvis overholdelse ikke er underkastet adækvate regler om påtaleret mv.

Spørgsmålet er om dette er foreneligt med artikel 137, stk. 6, hvorefter reguleringen af de arbejdsretlige forhold ikke gælder for "lønforhold, organisationsret, strejkeret eller ret til lockout". Direktivet er udstedt med hjemmel i artikel 57, stk. 2 og artikel 66. Men i det omfang sigtet er at etablere en lønarbejderbeskyttelse, bør hjemmelsgrundlaget søges i traktatens afsnit herom, artikel 136 ff.

I den foreliggende sammenhæng er problemet ikke blot at direktivets konstruktion kan komme på kant med ILO-konventionerne 87 og 98,¹⁶⁾ men særlig at den principielle omkalfatring af Hovedaftalens overenskomstsysteem reelt rummer så afgørende indgreb i "lønforhold, organisationsret, strejkeret eller ret til lockout" at direktivet, uanset dets beskudne ambition, savner hjemmel i traktaten - og direktivet af den grund kan anses for uanvendeligt i dansk ret som for vidtgående i forhold til tiltrædelsesloven¹⁷⁾. Dersom der ikke vedtages nogen særlig implementeringslov, kan direktivets forbud mod forskelsbehandling - som antagelig kan påberåbes af såvel arbejdsgiver som lønarbejdersiden - blive antastet på grundlag af aktionsretten. I tilfælde hvor en udstationerende virksomhed ikke er bundet af en eksisterende overenskomst, vil det relevante forbund kunne varsle arbejdskamp i overensstemmelse med Hovedaftalens regler. I det omfang de(t) aktionerende forbund fremsætter overenskomstkraV der afviger fra overenskomster der gælder i "tilsvarende" virksom-

16. Jf. Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof, *International arbejdsret* (1998) kapitel 7.

17. Direktiver udstedt inden Amsterdammtraktaten. Den tilsvarende hjemmel fandtes på udstedelsestidspunktet i artikel 2 i protokol om social- og arbejdsmarkedspolitikken (11 landes-aftalen) der er enslydende med den nugældende artikel 137.

heder, kan det være en konsekvens af direktivet at aktionen erklæres ulovlig. Der er ganske solide argumenter for at direktivet hermed har gjort et ganske principielt indgreb i den frie aktionsret. Og tilsvarende argumenter til støtte for at denne konsekvens af direktivet falder uden for EU-institutionernes kompetence i medfør af tiltrædelsesloven.

10. Fristen for implementering af udstationeringsdirektivet udløber i 1999; der er endnu ikke (i skrivende stund) fremlagt noget forslag til dansk implementeringsprocedure. Dette har muligvis sammenhæng med en ambition fra dansk side om så vidt muligt at undgå implementering af lovgivningsvejen, jf. artikel 137, stk. 4 der udtrykkeligt åbner mulighed for at gennemførelse af direktivforpligtelser kan overlades til arbejdsmarkedets parter. Denne implementeringsmulighed har bred politisk opbakning.¹⁸⁾

Dette har i særdeleshed haft betydning med hensyn til spørgsmålet om opfyldelse af arbejdstidsdirektivet (Rådets direktiv 93/104/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden). I beretning fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg af 18. december 1996 har et stort flertal erklæret sig "enig i arbejdsministerens konklusion om, at den arbejdsretlige del af arbejdstidsdirektivet i Danmark implementeres via aftalesystemet og uden opfølgende lovgivning".

I Arbejdsministeriets notat af 17. oktober 1996 konstateres det at kun knap 60 % af lønmodtagere på det private arbejdsmarked er omfattet af en aftale om implementering.

På denne baggrund er en aftaleimplementering i henhold til EFDs praksis åbenlys utilstrækkelig, jf. bl.a. dommen i den danske ligelønssag (143/83), hvori der udtrykkelig stilles krav om at hver enkelt lønmodtager effektivt skal sikres rettigheder efter de pågældende direktiver.¹⁹⁾ I notatet oplyses det at LO har frarådet lovgivning "ud fra en politisk vurdering", mens DA har givet udtryk for frygt for "at en lovgivning vil fratage organisationerne motivationen til ved fremtidige direktiver at gå ind i den store opgave, som en aftaleimplementering er".

Endelig fremhæver Arbejdsministeriet at "EF-domstolen hidtil ikke har accepteret, at der er lønmodtagere som ikke er sikret effektive rettigheder efter direktivet".

I regeringens meddelelse til EU-Kommissionen om implementeringen anføres følgende hovedpunkt:

"Arbejdsmarkedets parter har indgået en lang række aftaler, der dækker langt størstedelen af arbejdsmarkedet.²⁰⁾ (...) Arbejdsmarkedets parter har derudover påtaget sig en forpligtelse til, såfremt de bliver bekendt med, at der er lønmodtagere, som faktisk ikke får de rettigheder, de har krav på efter direktivet, at søge disse sager løst".

