

Tvingende allmenne hensyn som hjemmelsgrunnlag for mangelfull implementering av EU-direktiv 2019/1152 artikkel 9

Overriding requirements relating to the public interest as a legal basis for inadequate implementation of EU Directive 2019/1152 Article 9

av EMBLA RUSDAL

Europaparlamentet og Rådets direktiv om gennemsigtige og forudsigelige arbeidsvilkår i Den Europeiske Union skal innføres i dansk rett innen 1. august 2022. Direktivets kapittel III inneholder en rekke nye minimumsrettigheter vedrørende arbeidsvilkår. Minimumsbestemmelsene kritiseres av er av arbeidsmarkedets parter i Danmark. Blant kritikken påpekes det at forbudet mot eksklusivklausuler i artikkel 9 vil være i strid med ledelsesretten.

Formålet med avhandlingen er, ut ifra et dansk perspektiv, å vurdere om forbudet mot eksklusivklausuler i artikkel 9 er i strid med ledelsesretten, som utgjør et grunnleggende dansk rettsprinsipp. Det drøftes om en mangelfull implementering for å beskytte ledelsesretten, kan hjemles i det EU-rettslige prinsippet om tvingende allmenne hensyn, begrunnet beskyttelse av den danske samfunnsorden (ordre public).

Etter TEUF art. 153, jf. art. 288 skal direktivets artikkel 9 implementeres fult ut i dansk rett innen implementeringsfristen. Avhandlingen drøfter derfor først spørsmålet om EU-Domstolens unntak om tvingende allmenne hensyn kan anvendes, for å beskytte ledelsesretten mot innskrenkingen artikkel 9 medfører. Forbudet i artikkel 9 utfordrer en 120 år lang rettstradisjon, som baserer seg på at spørsmål vedrørende ledelsesretten primært skal reguleres av arbeidsmarkedets parter gjennom avtale, og ikke nasjonal lovgivning. Det grunnleggende rettsprinsippet bør beskyttes, og derfor kommer unntaket til anvendelse.

Kjernespørsmålet i avhandlingen er om tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelse av samfunnsorden (ordre public) kan rettferdiggjøre en mangelfull implementering av artikkel 9. Ut ifra EU-Domstolsprejudikat og teori utledes det en snever unntaksregel. Ettersom det danske arbeidsmarked vil ha en interesse i at ledelsesretten ivaretas, og en manglende ivaretagelse av ledelsesretten vil kunne medføre negative konsekvenser for hele samfunnet, besvares spørsmålet bekreftede.

Avhandlingen konkluderer til slutt med at en manglende implementering av artikkel 9 kan hjemles i tvingende allmenne hensyn. Hvis bestemmelsen ikke implementeres, vil spørsmålet omhandlende eksklusivklausuler forbli hos arbeidsmarkedets parter etter ledelsesretten. Både de organiserte, så vel som de uorganiserte lønsmottakere i Danmark er omfattet av den danske modell. Samfunnet er derfor tjent med at arbeidsmarkedets parter beholder sin legitimitet som hovedaktør i dansk arbeidsrett, for å unngå uro på arbeidsmarkedet. Det forutsettes at en manglende implementering er proporsjonal.

Det bemerkes at avhandlingen argumenter ut ifra et dansk perspektiv. EU-Domstolens og de danske domstolers ulike fortolkningsstil gjør at avhandlingens problemstilling vil kunne få et annet resultat, hvis en EU-rettslig fortolkningsstil anvendes. Dette belyses gjennom praksis.

Som helhetlig konklusjon er forbudet mot eksklusivavtaler i direktiv 2019/1152 artikkel 9 er i strid med ledelsesretten. Dette begrunnes i at ledelsesretten utgjør et grunnleggende, ufravikelig prinsipp i dansk rett. Tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelse av den danske samfunnsorden (ordre public) godtgjør at bestemmelsen ikke implementeres i dansk rett.

Innholdsfortegnelse

Abstract	3
1 Innledning.....	4
1.1 Bakgrunn og introduksjon av emnet.....	4
1.2 Problemformulering.....	6
1.3 Problemavgrensning.....	7
1.4 Metode.....	7
1.5 Strukturell oppbygning	8
2 Den danske modell	9
2.1 Den nordiske modell	9
2.2 Den danske modell.....	10
2.2.1 Trepartssamarbeidet.....	10
2.2.2 Det kollektivrettslige system i Danmark.....	11
2.2.3 Høy organisasjonsgrad	11
3 De EU-arbeidsrettslige regler	12
3.1 Generelt	12
3.2 EUs kompetanse	12
3.2.1 Maastricht-traktaten	12
3.3 Forrangsprinsippet.....	13
3.4 Etablering av direktiver på det arbeidsrettslige området.....	13
4 Direktivimplementering innenfor rammene til den danske modell.....	14
4.1 EUs inntreden i dansk rett.....	14
4.2 Folketingets ønske om å beholde den danske modell.....	14
4.3 Den danske implementeringsmodell.....	15
4.3.1 LO og DA-Avtalen om implementeringsprosedyre fra 1996	16
4.3.2 Implementeringslover	17
4.4 Skal alle direktiver implementeres?.....	17
5 Strider artikkel 9 med grunnleggende danske prinsipper?	18
5.1 Artikkel 9.....	18
5.2 Ledelsesrettens posisjon i dansk rett	19
5.3 Septemberforliket	19
5.3.1 Resultatet	20

5.4	<i>Lojalitetsplikten</i>	21
5.5	<i>Den danske modell</i>	22
5.6	<i>Er artikkel 9 et inngrep i ledelsesretten?</i>	22
5.7	<i>Delkonklusjon</i>	22
6	Kan en mangelfull implementering av artikkel 9 begrunnes i tvingende allmenne hensyn?	23
6.1	<i>Prinsippet om tvingende allmenne hensyn</i>	23
6.2	<i>Opprettholdelse av samfunnsorden - ordre public</i>	24
6.2.1	C-319/06 – Luxembourgdommen	24
6.2.2	Ordre public som generelt prinsipp	25
6.3	<i>Tvingende allmenne hensyn i dansk rett - U 2021.985 H</i>	26
6.4	<i>Er beskyttelse av ledelsesretten et tvingende allment hensyn?</i>	28
6.5	<i>Kan Danmark begrunne en manglende implementering av artikkel 9 i prinsippet om tvingende allmenne hensyn?</i>	30
6.6	<i>Proporsjonalitetsvurdering</i>	32
6.7	<i>Vil manglende implementering av artikkel 9 kunne anses som et tvingende allment hensyn i norsk rett?</i>	33
6.8	<i>Forskjellige syn: Et dansk perspektiv vs. et EU-rettslig perspektiv</i>	35
6.9	<i>Delkonklusjon</i>	39
7	Konklusjon	39
	Litteraturliste	41
	<i>Lovgivning og avtaler</i>	41
	<i>Direktivforslag, direktivbetenkninger og høringsvar</i>	42
	<i>Avgjørelser</i>	43
	<i>Litteratur</i>	44
	<i>Websider og artikler</i>	45
	<i>Diverse</i>	46

Abstract

On 20 June 2019, the European Parliament and the Council adopted Directive 2019/1152. The new directive must be implemented in Danish law by 1 August 2022 in accordance with EU law. The directive has been widely criticised by the social partners in Denmark. Among the criticisms, it is claimed that Article 9 is contrary to the fundamental Danish principle right of management called “ledelsesretten”.

The purpose of this thesis is, from a Danish perspective, to analyse if the European Court of Justice (ECJ) -created principle of overriding requirements relating to the public interest, can be used as a legal basis for an inadequate implementation of Article 9.

The internal question is whether Article 9 is contrary to fundamental Danish principles.

The arguments are based on the fact that the ban on exclusive clauses in Article 9 challenges the 120-year-old tradition in the Danish labour market. This is due to the fact that the Danish labour market follows the Nordic labour model. According to the model, the majority of the rules are established through collective agreements between the social partners. Government interference and legislation are mostly restrictive. The right of management today has a broad presence in the Danish labour market as a fundamental principle. The regulation of the management rights lies with the social partners through agreement. As a result of this, the managing rights have such a great significance for the Danish population, and with that a lack of protection will have negative consequences for the whole society. Article 9 constitutes an interference with these fundamental principles.

The thesis analyses essential judgements by the ECJ to assess what lies in the principle of overriding requirements relating to the public interest. It is found that the principle can be used to justify restrictions of EU law when the rules are necessary to safeguard public policy provisions.¹ The principle is constantly evolving and can thus be applied on the main question of the thesis.

Considering whether overriding requirements relating to the public interest, can justify inadequate implementation of Article 9 in Danish law to protect the employers right to management can be answered in the affirmative. The arguments are based on the fact that if the provision is not implemented, the question of exclusive clauses will remain with the social partners. The right of management, as well as its position in Danish law will be protected. The Danish model protects the entire labour market, not only those that are organised. The protection of the right of management from external pressure from EU-legislation, will therefore avoid disturbances in the labour market, which benefits the entire working population.

The principle of overriding requirements relating to the public interest also comes with an additional condition of proportionality. For technical reasons, it is assumed that the purpose cannot be achieved in other ways. An omission of Article 9 is therefore proportionate.

Based on the arguments, it can thus be concluded, from a Danish perspective, that the prohibition of exclusive agreements in Article 9 is contrary to the right of management, which is a fundamental principle in Danish law. Overriding requirements relating to the public interest based on the protection of public policy provisions can be used as a legal basis for inadequate implementation of EU Directive 2019/1152 Article 9.

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og introduksjon av emnet

Helt siden Danmark ble medlem av EF i 1973, har spørsmålet om hva og hvor mye av arbeidsretten EF, og senere EU,² kan regulere og hvilken kompetanse som skal ligge hos medlemstatene selv, vært et av de store spørsmålene. EUs formål er å skape et harmonisert arbeidsmarked basert på det indre marked med gode arbeidsvilkår for alle borgere i medlemstatene.³ For Danmark har det hele veien vært viktig at kompetansen til å fastsette lønns- og arbeidsvilkår forblir i det danske avtalesystem og ikke innføres gjennom EU-

¹ Case C-319/06 Commission v. Luxembourg

² EF ble endret til EU ved Maastricht-traktaten, med ikrafttredelse 01.11.1993

³ Jf. TEUF art. 151

direktiver og lovbestemmelser.⁴ Det er dette som i dag kjennetegner den danske modell. EUs innføring av direktiver på beskjeftigelsesområdet møter derfor stadig kritikk.

Den 20. juni 2019 vedtok Europaparlamentet og -Rådet direktiv 2019/1152 om gennemsigtige og forutsigelige arbeidsvilkår i Den Europæiske Union (arbeidsvilkårsdirektivet). Direktivet bygger på, og etter art. 24 opphever, direktiv 91/553/EØF som i dagens lovgivning er implementert i LBKG 2010-03-17 nr. 240 «Ansættelsesbevisloven». Det nye direktivet skal innføres i dansk rett innen 1. august 2022.⁵

Direktivet inneholder en rekke fornyelser og utvidelser angående opplysninger i ansettelsesforhold. I tillegg inneholder direktivet flere nye minimumsrettigheter vedrørende arbeidsvilkår i kapittel III.

Formålet med direktivet er å forbedre arbeidsvilkårene ved å fremme en tydeligere og mer forutsigbar ansettelse, og samtidig sikre tilpasning og utvikling i arbeidsmarkedet. I tillegg bygger direktivet på EUs generelle formål om å styrke håndhevelsen av EU-arbeidsretten. Håndhevelsen baserer seg på den europeiske søyle for sosiale rettigheter. Målet på et generelt grunnlag er å oppnå en stadig nærmere sammenslutning i unionen.⁶ Når det gjelder minimumskravene i kapittel III, er formålet å beskytte arbeidstaker, gjøre ansettelsen mer forutsigbar samt gi rom for en mer fleksibel løsning i ansettelsesforholdet. Dette henger sammen med at man i dag ser en fremvekst av mer utradisjonelle ansettelsesformer, for eksempel at man har flere mindre stillinger og ikke bare er fast ansatt på fulltid hos én arbeidsgiver.⁷

Den nye mer inngripende reguleringen av minimumsrettigheter, anser den danske regjering og arbeidsmarkedets parter som unødvendig. Danmark støtter den allerede gjeldende EU-lovgivning og ser derfor ikke behovet for at den skal bli mer inngripende.⁸ Arbeidsmarkedets parter mener at reguleringene ikke burde innføres fordi de ikke er vedtatt med enighet mellom arbeidsmarkedspartene på EU-nivå.⁹

Under de to faser av høringen, jf. TEUF art. 154, var arbeidsgiverorganisasjonene på EU-nivå, med få unntak, imot innføring av minimumsrettighetene.¹⁰ De henviste til at slike spørsmål er nasjonalt anliggende, og at det vil være unødvendig, og muligens i strid med nærhetsprinsippet, at EU regulerer disse områder.¹¹ Fagforeningene var motsatt veldig fornøyd og pekte på at minimumsrettighetene sikter mot å gjøre arbeidsvilkårene mer tydelige og forutsigbare. Partene kom ikke til enighet under høringen om å innlede forhandlinger vedrørende de spørsmål som direktivet reiser.¹² På grunn av uenighet var det kommisjonen som fremsatte direktivforslaget.¹³

Hovedorganisasjonene i Danmark sier i sine høringsforslag at de er bekymret og skeptiske til de nye minimumsrettighetene. Dansk Arbejdsgiverforening (DA) er prinsipielt imot da det som

⁴ Kristiansen, 2014, s. 56

⁵ Jf. Direktiv 2019/1152, art. 25. Dato spesifisert i EUR-Lex, Publikationskontoret, 2019

⁶ Jf. Direktiv 2019/1152 preambelbet. 39 og 46, TEU art. 1 og Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 2

⁷ Europa-Kommissionen, 2017, s. 3

⁸ Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 1

⁹ European Commission, 2020

¹⁰ Traktaten om den den Europeiske Unions Funksjonsområde

¹¹ Europa-Kommissionen, 2017, s. 9

¹² Ibid. s. 20

¹³ European Commission, 2020

fastsettes av minstekravene, ligger i kjernen av hva som skal reguleres av kollektive overenskomster. De mener at arbeidsmarkedets autonomi vil bli underminert og at slike regler vil forstyrre balansen partene har skapt i kollektive overenskomster.¹⁴ Danske Regioner (DR) har også vesentlige innvendinger til minimumsrettighetene, da det strider med den danske tradisjon om at lønns- og arbeidsvilkår skal avtales mellom arbeidsmarkedets parter. De hevder også at dagens regler gir tilstrekkelige minimumsrammer.¹⁵ Kommunenes Landsforening (KL) mener at de nye bestemmelsene vil begrense hva som innholdsmessig kan avtales ved kollektiv overenskomst.¹⁶ Ledernes Hovedorganisation (LH) er prinsipielt enig med de andre hovedorganisasjonene.¹⁷ Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH, tidl. LO) har også samme bekymring vedrørende minstekravene da de kan skape problemer med avtalesystemet og kollektive overenskomster.¹⁸ Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA) trekker frem at minimumsrettighetene vil utgjøre et inngrep i overenskomstpartenes autonomi og prinsippet om arbeidsgivers ledelsesrett. De peker spesifikt på art. 9, (i høringssvaret referert som art. 8) og mener at et slikt forbud er et inngrep i ledelsesretten da det er problematisk opp mot den grunnleggende lojalitetsplikten.¹⁹

Artikkel 9 gir et forbud mot å anvende en såkalt eksklusivklausul eller uforenlighetsklausul. En eksklusivklausul i en ansettelseskontrakt, eller i en kollektiv overenskomst, forhindrer en lønsmottaker i å ta annet lønnet arbeid utenfor arbeidstiden som er fastlagt, eller ugunstig behandle lønsmottakeren som følge av det.²⁰ Unntaket er om det er berettiget ut fra legitime hensyn, for eksempel beskyttelse av forretningshemmeligheter eller interessekonflikter, jf. artikkel 9 stk. 2.²¹

Unntaksvis har Den Europeiske Unions Domstol (EU-Domstolen) akseptert at medlemstatenes lover kan være i strid med EU-rett hvis det kan begrunnes i prinsippet om tvingende allmenne hensyn og at lovene ikke går lengre enn nødvendig for å beskytte disse hensyn. Det som søkes belyst i denne avhandlingen, er om dette prinsippet kan anvendes for å beskytte ledelsesretten, som fra EUs side ønskes innskrenket gjennom artikkel 9.

1.2 Problemformulering

Det skal i avhandlingen, sett ut ifra et dansk perspektiv, analyseres om forbudet mot eksklusivklausuler i artikkel 9 er i strid med ledelsesretten som utgjør et grunnleggende prinsipp i dansk rett. Videre skal det drøftes om beskyttelsen av ledelsesretten, herunder å unngå implementering av bestemmelsen, kan hjemles i det EU-rettslige prinsippet om tvingende allmenne hensyn, begrunnet i beskyttelse av den danske samfunnsorden (ordre public).

¹⁴ Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 8

¹⁵ Ibid. s. 9

¹⁶ Ibid. s. 11

¹⁷ Ibid. s. 11

¹⁸ Ibid. s. 12

¹⁹ Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA), 2018, s. 4

²⁰ Regjeringen.no, 2019

²¹ Europa-Kommissionen, 2017, s. 14

1.3 Problemavgrensning

I avhandlingen drøftes hva som ligger i det EU-rettslige prinsippet om tvingende allmenne hensyn. Formålet er å kunne vurdere om dette prinsippet kan anvendes for å unnlate implementering av arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 9.

Artikkel 9 er kun én av flere bestemmelser i direktivet som har fått kritikk av arbeidsmarkedets parter. Kritikken baserer seg på at bestemmelsene går inn i kjerneområdet for hva som avtales i de kollektive overenskomster, gjennom dansk tradisjon og den danske modell, og at de utgjør et inngrep i partenes autonomi og arbeidsgivers ledelsesrett.²² Til tross for aktualiteten, er det av hensyn til oppgavens omfang likevel kun artikkel 9 som vil bli behandlet.

EU-Domstolen kan benytte prinsippet om tvingende allmenne hensyn som en begrunnelse for å godta at medlemsstater har regler som er i strid med EU-retten. Det er hensynet til ordre public som for oppgavens problemstilling er relevant og som vil bli drøftet.

Avhandlingens fokus på prinsippet om tvingende allmenne hensyn medfører at avhandlingen ikke inneholder en gjennomgang av EUs ansvar for å respektere medlemstatenes særtrekk i TEU art. 4 stk. 2.²³ Etter bestemmelsens ordlyd skal EU respektere medlemstatenes særtrekk, herunder politiske og konstitusjonelle grunnstrukturer. Hvor langt dette ansvaret faktisk rekker og om de har et ansvar eller om det kun er snakk om et overordnet prinsipp er ikke vurdert av EU-Domstolene. Det er heller ikke klart om dette er noe medlemstatene kan påberope seg. I juridisk teori er spørsmålet blitt diskutert, og det foreligger forskjellige fortolkninger, noe som har vært gjenstand for debatt.²⁴ Spørsmålet blir ikke drøftet, men kun brukt for å belyse problemstillingen.

Ut ifra avhandlingens fokus og av oppgavetekniske hensyn, vil en dypgående behandling av tilleggsvilkåret om proporsjonalitet ikke gjøres. Det foretas heller ikke en dyptgående behandling av de EU-rettslige regler og implementering av regler på arbeidsmarkedet. Det tas utgangspunkt i det private arbeidsmarkedet og spørsmål som i særlig grad berører offentlige ansettelser, kommenteres ikke. Funksjonærers særstilling etter funksjonærloven behandles heller ikke.²⁵

Avhandlingen benytter et dansk perspektiv der argumentene er basert på arbeidsmarkedets parter holdning til arbeidsvilkårsdirektivet. Ut ifra et EU-rettslig perspektiv ville vurderingen og mulig også konklusjonen, fått en annet resultat. Det ulike syn ut ifra et dansk- og EU-rettslig perspektiv problematiseres kort i 6.8.

