

U.2015B.53

Ansættelses og arbejdsret 271.9, 27.9 og 9.9 - EU-ret 2 - Statsforfatningsret 21.2

Ret, uret og EU-ret

Arbejdsretten har udviklet sig på en måde, som afføder så store problemer i praksis, at praktikere nu hævder, at den »danske model« er truet. Artiklen gennemgår problemstillingen og dens årsager. Det påpeges, at det er nødvendigt at komme i gang med en sanering og sammenskrivning af den ansættelsesretlige lovgivning, ligesom der er stort behov for, at Højesteret klarificerer retsstillingen i relation EU-rettens (antagne) fortrinsret.

Af professor, jur.dr. Ole Hasselbalch

1. Problemstillingen

I en artikel i Jyllands-Posten 20/11 2014 omtales ét af flere eksempler på, at det, der hidtil er opfattet som gældende ret iht. dansk lovgivning, alligevel ikke var det, fordi EU-retlige regler i EU-Domstolens tolkning greb ind, hvilket førte til et stort tab for en privat virksomhed.(1) Problemet har udviklet sig sideordnet med, at den traditionelle fagbevægelse er blevet indviklet i en kamp for livet imod EU-regler, som gør det muligt for - evt. fiktive - bedrifter i EU-lande med lavt lønniveau at udkonkurrere dem, der overholder sædvanlige danske overenskomster.(2)

Stillingen er således kritisk for den retsordning, der har hersket i over 100 år på det danske arbejdsmarked, og som er bærekraftig for velfærdsstaten.

Det i retsteknisk sammenhæng største problem i denne forbindelse er de seneste årtiers udvikling bort fra et regelsystem, der er praktisk operativt for arbejdsmarkedsorganisationerne og de lokale parter:

For det første er de danske love om individuelle ansættelsesforhold blevet udbygget ud fra tilfældighedernes princip uden basis i en samlende, på rationelt grundlag baseret juridisk struktur og systematik. Dette har gjort det vanskeligt at absorbere de efterhånden ganske mange regler, EU-retten dikterer. F.eks. hjemler den grundlæggende danske lovgivning flere forskellige typer af ansættelser – funktionærer, tjenestemænd, medhjælpere i landbrug og husholdning, elever osv. – der hver især er underkastet deres specialreguleringer, uden at dette nødvendigvis har saglig grund. Endvidere udgør den for alle grupper gældende fælles lovgivning, der er blevet til gennem årene ikke mindst i konsekvens af EF/EU-direktiver, en ofte helt usammenhængende og i al fald meget vanskeligt overskuelig masse af ad hoc-reguleringer.

For det andet skaber selve sammenkædningen mellem det fællesskabsretlige og det danske retskildesystem vanskeligheder. Det er således ikke ganske sikkert, hvornår EU-retten har fortrinsret frem for dansk lovgivning. Endvidere - og i forlængelse heraf - udfolder EF/EU-Domstolen en selvstændigt retsskabende rolle udover, hvad danske domstole nok ville turde indlade sig på. Og endelig anviser Domstolen i sin præjudicielle stillingtagen til forelagte tvivlsspørgsmål meget langt *principper*, der ikke altid er konkret handlingsanvisende, eftersom der ikke gives svar på, hvorledes konkrete sager skal løses i lyset af disse principper ud fra de i sagerne foreliggende omstændigheder. Dette gør, at afgørelserne let fører til yderligere tvister eller måske endog – utilsigtet – til regulært uhensigtsmæssig adfærd.(3) Der er med andre ord via EU-retten tilført de på dansk grund i forvejen ikke let håndterlige regler et element af uforudsigelighed, som har gjort det svært for lønmodtagere og arbejdsgivere at vide, hvad de kan indrette sig efter.

2. Ansættelseslovgivningen

2.1. Den manglende danske regelsamordning

Den førstnævnte problemstilling har i tidens løb været fremme i forskellige sammenhænge, uden at det har ført til en regelsanering, som i al fald delvis kunne have afværget de problemer, vi nu står med.

I pressen blev der f.eks. helt tilbage i 1970'erne luftet forundring over, hvorfor der uden rationel grund opretholdtes flere forskellige lønmodtagergrupper.(4) Internt i organisationerne arbejdede man også med problemstillingen,(5) og der udarbejdedes forskellige forslag til en løsning. Men disse fulgtes ikke op af politisk beslutning.

I Folketingssamlingen 1973-74 fremsatte Fremskridtspartiet(6) forslag til en folketingsbeslutning om gennemførelse af en ensartet lovgivning omfattende ansættelsesforhold for alle lønmodtagergrupper angiveligt til fjernelse af sociale skel. Forslaget var i og med forslagsstilleren dømt ude, uanset at tilsvarende tanker havde været oppe såvel i Venstres lønmodtagerudvalg(7) som i De Konservatives parti-program, og uanset at f.eks. Socialdemokratiets tidligere arbejdsminister, Erling Dinesen, slog til lyd for en kommission om etablering af en fælles ansættelseslov. Ligeledes var Centrum-Demokraterne og andre positive.(8)

I 1980 udarbejdede Arbejdsministeriet(9) et oplæg til en drøftelse af en tryghedsreform bygget på tre målsætninger, af hvilken den ene netop var at skabe større lighed mellem de forskellige lønmodtagergrupper. Oplægget lagde op til, at der skulle indføres en »fuldstændig ansættelseslov«. I løbet af det følgende årti intensive- redes også internt i organisationerne advarslerne imod det lovroderi, som nu synligt var på vej, ligesom den offentlige, politiske debat fortsatte med samme omdrejningspunkt.(10) Men intet skete på lovgivningssiden.