18. Jf. Folketingets motiverede dagsorden 30. november 1993 hvori regeringen opfordres til i samarbejde med arbejdsmarkedets parter ved behandlingen af forslag til fællesskabsdirektiver og generelle arbejdsmarkedsdebatter i EF konsekvent at arbejde for "at parterne i Danmark får mulighed for at implementere foranstaltninger inden for rammerne af aftalesystemet, herunder kollektive overenskomster og/eller aftaler ...".

19. Jf. indlæggene i Lov og Ret 1995 af Ruth Nielsen og Henrik Karl Nielsen og desuden Steen Rasmussen UFR 1996 B, side 1 ff.

20. Denne almene udtalelse dækker over den kendsgeming at mere end 40% af lønmodtagerne på det private arbejdsmarked ikke er dækket af nogen implementerende overenskomst, jf. ovenfor.

Denne erklæring har kun en meget teoretisk forbindelse med virkeligheden, eftersom den største gruppe der ikke er dækket af nogen overenskomst er lønarbejdere (organiserede eller uorganiserede) ansat af uorganiserede arbejdsgivere. Hovedorganisationernes tilsagn om at "søge disse sager løst" er reelt uopfyldeligt, og det lyder nærmest som en dårlig vittighed når der i regeringens meddelelse til EU-kommissionen udtrykkes forventning om "alle lønmodtagere - selv om der i dag er lønmodtagere, der ikke er omfattet af en overenskomst - vil få deres rettigheder efter direktivet".

At et forholdsvis ukontroversielt område som spørgsmålet om arbejdstiden kan afføde så store problemer, er et vidnesbyrd om at kommende EU-regulering inden for mere centrale områder vil kunne skærpe modsætningerne udover bristepunktet.

Som et aktuelt eksempel nævner jeg Kommissionens forslag af 11. november 1998 til direktiv om indførelse af en generel ramme for information og høring af arbejdstagerne i Det Europæiske Fællesskab, KOM (1998 612). At dette forslag er mere kontroversielt end arbejdstidsdirektivet følger af at der er tale om direktivregulering af et område der er dansk (hoved)aftalestof, og som reguleres i de(n) gældende samarbejdsaftale(r). Forslaget illustrerer den modsætning mellem EU-konceptet og dansk arbejdsretlig tradition der er behandlet i afsnit 9: Lovgivningsansvar contra organisationsansvar. Efter direktivforslaget er gennemførelse af regler om information og høring tydeligvis et ansvar for medlemsstaterne, mens det i dansk ret er organisationernes ansvar.²¹⁾

11. I de foregående afsnit har jeg drøftet spørgsmålet om organisationernes frihed contra statsmagts pligter som et symptomatisk udtryk for den forskellige rettighedsstruktur i henholdsvis Hovedaftalen og EU-arbejdsretten. Det er netop rettighedsstrukturen der rummer det basale problem, nemlig konflikten mellem organisationernes kollektive ret og den enkelte lønarbejders individuelle ret.

Til forskel fra implementeringsproblematikken har denne modsætning endnu ikke været sat på spidsen. Problemet viser sig først og fremmest som en konflikt mellem dans rets principielle anerkendelse af organisationernes kollektive ret til at stille krav til arbejdsgiverparten om organisering, og på den anden side den individuelle ret til at være uorganiseret. Organisationernes kollektive ret (i særdeleshed eksklusiv- eller fortrinsaftaler) anerkendes principielt på det private arbejdsmarked med de modifikationer der fremgår af den såkaldte foreningsfrihedslov.²²⁾

I nyere retspraksis har spørgsmålet om organisationernes kollektive ret på grundlag af eksklusiv- eller fortrinsaftaler været anfægtet med henvisning til artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jf. UfR 1986 side 898 H og 1997 side 1508 H samt en række domme afsagt af Vestre Landsret i 1998, senest dom af 18. november. Efter sin ordlyd hjemler EMRK artikel 11 ikke nogen individuel ret til at være uorganiseret, men i Menneskerettighedsdomstolens praksis tillægges der den individuelle ret en vis beskyttelse, uden at domstolen principielt har

21. Artikel 3, stk. 1: "Medlemsstaterne kan bemyndige arbejdsmarkedets parter (...) til (...) ved aftale at fastlægge indholdet af bestemmelserne til gennemførelse af (...) regler om information og høring af arbejdstagerne". Artikel 4, stk. 2: "Medlemsstaterne sikrer en effektiv information og høring ...". Artikel 7, stk. 1: "Medlemsstaterne sikrer, at der kan træffes hensigtsmæssige foranstaltninger i tilfælde af, at en arbejdsgiver eller arbejdstager ikke efterkommer dette direktiv ...".