1.4 Metode

Avhandlingens metode er rettsdogmatisk. Formålet med rettsdogmatikken er å systematisere analyser, beskrive og fortolke rettskildene for å komme frem til «*en rættssætning om gyldig (gældende) ret*» og samtidig «*at fortolke den, både på et generelt og et konkret plan*».²⁶ For å vurdere om avhandlingens problemstilling kan besvares bekræftende ut ifra gyldig gjeldene rett, *de lege lata*, fortolkes de relevante rettskildene på området. Dette gjøres ved en

²² Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, ss. 8-13

²³ Traktaten om den Europeiske Union

²⁴ Kaczorowska-Ireland, 2019, s 57-58 og Schnettger, 2019 s. 9-38. Disse artikler eksemplifiserer ulike diskusjoner vedrørende TEU art. 4 stk. 2.

²⁵ LBKG 2017-08-24 nr. 1002 «Funksjonærloven»

²⁶ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29

gjennomgang av juridisk litteratur og relevante rettskilder, hvor både nasjonale og internasjonale kilder anvendes.

Når det gjelder juridisk litteratur, har ikke denne alene en selvstendig rettskildeverdi. Blume argumenterer likevel for dennes verdi i rettsdogmatikken, da den gjennomgår primære rettskilder og er skrevet av kompetente jurister - og således viser til hvordan rettskildene skal forstås.²⁷ På bakgrunn av dette anvendes verk fra troverdige jurister og andre saklige kilder for å gi et godt bilde av hva som er gjeldende rett og hvordan denne kan brukes opp mot problemstillingen. Litteraturen blir også anvendt for å belyse den historiske utvikling og den politiske betydning av ledelsesretten og den danske modell.

Avhandlingens problemstilling belyses best ved å se til EU-Domstolens praksis. Prinsippet om tvingende allmenne hensyn er utviklet gjennom Domstolens prejudikater. Praksisen anvendes for å belyse hva som ligger i den nåværende rettstilstanden for tvingende allmenne hensyn og hva som ligger i vurderingen for å kunne anvende dette prinsippet. Domstolen har som hovedoppgave å skape en ensartet fortolkning av EU-reglene. Medlemstatene skal akseptere prejudikatene ved sin nasjonale anvendelse av reglene, og det er derfor viktig at Danmark holder seg innenfor de premisser som er satt av EU-Domstolen.²⁸ Høyesterettsdommer har i dansk rett normalt stor prejudikatsverdi knyttet til hvordan rettstilstanden skal forstås.²⁹ I U 2021.985 H ble saken avgjort av ni dommere uten dissens, dette gir saken betydelig vekt som prejudikat.³⁰

Forslaget og preambelen til arbeidsvilkårsdirektivet er offentlig tilgjengelige og brukes til å forklare hensynet bak minimumsrettighetene i kapittel III og artikkel 9. Derfor disse har fortolkningsverdi.³¹ Forslaget gir også uttrykk for de politiske betraktninger blant medlemstatene på arbeidsmarkedet. Rettskildemessig har dette liten verdi, men er med på å belyse problemstillingen.

I avsnitt 6.7 foretas det en komparativ analyse av norsk og dansk rett. Problemstillingen prøves på norsk rett for å belyse forskjellene på grad av inngripen EU-direktiver utgjør i henholdsvis den norske- og den danske modell.³²

1.5 Strukturell oppbygning

Den danske modell, herunder måten arbeidsretten i Danmark er systematisert på, er viktig for å forstå ledelsesrettens posisjon som ukrenkelig i dansk rett. Avhandlingen vil derfor i kapittel 2 gjennomgå hva som kjennetegner den danske modell, og hva som gjør at ledelsesretten er så sentral. Videre blir det i kapittel 3 redegjort for de generelle overordnede EU-regler på arbeidsrettsområdet som hjemler kompetansen til EU. Danmarks plikt til å overholde og gjennomføre direktiver i samsvar med de EU-rettslige regler, samt den danske implementeringsmodell, blir kort gjort rede for i kapittel 4.

I kapittel 5 drøftes det om forbudet mot eksklusivklausuler i artikkel 9 utgjør et inngrep i ledelsesretten. Det fokuseres på historikk og utvikling sammen med den danske modell for å

²⁷ Blume, 1997 og Blume, 2016, s. 188

²⁸ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 149

²⁹ Ibid. s. 147

³⁰ Dommen behandles i kapittel 6.3

³¹ Ibid. s. 250 og Europa-Kommissionen, 2017

³² Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 257

belyse ledelsesrettens sterke posisjon dansk arbeidsrett. I kapittel 6 analyseres hva som ligger i prinsippet om tvingende allmenne hensyn. Ordre public belyses ved en gjennomgang av C-319/06 og U 2021.985 H. Hva som vektlegges i proporsjonalitetsvurderingen i samsvar med EU-rettslig praksis gjennomgås også i dette kapittelet. Videre drøftes det om prinsippet er anvendelig på oppgavens problemformulering. Problemstillingen prøves også på norsk rett. Til slutt blir problematikken vedrørende forskjellige fortolkningsperspektiv i EU og Danmark belyst. Endelig avsluttes avhandlingen i kapittel 7 med oppsummering og en helhetlig konklusjon.

2 Den danske modell

Det danske arbeidsmarked er som utgangspunkt organisert gjennom kollektive avtaler mellom arbeidsmarkedets parter, og staten griper i liten grad inn gjennom lovverk eller annen form for regulering. «Den danske modell» eller «den danske avtalemødel» stammer fra Septemberforliket av 1899. Modellen sikrer fleksibilitet og tilpasningsdyktighet på arbeidsmarkedet, og sørger for en avbalansering mellom arbeidstaker- og arbeidsgivers interesser.³³

2.1 Den nordiske modell

Historisk har de nordiske landene basert seg på det samme utgangspunkt ved utviklingen av arbeidsretten og reguleringen av denne. Sammen kalles denne måten å organisere arbeidsmarkedet på for den nordiske modell.³⁴

Arbeidsgiverorganisasjonene og fagforeningene i de respektive landene spiller en stor rolle når det kommer til å fastsette nye regler innenfor lønns- og arbeidsvilkår. Ved å være organisert i arbeidsgiverorganisasjoner og fagforeninger er de ansatte og arbeidsgiver sterkere, noe som gjør det mulig å legge press på motparten og forhandle om de saker som er relevant for dem.³⁵

Den nordiske modell kjennetegnes med høy organisasjonsgrad og sterke selvstendige arbeidsmarkedsparter, som gjennom kollektive overenskomster står for det meste av arbeidsmarkedetsreguleringen.³⁶ Lovgivning har en begrenset rolle og regulerer for det meste kun yttergrensene. Det er derfor viktig at man som arbeidstaker er omfattet av en kollektiv overenskomst for å få beskyttelse på arbeidsmarkedet. Dette er en klar motsetning til resten av det kontinentale Europa, der arbeidsmarkedet i stor grad preges av at myndighetene er mer aktive og lovgivningen på området er mer uttømmende. Staten sikrer på denne måten at alle lønsmottakere får grunnleggende beskyttelse i ansettelsesforholdet.³⁷

I løpet av de siste 20-30 årene har de nordiske landene implementert en rekke EU-direktiver på det arbeidsrettslige området. Dette som følge av Sverige, Finland og Danmarks EU-medlemskap og Norge og Island som en del av EØS-avtalen. EU-retten har påvirket den klassiske nordiske modell fordi den i større grad krever implementering i lov.

³³ Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 1

³⁴ Også kjent som den skandinaviske modell når det kun er snakk om de skandinaviske land.

³⁵ Schwartz & Enkegaard, 2007, s. 24

³⁶ Kristiansen, et al., 2015, s. 9. Skrevet av Magnus Gissler.

³⁷ Kristiansen, 2013, s. 89

Selv om grunnstammen i de nordiske landene er lik, er den likevel tilpasset det enkelte lands ulike forutsetninger. Det har resultert i en unik arbeidsmodell i de respektive landene. Eksempelvis den danske modell i Danmark og den norske modell i Norge.

2.2 Den danske modell

Den lange tradisjon for måten arbeidsretten er systematisert på i Danmark, har sine røtter tilbake til Septemberforliket av 1899.³⁸ Storlockouten forut for forliket tvang partene til å bli enige om at arbeidsmarkedet heretter ikke bare skal dikteres ut ifra arbeidsgivers behov for kontroll, men at lønsmottakerne også skal ha innflytelse og medbestemmelse på arbeidsplassen. Det var et historisk kompromiss.³⁹ I Septemberforliket ble det bestemt at det er arbeidsmarkedets parter som skal ha størst innflytelse på arbeidsmarkedspolitikken, spesielt når det gjelder spørsmål om lønns- og arbeidsvilkår. Staten skal vise tilbakeholdenhet gjennom lite lovregulering.

Den danske modell har blant annet ført til høyere lønninger, kortere arbeidsdager, ro på arbeidsmarkedet og mulighet for en mer fleksibel oppsigelse, jf. flexicurity modellen.⁴⁰ Modellen bygger i hovedsak på tre deler: Trepertssamarbeidet, kollektive overenskomster og høy organisasjonsgrad.⁴¹

2.2.1 Trepertssamarbeidet

Trepertssamarbeidet er et samarbeid mellom staten og arbeidsmarkedets parter. Kristiansen beskriver det som en «uskreven kontrakt» mellom dem.⁴² Samarbeidet er relevant når det kommer til implementering av nye EU-direktiver. Når et lovforslag som berører arbeidsmarkedet blir foreslått, sendes det til arbeidsmarkedets parter slik at de kan uttale seg og komme med innspill før Folketinget fatter sine vedtak. Det kan også settes opp sentrale- eller lokale råd, der arbeidsmarkedets parter deltar og sammen fatter avgjørelsene.⁴³

Det er overenskomstpartene som har oppgaven om å sikre lønsmottakerne minstebeskyttelse i ansettelsesforholdet, mens staten viser tilbakeholdenhet. Folketinget lovfester kun når det er bred støtte blant arbeidsmarkedets hovedparter, herunder typisk FH og DA. Lovgivningen fokuserer derfor på ytterpunktene av overenskomstsyste­met, for eksempel området som regulerer rettighetene for funksjonærer. Utgangspunktet er at staten i minst mulig grad blander seg inn så lenge arbeidsmarkedets parter blir enige seg imellom, på en tilstrekkelig måte, gjennom kollektiv overenskomst.

Det er i de senere år blitt gjennomført en rekke ansettelsesrettslige lover som en konsekvens av den danske stats internasjonale forpliktelser, herunder krav fra EU om implementering av arbeidsrettslige direktiver.⁴⁴ Dette gjør at den uskrevne kontrakten om statlig tilbakeholdenhet på det danske arbeidsmarked ikke lenger fungerer like godt som før.

³⁸ Septemberforliket behandles ytterligere i 5.1.3

³⁹ Kristiansen, 2014, s. 30-3

⁴⁰ Hasselbalch & Munkholm, 2019, s. 44

⁴¹ Beskæftigelesministeriet, u.d, om den danske modell

⁴² Kristiansen, 2013, s. 15

⁴³ Beskæftigelesministeriet, u.d. Se kapittel 4.3.1 om implementeringsprosedyren

⁴⁴ Kristiansen, 2013, s. 61

2.2.2 Det kollektivrettslige system i Danmark

Spørsmål vedrørende lønns- og arbeidsvilkår avtales mellom selvstendig arbeidsgiver eller en arbeidsgiverorganisasjon på den ene siden, og en fagforening på den andre. Denne løsningen er den nordiske modell i sin klassiske form. For at den skal fungere optimalt er det høye krav til sterke og representative organisasjoner med ansvarlighet overfor de avtaler som inngås.⁴⁵ Det som avtales i overenskomstene har betydning for den enkelte lønsmottakers ansettelsesforhold, fordi en arbeidsgiver som er omfattet av overenskomsten er bundet av dennes minstevilkår. Lønsmottakere som er organisert, nyter disse godene minstevilkårene setter i bytte mot å overholde sine plikter, eksempelvis fredsplikten. Lønsmottakere som ikke er organisert kan også nyte minstevilkårene dersom de faller innenfor overenskomstenes anvendelsesområde, fordi arbeidsgiver er rettslig forpliktet til å overholde overenskomsten også for disse lønsmottakere, jf. EU-Domstolen av 18.12.2008, C-306/07 (Ruben Andersen).

Den danske modell krever at de overenskomstbærende fagforeningene aktivt sørger for å få overenskomsten utbredt slik at den omfavner flest mulig, for eksempel ved å få på plass tiltredelsesoverenskomster med uorganiserte arbeidsgivere.⁴⁶

Fordelen med kollektive overenskomster er at reglene fastsettes av arbeidsmarkedets parter, som best kjenner arbeidsmarkedet og bransjen som skal reguleres. Det gjør at de lettere og hurtigere kan tilpasse avtalene og komme til et kompromiss.⁴⁷ Ved uenighet er det de samme parter som rår over avtalen og får denne vurdert i det fagrettslige system.⁴⁸

Så lenge overenskomstpartene er enige om vilkårene ved fornyelse av kollektive overenskomster, er staten tilbakeholden. Det er først ved uløselig uenighet ved overenskomstfornyelse at staten griper inn. Blant annet gjøres det gjennom forliksmegling etter reglene i forligsmandsloven.⁴⁹ Statens inngripen henger tett sammen med det samfunnsøkonomiske ansvar staten har.⁵⁰

2.2.3 Høy organisasjonsgrad

Den danske modell er avhengig av en høy organisasjonsgrad. Organisasjonene jobber aktivt med å oppsøke nye medlemmer og sørger for at flest mulig ansatte blir beskyttet av overenskomst. I 2018 var 82 % av Danmarks arbeidsmarked overenskomstdekket.⁵¹ Danmark ligger med det i topp blant landene i EU. Skulle antallet organiserte synke drastisk, vil færre være omfattet av kollektive overenskomster og beskyttelsen som ligger i disse vil ikke være like effektiv. Lite overenskomstdekning vil automatisk kreve at en større del av reguleringen må gjøres gjennom lover for å gi lønsmottaker tilstrekkelig beskyttelse. Et annet problem med en lav organisasjonsgrad, er at færre får en stemme i forhandlingene om nye regler på området. Uten et høyt antall organiserte, vil ikke den danske modell kunne fungere optimalt.

⁴⁵ Beskæftigelesministeriet, u.d.

⁴⁶ Kristiansen, 2013, s. 30

⁴⁷ Knudsen, 2020. Videoen i artikkelen der dette nevnes finnes i under Knudsen, 2019

⁴⁸ Beskæftigelesministeriet, u.d.

⁴⁹ LBKG 2002-08-20 nr. 709

⁵⁰ Kristiansen, 2013, s. 35

⁵¹ Dansk Arbejdsgiverforening, 2020. Analyse gjort av DA. Statistikken er basert på Danmarks statistiks Beskæftigelse for Lønmodtakere 2018, FA og Eurostats Structure og Earnings Survey 2018

3 De EU-arbeidsrettslige regler

3.1 Generelt

EU spiller en særdeles viktig rolle for den danske arbeidsrett. EU får sin myndighet etter Traktaten om den Europeiske Union (TEU) som regulerer de generelle bestemmelser om unionens verdier, prinsipper, politikk og institusjoner. Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte (TEUF) regulerer de konkrete bestemmelser for politikken og institusjonene.⁵² Tiltredelsen av TEU og TEUF gjør at Danmark er forpliktet til å overholde de EU-rettslige regler. Hovedformålet til EU følger i dag av TEU art. 1 og hensikten har helt fra begynnelsen vært å oppnå en «snevvrere union».⁵³

Innledningsvis kan det stilles spørsmål om hva som er formålet med at EU ønsker å regulere arbeidsretten. Arbeidsmarkedslovgivningen i EU har de siste årtier hatt til formål å oppnå et høyt antall ansatte og sterk sosial beskyttelse, herunder pensjon, rettigheter til de som blir arbeidsledige, forbedre leve- og arbeidsvilkårene og i tillegg beskytte den sosiale samhørighet. Dette kommer blant annet til uttrykk i preambelen til TEUF.⁵⁴ Innenfor arbeidsretten har EU fått kompetanse til å fastsette minimumsstandarder for medlemsstatene i form av direktiver, jf. TEUF art. 153.

3.2 EUs kompetanse

EUs kompetanse beror på prinsippet om den tildelte kompetanse.⁵⁵ Har ikke EU fått hjemmel av medlemstatene gjennom traktat, som er kodifisert i TEU eller TEUF, er det medlemsstatene som selv har kompetansen, jf. TEU, art. 5, stk. 1 og art. 4, stk. 1. Statene viser tilbakeholdenhet med å gi vide kompetanser innenfor visse områder av arbeidsmarkedspolitikken. Dette gjelder spesielt regler som regulerer lønns- og arbeidsvilkår.⁵⁶

Innenfor det arbeidsrettslige området er kompetansen delt mellom medlemstatene og unionen, jf. TEUF art. 4. Ved delt kompetanse er det opp til medlemsstatene selv å regulere, om EU ikke allerede har kommet med bindende reguleringer. EU har i dag lovgivningskompetanse på en stor del av arbeidsmarkedet etter TEUF art. 153. Kompetanse til å innføre arbeidsvilkårsdirektivet hjemles i denne bestemmelsen.

3.2.1 Maastricht-traktaten

Den 1. november 1993 trådte Maastricht-traktaten (Traktaten om den Europeiske Union) i kraft, signert av 11 av de daværende 12 medlemsstatene, herunder Danmark. Maastricht-traktaten ga etter den særlige sosial- og arbeidsmarkedsprotokoll, EU en større mulighet til å utforme bestemmelsene på det europeiske arbeidsmarkedet.⁵⁷

Traktaten har åpnet opp for at unionen også kan utforme og vedta direktiver som omfatter de mer betente aspekter innenfor arbeidsretten, i større grad enn hva unionen hadde kompetanse til tidligere. Herunder blant annet forhold som oppsigelsesbeskyttelse, kollektiv interesseivaretagelse og sosial sikring, jf. TEUF art. 153. Det er likevel en forutsetning at

⁵² Kristiansen, 2013, s. 99

⁵³ Ibid. s. 99

⁵⁴ Europa-Kommissionen, 2019

⁵⁵ Nielsen R., 2019, s. 56

⁵⁶ Kristiansen, 2013, s. 101

⁵⁷ Ibid. s. 13

kompetanse til å regulere spørsmål om lønns-, konflikt- og organisasjonsrett forblir hos medlemsstaten. I tillegg skal EU ved utformingen av sin kompetanse, ta hensyn til de nasjonale forskjeller, jf. TEU art. 151 andre ledd og TEU art. 4 stk. 2.

Den 1. mai 1999 ble traktaten endret og supplert med Amsterdam-traktaten, som styrket unionens kompetanse ytterligere.⁵⁸ Resultatet er i dag at EU har stor kompetanse til å sette regler innenfor nesten alle arbeidsrettslige områder.⁵⁹

3.3 Forrangsprinsippet

Ett av de grunnleggende prinsippene i EU-retten er forrangsprinsippet, også kalt prinsippet om direkte virkning. Et gjennomført direktiv har forrang for dansk rett, herunder kollektive overenskomster, jf. TEUF art. 2-4 og 288. Medlemsstatene er forpliktet til å sørge for at direktivet blir tilstrekkelig implementert.

De nasjonale domstolene skal forsøke, så langt det lar seg gjøre, å tolke nasjonal rett i samsvar med EU-retten. Vil det ikke kunne la seg gjøre har EU-retten, ut ifra et EU-rettslig perspektiv, forrang foran motstridende nasjonal rett.⁶⁰

I unionen har EU-reglene direkte virkning for medlemsstatene selv om statene ikke implementerer reglene innen frisen. Direktiver har ikke direkte horisontal virkning når det kommer til private arbeidsgivere, men kan ha vertikal direkte virkning for offentlige myndigheter om implementeringsfristen er utløpt.⁶¹ Ved manglende eller mangelfull implementering, kan statene bli erstatningsansvarlige.⁶²

3.4 Etablering av direktiver på det arbeidsrettslige området

Etter Maastricht-traktaten er det to hovedspor som følges når nye lovregler skal vedtas. Enten skjer det først en høring av arbeidsmarkedspartene på EU-nivå og deretter vedtagelse av et direktiv, eller så blir det etter høring inngått en europeisk kollektiv overenskomst.

