

RETSLIG FORSKELSBEHANDLING

En undersøgelse af udstationeringslovens § 5, nr. 4 samt funktionærlovens økonomiske rationale

DIFFERENTIAL TREATMENT WITHIN THE REGULATORY FRAMEWORK

An analysis of the Danish Posting of Workers Act section 5, No. 4, and the Danish Salaried Employees Act's economic rationale

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Udarbejdet af:
Christopher Ø. Mortensen (102388)
Camilla Frost (101776)

Kontraktnr.: 16542
Afleveret: 15. maj 2020
Antal anslag: 272.868
Antal fysiske sider: 111
Antal normalsider: 119,9

Vejledere:
Birgitte Munch Jørgensen
Niels Ploug

FORORD

Nærværende afhandlings problemfelt er fremkommet efter længere tids søgen i litteraturen og på baggrund af vores viden indenfor arbejdsret og personaleøkonomi. Uden litteraturen på området, som er mangefold, havde det således ikke været muligt på samme vis at skrive afhandlingen, hvorfor der følgelig skal lyde en tak til alle forfatterne.

Det skal derudover rettes en stor tak til vores begges kærester, der har holdt os ud det seneste halve år, været tålmodige og lagt ører til tanker, ideer, brok og andre ting, der med garanti ikke har haft deres interesse i samme grad, som vi selv har haft. Ligeledes skal der lyde en tak til venner og familie. Tak til fagfolk for gode diskussioner og tak til vores vejledere Birgitte Munch Jørgensen og Niels Ploug for kyndig vejledning.

God læselyst!

Camilla Frost

Christopher Mortensen

Maj 2020

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse.....	3
Abstract.....	6
Kapitel 1.....	7
1.1 Indledning og problemstilling.....	7
1.2 Problemformulering.....	8
1.2.1 Juridisk.....	8
1.2.2 Økonomisk.....	9
1.2.3 Integreret.....	9
1.3 Formål.....	9
1.4 Synsvinkel.....	9
1.5 Teoretisk afhandling.....	10
1.6 Afgrænsning af afhandlingens felt.....	10
1.7 Metode.....	11
1.7.1 Juridisk metode.....	11
1.7.1.1 Retspositivisme og europæisk realistisk retspositivisme.....	11
1.7.1.2 Retsdogmatisk metode og retskildelæren.....	12
1.7.1.3 EU-retten.....	13
1.7.1.3.1 EU-rettens forrang.....	13
1.7.1.3.2 Primær- og sekundærretten.....	15
1.7.1.3.3 EU-Domme.....	16
1.7.1.4 Komparativ metode.....	16
1.7.2 Økonomisk metode.....	17
1.7.2.1 Statistisk metode med kvantitative data.....	17
1.7.2.2 Videnskabsteori.....	18
1.7.2.2.1 Den induktive metode.....	18
1.7.2.2.2 Den logiske empirisme (positivisme).....	19
1.7.2.3 Anvendte økonomiske teorier.....	19
1.7.2.3.1 Diskriminationsteori.....	19
1.7.2.3.1.1 Kenneth Arrows diskriminationsteori.....	20
1.7.2.3.1.2 Arbejdsgiverdiskrimination.....	21
1.7.2.3.2 Efficiency wage.....	21
1.7.3 Integreret metode.....	22
1.8 Struktur.....	23
Kapitel 2 - Juridiske analyse.....	24
2.1 Indledning.....	24
2.2 EU og Arbejdskraftens frie bevægelighed.....	25
2.2.1 Arbejdskraftens frie bevægelighed.....	25
2.2.2 Opholdsdirektivet.....	25
2.3 Arbejdstagerbegrebet.....	26
2.3.1 Arbejdstagerbegrebet inden for EU.....	26
2.3.2 Arbejdstagerbegrebet i Danmark.....	28
2.3.2.1 Udstationeringsloven.....	28
2.3.2.2 Barselsloven.....	29
2.3.2.3 Sygedagpengeloven.....	29
2.3.2.4 Funktionærloven.....	29
2.3.2.4.1 Tjenesteforhold.....	30
2.3.2.4.2 Ottetimersreglen.....	31