Årsagen til den ustrukturerede måde, lovgivningen om det enkelte arbejdsforhold udviklede sig på, var først og fremmest, at overvejelserne på det politiske plan ikke tog højde for det meget betydelige juridisk/tekniske behov for at få logik og konsekvens i regelværket, endsi-ge for praktikernes problemer, så længe de gældende lovregler ikke tog højde for dette aspekt. Et stort problem var imidlertid også den omstændighed, at der selv blandt jurister ikke var nogen klar opfattelse af, at arbejdsretten overhovedet havde en individuel del, endsi-ge nogen særlig indsigt i de almindelige retsregler og -principper, denne del hvilede på. Tværtimod lå denne arbejdsretlige deldisciplin helt op til midten af 1970'erne stort set uopdyrket hen og var derfor vanskelig at forholde sig til som samlet hele endsi-ge gentagne i en bedre juridisk ramme.

Et tilløb til en bredere fremstilling af området, nemlig *Jul. Lassens* Haandbog i Obligationsretten, speciel Del (1897),(11) blev således ikke fulgt op, og de værker, der fremkom på det individualretlige felt, var stort set blot deskriptive øjebliksbilleder af gældende ret i relation til enkelte problemstillinger. Kun *H.G. Carlsens* Dansk Funktionærret (1. udg. 1963) rakte videre med sin samlende gennemgang af retsstillingen for denne type ansættelsesforhold, men selv for disse blot på grundlag af funktionærloven samt den hertil knyttede retspraksis. *Knud Illum*, som i 1938 havde beskrevet den kollektive arbejdsret i et samlet, systematisk/analytisk værk (Den Kollektive Arbejdsret), hvori der lægges op også til en bog om den individuelle ditto, nåede således ikke så langt. En fremstilling med denne indretning kom derfor først i stand med nærværende forfatters Ansættelsesret fra 1975.

Denne udgivelse revitaliserede kortvarigt diskussionen om det hensigtsmæssige i at indføre en generel ansættelseslov. Den daværende mainstreamforfatter inden for den kollektive arbejdsrets område, Per Jacobsen, tog i den forbindelse anledning til at foreslå nedsat en ekspertkommission til at kulegrave lovgivningen på området.(12)

H.G. Carlsen hilser i sin anmeldelse(13) Ansættelsesret velkommen, men – berettiget – som en torso, der fortjente udvidelse. Denne kom via afhandlingen Arbejdsretlige Funktioner (1979), der bl.a. sigtede på at binde arbejdsrettens kollektive og individuelle del sammen som basis for en mere generel omsystematisering af stoffet. En sådan søgtes virkeliggjort op gennem 1980'erne i forløberne for Den Danske Arbejdsret (2009) og forudsås i øvrigt af H.G. Carlsen i dennes anmeldelse af afhandlingen.(14) (15) I dag har samlingen og samordningen af arbejdsrettens to dele i en fælles ramme i årtier været basis for de generelle lærebøger.(16)

55

Allerede i midten af 1970'erne stod det klart, at de eksisterende ansættelsesretlige regler var et uholdbart grundlag for den udvikling, som ikke mindst medlemskabet af EF kunne forventes at sætte i gang.(17) En vis politisk opmærksomhed omkring emnet var som sagt også til stede, og det analytiske grundlag for en lovgivningsmæssig indsats blev altså i løbet af 1980'erne tilstrækkeligt. I 1993 nedsatte den socialdemokratiske arbejdsminister Jytte Andersen herefter et »ansættelsesretsudvalg« som forum for et forsøg på at få en samlende lovgivning på benene.(18) Udvalget var imidlertid ude af stand til at afgive betænkning. Frustreret over dette fremsatte Enhedslisten derfor i 1995 et forslag til Folketingsbeslutning om større tryghed i ansættelsen for alle lønmodtagere.(19) Også dette initiativ løb imidlertid ud i sandet, ligesom andre sporadiske forslag til en samlet lov om ansættelsesforhold siden er det.(20)

2.2. Konklusioner

Når man ikke i 1990'erne, da klokken var fem minutter i tolv, hvis en juridisk gennemskuelig retsordning skulle opretholdes, nåede et resultat i ansættelsesretsudvalget, vil de implicerede naturligvis bagefter skyde skylden på hinanden. Et gennemgående element på den politiske scene, inden for hvilken de ovennævnte spredte initiativer fremkom, var imidlertid, at man ansøgte en lovgivningsmæssig samordning som led i en udvikling i retning af øget tryghed i ansættelsen for lønmodtagere. Initiativerne opfattedes derfor primært som en potentiel udgift for arbejdsgiverne. Og et højere lov-hjemlet tryghedsniveau ville påvirke ikke blot overenskomstparternes økonomiske råderum – nye goder er ikke gratis – men også deres adgang til at vælge selve tryghedsformen. Herved ville et lovinitiativ af denne beskaffenhed belaste det ganske vellykkede danske »flexicurity«-system, dvs. den ordning af arbejdsforholdene, der gør det relativt nemt at opsiges medarbejdere, mod at de til gengæld har en (i international sammenhæng) høj økonomisk ar-

bejdsløshedsdækning samt hjælp fra stat og kommuner til at finde et nyt job. Dette giver en fleksibilitet på arbejdsmarkedet, der på det økonomiske plan er en betydelig samfundsmæssig gevinst. Samtidig savnede arbejdsgiversiden tilsyneladende på tidspunktet forståelse for nødvendigheden af i det mindste at få retsteknisk styr på reglerne. Samlet kan der nok tales om en irrationalitet hos de centrale aktører materialiseret i, at disse ikke ønskede at høre indsigelserne mod den opfattelse, at den individualretlige lovgivning ville forblive håndterlig.