Etter TEUF art. 153 er det Europaparlamentet og Rådet som kan vedta direktiver på det arbeidsrettslige området med, unntak av de områder som følger av stk. 5.

Forslaget skal i to omganger diskuteres med Det Europeiske Økonomiske Sosiale Utvalg (EØSU), som blant annet består av representanter fra arbeidsgiver og lønsmottakerorganisasjoner i EU, jf. TEUF art. 154-155. Formålet er å få deres synspunkter på utfordringene, og om de kommer til enighet om en felles europeisk kollektiv overenskomst. Blir ikke partene enige om en avtale, går initiativet videre til kommisjonen som deretter kommer med et direktivforslag, jf. art. 153, stk. 2. Dette var tilfellet for arbeidsvilkårsdirektivet, ettersom partene aldri kom til enighet.⁶³

Kommisjonens forslag skal så fremlegges for Europaparlamentet og Rådet, jf. TEU art. 16 og TEUF 153. Rådet kan stemme direktivet frem etter å ha rådspurt Europaparlamentet ved kvalifisert flertall etter stk. TEU art. 16 stk. 3. Etter oppnådd enighet mellom Kommisjonen,

⁵⁸ Nielsen P. A., 2018, s. 74

⁵⁹ Nielsen R., 2019, s. 63

⁶⁰ Case 6/64, (Costa v. ENEL) og Case 14/83 (Colson og Kamann)

⁶¹ Kristiansen, et al., 2015, s. 21

⁶² Jf. f.eks. C-282/10 (Dominguez)

⁶³ European Commission, 2020

Rådet og Europaparlamentet, settes det en frist for medlemstatene til å implementere direktivet i sin nasjonale lovgivning.⁶⁴

4 Direktivimplementering innenfor rammene til den danske modell

4.1 EUs inntreden i dansk rett

I om lag 120 år har det vært de kollektive overenskomster som har utgjort den dominerende rettskilde på det danske arbeidsmarked. Den «uskrevne kontrakt» mellom staten, i form av lovgivningsmakt, og arbeidsmarkedets parter utfordres når det ved implementering er staten som skal ha det overordnede ansvaret for å gjøre et direktiv om til nasjonal rett.

EU har de siste 20-30 årene vist et økende engasjement for å regulere arbeidsmarkedspolitikken og skape en mer ensartet minstestandard i EU. Fortsetter denne utviklingen, vil det kunne være en trussel mot den danske modell ettersom det påvirker balansen mellom staten og arbeidsmarkedets parter. Flere danske regjeringer har vært bekymret for konsekvensene av ny lovgivning vedtatt av EU på arbeidsmarkedsområdet, nettopp fordi dette potensielt kan og vil utfordre den danske modell.⁶⁵

Som følge av EU-samarbeidet har den tradisjonelle danske modell møtt på stort press, og blitt tvunget til å endre karakter for at de EU-rettslige direktivene skal kunne implementeres på en tilstrekkelig måte. Dette kan blant annet eksemplifiseres med at kort tid før Danmark inngikk EF/EU samarbeidet i 1973, fastslo Folketinget at man ikke ville lovfeste regler om likelønn mellom menn og kvinner.⁶⁶ Denne holdningen måtte kort tid etter endres som følge av EU-avtalen. I dag er det klare lovregler i likelønnsloven om at menn og kvinner skal tjene likt.⁶⁷ Andre deler av arbeidsretten som tidligere kun var overenskomstregulert, har også nå fått egne lovregler, for eksempel ferieloven og ansettelsesbevisloven.⁶⁸

4.2 Folketingets ønske om å beholde den danske modell

Samtidig med ratifikasjonen av Maastricht-traktaten med ikrafttredelse 1. november 1993 ga Folketinget i dagsorden av 30. november samme år uttrykk for et ønske om å holde fast ved den danske modell og det danske avtalesystem.⁶⁹ Blant annet følger det av dagsorden at:

Folketinget opfordrer regeringen til at arbejde aktivt for virkeliggørelsen af den sociale dimension med henblik på at skabe et socialt afbalanceret fællesskab. Folketinget konstaterer, at det i dansk interesse i EU-samarbejdet på arbejdsmarkedsområdet at fastholde den danske model med overvejende aftaler frem for lovgivning, og opfordrer regeringen til i samarbejde med arbejdsmarkedets parter i behandlingen af forslag til fællesskabsdirektiver og i generelle arbejdsmarkedsdebatter i EU konsekvent at arbejde for,

...

⁶⁴ European Commission, 2020

⁶⁵ Folketingets EU-Oplysning, 2020

⁶⁶ Nielsen R., 2015, s. 2

⁶⁷ LBKG 2019-02-22 nr. 156 «ligelønnsloven», jf. Direktiv 75/117 «ligelønnsdirektivet»

⁶⁸ LBKG 2021-02-12 nr. 230 «Ferieloven» og LBKG 2010-03-17 nr. 240 «Ansettelsesbevisloven»

⁶⁹ Kristiansen, et al., 2015, s. 171

- at fællesskabsforanstaltninger giver råderum for nationale traditioner og beslutninger,
- at parterne i Danmark får mulighed for at implementere foranstaltningerne inden for rammerne af aftalesystemet, herunder ved kollektive overenskomster og/eller aftaler...⁷⁰

Danmarks ønske kan blant annet ses i at EU-Domstolen har akseptert overenskomster som et implementeringsinstrument, jf. TEUF art. 153 stk. 3. Arbeidsmarkedet kan implementere direktivene i kollektive overenskomster så lenge staten kontrollerer og sikrer at implementeringen lever opp til standarden som forventes i direktivet.

I Grund- og Nærhedsnotatet fra Beskæftigelsesministeriet tilhørende arbeidsvilkårsdirektivet, kan det ses innledningsvis at regjeringen fremdeles har det samme fokuset om å ivareta Folketingets ønske. Regjeringen trekker frem Danmarks sterke og langvarige tradisjon for at det er arbeidsmarkedets parter som regulerer lønns- og arbeidsvilkår, og ønsker blant annet at minimumsrettighetene direktivet reiser, skal kunne fravikes helt i kollektive overenskomster.⁷¹

4.3 Den danske implementeringsmodell

Medlemstatene er pliktig til å implementere EU-direktiver, jf. TEUF art. 288. Hvordan implementeringsprosessen gjennomføres er opp til myndighetene i medlemstatene, såfremt målsetningen med direktivet overholdes tilstrekkelig. Det at den danske stat har ansvaret for implementeringen, vil ved første øyekast kunne anses å være en utfordring etter den danske modell.⁷²

TEUF art. 153 stk. 3 muliggjør implementering gjennom kollektiv overenskomst. Problemet oppstår likevel i det de danske kollektive overenskomster er partsavtaler som kun binder de som faller innenfor overenskomstområdet. Med andre ord, selv om alle overenskomster implementerer direktivet tilstrekkelig, vil de områdene som ikke er overenskomstdekket falle utenfor. Denne løsningen vil isolert sett være motstridende for formålet til EU om at alle lønsmottakere skal ha en viss form for minimumsbeskyttelse etter direktivene. Kommisjonen har blant annet i en uttalelse av september 2001⁷³ presisert at denne løsningen alene ikke er tilstrekkelig.

Danmark har ved flere direktivimplementeringsprosesser valgt å bare implementere gjennom kollektive overenskomster. For eksempel arbeidstidsdirektivet (direktiv 104/1993) og arbeidsmiljørammedirektivet (direktiv 391/1989).

Vedrørende arbeidstidsdirektivet argumenterte den danske stat med at 85 % av lønsmottakere var direkte dekket av overenskomstene og de resterende var indirekte dekket av «afsmittede virninger» fra direktivene, jf. bla. Ruben Andersen-saken. Kommisjonen var ikke overbevist og det måtte derfor fastsettes en følgelovgivning. Som resultat av dette ble arbeidstidsdirektivgennemførelsesloven innført.⁷⁴

⁷⁰ Kristiansen, et al., 2015, s. 170, jf. Dagsorden vedtatt av Folketinget den 30. november 1993 under forespørsel nr. F7, D 14 av Kirkegaard (KF), Ivar Nørgaard (S), Charlotte Antonsen (V), Gade (SF), Peter Duetoft (CD), Lone Dybkjær (RV) og Lysholm Christensen (KRF)

⁷¹ Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 1

⁷² Hasselbalch, 2018, s. 249-250

⁷³ Kristiansen, 2013, s. 255-256

⁷⁴ Ibid. s. 255. C-306/07 (Ruben Andersen). LBKG 2004-08-24 nr. 896

Når det gjaldt Arbeidsmiljørammedirektivet, ble overenskomstimplementeringen begrunnet i at den ble implementert i «Normen» mellom DA og LO⁷⁵ som gjelder for alle overenskomstforhold etter Arbeidsrettsloven, § 33, stk. 2.⁷⁶ Kommisjonen var heller ikke her overbevist i sin åpningsbeskrivelse. Reglene ble etterfølgende uttrykkelig implementert i arbeidsmiljøloven §§ 17 a-c.⁷⁷

Ettersom det er staten som skal sørge for at alle lønsmottakerne får sikret sine minsterettigheter etter EU-direktivene, fungerer det ikke å opprettholde det tradisjonelle syn om at det kun er arbeidsmarkedspartene alene som tar for seg regulering av lønns- og ansettelsesvilkår. Staten er overfor EU ansvarlig for at direktiver blir gjennomført tilstrekkelig. Er implementeringen mangelfull, anses det som traktatbrudd og Kommisjonen kan gå til sak mot staten.⁷⁸

4.3.1 LO og DA-Avtalen om implementeringsprosedyre fra 1996

I praksis er implementeringen av direktiver løst gjennom implementeringsavtalen mellom LO (i dag FH) og DA. Hovedformålet med denne avtalen er å fastholde implementeringsprosedyren der overenskomstpartene reelt er ansvarlige for implementeringen av de arbeidsrettslige direktiver, selv om det er staten som er den formelt ansvarlige.⁷⁹

Overenskomstpartene skal forhandle om muligheten for overenskomstimplementering for regjeringen og Folketinget vedtar en supplerende lovgivning. Denne supplerende lovgivning gjelder kun for de lønsmottakere som ikke er omfattet av en kollektiv overenskomst og dermed påvirker ikke lovgivningen overenskomstsysteet. Spørsmål fastsatt i overenskomst forblir derfor i det fagrettslige system ved konfliktløsning innenfor overenskomst, selv om bestemmelsene stammer fra et EU-direktiv.

I korte trekk skal beskjeftigelsesministeren sende nye vedtatte direktiv til arbeidsmarkedets hovedorganisasjoner for at de skal vurdere om det er mulig å gjennomføre direktivet i kollektive overenskomster. Det vises tilbakeholdenhet i lovforslag og politiske tilkjennevisninger under denne prosessen.⁸⁰ Etter forhandling vurderes det i samsvar med Beskjeftigelsesministeriet hvordan implementering i avtalesysteet skal finne sted, samt hvilke supplerende implementeringsskritt som er nødvendig for å oppfylle kravene til rettidig og tilstrekkelig implementering. Ved implementering i lov deltar et utvalg av representanter fra arbeidsmarkedet, som er med på å gi råd til ministeren under implementeringsprosessen. Dette for å sikre at arbeidsmarkedets holdninger og meninger blir hørt, og for å sørge for at partene får fritt forhandlingsrom uten politisk innblanding.⁸¹ På denne måten sørger Danmark for at implementeringen skjer med mest mulig påvirkning fra arbeidsmarkedets parter. Det gjør at implementeringen er så lite inngripende i den danske modell som det kan la seg gjøre.

Danmarks implementeringsprosedyre står i samsvar med TEUF art. 153 stk. 3, som åpner for muligheten til å fastlegge minimumskompetanser i direktivene på det arbeidsrettslige området. På den måten kan Danmark innføre eller bevare forskjellige reguleringer på nasjonalt nivå, så lenge de holder seg innenfor minimumsstandarden.⁸²

⁷⁵ Norm for regler for behandling af faglig strid, av 27.10.06 mellom DA og LO

⁷⁶ LBKG 24-08-2017 nr. 1003 «Arbejdsretsloven»

⁷⁷ LBK 19-09-2017 nr. 1084 «Arbejds miljøloven af 2017». Jf. Kristiansen, 2013, s. 256

⁷⁸ Kristiansen, 2013, s. 256, jf. TEUF art 258

⁷⁹ Ibid. s. 263

⁸⁰ Kristiansen, et al., 2015, s. 51

⁸¹ Ibid. s. 51-52 og 171

⁸² Davies, 2012 s. 155

4.3.2 Implementeringslover

Kollektive overenskomster er kun rettslig bindende for partene selv og lønsmottakerne som faller innenfor anvendelsesområde. Når et direktiv blir implementert i overenskomst, vil kun de som omfattes dekkes av denne. Etter EUs formål om at samtlige av alle lønsmottakere skal dekkes, vil således en overenskomstimplementering alene ikke være tilstrekkelig. Dette fordi det alltid vil være noen som faller utenfor. I Danmark er dette problemet løst gjennom implementeringslover.

De danske implementeringslovene har derfor normalt en bestemmelse som sier at loven er subsidiær i forhold til de kollektive overenskomster som oppfyller samme krav som loven og/eller direktivet.⁸³ Dette kan for eksempel ses i ansættelsesbevisloven § 1. stk. 3.⁸⁴ Det er direktivets regler og ikke lovgivningen som er målestokken for overenskomstimplementeringen. Dette kan ses i motsetning til eksempelvis likelønnsloven, som gjelder for alle, uansett.⁸⁵ I praksis vil det si at dersom en arbeidsgiver ikke er rettslig bundet av en overenskomst som implementerer direktivet, er de forpliktet til å overholde minimumsstandarden etter loven. Motsatt vil en arbeidsgiver som er forpliktet etter overenskomst måtte følge denne, da den vil gjelde foran loven.

4.4 Skal alle direktiver implementeres?

I utgangspunktet skal alle direktiver fra EU på det arbeidsrettslige området implementeres i medlemsstatenes nasjonale rett, jf. TEUF art. 288. En traktatbruddssak kan innledes mot Danmark etter TEUF art. 258 hvis direktivet ikke tilstrekkelig gjennomføres⁸⁶

I følge TEU art, 4 stk. 2 skal alle EUs bestemmelser respektere medlemsstatens «...*nasjonale særtrekk, som kommer til uttrykk i deres politiske og konstitusjonelle grunnstrukturer...*». Dette betyr at medlemstatene i sine forfatninger kan sette grenser for hva de faktisk kan overlate av lovgivningskompetanse til EU.⁸⁷ Per i dag foreligger det ikke noen saker på det EU-rettslige området som prøver om EU i tilstrekkelig grad har tatt hensyn til en stats grunnleggende prinsipper.

Et direktiv skal være i samsvar med nærhetsprinsippet etter TEU art. 5. Prinsippet innebærer at EU ikke skal lovfeste forhold som bedre kan besluttes av de enkelte land.⁸⁸ Det er ikke mulig for unionen å fastsette lover hvis medlemslandene i tilstrekkelig grad vil kunne oppnå samme ønskede mål på nasjonalt plan.⁸⁹ Det er de nasjonale parlamenter i medlemstatene som vurderer om Kommisjonen overholder dette. Nærhetsprinsippet henger sammen med proporsjonalitetsprinsippet. Hensynet bak prinsippet er å unngå at EU lovfester kun fordi de anser det som lettere. Prinsippet er kun overholdt når det anses som mer effektivt enn at medlemstatene selv skal regulere forholdet. Handlingene utført av EU kan ikke gå lengre enn det som anses nødvendig for å oppnå målene for traktaten.⁹⁰

⁸³ Nielsen R., 2015, s. 2

⁸⁴ LBKG 2010-03-17 nr. 240

⁸⁵ Kristiansen, 2013, s. 264-265. LBKG 2019-02-22 nr. 156

⁸⁶ Tvarnø & Nielsen, 2017 s. 273

⁸⁷ Kristiansen, 2013, s. 101

⁸⁸ Folketingets EU-Oplysning, 2020

⁸⁹ Kristiansen, 2013, s. 100

⁹⁰ Folketingets EU-oplysning, 2020

Når det gjelder arbeidsvilkårsdirektivets kapittel III, har Kommisjonen anført at denne reguleringen er innenfor hva som er anliggende for EU å bestemme. Dette bygger på at det i medlemstatene er varierende innsats for hvor godt arbeidstakere i «ikke-standardiserte» stillinger, for eksempel deltids- og periodebegrensede stillinger, blir beskyttet.⁹¹ Regjeringen sier seg enig i kommisjonens vurdering om at nærhetsprinsippet er overholdt.⁹²

Det skal i det videre drøftes om bestemmelsen i arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 9 vedrørende forbud mot eksklusivklausuler, strider med danske grunnleggende prinsipper, og dermed er et tvingende allment hensyn som rettslig kan rettferdiggjøre en mangelfull implementering av bestemmelsen.

5 Strider artikkel 9 med grunnleggende danske prinsipper?

Implementeringsprosedyren i Danmark innebærer at arbeidsmarkedets parter skal bli hørt.⁹³ I høringssvaret til beskæftigelsesdirektivet har flere av partene uttrykt bekymring når det kommer til arbeidsvilkårsdirektivets kapittel III, om minstekrav vedrørende arbeidsvilkår.

Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA) vurderer at direktivets artikkel 9 vil utgjøre et inngrep i ledelsesretten. I tillegg finner FA bestemmelsen uhensiktsmessig og i strid med den grunnleggende lojalitetsplikten lønsmottaker skal ha til arbeidsgiver i et ansettelsesforhold.⁹⁴

I det følgende skal det drøftes om forbudet mot eksklusivklausuler i artikkel 9 ,ved å forby arbeidsgivers mulighet til å bestemme om lønsmottakerne kan ta arbeid hos andre arbeidsgivere, vil være et inngrep i ledelsesretten og dermed i strid med grunnleggende danske prinsipper.

5.1 Artikkel 9

Forbudet mot eksklusivavtaler i artikkel 9 utgjør én av de nye minimumsrettighetene i arbeidsvilkårsdirektivet kapittel III. Bestemmelsen skal beskytte lønsmottakere mot eksklusivklausuler som forhindrer dem i å ta arbeid hos andre arbeidsgivere utenfor den oppsatte arbeidstid.⁹⁵ Formålet med minimumsvilkårene er særlig å beskytte ansatte i «ikke-standardmessige» stillinger. Det er fordi disse arbeidstakerne ofte er dårligst beskyttet og normalt faller utenfor overenskomstsysteet. EU har et generelt ønske om å gi alle arbeidstakerne i unionen grunnleggende beskyttelse. Etersom ansatte i «ikke-standardmessige» stillinger ofte stiller dårligere, er det spesielt viktig for EU å gi nettopp denne arbeidsgruppen beskyttelse.⁹⁶

Bestemmelsen som ønskes innført, forhindrer at arbeidsgiver kan legge inn en eksklusivklausul i en arbeidskontrakt. Dette skal gjelde medmindre det er begrunnet i de snevre unntak i stk. 2, omhandlende objektive grunner som helse og sikkerhet, beskyttelse av forretningshemmeligheter, integritet i offentlig forvaltning eller unngåelse av

⁹¹ Europa-Kommissionen, 2019, s. 1

⁹² Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 4 og 5

⁹³ Se 4.3.1. Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 7-13

⁹⁴ Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA), 2018, s. 4. I høringssvaret referert til som art. 8

⁹⁵ Europa-Kommissionen, 2019, s. 14

⁹⁶ Ibid. s.1

interessekonflikter. I dag er det arbeidsgiver, som i lys av ledelsesretten, bestemmer om en slik klausul skal gjelde, dersom ikke annet er regulert i avtale. Det ligger også allerede en generell lojalitetsplikt til arbeidsgiveren som innebærer at en lønsmottaker skal være lojal mot arbeidsgiver, herunder ikke ta bijobber dersom arbeidsgiver ikke ønsker det.⁹⁷

5.2 Ledelsesrettens posisjon i dansk rett

Ledelsesretten anses å være et grunnleggende prinsipp i dansk arbeidsrett. Ledelsesretten er arbeidsgivers rett til å lede, fordele, regulere og kontrollere arbeidet som lønsmottakeren skal utføre. Den kollektivrettslige teori deler ledelsesretten inn i arbeidsgivers mulighet til å ansette, avskjedige, utstede regler vedrørende arbeidets utførelse, plassere arbeidstid og -sted, utstede ordensregler og innføre kontrolltiltak på arbeidsplassen.⁹⁸ Det å hindre at lønsmottaker tar annet arbeid ved å innføre en eksklusivklausul i ansettelseskontrakten vil ligge innenfor arbeidsgivers ledelsesrett.