2.3.2.5 Funktionær kontra arbejder	31
2.4 Udstationering	32
2.4.1 Generelt om udstationering	32
2.4.2 Retsgrundlaget for udstationering	33
2.4.2.1 Udstationeringsdirektivet	33
2.4.2.1.1 Tre scenarier	33
2.4.2.1.1.1 Entreprise/trepartsforhold	34
2.4.2.1.1.2 Udstationering i koncernforhold	34
2.4.2.1.1.3 Vikarbureauvirksomhed	34
2.4.2.1.2 Varigheden af udstationeringen	35
2.4.2.2 Udstationeringsloven	35
2.4.2.2.1 Udstationeringslovens ”kap. 1. Lovens område”	35
2.4.2.2.2 Udstationeringslovens ”kap. 2. Udstationering i Danmark”	35
2.4.2.3 Betingelser for udstationering	37
2.4.2.4 Udstationeringsdirektivet og –lovens relation til anden lovgivning	37
2.4.3 Barsel som funktionær	38
2.4.4 Barselsloven	39
2.4.5 Barsel som arbejder	40
2.4.6 Barsel i Tyskland kontra Danmark	41
2.4.7 Hvordan stilles en udstationeret arbejdstager fra Tyskland i Danmark	41
2.4.7.1 Barselsorlov	41
2.4.7.2 Sygdom grundet i graviditet	42
2.4.8 Sker der forskelsbehandling?	42
2.5 Princippet om alle menneskers lighed for loven	43
2.5.1 Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder	43
2.5.1.1 Introduktion til Chartret	43
2.5.1.2 Chartrets artikel 20	43
2.5.1.3 Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder	45
2.5.2 Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde	46
2.5.3 Princippet om alle menneskers lighed for loven i dansk ret	46
2.5.3.1 Bestemmelsen om alle menneskers lighed for loven i dansk ret	46
2.5.3.2 Hvoraf kan princippet om alle menneskers lighed for loven udledes i dansk ret?	48
2.5.3.2.1 Retsgrundlaget	48
2.5.3.2.1.1 Danmarks Riges Grundlov	48
2.5.3.2.1.2 Ligebehandlingsloven og lov om forbud mod forskelsbehandling på baggrund af handicap	48
2.5.3.2.1.3 Forskelsbehandlingsloven	49
2.5.3.2.1.4 Jyske Lov og Kong Christian Den Femtes Danske Lov	49
2.5.3.2.2 Sammenfatning af retsgrundlaget	50
2.5.4 Princippet om alle menneskers lighed for loven i tysk ret	51
2.5.4.1 Bestemmelsen om alle menneskers lighed for loven i tysk ret	51
2.5.4.2 BVerfGE 82, 126 – Kündigungsfrist für Arbeiter	51
2.5.4.2.1 Resultatet af BVerfGE 82, 126	52
2.6 Tysklands accept af EU-rettens forrang	53
2.7 Delkonklusion	54
Kapitel 3 - Økonomisk analyse	56
3.1 Indledning	56
3.2 Sociologisk historie	57
3.2.1 Arbejdskraftens frie bevægelighed, det indre marked og det nordiske samarbejde	57