22. Lov nr. 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund foreningsforhold. Loven er senere blevet skærpet, jf. lovbekendtgørelse nr. 343 af 13. juni 1990.

benægtet organisationernes kollektive ret til at kræve organisering inden for en række væsentlige områder.²³⁾

Anderledes håndfast er opfattelsen i flertallet af EUs medlemsstater, hvor den individuelle ret til at være uorganiseret nyder fortrin fremfor forbundenes kollektive ret. Denne retsopfattelse er slået igennem i Fællesskabspagten af 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder ("Det Sociale Charter"), hvori det i artikel 11 fastslås at retten til at være uorganiseret hører til de grundlæggende rettigheder for en europæisk lønarbejder. I TEF artikel 136 som udformet efter Amsterdamtraktaten henvises der udtrykkeligt til Fællesskabspagten.

En aktualisering af konflikten mellem organisationernes kollektive ret og den uorganiserede lønarbejders individuelle ret er kun et spørgsmål om tid. Når tiden kommer, vil danske domstole blive konfronteret med spørgsmålet om hvorvidt organisationernes hævdvundne rettigheder kan opretholdes over for EU-retlige krav om at den kollektive ret fortrænges af den individuelle. Vil et sådant krav angå spørgsmål om "organisationsret" (artikel 137, stk. 6) som falder uden for EUs kompetence i medfør af tiltrædelsesloven? Og vil dette udløse Maastricht-dommens censurforbehold?

12. De udfordringer til det danske overenskomsts system der stilles fra Den Europæiske Unions side er muligvis livstruende. Denne bedømmelse er jeg ikke ene om. En tilsvarende opfattelse er fremført af Ruth Nielsen der taler om "paradigmeskift"²⁴⁾ og af Carsten Strøby Jensen, der taler om "systemændringer" som følge af øget EU-regulering.²⁵⁾ Det er svært at benægte at den jubilerende Hovedaftale befinder sig i en kritisk fase.

Jeg finder ikke anledning til at supplere ovenstående med nogen retspolitisk bekendelse, eftersom min ambition alene er at sætte fokus på spørgsmålet om det retlige forsvar for Hovedaftalen. Men der kan være grund til at fremføre to supplerende betragtninger med udgangspunkt i at et retspolitisk engagement næppe nogensinde er entydigt; det kan ikke forkortes til et spørgsmål om hvorvidt man "foretrækker" det ene eller det andet "paradigme" eller "system".

Det ene punkt er at en yderligere retræte for det danske overenskomsts system antagelig vil have ganske vidtgående virkninger, først og fremmest i retning af at "en øget lovgivningsorientering på længere sigt kan underminere de høje organisationsgrader i Danmark."²⁶⁾ Dette betyder at et defensorat for Hovedaftalen bør medtænke den traditionelle fagforeningsstrukturens meget omfattende samfundsmæssige betydning, først og fremmest den almene netværksfunktion som rækker langt udover de snævert arbejdsretlige perspektiver.

Det andet punkt der bør medtænkes, refererer til udviklingsdynamikken i Den Europæiske Union. Den 1. januar 1999 er EUs møntunion trådt i kraft for de deltagende 11 landes vedkommende. Det er en almindelig forventning at dette - med eller uden dansk deltagelse - vil medføre "at afhængigheden mellem de nationale IR-

23. Jeg henviser til diskussionen i Juristen, jf. Erik Werlauff (1997) side 362 ff, Jens Garde og Michael H. Jensens (1998) side 351 ff, samt Erik Werlauff (1999) side 73 ff. Desuden henvises til Lars Adam Rehof U fR 1995 B side 49 f og Jens Kristiansen, Retsvidenskabeligt Institut B's Årsberetning 1997, side 143 ff.

24. Jf. Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning.

25. Carsten Strøby Jensen, Arbejdsmarked og europæisk integration II (1998) side 368 ff.

26. Jf. Carsten Strøby Jensens anførte værk side 371.

systemer vil øges betragteligt”.²⁷⁾ EUs aktuelle udvidelsesplaner - som medfører optagelse af en række Østeuropæiske lande i løbet af det kommende tiår - trækker yderligere i retning af et øget “behov for en fælles arbejdsmarkedspolitisk indsats”. Også dette kan “nødvendiggøre en meget mere intensiv social- og arbejdsmarkedspolitisk indsats, end der hidtil er set i EU-sammenhæng”.

Disse perspektiver rummer grundlaget fra den vigtigste retspolitiske debat.

27. Jf Carsten Strøby Jensen anførte værk side 407.