Prinsippet om ledelsesretten er blant annet begrunnet i at det er arbeidsgiveren som kjenner arbeidet best og som har ansvaret for arbeidet som blir utført. Det er også derfor naturlig at ansvaret ligger her.⁹⁹ I tillegg er det vanskelig å regulere det hele i en ansettelseskontrakt eller overenskomst, da situasjoner som ikke kan forutses likevel krever en form for regulering.

Ledelsesretten har utviklet seg gjennom fast og langvarig rettspraksis, og beskyttelsen av denne var et av hovedkravene fra arbeidsgivers side under storlockouten i 1899. Under Septemberforliket ble det av begge parter slått fast som et grunnleggende rettsprinsipp.¹⁰⁰ Denne retten er et av de mest fundamentale prinsipper i dansk arbeidsrett. Ledelsesretten er en selvstendig hjemmel og gjelder på hele arbeidsmarkedet, både offentlig og privat.¹⁰¹ I kollektive avtaler ligger også ledelsesretten som et overordnet prinsipp og det trengs således ikke positiv hjemmel for å anvendes. Positiv hjemmel er likevel mulig å finne i for eksempel Hovedavtalen mellom DA og LO § 4.¹⁰²

5.3 Septemberforliket

Tanken om at arbeidsgiver har retten til å bestemme over lønsmottakerne, arbeidsplassen og arbeidets utførelse har eksistert i århundrer som en naturlig del av et arbeidsgiver/arbeidstakerforhold.

I siste tredjedel av 1800-tallet, i samsvar med industrialiseringen av Danmark, ble derimot dette tankesettet utfordret av en fremvoksende arbeiderbevegelse. Lønsmottakerne samlet seg og erfarte at når de i kollektivitet sto sammen og slåss for sine rettigheter, fikk de større makt.¹⁰³ For lønsmottakerne ble målet å endre det faktum at arbeidsgiver hadde full og endelig reguleringskompetanse. De ønsket gjennom forhandling med arbeidsgiverne å få etablert kollektive overenskomster som skulle regulere lønns- og arbeidsvilkår, slik at arbeidsgivers mulighet til å bestemme ble mer forutsigbart og mindre tilfeldig.¹⁰⁴ Sagt på en annen måte; lønsmottakerne ville også ha en finger med i spillet på det danske arbeidsmarkedet.

⁹⁷ Hasselbalch & Munkholm, 2019, s. 506

⁹⁸ Kristiansen, 2014, s. 145

⁹⁹ Ibid. s. 343

¹⁰⁰ Ibid. s. 343

¹⁰¹ Ibid. s. 344

¹⁰² Hovedavtalen av 1. oktober 1992 mellom Dansk arbejdsgiverforening og Landsorganisasjonen i Danmark

¹⁰³ Due & Madsen, 1999, s. 8

¹⁰⁴ Ibid. s. 14

Presset lønsmottakerne la på arbeidsgiversiden, i form av å kreve gunstigere ordninger vedrørende tilretteleggelse av det daglige arbeidet i virksomheten, ble av arbeidsgiverne sett på som et angrep på ledelsesretten.¹⁰⁵ På grunn av presset fra fagforeningene, ble det imidlertid umulig for arbeidsgiverne å fastholde sitt opprinnelige mål om å ikke gi lønsmottakerne noen form for medbestemmelse. Den beste løsningen ble derfor å oppnå samarbeid med lønsmottakerorganisasjonene, men samtidig beholde mest mulig innflytelse på reguleringen av lønns- og arbeidsvilkår; altså å sikre ledelsesretten i størst omfang.¹⁰⁶ I tillegg ønsket de seg sentraliserte forhandlinger og et voldgiftssystem som sikret at det partene hadde avtalt, faktisk ble overholdt.¹⁰⁷

Veien til forhandling var ingen dans på roser. Lockouten ble fra arbeidsgivers side innledet som forsvar for å bevare ledelsesretten.¹⁰⁸ Konflikten beskrives som «*Den første landsomfattende arbejdskamp i Danmark, den hidtil største i Europa.*»¹⁰⁹ I samtiden ble den kalt for borgerkrigen.¹¹⁰ Det er ingen andre begivenheter i Danmark som kan måle seg med denne klassekampen på det arbeidsrettslige området, sett hen til konfliktens betydning og det oppnådde resultat.¹¹¹ Omfanget av lockouten regnes av organisasjonene selv å ha omfattet 40.000 dansker direkte, og varte i over tre måneder før partene signerte Septemberforliket.¹¹²

5.3.1 Resultatet

Storlockouten og Septemberforliket i 1899 markerte slutten på den mange hundre år lange tradisjonen om at arbeidsgiver alene, uten arbeiderenes innflytelse, satt standarden på arbeidsplassen. Den nye tid ga en økt respekt mellom arbeidsgiver og arbeidere. Idealet fremover skulle være preget av medbestemmelse til arbeiderene og nedskrevne avtaler.¹¹³ Septemberforliket av 1899 har i større utstrekning enn noe annet forlik, hatt betydning for moderne dansk historie. Forliket bidro til utviklingen av det danske samfunn i retning av å bli et konsensus-samfunn, et samfunn der konflikter mellom grupper og klasser løses gjennom kompromiss begrunnet i gjensidig respekt for eksistensen av den motsatte parts interesser.¹¹⁴

På grunn av presset fra arbeidsgiversiden ble bevarelsen av status quo av de faglige lederne sett på som en stor seier.¹¹⁵ De fikk arbeidsgiverne til å anerkjenne arbeidernes organisasjonsrett og at avtaler vedrørende regulering av lønns- og arbeidsvilkår skulle nedtegnes og være avtalemessig bindende mellom partene gjennom kollektive overenskomster.¹¹⁶ Til gjengjeld anerkjente arbeiderne blant annet arbeidsgivernes ledelsesrett, noe som utgjorde den største seieren sett fra arbeidsgiverens side.¹¹⁷ Begge parter er på flere måter store seierherrer sammen. Store samfunnsmessige konflikter ble løst gjennom forhandlinger og kompromiss uten bruk av vold eller revolusjon. Partene oppnådde et pluss-sumspill der begge parter ble ansett som

¹⁰⁵ Due & Madsen, 1999, s. 6

¹⁰⁶ Ibid. s. 10

¹⁰⁷ Ibid. s. 11

¹⁰⁸ Ibid. s. 8

¹⁰⁹ Nielsen C., 1976, s. 9

¹¹⁰ Ibid. s. 9

¹¹¹ Due & Madsen, 1999, s. 5

¹¹² Ibid. s. 15. Tallene følger av organisasjonenes egne offisielle statistikk.

¹¹³ Christensen, 2020, s. 6

¹¹⁴ Due & Madsen, 1999, s. 5

¹¹⁵ Ibid. s. 17

¹¹⁶ Due & Madsen, 1999, s. 17

¹¹⁷ Christensen, 2020, s. 66

vinnere i form av et system de begge var tjent med. Løsningen har frem til i dag har skapt ro og orden på det danske arbeidsmarked – til fordel for dem begge.¹¹⁸

Septemberforliket ble frem til 1960 sett på som «arbeidsrettens grunnlov».¹¹⁹ Prinsippene som følger av forliket, preger stadig arbeidsmarkedet i aller høyeste grad. De vesentlige elementer, herunder fastslåelsen av ledelsesretten, er i dag å finne i Hovedavtalen mellom DA og LO (FH). Hovedavtalen består av en rekke justeringer og presiseringer av Septemberforliket, men innholdet er i all hovedsak det samme, dog i en språklig modernisert utgave.¹²⁰ I dag kommer ledelsesretten til uttrykk i Hovedavtalen (mellom DA og LO) § 4. Det er tilsvarende hovedavtaler på hele arbeidsmarkedet, som alle fastsetter de samme grunnprinsippene for overenskomstene, herunder organisasjonsrett, konfliktrett, fredsplikt og ledelsesretten.¹²¹

5.4 Lojalitetsplikten

FA mener artikkel 9 er uhensiktsmessig og i strid med den grunnleggende lojalitetsplikt lønsmottaker skal ha overfor arbeidsgiver i et ansettelsesforhold. Lojalitetsplikten er kun sporadisk regulert i lovgivningen. Ettersom det nesten er umulig å på forhånd å si hva som ligger i denne plikten, må den ses ut ifra hvert enkelt konkrete tilfelle. Utgangspunktet er at lønsmottakeren i alle omstendigheter skal avstå fra alt som kan kollidere med arbeidsforpliktelsens oppfyllelse, eller som direkte eller indirekte forvolder arbeidsgiveren skade.¹²²

Etter lojalitetsplikten kan ikke en lønsmottaker påta seg en bijobb om det:

*medfører afbæk i arbejdstiden i hovedstillingen, eller såfremt hovedjobbet efter det dermed forbundne ansvar, arbejde og aflønning er så kvalificeret, at det må anses forudsagt, at han skal vie hele hele sin interesse, eller stillingsbeskrivelsen klart umuliggør noget sådant.*¹²³

Dette henger sammen med lønsmottakerens plikter, for eksempel at de skal være opplagt til arbeid og være lojale overfor arbeidsgiver. Det samme gjelder dersom aktiviteten påfører bedriften konkurranse. Rettspraksis har slått fast at brudd på lojalitetsplikten er en gyldig bortvisningsgrunn.¹²⁴

Er det ønsket at lønsmottaker ikke skal ta andre jobber, kan arbeidsgiver i lys av ledelsesretten nekte den ansatte å ta annet arbeid, og som begrunnelse vise til lojalitetsplikten. Er det ikke ønskelig å ha lojalitetsbestemmelser i en bestemt bransje, er det opp til arbeidsmarkedets parter gjennom forhandlinger å få dette fastsatt i en kollektiv overenskomst, jf. den danske modell.

Plikten til at lønsmottaker skal være lojal mot arbeidsplassen, kan utledes av arbeidsgivers ledelsesrett og vil ikke bli behandlet videre i denne avhandlingen.

¹¹⁸ Due & Madsen, 1999, s. 21

¹¹⁹ Kristiansen, 2020, s. 30

¹²⁰ Christensen, 2020, s. 85

¹²¹ Kristiansen, 2013, s. 29

¹²² Hasselbalch & Munkholm, 2019, s. 506

¹²³ Ibid. s. 506

¹²⁴ Ibid. s. 507

5.5 Den danske modell

I tillegg til at ledelsesretten ble fastslått i Septemberforliket, regnes det også som starten på det vi i dag kaller den danske modell.

Hovedprinsippene som lå bak inngåelsen av Septemberforliket, har sammen med utviklingen i tiårene etter forliket, blitt fundamentet for det sentraliserte forhandlingssystemet, kjent som den danske modell. Staten viser tilbakeholdenhet på arbeidsmarkedet; forhandling og regulering vedrørende lønns- og ansettelsesvilkår gjøres av arbeidsmarkedets parter gjennom kollektive overenskomster. Beskyttelse og ivaretagelse av arbeidstakere er ut ifra denne modellen i stor grad lagt til fagforeningene. Det har blitt skapt trygghet for de ansatte gjennom gradvis forbedrede lønns- og ansettelsesvilkår, i bytte mot at virksomheter har fått lojale ansatte og trygghet som følge av fredsplikten. Dette har vært kjernen for god produktivitet og konkurransedyktighet på arbeidsmarkedet. Internasjonalt er modellen blitt pekt på som et stabilt system med få konflikter.¹²⁵

Ut ifra den danske modellens prinsipper er det problematisk at EU søker å regulere ledelsesretten. Det er i dansk tradisjon et fastsatt prinsipp som verken skal uthules eller tilsidesettes. Skal denne begrenses, er det bare arbeidsmarkedets parter som kan gjøre det gjennom forhandlinger og felles enighet.

5.6 Er artikkel 9 et inngrep i ledelsesretten?

Grunntanken bak Septemberforliket som i dag er videreført i Hovedavtalen, partenes klare oppslutning om ledelsesretten og utstrekningen av denne, samt at denne kun skal kunne reguleres av partene selv, utgjør hovedprinsippene i den danske modell. Dette peker alt i retning av at artikkel 9 er et inngrep i ledelsesretten.

Problemet med bestemmelsen er at det ikke er arbeidsmarkedets parter, men EU som kommer med en slik begrensning i arbeidsvilkårsdirektivets art. 9. Med Septemberforliket ble det slått fast at lønns- og arbeidsvilkår på det danske arbeidsmarkedet er noe man forhandler om.¹²⁶ Partene er enige om at ledelsesretten kan begrenses gjennom forhandling, og at kollektive avtaler skal bli respektert. Når prinsippene i dansk arbeidsrett er så klare, er det etter de overstående argumenter klart at dette er noe som må beskyttes.

Danmark har mer enn 2.8 millioner lønsmottakere.¹²⁷ Etersom ledelsesretten gjelder som et overordnet prinsipp, er alle lønsmottakerne omfattet av arbeidsgivers ledelsesrett. I 2019 var nesten 2 millioner dansker organisert i en fagforening som med arbeidsgiverorganisasjonene som motpart, fremforhandler deres lønns- og arbeidsvilkår.¹²⁸ Når er så stor andel av Danmarks befolkning er omfattet av en slik avtalebasert løsning, kan det slås fast at bestemmelsen i artikkel 9 utfordrer den 120 år gamle tradisjonen om at begrensninger til ledelsesretten skal forhandles mellom partene på arbeidsmarkedet.

5.7 Delkonklusjon

Ledelsesretten er i dag ansett som et grunnleggende rettsprinsipp med et bredt fotfeste i det danske arbeidsmarked. Siden 1899 har partene respektert og overholdt ledelsesretten. Artikkel

¹²⁵ Christensen, 2020, s. 95-96

¹²⁶ Ibid. s. 86

¹²⁷ Danmarks statistik, 2020

¹²⁸ Danmarks statistik, 2019

9 vil utgjøre et inngrep i ledelsesretten og vil dermed være i strid med grunnleggende danske prinsipper på arbeidsmarkedet.

I det neste kapittelet drøftes det om artikkel 9 kan unnlates implementert i dansk rett ut ifra det EU-rettslige prinsippet om tvingende allmenne hensyn med begrunnelse i Danmarks samfunnsorden (ordre public).

6 Kan en mangelfull implementering av artikkel 9 begrunnes i tvingende allmenne hensyn?

6.1 Prinsippet om tvingende allmenne hensyn

Om Danmark ikke implementerer bestemmelsen og fortsetter å la det være opp til arbeidsmarkedets parter å forhandle om eksklusivklausuler på overenskomstnivå, vil det være et brudd på TEUF art. 153, stk. 3, jf. art. 288.

Tidligere har Danmark blitt dømt flere ganger for traktatbrudd for ikke å ha tilstrekkelig implementert EU-direktiv, for eksempel saken C-143/83 (Kommissjonen mot Danmark) omhandlende mangelfull implementering av ligelønsdirektivet.¹²⁹

Danmark er som utgangspunkt pliktig til å implementere arbeidsvilkårsdirektivet i sin helhet. EU-Domstolen har likevel i en rekke saker akseptert at en stat har lovgivning som er i strid med EU-rettslige regler, dersom det kan begrunnes ut ifra tvingende allmenne hensyn. Prinsippet kan rettferdiggjøre restriksjoner av EU-rett i nasjonal lovgivning, så lenge denne er proporsjonal. Det vil si ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med begrensningen.

Det finnes ingen uttømmende liste over hva som er tvingende allmenne hensyn, og begrepet er stadig under utvikling.¹³⁰ I praksis har EU-Domstolen til nå anerkjent instrumentet i saker omhandlende bla. hensyn til forbrukerbeskyttelse,¹³¹ miljøhensyn,¹³² hensyn til menneskers helse,¹³³ beskyttelse av arbeidstakere¹³⁴ og opprettholdelse av samfunnsorden.¹³⁵ I tillegg er hensyn til dyrevelferd, sosialpolitiske formål, forebygging av illojal kompetanse, trafikksikkerhet, bekjempelse av bedrageri, bevaring av historisk og kunstnerisk arv samt sosial og kulturpolitiske målsetninger også skissert som mulige tvingende allmenne hensyn.¹³⁶ Rene økonomiske hensyn er blitt avvist som omfattet av prinsippet.¹³⁷

¹²⁹ Direktiv 75/117. Sak 143/83 (Kommissjonen mot Danmark)

¹³⁰ Uddannelses- og Forskningsudvalget 2015-16 L 32 spørsmål nr. 3, 2015

¹³¹ Eks. C-120/78 (Cassis de Dijon-dommen) - Domstolen kom frem til at et forbud mot å selge alkohol over 25 % med hensyn til forbruker ikke var godtgjort da merking på flasken ville være tilstrekkelig.

¹³² C-473/98. (Toolex Alpha-dommen) – Domstolen vurderte det som tilstrekkelig da det var begrunnet i reelle miljøhensyn og beskytte menneskers liv og helse.

¹³³ Eks. C-320/93 (Eurim-Pharm) - Domstolen uttalte at menneskers liv og sunnhet er det viktigste blant de beskyttelsesverdige hensyn, jf. Erhvervsstyrelsen, 2009.

¹³⁴ Eks. C-164/99 (Webb-dommen), premiss 19

¹³⁵ Eks. C-319/06 (Kommissjonen mot Luxembourg) Domstolen peker på at hensyn til ordre public kan godkjenne regler i strid med EU-rett. Var likevel ikke godtgjort i denne saken.

¹³⁶ Oppramsingen er omtalt i Erhvervsstyrelsen, 2009 og Larsen, 2015 og Barnard & Peers, 2020, s. 513

¹³⁷ Erhvervsstyrelsen, 2009

Opp mot oppgavens problemstilling, vedrørende om tvingende allmenne hensyn kan rettferdiggjøre en mangelfull implementering av et EU-direktiv, er ikke tidligere blitt vurdert av EU-Domstolen eller av nasjonale domstoler. Spørsmålet er dermed uoppløst.

For å kunne si noe om hva som er et tvingende allment hensyn, må det i hvert enkelt tilfelle vurderes om tiltakene en stat gjennomfører er så tvingende nødvendige for å ivareta samfunnets interesser, at det er nødvendig at det strider med EUs regler. I tillegg er det et krav om at tiltakene skal være proporsjonale. De må ikke strekke seg lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. EU-Domstolen overlater det til medlemsstatene selv å vurdere om proporsjonalitetsprinsippet er overholdt.¹³⁸

6.2 Opprettholdelse av samfunnsorden - ordre public

Tvingende allmenne hensyn kan begrunnes i en rekke forskjellige hensyn. Det mest relevante for å kunne besvare oppgavens problemstilling er hensynet til opprettholdelse av samfunnsorden, gjerne omtalt som hensynet til en stats ordre public. I det følgende skal det vurderes hva som ligger i begrepet og om beskyttelsen av ledelsesretten kan rettferdiggjøres gjennom tvingende allmenne hensyn til ordre public i Danmark.

6.2.1 C-319/06 – Luxembourgdommen

Sak C-319/06 mellom Kommisjonen og Storhertugdømmet Luxembourg omhandlet tvistens første klagepunkt om Luxemburgs lov av 20. des. 2002, art. 1 stk. 1 nr. 11, som inneholdt en rekke begrensninger om lønns- og arbeidsvilkår som gjaldt for alle arbeidstakere, også utstasjonerte arbeidstakere. Domstolen kom frem til at denne loven var i strid med utstasjoneringsdirektivet¹³⁹ fordi lovens bestemmelser gikk ut over direktivets bestemmelse av utstasjonerte arbeidstakere. I tillegg var kontrollen av utenlandske virksomheter for bred, og den kunne derfor ikke begrunnes i hensynet til ordre public, jf. direktivets art. 3, stk. 10.