3.2.2 Migration fra EU til Danmark.....	57
3.2.2.1 Migration fra Tyskland til Danmark.....	60
3.2.2.2 Årsager til migration.....	62
3.2.3 Udstationerede i Danmark.....	63
3.2.4 Ikrafttrædelse af funktionærloven.....	65
3.2.4.1 Kort om funktionærloven.....	66
3.2.5 Funktionærer og arbejdere i dag.....	67
3.3 Den danske model.....	68
3.3.1 Hovedaftalen.....	69
3.3.2 Septemberforliget.....	69
3.3.3 Samarbejdsaftalen.....	70
3.3.4 Forhandlingsstyrken i aftalemodellen.....	70
3.4 Funktionærlovens økonomiske rationale.....	72
3.4.1 Diskriminationsteori.....	72
3.4.1.1 Kenneth Arrows diskriminationsteori.....	72
3.4.1.2 Arbejdsgiverdiskrimination.....	75
3.4.1.3 Sammenfatning af diskriminationsteoriene.....	77
3.4.2 Efficiency wage.....	79
3.4.2.1 Indledning.....	79
3.4.2.2 Teoriens baggrund.....	79
3.4.2.3 Anvendelse af teorien.....	80
3.4.2.3.1 Hovedårsager til efficiensløn.....	80
3.4.2.3.1.1 Ønske om at tiltrække medarbejdere med bedre kvalifikationer.....	80
3.4.2.3.1.2 Manglende mulighed for kontrol.....	81
3.4.2.3.1.3 Arbejdstagernes transaktionsomkostninger.....	82
3.4.2.3.1.4 Virksomhedens transaktionsomkostninger.....	82
3.4.2.3.2 Yellens fire årsager til at der opstår en produktivitetsstigning ved efficiensløn.....	83
3.4.2.4 Sammenfatning af årsagerne bag efficiency wage og dennes anvendelse på afhandlingen.....	84
3.5 Delkonklusion.....	86
Kapitel 4 – Integreret analyse.....	87
4.1 Indledning.....	87
4.2 Udstationeringsdirektivets formål.....	87
4.2.1 Udstationeringsdirektivets formål og dansk ret.....	89
4.3 Ændringsdirektivet til det nuværende udstationeringsdirektiv.....	90
4.4 Er den danske model åben for social dumping?.....	91
4.5 Løsningsorienterede forslag til lovændringer.....	92
4.5.1 Regulering frem for den danske model.....	92
4.5.2 Politisk fastsat mindsteløn.....	93
4.5.2.1 Økonomiske effekter ved en politisk fastsat mindsteløn.....	94
4.5.3 Udstationeringslovens § 5, nr. 4.....	96
4.6 Delkonklusion.....	97
Kapitel 5 - Konklusion og perspektivering.....	98
5.1 Sammenfattende konklusion.....	98
5.2 Perspektivering.....	101
Kapitel 6 - Appendix.....	103
6.1 Litteraturliste.....	103
Bilag 1.....	111

Abstract

In Denmark, differential treatment within the regulatory framework segregates the labour market in two groups. The workers and the white-collar workers. Due to the differential treatment, the white-collar workers have improved conditions. This also relates to the posted workers in Denmark. Hence, these are entitled to improved condition when being pregnant or during maternity leave in Denmark.

Differential treatment within the regulatory framework is challenged with difficulties, when it relates to posted workers from Germany. Differential treatment is illegal in Germany due to their constitution, which states that everyone is equal before the law. This principle is also codified in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the principle also applies in Denmark.

Germany accepted the precedence of EU, prerequisite that EU promised to protect German fundamental rights on the same terms as German law does. Therefore, a posted worker from Germany, who does not meet the terms of a Danish white-collar worker, is able to demand the same rights regarding the content of the Danish Posting of Workers Act section 5, No. 4.

Differential treatment can reasonable due to an economic rationale. When the economic rationale regarding this, is analysed, it is concluded that white-collar workers work more efficiently. Furthermore, the white-collar workers are entitled to improved benefits regarding elements of salary to assure that they are kept in job. All transactions costs are kept to a minimum, the state is in a lower risk of paying government benefits, and conversely, white-collar workers contribute the state through taxes.