Dette betaler disse aktører nu en høj pris for. Konsekvensen er således, at det i et voksende antal henseender er uhyre vanskeligt blot ud fra en isoleret dansk retskildeundersøgelse at vide, hvad den materielle retstilling er mellem en lønmodtager og arbejdsgiveren. Dette afspejler sig f.eks. i det helt overvældende antal principielle retsafgørelser på det arbejdsretlige område – i skrivende stund små 14.000 i alt. Endvidere ses det deri, at ny retssager jævnlig rummer så mange aspekter, at det kan være særdeles vanskeligt at planlægge en proces og meget tidskrævende at føre den til ende. Jævnlig er selv sager om centrale problemstillinger derfor procederet utilstrækkeligt, hvilket kan føre til, at afgørelserne åbner flere usikkerheder, end de lukker. Karakteristisk er endvidere, at medens der på arbejdsretslitteraturens område op til 1970 med lidt god vilje kunne tælles 164 relevante bøger og artikler, var der ultimo 2014 registreret ikke

56

mindre end i alt 2304 sådanne. Som det i øvrigt fremgår af en række anmeldelser i UfR af de nyere fremstillinger, har også mange forfattere ganske store vanskeligheder ved at håndtere stoffet: Gang på gang nyttiggøres i forvejen eksisterende, vægtige værker således ikke, og centrale præjudikater er udeladt.

Ingen enkeltperson kan i dag overskue reglerne i alle aspekter. Antagelig ville medlemmerne af et evt. nyt samordningsudvalg derfor langt mindre kunne blive enige om, hvad de tilsiger, med henblik blot på en teknisk sammenskrivning. Samtidig vil den rolige overvejelse, som er nødvendig i et reformarbejde, antagelig komme i skyggen af det betydelige pres fra den ydre virkelighed, som er beskrevet ovenfor under 1. Den eneste bærbare vej synes derfor nu at være, at man starter med at tage fat i overskuelige dele af ansættelseslovgivningen og harmoniserer denne rent teknisk. F.eks. burde det i dag vildtløbende net af love om forskellige former for usaglig afskedigelse – ikke mindre end 12 til dels indbyrdes overlappende(21) – kunne sammenskrives til én enkelt.

3. EU-retten og dansk ret

EU-retten har tilført regelkompleksiteten nogle yderligere dimensioner.

3.1. EU-rettens fortrinsret

Fællesskabsretten er ud fra en rent EU-retlig vinkling et særegent retssystem, som er bindende for såvel medlemsstaterne som disses borgere.(22) Det er antaget, at dette endog gælder på bekostning af nationale forfatningsbestemmelser.(23) Da tiltrædelsen af EU for Danmarks vedkommende ikke har fundet sted på forfatningsniveau, må det dog i relation til dansk ret være berettiget at se bort fra en så vidtgående virkning.

Med dette forbehold har lovgiver altså med hjemmel i Grundlovens § 20 gjort EU-retten til del af den danske retsordning. Virkningen heraf er imidlertid uklar på en række punkter, og disse uklarheder har fået meget følelige virkninger netop på det arbejdsretlige område:

EU-direktiver skal principielt implementeres ved dansk lovgivning og er ikke direkte bindende i forholdet mellem private,(24) men antages at kunne være det over for »offentlige« arbejdsgivere.

Forudsætningen er dog, at direktivreglen er tilstrækkelig klar, præcis, ubetinget samt egnet til at være umiddelbart anvendelig således forstået, at særlige gennemførelsesforanstaltninger altså ikke er nødvendige.

Gennem TEU (Traktaten om den Europæiske Union) artikel 2 konsolideres endvidere *under tilsvarende betingelser mht. klarheden mv.*(25) som en retskilde på traktatniveau - dvs. med *generelt* bindende virkning og *uden* krav om særskilt implementering - »værdierne respekt for den menneskelige værdighed, frihed, demokrati, ligestilling, retsstaten og respekt for menneskerettighederne Dette er medlemsstaternes fælles værdigrundlag i et samfund præget af pluralisme, ikke-forskelsbehandling, tolerance, retfærdighed, solidaritet og ligestilling mellem kvinder og mænd.«(26) På samme måde er ved TEU artikel 6, 1, de rettigheder, friheder og principper, som hjemles i Chartret om Grundlæggende Rettigheder,(27) gjort til en del af EU-retten på traktatniveau. Tilsvarende efter TEU artikel 6, 3, de grundlæggende rettigheder efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, »som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner«.(28)

De direkte forbindende regler og principper på traktatniveau er altså meget langt uklare og svævende i sig selv, hvorfor det er problematisk, om klarheds- mv. betingelserne for deres umiddelbare anvendelighed overhovedet er opfyldt. Men dette har ikke forhindret, at der henvises til dem i afgørelser mellem danske parter.(29)

Hertil kommer, at det er EU-Domstolen, som fortolker *både* nævnte regler og principper på traktatniveau *og* de forudsat klare, præcise og ubetingede regler i EU-direktiver, der anvendes direkte over for offentlige arbejdsgivere. Denne domstol skaber evt. selv *ny* ret ud fra en undertiden fjern forståelse af, hvad EU-retten tilsiger, herunder især hvad Unionens overordnede målsætninger og de bag den liggende fælles, evt. uskrevne,

57

retsprincipper kræver. I denne virksomhed går Domstolen også lejlighedsvis *meget* vidt i bestræbelsen på at finde et EU-retligt retsgrundlag frem for at anse den forelagte problemstilling for ikke-reguleret i EU-retten og dermed underkastet de løsninger, der følger af medlemsstaternes nationale ret. Det kan af den grund være svært at vide, hvad Domstolen vil nå frem til i nye sager.