I første klagepunkt argumenterte Luxembourg for at de nasjonale lovreglene vedrørende en rekke begrensninger i lønns- og arbeidsvilkår var nødvendig for ivaretagelse av ordre public. De anfører at «...«*grundlæggende retsprinsipper (ordre public)*» omfatter alle de bestemmelser, som etter værtsmedlemsstatens retsopfattelse tilgodeser ufravikelige krav i almenhedens interesse.»¹⁴⁰ Kravet er begrunnet i den offentlige orden under formålet å beskytte arbeidstakere.¹⁴¹

Av Domstolen bemerkes det at det skal mye til før hensynet til ordre public kan anvendes:

*Bestemmelser, som en medlemsstat betegner som nationale ordens og sikkerhetsforskrifter, må forstås således, at der sigtes til bestemmelser, hvis overholdelse er blevet anset for at være så avgjørende for opprettholdelse af den pågældende medlemstats politiske, sociale og økonomiske organisasjon, at de kræves overholdt af en hver person, der befinder sig på denne medlemsstats nationale område, eller i forbindelse med ethvert rettsforhold i denne stat.*¹⁴²

¹³⁸ Eks. C-275/92, Schindler, premiss 61, C-124/97 Läära, premiss 35, C-338/04, Placanica, premiss 47 og C-42/07, Liga Portuguesa, premiss 57

¹³⁹ Direktiv 96/71/EF

¹⁴⁰ Premiss 22

¹⁴¹ Premiss 36

¹⁴² Premiss 29. Domstolen refererer til C-369/96 (Arblade), premiss 30

Domstolen bemerker videre at ordre public skal forstås på den måten at det dekker obligatoriske regler som ikke kan fravikes i kraft av deres art og formål, som tilgodeser krav i allmenhetens interesse.¹⁴³ Rekkevidden for ordre public kan ikke alene fastsettes av den enkelte medlemsstat uten kontroll fra Det Europeiske Felleskaps organisasjoner. Domstolen peker på at det må være en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot et grunnleggende samfunnshensyn. Det skal altså fortolkes strengt.¹⁴⁴ I tillegg skal de foranstaltninger som gjennomføres være proporsjonale, herunder at de må stå i rimelig forhold med beskyttelse av den offentlige orden.

Domstolen kommer i første klagepunkt til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort at bestemmelsen er nødvendig for å ivareta statens ordre public. Ved vurderingen pekes det på at det ikke er snakk om ordre public ettersom virksomhetene som utstasjonerer arbeidstakere i Luxembourg, allerede er omfattet etter de respektive nasjonale regler hvor virksomheter er regulert. Kommisjonen fikk derfor medhold i det første klagepunktet.¹⁴⁵ Til tross for dommens resultat, anerkjenner Domstolen at tvingende allmenne hensyn, begrunnet i ordre public, kan tillate at nasjonale regler er i strid med klare EU-regler.

6.2.2 Ordre public som generelt prinsipp

I Luxembourgdommen følger hensynet til ordre public direkte av direktiv 96/71, art. 3, stk. 10. Ordre public kan også påberopes på andre områder enn det som følger av denne bestemmelsen. Prinsippet om ordre public er generelt anerkjent og kan anvendes på andre områder selv om det ikke er direkte definert i en lovtekst. «Ordre public» kommer fra fransk og betyr «allmenn rettsorden». Terminologien kommer fra en bestemmelse i den franske Code civil om at man ikke kan avtale, eller fravike, lover som er til uttrykk for den offentlige interesse.¹⁴⁶ I EU-retten tolkes ordre public på samme måte uavhengig av om det er i forbindelse med lovvalg eller anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av dommer.¹⁴⁷

Begrepet er overført til internasjonal privatrett og brukes blant annet for at stater kan unnlate å fullbyrde dommer avsagt i utlandet, dersom lovregelen det er dømt etter, åpenbart er uforenelig med grunnleggende rettsprinsipper i hjemstaten. Det er et meget snevert unntak som kun kan anvendes som en sikkerhetsventil. I de fleste stater er det enighet om at ordre public bare kan brukes når resultatet av den utenlandske regel er «*indlysende uforeneligt med de grundlæggende etiske og politiske ideer i domslandet*».¹⁴⁸

Ordre public er en avgrensning en stat har for å kunne avvise bruk av fremmed rett og har til formål å beskytte en stat fra å måtte etterfølge regler som strider med grunnleggende rettsprinsipper i staten.¹⁴⁹ Tilgangen til ordre public-innsigelser er snevert i EU-retten.¹⁵⁰ Det skal mye til for at prinsippet faktisk kan anvendes.

Når det er snakk om tvangsfullbyrdelse av dommer, vil det ikke være nok at resultatet avviker fra det resultatet domstolen i hjemlandet ville kommet frem til. Det er heller ikke tilstrekkelig

¹⁴³ Premiss 32

¹⁴⁴ Premiss 50, jf. Sak C-54/99, (Eglise de scientologie), premiss 17

¹⁴⁵ Premiss 54-69

¹⁴⁶ Den Store Danske, 2009

¹⁴⁷ Jf. Cordero-Moss, 2018, s. 69, jf. Hess & Pfeiffer, 2011, s. 14 og 27 om EU-Domstolens praksis, og s. 70-ff., 88 ff, 141 og 169 om nasjonal rettspraksis.

¹⁴⁸ Den Store Danske, 2009

¹⁴⁹ Cordero-Moss, 2018, s. 65

¹⁵⁰ Ibid. s. 69

at resultatet er i strid med preseptoriske regler. For å leve opp til kavet er det de fundamentale rettsprinsipper i rettsordenen som skal bli krenket. Med andre ord er det ikke de «*ikke positivrettslige bestemmelser som utgjør ordre public, men prinsipper og verdier.*»¹⁵¹ Det er heller ikke tilstrekkelig med alle former for prinsipper. Her skal det være snakk om de fundamentale prinsipper og verdiene i et samfunn. Det skal i tillegg foretas en helhetsvurdering der de hensyn som anses som krenket, veies opp mot andre hensyn som gjøres gjeldende i den konkrete sak.¹⁵²

En stats tradisjoner og juridiske-, etiske- og sosioøkonomiske verdier er det som legges til grunn i vurderingen om hva som er et fundamentalt prinsipp i et samfunn. Det er prinsippene og verdiene et samfunn har som er av betydning, ikke hva som følger av de positive rettskildene.¹⁵³

EU-Domstolen har således akseptert at hensynet til en stats ordre public unntaksvis kan aksepteres som en grunn til å fravike EU-rettslig lovgivning, og unnlate rettsforfølgelse etter en domsavgjørelse. Vilkårene og hva som ligger i drøftelsen, er de samme. Ordre public er til for å beskytte en stat fra å måtte akseptere utenlandske rettsregler som strider mot grunnleggende prinsipper i sin nasjonale rett. Tvingende allmenne hensyn kan begrunnes i hensynet til en stats ordre public.

6.3 Tvingende allmenne hensyn i dansk rett - U 2021.985 H

Det er ikke bare EU-Domstolen i de overnevnte dommene som har tatt for seg prinsippet om tvingende allmenne hensyn. Den siste avgjørelsen vedrørende prinsippet ble utgitt av Høyesterett tidligere i år. I dommen setter Høyesterett klart standarden for at tvingende allmenne hensyn kan gi hjemmel for rettsregler, selv om de er i direkte strid med EU-retten. Resultatet i dommen gir en indikasjon på at Høyesterett støtter Luxembourgs synspunkter for hva som utgjør et tvingende allment hensyn begrunnet i ordre public, i høyere grad enn hva EU-Domstolen gjør.¹⁵⁴ Saken ble i første instans prøvd av retten i Horsens, som avsa dom den 7. mai 2015, i andre instans ble den avgjort av Vestre Landsrett 15. mai 2019, og til slutt ble saken avgjort av Høyesterett 30. november 2020.

I korte trekk omhandler saken en polsk virksomhet som ble tiltalt for ikke å ha overholdt anmeldelsesplikten, da de ikke til rett tid sendte inn de nødvendige opplysningene til RUT-registeret.¹⁵⁵

Under rettssaken forklarte virksomheten at de hadde unnlatt å sende inn opplysningene for tid og sted for leveringstidspunkt, da de mente det var skadelig for virksomheten konkurransemessig. Det ble blant annet forklart at ved offentliggjøring av disse opplysningene, kunne konkurrenter finne ut av virksomhetens kundeforhold og prosjekter ved å bruke opplysningene til markedsmonitorering og konkurranseanalyser. Det ble argumentert med at de danske reglene i udstationeringsloven av 2011¹⁵⁶ § 7 a stk. 1 nr. 1, 4 og 5, jf. § 7 c, stk. 1, således var i strid med TEUF art. 56, stk. 1, om fri flyt av tjenesteytelse ettersom utenlandske virksomheter i Danmark ble dårligere stilt enn de danske, i og med at disse opplysningene kun ble offentliggjort for virksomheter i RUT-registeret.

¹⁵¹ Cordero-Moss, 2018, s. 65

¹⁵² Ibid. s. 65

¹⁵³ Cordero-Moss, 2018, s. 75

¹⁵⁴ Se kapittel 6.8 vedr. forskjellig syn mellom EU-Domstolen og danske domstoler

¹⁵⁵ Registeret for utenlandske tjenesteydere (RUT)

¹⁵⁶ LBK nr. 256 av 25-03-2011

Høyesterett var sammen med partene enige om at anmeldelsesplikten og den offentlige adgangen til opplysningene i RUT-registeret etter udstationeringsloven av 2011 § 7 a, stk. 1 og 5, og § 7 c, stk. 1, er i strid med TEUF art. 56, stk. 1. Høyesterett slår klart fast at bestemmelsene likevel er lovlige da det begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Ordningen er egnet til å sikre myndighetene og arbeidsmarkedets parter en effektiv og målrettet kontroll av utenlandske tjenesteytere som utstasjonerer lønsmottakere, og at bestemmelsene sørger for at virksomhetene forholder seg til reglene som gjelder på arbeidsmarkedet. Dette begrunner retten blant annet med EU-Domstolens argumentasjon i De Clercq premiss 53, 65-66.¹⁵⁷

For Høyesterett er spørsmålet om bestemmelsene er videre enn hva som er nødvendig for å oppnå formålet med RUT-registeret. Altså om reglene er proporsjonale. Vurderingen gjøres i samsvar med hva som vektlegges i De Clarq.

Høyesterett kommer i den første vurdering til at anmeldelsesplikten i § 7 a er proporsjonal. Således tiltrer retten de samme grunner som Landsretten og peker på at bestemmelsen er nødvendig for å kunne foreta en effektiv og målrettet kontroll. De peker også på forarbeidenes støtte i Kommisjonenes meddelelse i KOM (2006) 159.¹⁵⁸

Videre vurderes det om offentlig adgang til disse opplysningene i RUT-registeret etter § 7 c, stk. 1, er videre enn nødvendig.

Ettersom arbeidsmarkedets parter tilgang til opplysningene for å kunne føre kontroll ikke er omstridt, er det avgjørende spørsmålet om det er for vidtgående i forhold til formålet med RUT-registeret at *enhver* skal ha adgang, sånn som bestemt § 7 c, stk. 1.

Når det gjelder opplysninger om virksomhetens navn, forretningsadresse, kontaktopplysninger, kontaktperson i Danmark og Bransjekode, jf. § 5 a, stk. 1 nr. 1, 4 og 5, finner Høyesterett at det ikke går lengre enn det som er nødvendig. Det pekes på at disse opplysningene offentliggjøres for danske bedrifter gjennom CVR-systemet,¹⁵⁹ og at det derfor ikke er noen forskjell mellom utenlandske og danske bedrifter.

Ved spørsmålet om offentliggjørelsen av stedet for levering, jf. § 7 a, stk. 1 nr. 3, følger Høyesterett Landsrettens argumentasjon om at det foreligger en konkurransemessig ulempe for utenlandske virksomheter om denne opplysningen skal offentliggjøres. Ulempen avveies opp mot fordelene med å offentliggjøre opplysningene om leveringsstedet for tjenesteytelsen. Høyesterett legger Landsrettens anføringer til grunn og finner etter en samlet vurdering, at offentliggjørelsen av opplysningene om leveringssted går lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle formålet med RUT-registeret, og er således i strid med TEUF art. 56 stk. 1. Her skiller de to høyere rettsinstansene seg fra Byretten, som konkluderte med motsatt resultat.¹⁶⁰ Høyesterett stadfester Landsrettens dom og virksomheten frifinnes på dette punkt.¹⁶¹

¹⁵⁷ U 2021.985 H s. 14-15 / UfR. 1004. Henvist til sak C-315/13 (De Clercq)

¹⁵⁸ U 2021.985 H s. 15 / UfR 1004

¹⁵⁹ Det Centrale Virksomhedsregister (CVR)

¹⁶⁰ U 2021.985 H s. 8 / UfR 995-996

¹⁶¹ Ibid. s. 16-17 / UfR 1005

6.4 Er beskyttelse av ledelsesretten et tvingende allment hensyn?

EU-Domstolen har som vist ovenfor, slått fast at tvingende allmenne hensyn begrunnet i ordre public (samfunnsorden) kan gi hjemmel for at nasjonal lovgivning kan fravike EU-lovgivning. I det følgende skal EU-Domstolen og Høyesteretts argumentasjon i Luxembourgdommen og U 2021.985 H vedrørende hva som ligger i tvingende allmenne hensyn, anvendes i drøftelsen om beskyttelse av ledelsesretten kan begrunnes dette i prinsippet.

Ordre public omfatter alle bestemmelser som etter medlemsstatens rettsoppfattelse tilgodeser ufravikelige krav i allmennhetens interesse.¹⁶² Et «ufravikelig prinsipp» beskriver Cordero-Moss som prinsipper med fotfeste i samfunnets egne tradisjoner, juridiske, etiske og sosialøkonomiske verdier. Ordre public er basert på verdier i et samfunn og ikke lovbestemmelser eller andre positive kilder.¹⁶³ Spørsmålet er om en beskyttelse av ledelsesretten vil kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn begrunnet i dansk ordre public.

Det å beskytte ledelsesretten fra EU-rettslig påvirkning, handler ikke bare om å beskytte retten arbeidsgiver har til å lede og kontrollere arbeidet. Det handler om å beskytte hele den danske avtalemодellen; beskytte og opprettholde den uskrevne kontrakten mellom arbeidsmarkedets parter og staten, samt at forhold vedrørende lønns- og ansettelsesvilkår skal fortsette å være noe som partene forhandler og blir enige om i kollektive overenskomster. Den danske modellen, herunder ledelsesrettens, eksistens på det danske arbeidsmarkedet forutsetter politisk oppbakking og støtte fra arbeidsmarkedets parter.¹⁶⁴ Skal staten tillate at EU får større og større innflytelse på arbeidsmarkedet og som konsekvens innskrenke arbeidsmarkedets innflytelse, vil den danske modell slik den kjennes i dag, omstruktureres.

Ledelsesretten i dansk rett er som utgangspunkt ufravikelig. I praksis begrenses denne likevel hyppig gjennom lovregler og avtaler. Det er imidlertid slik at staten, i tråd med den danske avtalemодell, viser stor grad av tilbakeholdenhet ved sin lovgiving. Begrensinger hjemlet i lov skal tradisjonelt kun skje gjennom forhandlinger med arbeidsmarkedets parter. I praksis er det derfor på det kollektive plan kun arbeidsmarkedets parter, som gjennom overenskomster, regulerer lønns- og ansettelsesvilkår, herunder også ledelsesretten.¹⁶⁵

Vedørende spørsmålet om det vil være i allmenhetens interesse at ledelsesretten beskyttes må det vurderes om lønsmottakerne har en interesse i at arbeidsgiver beholder ledelsesretten. Det at arbeidsgiver kan regulere og kontrollere arbeidet bidrar til et effektivt og stabilt arbeidsmarked.

Ledelsesretten utøves ikke fritt. Gjennom overenskomstsystemet kan fagforeningene på vegne av de ansatte, sørge for at ledelsesretten utøves saklig og gjennom forhandling kan det legges begrensinger på ledelsesretten for å ivareta lønsmottakerne.¹⁶⁶ En saklig ledelsesrett gir en stabil og trygg arbeidsplass, samt gode arbeidsvilkår for de ansatte. Både fag- og arbeidsgiverforeningene har gjennom å kommentere det nye direktivs minimumsrettigheter, pekt på at EUs reguleringer vil skape forvirringer og et mindre effektivt arbeidsmarked for begge sider.¹⁶⁷ Det vil derfor være i allmenn interesse at den danske modell, herunder

¹⁶² Premiss 22

¹⁶³ Cordero-Moss, 2018, ss. 74-75. Professor ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.

¹⁶⁴ Due & Madsen, 1999, s. 34

¹⁶⁵ Knudsen, 2020. Videoen i artikkelen der dette nevnes finnes i under Knudsen, 2019

¹⁶⁶ Hasselbalch, 2009, s. 136

¹⁶⁷ Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018

reguleringen av ledelsesretten, forblir hos arbeidsmarkedets parter, begrunnet i tvingende allmenne hensyn.

Videre fremgår det av Luxembourgdommen at hensynet må være avgjørende for opprettholdelse av den pågjeldende medlemsstats politiske -, sosiale - og økonomiske organisasjon.¹⁶⁸ Slik fag- og arbeidsgiverforeningene argumenterer, vil det ut ifra et dansk perspektiv, være avgjørende at ledelsesretten forblir regulert av arbeidsmarkedets parter i samsvar med den danske modell. Dette for å bevare ro, stabilitet, og forutsigbarhet på det danske arbeidsmarked. Om EU skal regulere spørsmål om lønns- og arbeidsvilkår, vil den danske arbeidsrett måtte endre karakter. Politisk splittelse og et mer usikkert arbeidsmarked kan bli resultatet om den danske modell, herunder ledelsesretten, kommer i spill. Det kan gi store økonomiske ringvirkninger og dra landet bakover mot den historiske brytningstiden og arbeidskonfliktene som nådde toppen med lockouten i 1899.

Problemet med at EU kommer på banen med regler som artikkel 9 og andre mer inngripende bestemmelser, knytter seg ikke i utgangspunktet til hva bestemmelsene faktisk regulerer. Lønsmottakerens mulighet til å ta en bijobb, medmindre det foreligger saklige grunner til å nekte denne å gjøre det, er allerede i dag regulert i kollektive overenskomster. Partene vil på de aller fleste områder være enige med EU om formålet og behovet for regulering. Problemet knytter seg til hvordan reguleringen skal finne sted.

EU-Domstolen peker på at det må foreligge en «*virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot et grunnleggende samfunnssyn*».¹⁶⁹

Hele den danske arbeidsrett er basert på avtale. Den danske stat viser tilbakeholdenhet og lar arbeidsmarkedets parter forhandle om lønns- og ansettelsesvilkår. I Danmark er det viktig at konflikter løses fredelig gjennom forhandlinger. I Septemberforliket anerkjente arbeidsgiverne retten til å organisere seg og at lønns- og arbeidsforhold skal forhandles kollektivt, samtidig som arbeiderne til gjengjeld anerkjenne arbeidsgivernes ledelsesrett.¹⁷⁰

Forhandlingsprinsippet som praktiseres i dag, er ikke forenlig med at det gjennom direktiver blir påtvunget bestemmelser som regulerer spørsmål om lønns- og ansettelsesvilkår. Dette er reguleringer som allerede er fastslått i kollektive overenskomster.

EUs regler på arbeidsmarkedet har til formål å sikre bedre rettigheter til lønsmottakere i hele unionen. Arbeidsmarkedets parter er ofte enig med EU om at et område trenger regulering. Det som er problematisk, er at unionen tvinger gjennom lovgivning på et område hvor det etter den danske modell er arbeidsmarkedets parter som skal fastsette reglene gjennom forhandling.¹⁷¹ Det at EU kommer med bestemmelser som styrker lønsmottakersiden, får som negativ konsekvens at det hemmer og svekker arbeidsgivers forhandlingsposisjon. Arbeidsgiverne kan gjennom forhandlinger gi etter for fagforeningenes ønske om å fjerne for eksempel eksklusivklausuler i overenskomstene, i bytte mot å få sine ønsker gjennom på andre områder. Innføring av arbeidsvilkårskravets artikkel 9, vil fjerne denne forhandlingsmuligheten. Skal den danske modell fungere optimalt, må begge partene være like sterke. Lønsmottakersiden, med EU i ryggen, vil derfor gjøre systemet skjevt. Ved å frata arbeidsgiver gode forhandlingskort de ellers kunne ha brukt, vil skape en ubalanse i det veletablerte avtalesystemet

¹⁶⁸ Premiss 29

¹⁶⁹ Premiss 50, jf. bla. Sak C-36/02, (Omega, sml.I.) premiss 30.