The Danish labour market is regulated by the Danish labour market model and its manner of agreeing on working conditions. Thus, social dumping can be difficult to prevent. On this basis, the possibility of a political determined minimum wage is analysed. However, the findings demonstrate that a minimum wage will have a negative effect on the employment rate.

Finally, it is suggested that all posted workers should be able to keep the conditions of their country of residence regarding maternity leave or when being pregnant, provided that their country of residence's conditions is better than the Danish.

Kapitel 1

1.1 Indledning og problemstilling

Øget globalisering¹ har medført en stigning i migration såvel som udstationering af arbejdstagere fra Den Europæiske Union² til Danmark,³ herunder særligt fra Tyskland.⁴ I udstationeringsdirektivet⁵ tilsigtes det at sikre en minimumsbeskyttelse af gravide kvinder, og kvinder der lige har født, når disse udstationeres. På baggrund af denne forpligtelse i direktivets art. 3, stk. 1, litra f, henviser udstationeringslovens⁶ § 5, nr. 4 til funktionærlovens⁷ § 7. Herefter skal indholdet af funktionærlovens § 7 overholdes, såfremt udstationeringsforholdet består i Danmark, og pågældende udstationerede arbejdstager opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1. Herefter har funktionæren barselsvilkår, der stiller denne bedre end en arbejdstager, der ikke opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1. Efter udstationeringslovens § 5, nr. 4 foretages der således retslig forskelsbehandling mellem arbejdstagergrupperne, idet arbejdsstyrken kan deles op i henholdsvis arbejdere⁸ og funktionærer. Inden for EU-regulerede områder vil denne retslige forskelsbehandling kunne møde udfordringer. Dette skyldes, at der ved udstationering af arbejdstagere fra Tyskland til Danmark forskelsbehandles efter dansk ret, hvilket de tyske arbejdstagere ikke vil kunne blive udsat for efter tysk ret. I Tyskland kan en opdeling af arbejdstagergrupperne, og derved retslig forskelsbehandling af disse, ikke foretages af hensyn til alles lighed for loven, jf. Grundgesetz⁹ art. 3, stk. 1, hvilket blev stadfæstet i dommen BVerfGE 82, 126 i 1990. EU-rettens forrang, samt accepten af denne, inddrages i nærværende afhandling til belysning af, hvordan dansk ret harmoniserer med EU-retten for så vidt angår udstationering af arbejdstagere fra Tyskland til Danmark. Ligeledes vil Chartrets¹⁰ art. 20 om alles lighed for loven være med til at belyse eventuelle uoverensstemmelser mellem national ret og EU-ret.

Muligheden for at vandre frit mellem EU's medlemsstater og tage ophold og arbejde i disse, reguleres bl.a. af arbejdskraftens frie bevægelighed, jf. TEUF¹¹ art. 45. De økonomiske forhold der kan være med til at forklare, hvor mange der er immigreret, samt i hvilken grad udstationering foretages, vil blive belyst med henblik på at klarlægge omfanget af dette.

I Danmark er funktionærloven ikke blevet udfordret på samme vis, som forskelsbehandlingen af arbejdstagergrupperne er blevet det i Tyskland. På baggrund heraf findes det relevant at undersøge,

¹ Herved forstås bl.a. det nordiske samarbejde og et indre marked med fri bevægelighed

² Herefter benævnt "EU"

³ Danmarks Statistik, 2015, s. 20 og 24

⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

⁵ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser

⁶ Bekendtgørelse af lov om udstationering af lønmodtagere m.v., lovbekendtgørelse nr. 1144 af 14/09/2018

⁷ Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, lovbekendtgørelse nr. 1002 af 24/08/2017

⁸ Ved "arbejder" forstås en arbejdstager der ikke betragtes som funktionær efter funktionærlovens § 1

⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949

¹⁰ Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, (2000/C 364/01)