Et yderligere problem er, at selv en klar EU-retlig regel - på hvilket niveau den nu end måtte være - ikke synes at kunne have gennemslagskraft over for en klar, modsatrettet dansk folketingsbeslutning. Således kan EU-regler og -tolkninger af forfatningsretlige grunde ingen gyldighed have på dansk grund, såfremt de *uimodsigeligt* strider mod, hvad det danske folketing har vedtaget iht. efter vedtagelsens *utvivlsomme* forståelse på grundlag af dansk rets tolkningsprincipper, herunder ud fra det, der med sikkerhed må antages at have været lovgivers hensigt.

Selv om retspraksis viser, at der er stor vilje hos danske domstole til at acceptere EU-regler som liggende *inden for* suverænitetsafgivelsens rammer(30) samt til om nødvendigt at fortolke danske lovregler EU-retskonformt, er der altså en yderste grænse for, hvad de kan indskrive i en af Folketinget besluttet og i Lovtidende offentliggjort retstilstand.(31)

Såfremt der *klart* må konstateres *modstrid* mellem en dansk lov og EU-retten, kan den EU-retlige regel følgelig ikke uden videre lægges til grund som umiddelbart gældende *i stedet for* den af Folketinget vedtagne danske lov. Se til illustration UfR 2014.914 H: Ferieloven lagde inden en lovændring i 2012 risikoen for sygdom opstået under ferie på arbejdstageren, og en EU-konform fortolkning kunne herefter ikke føre til et resultat i strid hermed under en sag fra 2009 mod en privat arbejdsgiver. Det var nemlig ikke ved anvendelse af dansk rets anerkendte fortolkningsprincipper muligt at nå til det resultat, EU-retten tilsagde, hvorfor den danske lov lagdes

til grund for afgørelsen.(32) Dog er det uklart, om domsbegrundelsen kan læses som udtryk for, at afgørelsen skyldes *allerede* den omstændighed, at EU-retten i sig selv anerkender, at den ikke er anvendelig »contra legem«, uden at det derved udelukkes, at samme resultat ville være nået ud fra danske forfatningsretlige overvejelser. Det er i øvrigt også uklart, hvorvidt EU-rettens contra legem-princip bl.a. kan anses som udtryk for, at EU-retten respekterer national forfatningsret.(33)

Noget andet er, at modstriden vil kunne have konsekvenser i forhold til reglerne om medlemsstaternes brud på EU-retten, herunder reglerne om statens erstatningsansvar i sådan forbindelse, hvorfor det kan være nødvendigt at ændre eller evt. helt ophæve den retsstridige danske lov.

Højesteret tydeliggør med UfR 2014.914 det principielle forhold mellem dansk ret og EU-retten. Der er imidlertid fortsat nogle uafklarede spørgsmål i så henseende.

Et af disse er, hvor langt den af Højesteret anviste løsning i UfR 2014.914 H gælder i relation til forskellige typer af EU-retsregler. En forskel kommer således måske frem, alt efter om der er tale om en regel, der i og med selve tiltrædelsen af EU forudsættes at have direkte bindende virkning her i landet, eller om en retsakt, der forudsættes implementeret ved en national, dansk retsregel.

Et andet er spørgsmålet om, hvor langt EU-rettens evt. manglende fortrinsret har gennemslagskraft i forhold til de typer af aktører, hvis forhold den pågældende EU-retsregel tilsigter at regulere.

3.2. Fortrinsrettens relation til EU-retsakten/retskilden

Det er – jf. ovenfor under 3.1. og nedenfor under 3.3. - antaget, at specielt direktiver ikke har fortrinsret i tilfælde af klar modstrid med den danske lov i forhold mellem private. Problemet er imidlertid, hvor langt dette forbehold gælder for private i relation til *andre* typer af EU-retsakter og -kilder.

58

Problemet er dukket op for Højesteret for nylig i en sag, hvor en dengang 60-årig funktionær efter mange års ansættelse i den samme koncern blev afskediget den 25. maj 2009. Nogle dage senere kontraopsagde han stillingen, hvorefter parterne blev enige om, at han skulle fratræde med udgangen af juni 2009. Han tiltrådte dernæst i en anden virksomhed. I 2012 rejste han imidlertid med henvisning til EU-Domstolens dom af 12/10 2010 (sag C-499/08, Ole Andersen) og påstået aldersdiskrimination krav mod arbejdsgiveren om fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, stk. 1. Det ville arbejdsgiveren ikke give ham, idet han havde ret til arbejdsgiverbetalt alderspension, hvilket virkede afskærende efter fast dansk forståelse af § 2 a. Sø- og Handelsretten gav ham desuagtet medhold, jf. den omstændighed, at den hidtidige forståelse i retspraksis af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, strider mod direktiv 2000/78/EF (»beskæftigelsesdirektivet«), jf. EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen. *Endvidere* henviste retten til, at den tidligere danske fortolkning af § 2 a *også* er i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Sø- og Handelsrettens lægger herunder vægt på, at beskæftigelsesdirektivet blot *konkretiserer* dette princip, og at *princippet* som sådan *også* kan påberåbes mellem private. Spørgsmålet var herefter for Højesteret, om *private* virksomheder er umiddelbart bundet af selve EU-traktaten og de hertil knyttede overordnede EU-retlige principper – in casu princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Såfremt de er det, opstår et retssikkerhedsproblem for de berørte, såfremt traktaten og de nævnte principper tilsiger en anden løsning end den, der følger af den nationale retstilstand. Men ifølge EU-Domstolen gælder i EU-retten *også* et generelt *retssikkerhedsprincip*. Ifølge dette skal retsregler, som har bebyrdende virkning for