¹⁷⁰ Christensen, 2020, s. 66

¹⁷¹ Ibid. s. 98-99

og partenes autonomi.¹⁷² Trolig vil dette heller ikke tjene lønsmottakernes interesser. Dette er fordi det kan skape uro og en uklar rettstilstand på arbeidsmarkedet. Et urolig arbeidsmarked vil ikke være positivt for det fredelige og stabile systemet som vi kjenner i dag.

I denne sammenheng trekkes det inn at EU etter TEU art. 4 stk. 2, skal vise hensyn og respektere medlemstatenes særtrekk. Den danske modell og ledelsesrettens posisjon i dansk rett er et klart nasjonalt særtrekk. Om forutsetningene, selve grunnkonstruksjonen endres på, og ledelsesretten spesielt, kan det få store konsekvenser. Dette burde tale klart for at beskyttelse av ledelsesretten skal kunne anses som et tvingende allment hensyn begrunnet i ordre public.

Oppsummert kan beskyttelsen av ledelsesretten slik den er forankret i den danske modell, være avgjørende for å opprettholde stabilitet i det danske arbeidsmarked. Et EU-direktiv som regulerer spørsmål om lønns- og arbeidsvilkår vil skape uro for arbeidsmarkedets parter, som mister sin grunnleggende historiske legitimitet til alene å skulle forhandle om lønns- og arbeidsvilkår uten statlig innblanding. Det vil også være en alvorlig trussel mot arbeidsmodellen som påvirker hele arbeidsmarkedet i Danmark. Den danske modell har bred politisk støtte, både fra arbeidsgiverne og lønsmottakerne - og i befolkningen ellers.

Så fremt foranstaltningene som gjennomføres står i et rimelig proporsjonalt forhold til å beskytte ledelsesretten, vil beskyttelsen være å anse som et tvingende allment hensyn begrunnet i ordre public, sett fra et dansk perspektiv.

6.5 Kan Danmark begrunne en manglende implementering av artikkel 9 i prinsippet om tvingende allmenne hensyn?

Det er i drøftelsen over konkludert med at beskyttelse av ledelsesretten vil være et tvingende allment hensyn begrunnet i beskyttelse av samfunnsordenen (ordre public), da det er et fundamentalt prinsipp i dansk rett at ledelsesretten, herunder reguleringen av lønns- og arbeidsvilkår skal høre til arbeidsmarkedets parter. Det er også slått fast at arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 9 er i strid med ledelsesretten.¹⁷³

Spørsmålet vil videre være om tvingende allmenne hensyn kan rettferdiggjøre en mangelfull implementering av art. 9, noe som i utgangspunktet vil være i strid med TEUF art. 153. EU-Domstolen har blant annet akseptert at innskrenkninger i den frie utveksling av tjenesteytelser, TEU art. 56, kan rettferdiggjøres etter tvingende allmenne hensyn til beskyttelse av en stats samfunnsorden.¹⁷⁴ Et inngrep i et så konkret og fundamentalt prinsipp i EU-retten som TEU art. 56 er, vil kunne gi legitimitet for også å anvende denne drøftelsen på mindre inngripende EU-rettsbestemmelser, slik som artikkel 9 i arbeidsvilkårsdirektivet. Prinsippet om tvingende allmenne hensyn er under utvikling som rettsprinsipp i EU, og det er ikke presisert av EU-Domstolen hvor langt det kan strekkes i praksis. Det forutsettes derfor at prinsippet kan anvendes i denne situasjon.

Det overordnede formålet med direktivet er å forbedre arbeidsvilkårene for lønsmottakerne og bidra til en tydeligere og en mer forutsigbar ansettelse.¹⁷⁵ Artikkel 9 er en minimumsrettighet som har til formål å gi lønsmottaker en utvidet mulighet til å ha flere jobber, uten å bli nektet det eller at det skal gi negative konsekvenser. Bestemmelsen vil ha betydning for alle

¹⁷² Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 8

¹⁷³ Se pkt. 5.6

¹⁷⁴ Jf. sak C-319/06, (Luxembourgdommen)

¹⁷⁵ Jf. direktivets preambel nr. 46

arbeidsgivere som ikke kan benytte seg av unntaket i stk. 2. Etter ordlyden art. 14 vil også de som allerede er dekket av overenskomst kunne være omfattet, da den «*overordnede beskyttelse av arbeidstakere skal respekteres*». Artikkel 9 passer godt med samfunnsutviklingen og sørger for at arbeidsmarkedet tilpasser seg et moderne samfunn der man for eksempel foretrekker å ha flere mindre jobber, noe som også er EUs formål med bestemmelsen. Ulempen med at bestemmelsen unnlates, vil være at noen lønsmottakere vil få dårligere beskyttelse enn om bestemmelsen blir gjennomført.

Forbudet mot eksklusivklausuler i artikkel 9 innskrenker arbeidsgivers mulighet til å sette begrensninger i ansettelsesforholdet. Formålet med en eksklusivklausul om å nekte lønsmottaker andre jobber, er i mange tilfeller at arbeidsgiver skal ha en sikkerhet i at de ansatte er lojale. Det kan være snakk om objektive grunner, men det er også mulig å se for seg at det er ikkehåndfaste subjektive grunner til at arbeidsgiver ønsker å ha eksklusivklausuler. Arbeidsgivers mulighet til å bestemme om lønsmottakeren kan ha en sideløpene ansettelse eller ikke, vil falle innunder arbeidsgivers ledelsesrett. Allerede i dag er lønsmottakere sikret med at det ofte stilles krav til saklighet ved utøvelse av ledelsesretten, noe som er med på å sikre at lønsmottakerne ikke blir utsatt for usaklighet.¹⁷⁶ EUs bestemmelse om at arbeidsgiver ikke kan nekte en sideløpene ansettelse vil frata arbeidsgiverne en mulighet til å behandle og forhandle denne rettigheten kollektivt eller i en ansettelseskontrakt.

Det neste spørsmålet er om lønsmottakerne vil være godt nok beskyttet til å skulle ta en sideløpene ansettelse om artikkel 9 ikke implementeres. Danmark troner i toppen sammen med de andre skandinaviske landene når det kommer til organiserte lønsmottakere. Regner man både med de tradisjonelle og gule fagforeninger er organisasjonsgraden i Danmark på 64 %.¹⁷⁷ Med alle lønsmottakere som er beskyttet av en kollektiv overenskomst, regnes det at 82 % av alle arbeidstakere er omfattet.¹⁷⁸ Spørsmål om mulighet for sideløpene ansettelse vil de steder det er relevant, kunne være oppe til forhandling mellom arbeidsmarkedets parter. Det kan også forhandles om det på lokalt nivå. Lønsmottakerne kan gjennom kollektive kampmidler legge press på arbeidsgiver til å forhandle om spørsmålet. Det unike med det danske arbeidsmarkedet er nemlig at det er de ansatte og arbeidsgiver som kjenner situasjonen og behovet for regulering best.¹⁷⁹ Der det ikke er behov, burde det heller ikke være noen regulering.

Til slutt må beskyttelsen til gruppen av ansatte som verken er organisert eller er beskyttet av overenskomst vurderes. Uten en beskyttelse gjennom lovgivning eller overenskomst, vil disse lønsmottakerne ikke ha like gode muligheter til å beskytte seg mot eksklusivklausuler. Det er i dag mange nye arbeidsformer og langt flere arbeidstakere som har et løsere forhold til sin arbeidsgiver; eksempelvis frilansere, deltidsansatte og de som kombinerer forskjellige inntektsformer.¹⁸⁰ Det er også i stor grad disse yrkesgruppene EU gjennom sin lovgivning på arbeidsområdet ønsker å beskytte, da de ikke har det samme tradisjonelle ankeret som gir dem beskyttelse gjennom overenskomst.

¹⁷⁶ Hasselbalch, 2005 s. 28-ff.

¹⁷⁷ Berlinske, 2021. Tallene i artikkelen er hentet fra en analyse gjennomført av Forskningscenter for Arbejdsmarkeds- og Organisationsstudier (FAOS). «De gule fagforeninger» (alternative ideologiske fagforeninger).

¹⁷⁸ Dansk Arbejdsgiverforening, 2020. Analyse gjort av DA. Statistikken er basert på Danmarks statistiks Beskæftigelse for Lønmodtakere 2018, FA og Eurostats Structure og Earnings Survey 2018

¹⁷⁹ Knudsen, 2020. Videoen i artikkelen der dette nevnes finnes i under Knudsen, 2019

¹⁸⁰ Ingeniørforeningen i Danmark (IDA), 2017

I Danmark er det positiv og negativ organisasjonsfrihet.¹⁸¹ Lønsmottakerne kan selv velge å forhandle sine egne arbeidsvilkår eller fritt melde seg inn i en fagforening for å oppnå beskyttelse mot eksklusivklausuler. Det er også lokalt på arbeidsplassen mulig å forhandle frem en beskyttelse for de ansatte. Den danske modell er forbeholdt alle arbeidstakere og alle står fritt til å organisere seg for å styrke sine rettigheter på arbeidsmarkedet. Fagforeningene jobber aktivt med å få overenskomstdekket hele arbeidsmarkedet, også «ikke-standardmessige» stillinger, slik at en enda høyere prosentandel av danske arbeidstakere omfattes.

Overenskomstene har en smittende effekt. Det vil si at det som følger av de kollektive overenskomstene, får betydning for holdningene på hele det samlede arbeidsmarkedet. De som ikke er omfattet av overenskomst, vil kunne på den måten også nye godt av de fremforhandlede vilkår.¹⁸² Minimumsbeskyttelsen som artikkel 9 gir vil for de fleste ikke være spesielt inngripende, slik at det er behov for en overordnet lovregel i samfunnet, som for eksempel beskyttelse mot usaklig diskriminering i større grad krever. I tillegg vil ikke rettstilstanden for de som ikke er beskyttet kollektivt, bli noe dårligere enn det den er i dag, som følge av at artikkel 9 ikke implementeres. Ut ifra den danske modellens overordnede virking på hele det danske arbeidsmarked, kan det konkluderes med at alle lønsmottakerne kan få beskyttelse mot eksklusivklausuler, uten en implementering av artikkel 9.

Ledelsesretten har stor betydning på det danske arbeidsmarkedet og en manglende beskyttelse av denne vil rokke ved et prinsipp som har et fundamentalt fotfeste i det danske samfunnets juridiske verdier og prinsipper. En manglende ivaretagelse av denne retten vil kunne skape en rekke negative konsekvenser for hele arbeidsmarkedet, både for lønsmottakere og arbeidsgivere. Den danske modell sørger i dag for at det er mulig å oppnå beskyttelse mot eksklusivklausuler gjennom forhandling på individuelt eller kollektivt plan. En manglende implementering av artikkel 9 kan således hjemles i tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelse av samfunnsordenen (ordre public).

6.6 Proporsjonalitetsvurdering

Det er ifølge EU-Domstolen ikke tilstrekkelig at en manglende implementering av artikkel 9 utgjør et tvingende allment hensyn. Retten har i tillegg innført et krav til proporsjonalitet. Det må derfor også vurderes om beskyttelsen av ledelsesretten kan oppnås gjennom mindre inngripende foranstaltninger, enn ved å ikke implementere artikkel 9.¹⁸³ Som beskrevet av Høyesterett i U 2021.985 H, skal foranstaltningene ikke gå lengre enn hva som er nødvendig for å oppnå formålet.¹⁸⁴

En fullstendig drøftelse av om en mangelfull implementering av artikkel 9 oppfyller kravet om proporsjonalitet, er svært kompleks og omfattende. Dette ses bla. i ovenfornevnte Høyesterettsdom, som etter sin prinsipielle viktighet, ble vurdert av ni dommere. I det følgende vil det derfor kun kort trekkes frem hva EU-Domstolen legger i vurderingen og hvilke mulige drøftelser som kan foretas.

¹⁸¹ Jf. Grunnlovens § 78 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 11

¹⁸² Knudsen, 2020. Videoen i artikkelen der dette nevnes finnes i under Knudsen, 2019

¹⁸³ Barnard & Peers, 2020, s. 532 Jf. Sak C-384/08 premiss 51 (Attanasio Group)

¹⁸⁴ U 2021.985 H s. 8 / 955. Høyesteretts uttalelser er i samsvar med EU-Domstolens vilkår, se eks. sak C-110/05 (De Clercq)

Det er medlemstatene selv som har bevisbyrden når det gjelder å fastslå at tiltaket er nødvendig for å ivareta et tvingende allment hensyn. Likevel kreves det ikke at staten positivt skal bevise at det ikke er noe annet tenkelig tiltak som heller kan innføres for å nå det samme formålet, på de samme vilkår.¹⁸⁵

Proporsjonalitetsdrøftelsen består av to vurderinger.¹⁸⁶ Det skal for det første være mulig å oppnå ønsket formål - beskytte ledelsesretten -, med tiltaket man fremmer - ikke implementere art. 9 - . Det skal med andre ord være en sammenheng mellom mål og midler.¹⁸⁷ I tillegg må fordelene ved å ikke implementere bestemmelsen vektes opp mot ulempene med at bestemmelsen ikke blir implementert.¹⁸⁸

Det kan her vises til U 2021.985 H. Høyesterett vurderer det først som ubestridt at bestemmelsen er egnet til å sikre formålet. Videre vektes ulempene for de utenlandske tjenesteytere opp mot fordelene med offentliggjørelsen av opplysningene om leveringsstedet for tjenesteytelsen. Dommen falt på at bestemmelsen gikk lengre enn nødvendig og at proporsjonalitetsvilkåret således ikke var oppfylt.¹⁸⁹ Drøftelsen til Høyesterett følger tidligere premisser gjort av EU-Domstolen.¹⁹⁰

Et aktuelt spørsmål å stille vil være om ledelsesretten vil bli tilstrekkelig beskyttet ved innføring av et videre unntak enn det som nå følger av artikkel 9 stk. 2. Det kan også vurderes om endring av art. 14 vil være mer proporsjonalt. Endres bestemmelsen slik at det gis fullt unntak i kollektive overenskomster, vil partene selv vil kunne velge om denne bestemmelsen skal innføres eller ikke.¹⁹¹ DAs forslag om at minimumsrettighetene i direktivets kapittel III kun skal gjelde for «prekære ansettelsesforhold», kan også diskuteres.¹⁹² Prekære ansettelsesforhold er stillinger der hvor det ikke er garantert arbeidstid, men at lønsmottakeren likevel har plikt til å møte ved oppsatt. Vurderingen vil være om denne løsningen vil være en mindre inngripende, men som stadig ivaretar formålet til artikkel 9.

6.7 Vil manglende implementering av artikkel 9 kunne anses som et tvingende allment hensyn i norsk rett?

Ovenfor er beskyttelsen av ledelsesretten vurdert til å være et tvingende allment hensyn begrunnet i ordre public. Argumentasjonen bygger på at spørsmål om lønns- og arbeidsvilkår, herunder begrensninger på arbeidsgivers ledelsesrett etter prinsippene i den danske modell.

Spørsmålet er om denne argumentasjonen også kan anvendes i Norge som juridisk er svært lik Danmark på mange områder.

¹⁸⁵ Barnard & Peers, 2020, s. 533-534, jf. Sak C-110/05 premiss 66 (De Clercq.)

¹⁸⁶ Ibid. s. 532

¹⁸⁷ Ibid. s.533, jf. Sak C-463/01 premiss 78 (Kommissjonen mot Tyskland) og Erhvervsstyrelsen, 2009, pkt 7.2

¹⁸⁸ U 2021.985 H, s. 15 / UfR 1005

¹⁸⁹ U 2021.985 H, s. 15 -16 / UfR 1004-1005

¹⁹⁰ Eks. C-384/08 premiss 51 (Attanasio Group) og C-192/01, premiss 55 (Vitaminsdommen) jf. Erhvervsstyrelsen, 2009, s. pkt. 7.2

¹⁹¹ Nåværende art. 14 gir kun unntak i kollektive overenskomster om de overordnet gir den samme beskyttelse som i direktivet.

¹⁹² Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 9

Den norske arbeidsrett bygger, som i Danmark, på den nordiske modell og følger de samme prinsippene om at lønns- og arbeidsvilkår i hovedsak skal bestemmes av arbeidsmarkedets parter gjennom kollektive avtaler. På norsk kalles disse ofte for tariffavtaler.

Norges svar på ledelsesretten kalles styringsretten. Den omfatter som i Danmark, arbeidsgivers mulighet til å lede, kontrollere og fordele arbeidet på arbeidsplassen. Styringsretten er en ulovfestet rettsregel. Den har bakgrunn i at arbeidsgiver har eierskap til produksjonsmidlene og er en nødvendighet som følge av selve arbeidsavtalen der et lydighets- og innordningsforhold blir etablert. Styringsretten er i norsk rett ansett som en «restkompetanse» som ikke kan fungere på selvstendig grunnlag, men som kan anvendes utenfor rammen som settes av lovregulering og avtaler.¹⁹³

Forbudet mot eksklusivklausuler i arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 9 er per nå ikke regulert av den norske arbeidsmiljøloven.¹⁹⁴ I dag følger det av reglene om lojalitetsplikt, styringsrett og avtalefrihet. Det må således, ifølge den norske regjering, gjennomføres en lovendring for at regelen tilstrekkelig skal kunne implementeres.¹⁹⁵

Under høringsprosessen av arbeidspartene i Norge vurderer de, i motsetning til de danske, ikke minimumsrettighetene til å være like inngripende i den norske arbeidsrett. Arbeidstakersiden med Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) har bare positive utsagn til det nye direktivet. På arbeidsgiversiden reagerer heller ikke Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) på minimumsrettighetene i direktivets kapittel III. Det er kun kommunesektorens organisasjon (KS) som kommenterer at minimumsrettighetene vil begrense handlerommet for hva som kan avtales i tariffavtaler, og at det kan bli problematisk med tanke på kommunenes bruk av tilkallingsvikarer.¹⁹⁶

Arbeids- og sosialdepartementet anerkjenner formålet bak de nye minstekravene og stiller ingen spørsmål vedrørende disse. Dette i motsetning til den danske regjering som i grunn- og næringsnotatet fra Beskæftigelsesministeriet, blant annet trekker frem viktigheten av å bevare av den danske modell.¹⁹⁷ Det er klart at problemstillingen i dansk rett ikke er aktuell på det norske arbeidsmarked. Blant annet begrunnet i ulik anvendelse av lovregulering på det arbeidsrettslige området, styringsrettens tradisjon og en mindre problematisk holdning til EUs regulering av arbeidsmarkedet.

Spørsmålet videre er hvorfor arbeidsmarkedets parter i Norge ikke anser det som like inngripende med minimumsrettighetene, herunder forbudet mot eksklusivklausuler i art. 9.