¹¹ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, (C 115/47) af 09/08/2008

hvorvidt forskelsbehandling kan begrundes i objektive forhold set fra et økonomisk perspektiv. Endvidere ses det inden for arbejdsmarkedsøkonomien, at en arbejdsgiver, som for nærværende er lovgiver, i visse tilfælde er villig til at betale ekstra lønkroner ved ansættelse af én del af arbejdsstyrken frem for en anden. Dette udtrykker sig ved forskellene mellem henholdsvis arbejdere og funktionærer, samt præferencerne for ansættelsen af disse.¹² Dette kan være med til at belyse et økonomisk rationale bag funktionærlovens forskelsbehandling samt belyse, hvilke konsekvenser og/eller fordele retslig forskelsbehandling kan medføre.

Udstationeringsdirektivet har flere formål, bl.a. at hindre social dumping, at beskytte gravide kvinder og kvinder, der lige har født samt at sikre en fri udveksling af tjenesteydelser, uden at dette forsømmer arbejdstagernes rettigheder.¹³ Dansk ansættelsesret er dog kasuistisk, hvorefter direktivets formål kan møde udfordringer i Danmark.

1.2 Problemformulering

Det er med afsæt i indledningen relevant at undersøge, hvordan den retslige forskelsbehandling mellem arbejdstagergrupperne, der foretages i Danmark, kan møde udfordringer på EU-regulerede områder. Ligeledes vil det søges klarlagt, om retslig forskelsbehandling kan begrundes i økonomiske hensyn. Afhandlingen vil endvidere klarlægge, hvilke økonomiske forhold der kan forklare anvendelsen af udenlandsk arbejdskraft i Danmark.

På baggrund af delkonklusionerne for de undersøgte områder, vil det slutteligt søges udledt, hvorvidt der bør ske ændringer i den danske udstationeringslov.

Problemfeltet kan således udtrykkes ved følgende overordnede problemformulering:

- *På hvilken måde foretages der retslig forskelsbehandling af arbejdstagergrupperne i Danmark, hvordan møder dette udfordringer på EU-regulerede områder, og hvorledes vil det være muligt at begrunde denne retslige forskelsbehandling i objektive økonomiske hensyn?*

For at kunne besvare afhandlingens problemformulering, vil der blive opstillet tre mindre problemstillinger, der repræsenterer afhandlingens tre analyser:

1.2.1 Juridisk

- Hvad er gældende ret for så vidt angår udstationering til Danmark, hvordan udsættes en udstationeret arbejdstager fra Tyskland for retslig forskelsbehandling i Danmark, og hvorvidt er dette uforeneligt med Chartrets art. 20?

¹² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 175

¹³ Andersen et al., 2016, s. 127

1.2.2 Økonomisk

- Hvilke økonomiske forhold kan forklare immigration og udstationering fra EU's medlemsstater til Danmark, og hvorvidt er det muligt at udlede et økonomisk rationale bag den retslige forskelsbehandling, der foretages i medfør af funktionærloven?

1.2.3 Integreret

- Hvorledes er formålet med udstationeringsdirektivet opnået, og hvorvidt bør der foretages ændringer i indholdet af udstationeringslovens § 5, nr. 4 for at leve op til direktivets formål?

1.3 Formål

Formålet med nærværende afhandling er at belyse, hvorvidt henvisningen til funktionærlovens § 7 i den danske udstationeringslovs § 5, nr. 4 harmoniserer med EU-retten. Herved søger afhandlingen at analysere, hvordan retslig forskelsbehandling kan finde sted, om dette kan møde udfordringer på EU-regulerede områder, og om dette i alle tilfælde kan sagligt begrundes, såvel fra et juridisk perspektiv som fra et økonomisk perspektiv. Det er endvidere formålet med nærværende afhandling at foretage en nærmere gennemgang og undersøgelse af det generelle lighedsprincip om alle menneskers lighed for loven.¹⁴ På samme vis vil en arbejdstager søges defineret, ligesom der vil foretages en dybere analyse af udstationeringsloven med samtidig inddragelse af komparativ ret til brug for endelig konklusion af, hvorvidt udstationeringslovens § 5, nr. 4 kan møde udfordringer ved udstationering af arbejdstagere fra Tyskland til Danmark.