borgerne, være klare og præcise, ligesom deres anvendelse skal være forudsigelig. Såfremt funktionærlovens § 2 a, stk. 3, (i dansk forståelse) ikke kun strider mod *beskæftigelsesdirektivet*, men også mod det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, er der derfor på EU-retligt plan et spørgsmål om, hvordan en direkte anvendelse af forbuddet mod aldersdiskrimination skal afvejes over for retssikkerhedsprincippet, når det drejer sig om private parter.(34) Den 22/9 2014 (UfR 2014.3667 H) besluttede Højesteret følgende i ovennævnte sag på eget initiativ at spørge EU-Domstolen, hvorvidt det er foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver om betaling af en fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren efter dansk ret er fritaget for at skulle betale, men hvor dette ikke er foreneligt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, afvejer dette princip og den direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning.

3.3. Fortrinsretten og reguleringsobjektet

Det er som nævnt under 3.1 antaget, at EU-direktiver er direkte anvendelige og har fortrinsret frem for danske regler i forhold til »offentlige« arbejdsgivere.(35) Over for disse antages arbejdstageren således altid at kunne påberåbe sig direktivet (når direktivbestemmelsen er ubetinget og tilstrækkeligt præcis).

Det er vel imidlertid ikke ganske klart, hvor langt der er grundlag for at inddrage *alle* danske »offentlige« arbejdsgivere under antagelsen af denne fortrinsret. Det er *staten*, der har bundet sig over for EU, og som ikke i kraft af manglende opfyldelse af sine forpligtelser til at implementere et direktiv – altså ud fra omgængelsesbetragtninger(36) – skal kunne påberåbe sig at stå uden for de forpligtelser, direktivet forudsætter pålagt. I relation til de af staten uafhængige, selvstændige juridiske personer er det ikke indlysende, at direktivreglen skal gælde umiddelbart.(37) Denne tvivl omfatter i al

59

fald selvstændige institutioner, der i kraft af offentlige tilskud er underkastet offentligretlige reguleringer uden at have med myndighedsudøvelse at gøre. Måske kan der også stilles spørgsmål ved, hvorledes det forholder sig med de danske kommuner. Den danske kommuneordnings indretning og de kompetencer, der er henlagt til det kommunale plan, er således ikke bestemt ud fra overvejelser over mulighederne for at omgå Statens EU-retlige forpligtelser. Kommuner kan heller ikke på egen hånd implementere direktiver endsige forsømme noget i så henseende.

I øvrigt må erindres, at de forbehold mht. EU-rettens fortrinsret, der er omtalt oven for under 3.1 mht. en af den danske lovgiver klart besluttet *modstrid* mellem en dansk lov og EU-retten, af *forfatningsretlige* grunde også synes at måtte gælde i relation til danske offentlige arbejdsgivere.

3.4. Konklusioner

Det er væsentligt, at Højesteret forklarer sine resultater på en måde, som kan virke handlingsanvisende mht., hvilke sager der må overlades til domstolens afgørelse, og hvilke sager der ikke behøver videreføres dertil. Højesteret bør derfor finde anledning til at klarificere, hvor *langt* grundlaget for EU-rettens fortrinsret principielt rækker, og *hvad* dette grundlag er.

1 »Hvis man har handlet i overensstemmelse med dansk ret og så fem år senere bliver dømt for handlingen på grund af en ny fortolkning fra EU-Domstolen, så har vi et retssikkerhedsproblem,« siger Lotte Dickow Schmidh, Dansk Erhverv. Ifølge hovedorganisationen DA truer sagerne den såkaldte »danske model«: ». . . vi kan ikke indgå kollektive aftaler,

Udgangspunktet må være, at lovgiver iht. Grundloven *altid* vil kunne omgøre en politisk beslutning via ny lovgivning eller fastholde en allerede vedtaget sådan, herunder i princippet også en lovgivning, der strider mod EU-retten. Der kan således højst være et spørgsmål om, med hvilken *sikkerhed* lovgiver kan antages at have søgt at etablere en ny eller fastholde en allerede eksisterende lov, der strider mod EU-retten. Denne sikkerhed vil præsumptivt være større, når der *efterfølgende* lovgives klart anderledes, end EU-retten tilsiger. Derimod må vel ældre dansk lovgivning, der strider mod nyere EU-ret, lettere kunne anses modificeret allerede efter *lex posterior*-princippet, når lovgiver har forholdt sig passiv over for en senere EU-retlig ordning. *Er* den nødvendige sikkerhed imidlertid til stede, synes den danske lovregel at måtte gælde, hvad enten reguleringsobjektet er en offentlig eller en privat arbejdsgiver.

Hvor *meget* skal der så til, for at lovgiver kan antages at have lovgivet på tværs af EU-retten eller have fastholdt en dansk lovregel på en sådan måde, at der foreligger en partiel tilbagesøgelse af den beføjelse til at lovgive, der er overladt til EU? Hvor *langt* vil en dansk lovgivning stå fast *allerede* ud fra danske forfatningsretlige grunde? Skal det EU-retlige (non) »contra legem«-princip blot ses som en nødvendig anerkendelse af de forbehold, der følger af nationale forfatninger og af princippet om medlemsstaternes suverænitæt?