Selv om landene har sin kjerne fra den nordiske avtalemodell, er det likevel stor forskjell på graden av arbeidsrettslig lovgivning i Danmark og Norge. Danmark er fortsatt i stor grad preget av kollektive overenskomster som hovedrettskilde på arbeidsmarkedet. I dag spiller lovgivning en mer fremtredende rolle i Norge.¹⁹⁸

¹⁹³ Evju, 2003, s. 19

¹⁹⁴ LOV-2005-06-17-62 «arbeidsmiljøloven» § 1-2

¹⁹⁵ Regjeringen.no, 2019

¹⁹⁶ Regjeringen.no, 2019

¹⁹⁷ Beskæftigelsesudvalget 2017-18, 2018, s. 1

¹⁹⁸ Kristiansen, et al., 2015, s. 17

Norge er gjennom EØS-avtalen, på samme måte som Danmark, forpliktet til å implementere EU-direktiv. Tradisjonelt var det norske arbeidsmarkedet sektorinndelt tilvarende det danske arbeidsmarked. I løpet av 1970- og 1980-tallet skjedde det imidlertid en samlet regulering for alle lønsmottakere. Det ble fastsatt en rekke lover om blant annet ferieordning og permitteringsregler for å oppnå likhet mellom lønsmottakerne.¹⁹⁹ I norsk rett gjelder i dag arbeidsmiljøloven som hovedregel for alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere. Overenskomster regulerer den delen av arbeidsmarkedet som ikke er lovfestet, og arbeidsmarkedets parter er i stor grad med på lovgivningsprosessen. Det er derfor som utgangspunkt ikke noe skille mellom lønsmottakergruppene, hvor alle nyter samme beskyttelse etter loven.²⁰⁰ Lovene er ufravikelige og kan ikke endres til skade for lønsmottaker. Ved implementering blir direktivet gjennomført ved at lovene endres i samsvar med direktivbestemmelsene. Den norske ordningen tilsvarer dermed ikke den danske løsningen om at direktiv som utgangspunkt blir implementert i kollektiv overenskomst, og ikke suppleres med lovgivning. Implementeringen av EU-direktivene gir på denne måte ikke samme inngripende endringer i det arbeidsrettslige system i Norge.

Det danske systemet fører til en rekke større utfordringer med implementering, da det på grunn av manglende lovgivning ikke er mulig å implementere direktivene på samme måte. De fleste ansettelseslover i Danmark er blitt til som følge av EU-direktiver. Det som kjennetegner de danske lovene er at de er av semi-dispositiv karakter. Det vil si at de gjennomfører direktivenes minstevilkår ved at de gjelder for dem som ikke er dekket av overenskomst. Overenskomstene skal direkte ivareta det som følger av direktivet og ikke loven, slik det er i Norge. Arbeidsmarkedets parter har derfor en litt friere forhandlingsposisjon enn etter den norske implementeringslovgivning.²⁰¹ Fokuset er i størst mulig grad å implementere direktivet i kollektive avtaler, jf. bla. implementeringsavtalen.²⁰² Det er derfor mer inngripende å skulle regulere ledelsesretten EU-rettslig i Danmark, ettersom partene gjennom den danske modell er de som har kompetansen til å regulere lønn- og arbeidsvilkår.

At hovedorganisasjonene i Norge ikke virker å ha spesielle problemer med direktivet, viser at det allerede er en så veletablert praksis at styringsretten viker for lovgivning. Det faktum at arbeidsmarkedet i Norge allerede er preget av mye lovgivning, vil derfor føre til at en implementering av artikkel 9 ikke anses som truende for den norske styringsretten. Det foreligger ingen holdepunkter for at det foreligger tvingende allmenne hensyn til å skulle fravike implementering av artikkel 9, av hensyn til beskyttelse av styringsretten til norske arbeidsgivere.

6.8 Forskjellige syn: Et dansk perspektiv vs. et EU-rettslig perspektiv

Drøftelsen har så langt basert seg på et dansk perspektiv. Hvordan EU-Domstolen vil argumentere og se problemstillingen på, vil kunne skille seg fra hva en dansk domstol vil vektlegge og vurdere. Konklusjonen om det faktisk foreligger et tvingende allment hensyn for å beskytte den danske ledelsesretten og om en manglende implementering er proporsjonal, vil kunne variere avhengig av hvilket perspektiv det argumenteres ut ifra.

¹⁹⁹ Jakhelln, 2009, s. 112

²⁰⁰ Noen yrkesgrupper er likevel unntatt og er regulert av særlover som sjømannsloven og tjenestemannsloven.

²⁰¹ Kristiansen, et al., 2015, s. 51

²⁰² Se kapittel. 4.3.1 om implementeringsavtalen

At EU-Domstolen og danske domstoler har ulik oppfatning av hvordan EU-reglene skal forstås, er ikke en ukjent problemstilling. For eksempel sett i sak 143/83 (Kommissjonen mot Danmark). Her mente Danmark at likelønnsdirektivet²⁰³ var tilstrekkelig implementert i daværende likelønnslov. EU-Domstolen mente imidlertid at den danske ordlyden ikke ga likelønnsprinsippet tilstrekkelig rekkevidde, og Danmark ble derfor dømt for traktatbrudd av EU-Domstolen.²⁰⁴

En annen sak som har fått stor oppmerksomhet er U 2017.824 H (Ajos-saken). Denne saken omhandlet en 60 år gammel mann som ble oppsagt fra sin stilling i virksomheten Ajos. Etter en fast og langvarig forståelse av den dagjeldende funktionærloven (FUL) § 2 a, stk. 3, kunne Ajos unnlåte å utbetale en godtgjørelse fordi mannen var berettiget alderspensjon fra virksomheten, selv om han skulle fortsette å arbeide i en annen virksomhet, og ikke gikk av med pensjon.²⁰⁵ Spørsmålet ble av Høyesterett lagt frem for EU-Domstolen for at de skulle ta stilling til saken.²⁰⁶

EU-Domstolen var klar i sitt svar om at prinsippet om aldersdiskriminering var på traktatnivå og FUL § 2 a, stk. 3 skulle derfor vike etter reglene om EU-konform fortolkning.²⁰⁷ Åtte av ni høyesterettsdommere tok avstand til EU-Domstolens avgjørelse i saken, og mente at den danske tiltredelseslovgivningen ikke gjorde det mulig å følge EU-Domstolens resultat. Høyesterett mente det ville være å handle utenfor «*rammerne af sin beføjelse som dømende magt*».²⁰⁸ De begrunnet dette i at tiltredelsesloven, som ramser opp de forordninger Danmark skal være bundet av, ikke inneholdt en hjemmel til, i en tvist mellom to private parter, å la det uskrevne EU-rettslige prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder, få forrang over den klare og entydige rettsstilstanden i FUL § 2 a, stk. 3.²⁰⁹ Det ble argumentert med at det forelå en «*contra legem*» situasjon, en situasjon hvor nasjonal rett og EU-retten ikke kan bringes i overensstemmelse med direktivkonform tolkning.²¹⁰ Høyesterett velger altså her å vende ryggen til EU-Domstolens dynamiske fortolkning på bakgrunn av danske rettsprinsipper, og nasjonal rettspraksis, som tillegger danske domstoler en konservativ og rettsbevarende fortolkningspraksis.²¹¹

EU-Domstolen følger i alminnelig ordlyds-, formåls- og kontekst- fortolkning. I motsetning til danske domstoler tillegger de også bestemmelsens «nyttige virkning» større vekt. Forarbeidene tillegges også en annerledes vekt enn dansk rettsforståelse.²¹² Som nevnt over har EU-Domstolene et mer dynamisk preg på sin fortolkning.²¹³ Resultatet EU-domstolen kommer frem til i en sak, kan derfor få et annet utfall enn det som er mulig å oppå etter den alminnelige danske fortolkningsmåte, blant annet vist i Ajos-saken.²¹⁴

²⁰³ Direktiv 75/117. L 1976-02-04 nr. 32 «Ligelønsloven af 1976»

²⁰⁴ Sak 143/83 (Kommissjonen mot Danmark), premiss 11

²⁰⁵ Holdgaard, Schaldemose & Elkan, 2017, s. 32. LBK nr. 81 af. 03/02/2009 «funktionærloven af 2009»

²⁰⁶ U 2017.824 H, s. 1 / UfR 824

²⁰⁷ Ibid. s. 7 / UfR 833-834

²⁰⁸ U 2017.824 H. s. 21 / UfR 851. Lov 1972-10-11 nr. 447 «tiltrædelsesloven»

²⁰⁹ Ibid. s. 21 / UfR 851. Holdgaard, Schaldemose & Elkan, 2017, s. 32

²¹⁰ Ibid. s. 19/ UfR 825. Schmiegelow, 2016

²¹¹ Geist & Dahlin, 2017

²¹² Broberg & Holst-Christensen, 2016, s. 15

²¹³ Holdgaard, Schaldemose & Elkan, 2017, s. 32

²¹⁴ Broberg & Holst-Christensen, 2016, s. 15

For å belyse EU og Danmarks ulike syn på hva som er tvingende allmenne hensyn, kan C-192/01 (Vitamindommen) anvendes som eksempel. Saken omhandlet et forbud fra dansk side mot å tilsette vitaminer i matvarer. I sin argumentasjon begrunnet Danmark at de danske reglene, som ikke var i samsvar med EU-reglene om fri flyt av varer, likevel kunne beholdes begrunnet i prinsippet om tvingende allmenne hensyn til beskyttelse av folkehelsen. Det ble vist til vitenskapelige undersøkelser som hadde bevist at det kunne være skadevirkninger av vitamintilsetning i matvarer. Danmark baserte sin argumentasjon på tidligere avgjørelser fra EU-Domstolen. Ettersom det ikke var praktisk mulig å påvise en konkret fare, mente Danmark at det var tilstrekkelig å peke på at det ikke er et ernæringsmessig behov for å tilsette vitaminer i mat, og at tiltaket derfor var proporsjonalt. EU-Domstolene var ikke enig. Den konkluderte med at tiltaket ikke var proporsjonalt ettersom de danske reglene forbød markedsføring av alt som er tilsatt vitaminer og mineraler generelt, uten å skille på de ulike risikonivåene det hadde for folks helse.²¹⁵

En annen sak som kan belyse en ulik rettsoppfatning er C-341/05 (Laval-saken). Saken gjaldt en latvisk virksomhet som utstasjonerte ansatte for å bygge en skole i Sverige. De latviske arbeiderene tjente langt mindre enn de svenske bygningsarbeiderne, fordi de var lønnet etter sin overenskomst i Latvia. Svenske fagforeninger på byggeområdet gikk derfor til konflikt.²¹⁶ Spørsmålet var om den latviske virksomhetens rett til å utføre arbeid i Sverige var forenlig med de svenske fagforeningens rett til å kjempe for at alle lønsmottakeres rettigheter skal være ivaretatt gjennom kollektive overenskomster.²¹⁷

De svenske fagforeninger ble av den svenske arbeidsrettsdomstol, etter EU-Domstolens uttalelse, dømt til å måtte betale erstatning til Laval. De ble dømt for å ha iverksatt konflikt som var i strid med det traktatfestede EU-rettslige prinsipp om fri bevegelse av tjenesteytelse, selv om konflikten var lovlig etter svensk rett.²¹⁸ EU-Domstolen argumenterte med at de kollektive kampskritt ikke kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn, da det ikke forelå nasjonale bestemmelser som var tilstrekkelige, eller presise nok. Det var «*umuligt eller urimeligt vanskeligt*» for Laval å vite hvilke regler som var gjeldende på dette området.²¹⁹

Sett med svenske og danske øyne er dommen vanskelig å forholde seg til. Dette fordi det av EU-domstolen ikke pekes på løsninger som gjør at den kan fungere i samsvar med den nordiske modellen, der arbeidsmarkedet er regulert gjennom kollektive overenskomster. Det hjelper ikke at utstasjoneringsdirektivet gir hjemmel for regulering i overenskomst, når dommen sier at det er lovgivning som skal til for å skape forutsigbarhet når det gjelder lønns- og ansettelsesvilkår.²²⁰ Dette kan også problematiseres opp mot hvordan Menneskerettighetsdomstolen vil se på spørsmålet, da det i dom av 12.11.2008 «Demir og Bayakara» klart ble slått fast at det er en menneskerett å forhandle kollektivt og konflikte.²²¹

Ut ifra avhandlingens problemstilling, kan EU-Domstolens perspektiv være problematisk i forhold til konklusjonen. Det kan stilles spørsmålsteget ved om dansk argumentasjon knyttet til ledelsesretten som grunnleggende prinsipp, nødvendigheten av å beholde den ut ifra hensynet

²¹⁵ Premiss 14, 28-31 og 37. Domstolens konklusjon i premiss 55. Erhvervsstyrelsen, 2009, pkt. 7.2

²¹⁶ Premiss 27-38

²¹⁷ Premiss 40

²¹⁸ Kristiansen, et al., 2015, 70-71

²¹⁹ Premiss 110

²²⁰ Fagbevægelsens Hovedorganisation, 2007

²²¹ Kristiansen, et al., 2015, s. 66 og 135

til den danske modell og hvordan det skaper ro og orden på det danske arbeidsmarkedet, vil overbevise EU-Domstolen.

Det kan se mørkt ut for ledelsesretten når EU-Domstolen i Laval-saken, setter til side det grunnleggende prinsippet om rett til konflikt til fordel for prinsippet om fri flyt av tjenester. Dette til tross, er det fortsatt mulig å bruke tvingende allmenne hensyn som argumentasjonsgrunn, sett hen til U 2021.985 H. Her anvendes tvingende allmenne hensyn til å begrunne at RUT-registeret var direkte lovfestet, for å unngå samme resultat som i Laval-saken.²²² Selv om ledelsesretten ikke har en presis hjemmel i lov, kommer den til uttrykk i en rekke lovbestemmelser, og er å finne i Septemberforliket som blir betegnet som «arbeidsmarkedets grunnlov». Den er fortsatt er å finne (i en revidert utgave) i Hovedavtalen mellom LO og DA.²²³

EU argumenterer ut ifra et EU-rettslig syn der hensynet til unionen er førsteprioritet. Spørsmålet er likevel komplekst da EUs hjemmelsgrunnlag har bakgrunn i to forskjellige formål. Gjennom sosial- og arbeidsmarkedspolitikken ønskes det et stadig flere felles minimumsvilkår på arbeidsmarkedet. På den andre siden, gjennom sysselsettingspolitikken, ønskes det å forbedre arbeidsmarkedet ved å gjennomføre nasjonale arbeidsmarkedsreformer.²²⁴

Ut ifra de overnevnte dommer, kan det slås fast at EU-Domstolen i sine avgjørelser er mer firkantet enn de danske domstoler. Fokuset ser mer til å ligge på prinsipp og hva som er best for unionen, enn å finne løsninger som faktisk er mulig for statene å følge. Det ses blant annet i Ajos-saken, hvor Danmark går imot avgjørelsen fordi den ikke er forenlig med danske rettsprinsipper. Laval-sakens resultat om at det må lovgivning til for å skape forutsigbarhet og at det kan bli gjort ulovlig å konflikte med formål om å unngå sosial dumping, noe som i utgangspunktet ikke er forenlig med den danske modell, er også et klart eksempel. Et tredje eksempel kan ses i U 2021.985 H. Her finner Høyesterett at det kun er RUT-registerets offentliggjørelse for allmenheten som ikke er proporsjonalt, og dermed ikke kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Det kan tilsynelatende virke som at Høyesterett, i større grad enn EU-Domstolen, støtter Luxembourgs argumentasjon i Luxembourgdommen vedrørende hensynet til beskyttelse av statens samfunnsorden (ordre public).

Selv om de danske domstoler argumenterer ut fra tidligere EU-Domstolsprejudikater, er det likevel en utfordring at den dynamiske fortolkningsstil og fokus på rettskapende praksis gjør EU-Domstolen friere til å fravike tidligere prejudikat i større grad enn det danske domstoler kan, jf. blant annet Ajos-saken. Det gjør at de danske domstoler, som nevnt over, ikke vil og ikke kan komme til samme resultat. Det handler om den hårfine balansen mellom politikk og jus. Den nåværende Høyesterettspresident Thomas Rørdam påpeker at det å fortolke bestemmelsene for bredt, og dermed handle uten demokratisk legitimitet, vil være å ta makt fra Folketinget. Han mener det handler om respekten for den dømmende og lovgivende makt.²²⁵ Saken blir også meget kompleks når EU-Domstolen heller ikke ser bekymringene Høyesterett kommer med i Ajos-saken.²²⁶

Sett hen til vitamindommen, Laval-saken, og Luxembourgdommen sammen med U.2021.985 H, ser man et mønster i at danske domstoler har en videre forståelse enn det EU-Domstolen har,

²²² U 2021.985 H, s. 6 / UfR 932

²²³ Kristiansen, 2020, s. 30

²²⁴ Kristiansen, et al., 2015, s. 64

²²⁵ Geist & Dahlin, 2017

²²⁶ Holdgaard, Schaldemose, & Elkan, 2017, s. 34. U.2017.825 H, s. 5, ff.

når det gjelder hva som er et tvingende allmenne hensyn, selv om argumentene baserer seg på de samme vilkår. Dansk rett argumenterer ut ifra danske prinsipper og det som nasjonalstaten Danmark verdsetter. Argumenter som langvarig praksis og bevaring av ro og stabilitet i det danske arbeidsmarked, tillegges stor vekt ved diskusjonen om at grunnleggende prinsipper skal bevares.

Argumentasjonen vil både være mer kompleks og sammensatt enn det som er gjennomgått her, men det er ikke urimelig å anta, ut ifra de dommer som det er vist til ovenfor, at EU-Domstolen ikke vil gi medhold i at artikkel 9 kan fravikes implementert i dansk lovgivning med hjemmel i tvingende allmenne hensyn, for å beskytte det grunnleggende danske prinsippet ledelsesretten.

6.9 Delkonklusjon

Det at EU-Domstolen har åpnet opp for muligheten til at EU-rettslig lovgivning kan fravikes om reglene er i strid med grunnleggende prinsipper, gir Danmark en mulighet til å beskytte samfunnsordenen (ordre public) om det er i allmennhetens interesse.

Bestemmelser som omfatter ufravikelige krav i allmenhetens interesse, omfattes av ordre public. Ledelsesretten anses som et grunnleggende og ufravikelig prinsipp i arbeidsretten. EU-regulering vil føre til uro om arbeidsmarkedets parter ikke lenger får beholde sin historiske legitimitet til å ha alenekompetanse om å forhandle spørsmål vedrørende lønns- arbeidsvilkår. – Dette vil verken være til gagn for lønsmottaker eller arbeidsgiver, beskyttelse av ledelsesretten vil derfor være legitimt begrunnet i allmenhetens interesse.

En mangelfull implementering av artikkel 9 vil sørge for at spørsmål omhandlende eksklusivklausuler forblir hos arbeidsmarkedets parter, og ledelsesretten samt dennes posisjon i dansk rett, beskyttes. Den danske modell omfavner alle arbeidstakere og gir alle en mulighet for beskyttelse gjennom kollektive overenskomster.

Det kan dermed konkluderes med at en mangelfull implementering av arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 9 legitimt kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelsen av dansk ordre public, forutsatt at en manglende implementering finnes proporsjonalt med formålet om å beskytte ledelsesretten.

Avhandlingen argumenterer ut ifra et dansk perspektiv og konklusjonen vil derfor være formet av det.

7 Konklusjon

Avhandlingens formål er å vurdere om arbeidsvilkårsdirektivets artikkel 9 er i strid med ledelsesretten, og om prinsippet om tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelse av den danske samfunnsorden (ordre public), kan rettferdiggjøre en mangelfull implementering av bestemmelsen.

Utgangspunktet er etter TEUF art.153 i samsvar med art. 288, at arbeidsvilkårsdirektivet skal implementeres fullt ut i dansk rett innen fristen den 1. august 2022. De generelle prinsippene vedrørende EUs kompetanse om implementeringssystemene i Danmark, er blitt redegjort for. Ut ifra de generelle regler er det irrelevant at artikkel 9 strider med grunnleggende danske

prinsipper, ettersom EU har hjemmel etter TEUF art.153 til å fastsette minimumsstandarder i form av direktiver, og Danmark er pliktig til å etterleve dem.²²⁷

For å besvare problemstillingen, er EU-Domstolenes unntak om tvingende allmenne hensyn utredet, og det drøftes om dette prinsippet kan anvendes for å beskytte ledelsesretten mot den innskrenkning som ønskes fra EUs side ved innføringen av artikkel 9. Ledelsesretten ble etablert som overordnet prinsipp i dansk arbeidsrett gjennom Septemberforliket i 1899 og har derfor lang juridisk legitimitet. Forbudet mot eksklusivklausuler utfordrer en 120 år lang rettstradisjon der spørsmål vedrørende å innskrenke ledelsesretten, primært tilligger arbeidsmarkedets parter gjennom forhandling. Ledelsesretten gjelder som et ufravikelig prinsipp på hele arbeidsmarkedet. Det kan derfor sies at artikkel 9 er i strid med grunnleggende danske prinsipper.²²⁸

Når det er vist hvor viktig og veletablert ledelsesretten er i dansk rett, er kjernes spørsmålet for avhandlingen om tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelse av samfunnsorden (ordre public) kan rettferdiggjøre en mangelfull implementering av artikkel 9. Ut ifra tidligere EU-Domstolsprejudikat og teori utledes det en snever unntaksregel.²²⁹ I avsnittet om beskyttelse av ledelsesretten, og om den utgjør et tvingende allment hensyn, blir det vurdert at hele arbeidsmarkedet vil ha en interesse av at ledelsesretten blir ivaretatt.²³⁰ I sammenligningen med Norge og den norske modell, kommer det frem at problemstillingen ikke er aktuell i Norge. Dette bygger opp under argumentet om hvor etablert og unikt det danske arbeidsrettsprinsippet om ledelsesretten er.²³¹

Ettersom ledelsesretten, som del av den danske modell, har en så stor betydning for den danske befolkning, samt at en manglende ivaretagelse av denne vil ha negative konsekvenser for hele samfunnet, konkluderes det med at det foreligger et tvingende allment hensyn begrunnet i ordre public.