Hvor langt rækker endvidere EU-rettens fortrinsret i relation til det, der rummes inden for begrebet »offentlige« arbejdsgivere?

Og *hvis* EU-retlige regler på et eller andet niveau i princippet har *ubetinget* fortrinsret, hvor langt gælder så denne fortrinsret i relation til de traktatbestemmelser og grundrettigheder af programmessig karakter, hvis implikationer slet ikke er umiddelbart aflæselige – jf. EU-rettens ovenfor under 3.1 omtalte klarhedskrav?

Endvidere må man spørge, om det er et forfatningsretligt princip på *dansk* grundrettighedsniveau,(38) som ikke gyldigt har kunnet fraviges ved vor tilslutning til EU, at de retsundergivne skal kunne regne med holdbarheden af det, der fremgår af den danske Lovtidende, *selv* om et tilsvarende forfatningsretligt princip ikke måtte være så udbredt inden for EU, at det kan anses som et i kraft heraf EU-retligt beskyttet gode iht. medlemsstaternes *fælles* forfatningsretlige traditioner.

Fremdeles: Har EU-Domstolens selvstændigt retsskabende virksomhed forfatningsretlig legitimitet på dansk grund, eller er der en grænse for, hvad Domstolen kan nå frem til med bindende virkning for de danske retsundergivne?

Endelig: *Hvis* disse retsundergivne underkastes helt uforudseelige følger af, at staten uanset EU-retlige forpligtelser har forsømt at klarificere den retstilstand, der aflæses i Lovtidende, hvad er da virkningen? Hvad er virkningen af, at staten tilslutter sig internationale regler med en sprogbud, der i ubestemthed kun overgås af ordenes vellyd, og hvis virkninger oven i købet fastlægges af en international domstol med selvstændigt retsskabende ambitioner, hvad er da konsekvenserne heraf for den danske stat? Hvordan så bevare Danmark som retssamfund? Er konsekvensen evt., at den, hvis på Lovtidendes udvisende klart berettigede forventninger om, hvad retstilstanden er, skuffes, kan gå til staten med et erstatningskrav for den skade, der er forvoldt ved, at han har disponeret iht. disse forventninger?

hvis vi ikke kender grundlaget, de er indgået på . . .« (Flemming Dreesen, DA).

2 Jf. EU-rettens konkurrenceregler (nu TEUF artikel 101), reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed (nu TEUF artikel 45), reglerne om den frie etableringsret (jf. nu TEUF artikel 49) og regler om den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. nu TEUF artikel 56). Hertil f.eks. EF-Domstolens

- dom af 18/12 2007 (sag C 341/05 - »Laval«-sagen) om fagforeningers mulighed for ved hjælp af kollektive kampskridt at søge at tvinge virksomheder, der har hjemsted i andre medlemsstater, til at indgå overenskomst: Der er med udstationeringsdirektivet 96/71/EF gjort udtømmende op med, hvilke krav der kan stilles over for udenlandske virksomheder.
- 3 Eksempel: I EU-Domstolens dom af 18/12 2014 (sag C-354/13) fastslås, at begrebet »handicap«, som omhandlet i direktiv 2000/78/EF og dermed er en ulovlig diskriminationsgrund, også omfatter handicap, der skyldes en fedme, der medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre pågældende i at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere. Videre hedder det, at dette bl.a. vil være tilfældet, hvis arbejdstagerens fedme hindrer nævnte deltagelse som følge af begrænset bevægelighed eller sygdomme hos arbejdstageren, som forhindrer den pågældende i at udføre sit arbejde, eller som indebærer gener ved udøvelsen af den pågældendes erhvervs-mæssige aktivitet. Da det er uforudsigeligt, hvornår en medarbejders fedme herefter kan blive et problem for en arbejdsgiver, vil dommen motivere arbejdsgivere til i det hele taget at undgå overvægtige medarbejdere.
- 4 F.eks. Børsen 18/5 1971.
- 5 Jf. f.eks. bladet Arbejdsgiveren 5/3 1976.
- 6 Ipsen, FT 1973-74, 2. samling, fremsat 15/3 1974, forslag XLII, blad 271.
- 7 I Venstres debatoplæg 1975 »En liberal politik for arbejdspladserne«, s. 7, siges direkte: »Delingen mellem arbejdere, funktionærer og tjenestemænd i ansættelsesmæssig henseende forekommer ikke tidssvarende.«
- 8 I et enkelt fagforeningsblad - Arbejdslederen nr. 9 1974 - sammenlignedes resultatet af Folketingets forhandlinger ved den lejlighed med et »loppe-cirkus«.
- 9 1. kt.j.nr. 19-634.
- 10 F.eks. Berlingske Tidende 28/9 1986, hvor den konservative Poul Albrechtsen går ind for en lønmodtagerlov, samtidig med at forretningsfører Jens Pors i HK henviser til de da eksisterende hele 100 forskellige love om arbejdsmarkedsforhold.
- 11 Ajourført af Henry Ussing og ligger også til grund for Ussings »Enkelte Kontrakter« fra 1940.
- 12 Erhvervsbladet 24/5 1976.
- 13 UfR 1976B s. 99 ff.
- 14 UfR 1980B s. 50 ff.
- 15 Om udviklingsforløbet på den litterære scene, se mere detaljeret Den Danske Arbejdsret afsnit I, 2.2 (opdateret elektronisk i Arbejdsretsportalen pr. 2014).
- 16 Se således *Jens Kristiansen*, Grundlæggende arbejdsret (senest 3. udg. 2014) og *Ruth Nielsen*, Dansk arbejdsret (senest 2. udg. 2012).
- 17 Fra licentiatforelæsningsen til Ansættelsesret maj 1977: »Vi står i dag med et lovsystem, der ikke er et produkt af tværgående overvejelser og juridiske rimelighedsbetragtninger. Tværtimod er det født af skiftende tiders ret tilfældige initiativer, således som de fremstår på basis af forskelligartede politiske muligheder og begrænset indsigt i kombination med en almindelig mangel på koordinering. Fortsætter denne udvikling uhindret, kan vi meget vel inden for en ikke fjern fremtid komme til at stå i den tilstand af retsløshed, som er betinget af den totale uoverskuelighed. . . . Det er uacceptabelt, at man på et så centralt retsområde, som det der her er tale om, møder et system, der – med det Carlsenske udtryk – kan virke »nedbrydende« på retsbevidstheden, og som i vid udstrækning kun respekteres ud fra autoritetstro, samtidig med at det aldeles ikke ved sin funktion giver nogen anledning til at tro på autoriteterne.«
- 18 Jf. udvalgets kommissorium af 30/9 1993, 1. kt. Sag 93-5200-3, justeret 17. januar 1994:
»Den danske retstilstand på det ansættelsesretlige område er i dag præget af mange enkeltstående love. De ansættelsesretlige love har ikke nogen indbyrdes sammenhæng, fordi de er udarbejdet på konkret grundlag og over en længere årrække. Dette gælder ikke mindst den række af love, som er vedtaget til gennemførelse af EU-direktiver.
- Der er derfor et betydeligt behov for en samlet gennemgang af den danske ansættelsesretlige lovgivning med henblik på at få skabt en mere enkel, overskuelig og sammenhængende retstilstand.
På denne baggrund nedsættes et ansættelsesretsudvalg, som skal udarbejde forslag til en lov om lønmodtagernes retsstilling.
Udvalget kan foreslå hensigtsmæssige ændringer i den hidtil gældende retstilstand, hvis der i udvalget er et bredt ønske herom. Udvalget kan endvidere foreslå, at overenskomstbestemte rettigheder skal udstrækkes til at gælde for alle lønmodtagere, hvis der er både blandt lønmodtagerrepræsentanterne og arbejdsgiverrepræsentanterne i udvalget er bredt ønske herom.
. . .«
- 19 1995/1, BSF 72, Folketingstidende tillæg A s. 3756: ». . . Regeringen har gennem nedsættelsen af et ansættelsesretsudvalg søgt at få arbejdsmarkedets parter til at komme med et udspil til ny ansættelseslov med større tryghed i ansættelsen. Udvalget er i dag imidlertid nedlagt, fordi arbejdsmarkedets parter ikke har været i stand til at løfte opgaven. Derfor finder forslagsstillerne, at regeringen snarest og i dette folketingsår skal fremsætte et forslag til lov om en ny ansættelseslov, der sikrer større tryghed i ansættelsen.«
<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=106675&exp=1>
- 20 Således fra den kristelige fagbevægelse i 2009 og i Den Danske Model i et integreret Europa 2004 s. 15 ff. (»Er det mon en god ide?«).
- 21 Funktionærloven, sømandsloven, foreningsfrihedsloven, ligebehandlingsloven, forskelsbehandlingsloven, deltidsloven, lov om tidsbegrænset ansættelse, virksomhedsoverdragelsesloven, værnepligtslovsloven, kommunestyrelsesloven, familiefrafværsloven og arbejdstidsloven. Hertil kommer tilsvarende regler i de kollektive overenskomster.
- 22 Nærmere *Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.* i Grundlæggende EU-ret, 2. udg. s. 255 ff.
- 23 *Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.*, Grundlæggende EU-ret, 2. udg. s. 261. Hertil også *Karsten Engsig Sørensen m.fl.*, EU-Ret s. 176 ff., samt *Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, EU Ret, 6. udg. s. 241 med henvisninger til litteratur, der bestrider holdbarheden af det anførte.
- 24 Jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 24/1 2012 (sag C-282/10), præmisserne 25 og 42.
- 25 Jf. f.eks. *Karsten Engsig Sørensen m.fl.*, EU-Ret s. 156 f.
- 26 Den retsstatslige ordning rækker dog ikke så langt som til konstateringen af, hvorvidt medlemsstaterne groft og vedvarende overtræder principperne, hvilket nemlig afgøres ved afstemning, jf. TEU artikel 7.
- 27 Af 7. december 2000 og 12. december 2007.
- 28 Se om EU's retsgrundsætninger og grundrettigheder nærmere f.eks. *Karsten Engsig Sørensen m.fl.*, EU-Ret s. 111 ff.
- 29 Se f.eks. UfR 2012.2247 Ø: Beskæftigelsesdirektivet kunne ikke påberåbes som direkte gældende over for den private arbejdsgiver, men forskelsbehandlingen kunne udledes af den direkte virkning af det EU-retlige princip, som udledes af EF-Domstolens dom af 22/11 2005 (sag C-144/04). Tilsvarende EU-Domstolens dom af 12/10 2010 (sag C-499/08).
Som det siges i *Karsten Engsig Sørensen m.fl.*, EU-Ret s. 157: »Domstolen foretager en *helhedsvurdering*, hvor den fokuserer på, om traktatbestemmelserne indeholder rettigheder, der er egnede til at kunne påberåbes og anvendes ved de nationale domstole - med passende fortolkningsbidrag fra Domstolen selv.«
- 30 Jf. UfR 1998.800 H: Danske domstole kan i almindelighed lægge til grund, at EF-domstolens afgørelser ligger inden for suverænitetetsafgivelsens grænser, jf. Grundlovens § 20.
- 31 Jf. UfR 1998.800 H: Danske domstole kan ud fra bestemtidskravet i Grundlovens § 20 ikke fratages adgangen til at efterprøve, om en EF-retsakt overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetetsafgivelse, og en EF-retsakt er uanvendelig i Danmark, hvis det med fornøden sikkerhed kan fastslås, at den ligger uden for suverænitetetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder mht. regler og retsprincipper, der beror på EF-Domstolens praksis.