Det avgjørende spørsmålet er om en manglende implementering av artikkel 9 kan hjemles i tvingende allmenne hensyn.²³² Implementeres bestemmelsen ikke, vil spørsmålet om eksklusivklausuler forbli hos arbeidsmarkedets parter hjemlet i ledelsesretten. Den danske modell omfavner ikke bare de organiserte, men alle lønnsnettakerne på det danske arbeidsmarkedet. Hele samfunnet vil være tjent med at arbeidsmarkedets parter beholder sin legitimitet som hovedaktører i dansk arbeidsrett, for å unngå uro på arbeidsmarkedet.

Avhandlingen har tvingende allmenne hensyn som hovedfokus og det forutsettes dermed at den manglende implementering er proporsjonal.²³³

EU-Domstolens argumentasjon og måte å se problemstillingen på, vil kunne skille seg fra de danske domstoler. Dette er belyst med Luxembourgdommen, sammen med U 2021.985 H, kommisjonen mot Danmark, Ajos-saken, Vitamindommen og Laval-saken.²³⁴ Problemet er at EU-Domstolen har en dynamisk fortolkningsstil som gjør den friere til å fravike tidligere prejudikat og har en mer rettskapende funksjon. Det gjør at de danske domstoler, i enkelte

²²⁷ Se kapittel 3

²²⁸ Se kapittel 5

²²⁹ Se kapittel 6.1-6.3

²³⁰ Se kapittel 6.4

²³¹ Se kapittel 6.7

²³² Se kapittel 6.5

²³³ Se kapittel 6.6

²³⁴ C-319/06, sak 143/83, U 2017.824 H, C-192/01 og C-341/05. Se kapittel 6.8

tilfeller verken vil eller kan komme til samme resultat, jf. Ajos-saken. Ut ifra de overnevnte saker, er det trolig tilsynelatende at EU-Domstolen vil være strengere i vurderingen av hva som anses som et tvingende allment hensyn fordi det argumenteres ut fra et europeisk syn, i motsetning til de danske domstoler, som vil ha staten Danmark i hovedfokus. Det kan derfor tenkes at EU-Domstolen ikke vil gi medhold i at artikkel 9 kan fravikes implementert i dansk lovgivning med hjemmel i tvingende allmenne hensyn.

Skulle argumentasjonen om at det foreligger et tvingende allment hensyn ikke blir hørt, er spørsmålet om hvordan grunnleggende danske prinsipper på arbeidsmarkeder skal tillates bevart etter TEU art. 4 stk. 2, omhandlende at EU skal respektere medlemsstatenes autonomi, en spennende vinkling å ta diskusjonen videre.

Ut ifra et dansk perspektiv kan det dermed konkluderes med at forbudet mot eksklusivavtaler i direktiv 2019/1152 artikkel 9 er i strid med ledelsesretten som utgjør et grunnleggende, ufravikelig prinsipp i dansk rett. Tvingende allmenne hensyn begrunnet i beskyttelse av den danske samfunnsorden (ordre public) kan godtgjøre at bestemmelsen ikke implementeres i dansk rett.

Litteraturliste

Lovgivning og avtaler

Danske lover

Grundloven:

LBKG 05-06-1953 nr. 169 Danmark Riges Grundlov «*Grundloven*»

Lover:

Lov 1972-10-11, nr. 447 om tiltrædelse af Den Europæiske Union «*tiltrædelsesloven*»

Lovbekendtgørelser:

LBKG 2021-02-12 nr. 230 om ferie «*Ferieloven*»

LBKG 2019-02-22 nr. 156 om lige løn til mænd og kvinder «*ligelønsloven*»

LBKG 2010-03-17 nr. 240 om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet «*Ansættelsesbevisloven*»

LBKG 24-08-2017 nr. 1003 om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter «*Arbejdsretsloven*»

LBKG 24-08-2017 nr. 1002 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer «*Funktionærloven*»

LBKG 24-08-2004 nr. 896 om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet «*arbejdstidsdirektivgennemførelsesloven*»

LBKG 20-08-2002 nr. 709 om mægling i arbejdsstridigheder «*Forligsmandsloven*»

Historiske lover:

LBK 19-09-2017 nr. 1084 om bekendtgørelse af lov om arbejdsmiljø «*Arbejdsmiljøloven av 2017*»

LBK 03-02-2009 nr. 81 Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer «*funktionærloven af 2009*»

LBK 25-03-2011 nr. 256 Bekendtgørelse af lov om udstationering af lønmodtagere m.v.
«Udstationeringsloven af 2011»
Lov 04-02-1976 nr. 32 om lige løn til mænd og kvinder «Ligelønsloven af 1796»

Norske lover

LOV-2005-06-17-62 Lov om arbejdsmiljø, arbejdstid og stillingsvern mv.
«arbejdsmiljøloven»

EU-regler

Konventioner:

Konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder (senest endret vedprotokoll nr. 11 av. 11. mai 1994) «Den Europæiske Menneskerettighedskonvention»

Traktater:

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF) 13. desember 2007

Traktaten om endring av Maastricht-traktaten (Amsterdam-traktaten) 2. oktober 1997

Traktaten om Den Europæiske Union (TEU/ Maastricht-traktaten) 7. februar 1992

Direktiver:

Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1152 av 20. juni 2019, om gennemsigtige og forudsigelige arbejdsvilkår i Den Europæiske Union (*Arbejdsvilkårsdirektivet*)

Rådets direktiv 91/533 av 1999 14. oktober, om om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet

Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996, om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (*udstationeringsdirektivet*)

Direktiv 75/117 av 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (*ligelønsdirektivet*)

Avtaler og samarbejdsordninger:

Hovedaftalen af 1. oktober 1992 mellem Dansk arbejdsgiverforening og Landsorganisasjonen i Danmark. «Hovedaftalen»

Norm for regler for behandling af faglig strid. København, 27.okt. 2006, «Normen». Mellem Dansk arbejdsgiverforening og Landsorganisasjonen i Danmark

Direktivforslag, direktivbetenknings og hørings svar

Europa-Kommissionen. (2017, 12 21). Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv og gennemsigtige og forudsigelige arbejdsvilkår i den Europæiske Union. *COM(2017) 797 final // 2017/0355 (COD)*. Bruxells.

Beskæftigelsesudvalget 2017-18. (2018, 03 22). Grund- og nærhedsnotat. *Forslag til arbejdsvilkårsdirektiv, Opdateret udgave af grund- og nærhedsnotat af 22. januar 2018*. Danmark: Beskæftigelsesministeriet.

Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA). (2018, 01 29).

Høringssvar arbejdsvilkårsdirektivet. København. Hentet 05 2021 fra https://www.fanet.dk/system/files/doc_consultation/hoeringssvar_arbejdsvilkaarsdirektivet.pdf

Regjeringen.no. (2019, 12 09). Hentet 4 2021 fra Direktivet om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/feb/direktivforslag-om-tydelige-og-forutsigbare-arbeidsvilkar/id2594358/>

Avgjørelser

Danske avgjørelser

U 2021.985 H Dom av 30. november 2020 i sak 115/2019 (2. afd.)
U 2017.824 H Dom av 6. desember 2016 sak 15/14 (1.afd.) «Ajos-saken».

EU-Domstolsavgjørelser

C-314/13 «De Clercq» Domstolens dom av 3. desember 2014
C-282/10 «Dominguez» Domstolens dom av 24. januar 2012
C-384/08 «Attanasio Group» Domstolens dom av 11. mars 2010
C-42/07 «Liga Portuguesa» Domstolens dom av 8. september 2009
C-319/06 «Kommissjonen v. Luxembourg» Domstolens dom av 19. juni 2008
C-306/07 «Ruben Andersen» Domstolens dom av 18. desember 2008
C-338/04 «Placanica» Domstolens dom av 6. mars 2007
C-341/05 «Laval» Domstolens dom av 18. desember 2007
C-36/02 «Omega» Domstolens dom av 14. oktober 2004
C-463/01 «Kommissjonen v. Tyskland» Domstolens dom av 14. desember 2004
C-192/01 «Vitaminsdommen» Domstolens dom av 23. september 2003
C-164/99 «Webb» Domstolens dom av 24. januar 2002
C-54/99 «Eglise de scientologie» Domstolens dom av 14. mars 2000
C-473/98 «Toolex Alpha» Domstolens dom av 11. juli 2000
C-124/97 «Läära» Domstolens dom av 21. september 1999
C-369/96 «Arblade» Domstolens dom av 23. november 1999
C-320/93 «Eurim-Pharm» Domstolens dom av 10. november 1994
C-275/92 «Schindler» Domstolens dom av 16. desember 1993
Case 143/83 «Kommissjonen v. Danmark» Domstolens dom av 30. januar 1985
Case 14/83 «Colson and Kamann» Domstolens dom av 10. april 1984
C-120/78 «Cassis de Dijon-dommen» Domstolens dom av 20. februar 1979
Case 6/64 «Costa v. ENEL» Domstolens dom av 15. juli 1964

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

Case of Demir and Baykara v Turkey, Application no. 34503/97, ECHR 1345
Judgement of 12 November 2008.

Litteratur

- Barnard, C., & Peers, S. (2020). *European Union Law* (Vol. Third Edition). Great Clarendon Street, Oxford, Ox2 6DP, UK: Oxford University Press.
- Blume, P. (1997). *Juridisk informationssøgning. En praktisk introduktion til retssystemets kulder samt til grundtræk av retsinformatikken* (Vol. 5 udgave). København: Akademisk Forlag.
- Blume, P. (2016). *Retssystemet og juridisk metode* (Vol. 3. udgave). København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Broberg, M., & Holst-Christensen, N. (2016). *EU-domme med bemærkninger og spørgsmål* (Vol. 7. udgave). København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Christensen, L. K. (2020). *Septemberforliket*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.
- Cordero-Moss, G. (2018, 3 9). *Norsk ordre public som skranke for partsautonomi i internasjonale kontrakter*. Oslo: Universitetsforlaget. Hentet fra 5 Vilkår for anvendelse av ordre public-forbeholdet: <https://www.idunn.no/file/pdf/67049443/5-vilkar-for-anvendelse-av-ordre-public-forbeholdet.pdf>
- Davies, A. (2012). *EU Labour Law*. UK: Edward Elgar Publishing.
- Due, J., & Madsen, J. S. (1999). *Septemberforliget og den danske model. Baggrund, indhold og udvikling 1899-1999*. København: Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening.
- Evju, S. (2003). Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv. *Arbeidsrett og arbeidsliv Bind 1*, ss. 3-32.
- Hasselbalch, O. (2005). Saglighedskravet ved ledelsesrettens udøvelse i nordisk perspektiv. I *Arbeidsrett* (Vol. vol. 2 nr 1, ss. 28-42). Oslo: Universitetsforlaget
- Hasselbalch, O. (2009). *Den danske arbejdsret - Bind 3: Kollektivarbejdsretten*. København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag,.
- Hasselbalch, O. (2018). Kapitel 11. Implementering gennem kollektive overenskomster. I B. e. Olsen, & K. E. Sørensen, *EU-retten i Danmark* (ss. 243-264). København: Jurist- og Økonomiforbudets Forlag.
- Hasselbalch, O., & Munkholm, N. V. (2019). *Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura* (Vol. 6. udgave). København: Djøf Forlag.
- Hess, B., & Pfeiffer, T. (2011). *The interpretation of the public policy exception as referred to in EU instruments of private international and processual law*. European Parliament, Think Thank.
- Jakhelln, H. (2009, 12 01). Trekk av arbeidsrettens historie i Norge. *Arbeidsrett, 2009-12-01, Vol.6 (3), p.111-118*, 111-118. Universitetsforlaget.
- Kaczorowska-Ireland, A. (2019). What Is the European Union required to Respect under Article 4(2) TEU?: The Uniqueness Approach. I M. Varney, *European Public Law. Volume 25, Issue 1* (Vol. Volume 25, Issue 1, ss. 57 – 82). Wolters Kluwer.
- Kristiansen, J., Tilly, H., Söderberg, L. M., Dreesen, F., Norðdahl, M., Johannessen, C. H., . . . Gissler, M. (2015). *Europa og den nordiske aftalemodel*. (J. Kristiansen, Red.) København K: Nordisk ministerråd.

- Kristiansen, J. (2013). *Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer* (Vol. 1. udgave, 1 oplag). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Kristiansen, J. (2014). *Den kollektive arbejdsret* (Vol. 3. udgave). København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Kristiansen, J. (2020). *Grundlæggende arbejdsret* (Vol. 5 udgave). København: Djøf Forlag.
- Nielsen, C. (1976). *De 100 dage. Beretningen om borgerkrigen i Danmark 1899*. København: Gyldendal.
- Nielsen, P. A. (2018). *EU-retten i Danmark*. (B. E. Olsen, & K. E. Sørensen, Red.) København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Nielsen, R. (2019). *EU-arbejdsret* (Vol. 5. udgave). København K: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Schnettger, A. (2019). 2 - Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System. I C. Calliess, & G. Van der Schyff, *Constitutional Identity Introduced and Its EU Law Dimension* (ss. 9-38). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwartz, F., & Enkegaard, J. (. (2007). *Scandinavian Employment Law*. Copenhagen: Forlaget Thomson A/S.
- Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2017). *Retskilder og retsteorier* (Vol. 5. reviderede udgave). København: Jurist- og Økonomisforbunders Forlag.

Websider og artikler

- Ansvarlig: Bang, S. H. (2021, 02 11). *Folketinget, EU-oplysningen*. Hentet fra Nærhedsprincippet og nationale parlamenters rolle: <https://www.eu.dk/da/fakta-og-tal/s%C3%A5dan-lovgiver-eu/naerhedsprincippet>
- Appel, M. (2020, Desember 16). *Dansk Arbejdsgiverforening*. Hentet fra I Danmark er de fleste dækket af overenskomst: <https://www.da.dk/politik-og-analyser/overenskomst-og-arbejdsret/2018/hoej-overenskomstdaekning-i-danmark/>
- Berlingske. (2021, 02 22). *Kun hver anden lønmodtager er i en traditionel fagbevægelse*. (ritzau, Producent) Hentet 05 2012 fra berlingske.dk: <https://www.berlingske.dk/business/kun-hver-anden-loenmodtager-er-i-en-traditionel-fagbevaegelse>
- Beskæftigelsesministeriet. (u.d.). *Beskæftigelsesministeriet*. Hentet Februar 2021 fra Den danske model: <https://bm.dk/arbejdsomraader/arbejdsvilkaar/den-danske-model/>
- Danmarks statistik. (2019, 31 12). *dst.dk*. Hentet fra Lønmodtagerorganisationer: <https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/arbejde-indkomst-og-formue/tilknytning-til-arbejdsmarkedet/loenmodtagerorganisationer>
- Danmarks statistik. (2020, 3 20). *dst.dk*. Hentet fra Mere end 2,8 mio. lønmodtagere i januar: <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyt/NytHtml?cid=29584#>
- EUR-Lex, Publikationskontoret. (2019, 10 25). *EUR-Lex*. (Ansvarlig enhed: Generaldirektoratet for Beskæftigelse, Sociale Anliggender, Arbejdsmarkedsforhold og Inklusion) Hentet 04 2021 fra Gennemsigtige og forudsigelige arbejdsvilkår i EU (Dokument 32019L1152): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/da/LSU/?uri=CELEX:32019L1152>

- Europa-Kommissionen. (2019, 01 23). *Beskæftigelse, Sociale Anliggender, Arbejdsmarkedsforhold og Inklusion*. Hentet 02 2021 fra [ec.europa.eu/](https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=157&langId=da): <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=157&langId=da>
- European Commission. (2020, 03 13). Hentet 02 2021 fra Employment, Social Affairs & Inclusion: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1313&langId=en>
- Fagbevægelsens Hovedorganisation. (2007, 12 20). *Laval-sagen*. Hentet 05 2021 fra [fho.dk](https://www.ftf.dk/internationalt/artikel/laval-sagen/): <https://www.ftf.dk/internationalt/artikel/laval-sagen/>
- Folketingets EU-Oplysning. (2020). *Folketingets EU-Oplysning*. Hentet fra EU og den danske model: <https://www.eu.dk/temaer/fri-bevaegelighed-for-arbejdskraft-og-eus-sociale-dimension/eu-og-den-danske-model>
- Geist, A., & Dahlin, U. (2017, 02 01). *Thomas Rørdam: 'Jeg tror, at man skal passe meget på som dommer ikke at gøre noget, der opfattes som politisk'*. Hentet 05 2021 fra Information.dk: <https://www.information.dk/indland/2017/01/thomas-roerdam-tror-passe-paa-dommer-goere-opfattes-politisk>
- Holdgaard, R., Schaldemose, G. K., & Elkan, D. (2017, 01 30). Højesteret har sagt fra over for EU-Domstolen. *Advokaten*, ss. 32-37. Hentet 05 2021 fra Kammeradvokaten: <https://kammeradvokaten.dk/media/4417/hojesteret-har-sagt-fra-over-for-eu-domstolen.pdf>
- Ingeniørforeningen i Danmark (IDA). (2017). *Nye arbejdsformer på fair og lige vilkår*. Hentet 5 2021 fra ida.dk: https://ida.dk/media/3339/nye_arbejdsformer_paa_fair_og_lige_vilkaar.pdf
- Knudsen, P. (2020, 01 06). *Den danske model har betydning for alle danskerne*. Hentet 05 2021 fra Dansk arbejdsdagiverforening (DA): <https://www.da.dk/politik-og-analyser/overenskomst-og-arbejdsret/2020/den-danske-model-har-betydning-for-alle-danskere/>
- Lando, O. B., & Nielsen, P. A. (2009, 2 1). *Den Store Danske*. Hentet 3 2021 fra Ordre public: https://denstoredanske.lex.dk/ordre_public
- Nielsen, R. (2015, 04). *Samfundsøkonomen nr. 1 – EU-retten og den danske arbejdsmarkedsmodel*. (D. Forlag, Produsent) Hentet 03 2021 fra EU-retten og den danske arbejdsmarkedsmodel: https://www.djoef-forlag.dk/openaccess/samf/samfdocs/2015/2015_1/samf_2015_1_4.pdf
- Schmiegelow, M. (2016, 12 06). *Højesteret i Ajos-sagen: National bestemmelse har forrang*. Hentet 05 2021 fra Horten: <https://www.horten.dk/nyhedsliste/2016/december/hojesteret-i-ajos-sagen-national-bestemmelse-har-forrang>

Diverse

Vejledning:

Erhvervsstyrelsen. (2009, 5 1). *erhvervsstyrelsen.dk*. Hentet 3 2021 fra Vejledning om Forordning om gensidig anerkendelse af varer: <https://erhvervsstyrelsen.dk/vejledning-forordning-om-gensidig-ankendelse-af-varer>

Svar på spørgsmål fra Folketinget:

Larsen, E. L. (2015, 11 25). Uddannelses- og Forskningsudvalget (UFU) alm.del Ispørsmål 2015-16. L 32 spørgsmål nr. 3. København.

Video:

Knudsen, P. (2019, 12 16). *OK 2020: Hvad er den danske model?* (Dansk Arbejdsgiverforening (DA), Hentet 05 2021 fra Youtube.com:
https://youtu.be/tuyNvJ_w0eU