- 32 Højesteret synes herefter at ligge på linje med det hovedsynspunkt, der gøres gældende i artiklen i UfR 2012B s. 295 ff. (*Ole Hasselbalch*, »Forfatningskrise?«). Jf. også *Jens Kristiansen*, »Grænser for EU-konform fortolkning i lyset af nyere højesteretspraksis«, *Juristen* 2014 s. 23 ff. Jf. i øvrigt UfR 2009.724 H, der dømmer iht. ordlyden af den danske implementeringslov, uanset at dette var i modstrid med EU-rettens klarhedskrav, hvilket dog så vidt ses ikke var gjort gældende i sagen.
- 33 Højesteret udtaler: »Efter EU-Domstolens faste praksis påhviler det de nationale domstole ved anvendelsen af nationale retsforskrifter i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål for at fremkalde det resultat, der tilsigtes med direktivet De nationale domstoles forpligtelse til at henholde sig til indholdet af et direktiv, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses . . . af generelle retsprincipper, og forpligtelsen kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning »contra legem« af national ret, jf. *Dominguez-sagen* (sag C-282/10, red.), præmis 25. . . . «
- I EU-Domstolens nævnte dom 24/1 2012 (sag C-282/10), præmis 25, hedder det: »De nationale retters forpligtelse til at henholde sig til indholdet af et direktiv, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses . . . af generelle retsprincipper, og det kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret (jf. dom af 15.4.2008, sag C-268/06, *Impact*, Sml. I, s. 2483, præmis 100, og dommen i sagen *Angelidaki m.fl.*, præmis 199).«
- 34 Hertil også *Jens Kristiansen*, »Grænser for EU-konform fortolkning i lyset af nyere højesteretspraksis«, *Juristen* 2014 s. 27 ff.
- 35 Hertil *Jens Kristiansen*, »Grænser for EU-konform fortolkning i lyset af nyere højesteretspraksis«, *Juristen* 2014 s. 25 ff.
- Herom bl.a. følgende retstilfælde, hvor der imidlertid ikke ses procederet på det grundlæggende forfatningsretlige problem, som ligefuldt gør sig gældende i forhold til visse offentlige arbejdsgivere: UfR 2014.1116 H og UfR 2014.1119 H.
- 36 Jf. også *Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.* i *Grundlæggende EU-ret*, 2. udg. s. 273.
- EF-Domstolens dom af 26/2 1986 (sag 152/84; udtalt, at såfremt de retsundergivne i forhold til staten kan støtte ret på et direktiv, består denne mulighed, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, dvs. som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed; det er i begge tilfælde væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten).
- 37 Se om afgrænsningen EF-Domstolens dom af 12/6 1990 - sag C-188/89; i Storbritannien kunne kvinder pensioneres, når de fyldte 60 år, mænd først ved 65 år. I *British Gas Corporation*, privatiseret under navnet *British Gas plc.*, skulle de ansatte fratænde, når de var berettigede til opnå pension. En række kvinder ønskede imidlertid at blive ved med at arbejde i virksomheden og anlagde derfor erstatningssag mod *British Gas plc.* med henvisning til ligebehandlingsdirektivet. Parterne var enige om, at afskedigelserne stred mod dette, men ikke mod lovgivningen, ligesom de var de enige om, at lovgivningen ikke kunne tolkes direktivkonformt. Spørgsmålet var følgelig, om kvinderne kunne støtte ret direkte på direktivet over for det i princippet private firma *British Gas plc.* Dette anså Domstolen i al fald var tilfældet over for organer, der - uanset retlig organisationsform - ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne. Ligeledes EF-Domstolens dom af 25/7 1991 (sag C-1/90 og sag C-176/90; Traktatens artikel 30 kunne finde anvendelse på foranstaltninger, der blev truffet af alle myndigheder i medlemsstaterne, uanset om det var centrale myndigheder, myndigheder i en forbundsstat eller andre territoriale myndigheder), EF-Domstolens dom af 22/6 1989 (sag 103/88; en forvaltningsgren, herunder en kommunalforvaltning, har ligesom de nationale domstole en pligt til at anvende bestemmelserne i artikel 29, stk. 5, i Rådets direktiv 71/305/EØF og undlade at anvende de bestemmelser i national ret, der ikke er i overensstemmelse med denne direktivbestemmelse) og EF-Domstolens dom af 26/2 1986 (sag 152/84; såfremt de retsundergivne i forhold til staten kan støtte ret på et direktiv, består denne mulighed, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, dvs. som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed; det er i begge tilfælde væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten).
- 38 Hvilke forfatningsretlige grundrettigheder EU-Domstolen i øvrigt muligt accepterer som fortrinsstillede i forhold til EU-retten - jf. *Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.*, *Grundlæggende EU-ret*, 2. udg. s. 261 og 263 ff.