For så vidt angår forskelsbehandling er dette behandlet bredt i arbejdsmarkedsekonomien, hvorfor afhandlingen vil søge at fremfinde årsager til, hvorfor det fra et økonomisk perspektiv kan være sagligt at forskelsbehandle. Ligeledes er den sociologiske historie relevant at inddrage, når feltet inden for forskelsbehandling belyses på samme vis, som disse økonomiske årsager kan være med til at belyse anvendelsen af udenlandsk arbejdskraft i Danmark.

Det er endvidere hensigten med nærværende afhandling at klarlægge eventuelle mangler ved udstationeringsdirektivet samt dennes implementering i dansk ret, hvorefter der fremlægges løsningsorienterede forslag til lovændringer. Det er håbet med afhandlingen, at den kan være med til at skabe et overblik over området lige så vel som at bidrage til en bedre forståelse af reglerne og skabe overblik over, hvordan noget eventuelt kan være retsstridigt og til stadighed begrundes i økonomiske forhold.

1.4 Synsvinkel

Nærværende afhandlings problemfelt vil blive analyseret ud fra en samfundsmæssig synsvinkel. Til grund herfor ligger, at der i afhandlingens juridiske analyse vil blive udledt gældende ret, de lege lata. Ved analysens indhold vil der således inddrages såvel EU-ret som national ret, ligesom der vil blive inddraget regulering og retspraksis, som både arbejdstagere, arbejdsgivere samt EU-Domstolene bør iagttage, når disse opererer inden for områderne af udstationering af arbejdstagere til Danmark. Dette stemmer således overens med en samfundsmæssig synsvinkel.

¹⁴ Der henvises i denne forbindelse til princippet i Chatrets art. 20

For så vidt angår den økonomiske analyse er tilgangsvinklen til analysearbejdet ligeledes forankret i en samfundsmæssig synsvinkel, idet der foretages en nærmere gennemgang af den sociologiske historie. Denne er relevant til brug for en vurdering af et eventuelt økonomiske rationale bag den retslige forskelsbehandling, der foretages i regi af funktionærloven. Hertil bemærkes det ligeledes, at nævnte retslige forskelsbehandling er bestemt ved lov, hvorfor det formodes, at de bedst mulige konklusioner udledes ved en samfundsmæssig synsvinkel.

Slutteligt er der i afhandlings integrerede analyse anvendt en retspolitisk tilgangsvinkel, hvilken anvendes til at finde mangler ved udstationeringsdirektivets formål samt fremlægge eventuelle forslag til lovændringer. Ligeledes er der herved tale om en samfundsmæssig synsvinkel.

1.5 Teoretisk afhandling

Afhandlingens problemstilling behandles ud fra et teoretisk perspektiv, og der udledes således gældende ret i afhandlingens juridiske analyse, der beskriver, *hvordan* retten er og derved ikke, hvordan denne *bør* være. Det er vurderet, at vi ud fra et teoretisk perspektiv kan fremsøge bedst mulige konklusioner i relation til afhandlingens problemfelt. Udarbejdelse af en afhandling med et *praktisk* perspektiv vil skulle baseres på såvel teoretiske aspekter lige så vel, som dette vil kræve indsamling af empiri og kvalitative data. Det gør sig gældende for alle tre analyser, at disse behandles ud fra et teoretisk perspektiv.

Teorien, der anvendes i nærværende afhandling, anvendes i høj grad, som den ses udviklet i litteraturen, hvorfor teorierne ikke udfordres. Dette stemmer imidlertid ligeledes overens med vores vidensteoretiske ståsted, som er forankret i positivismen, hvorefter sand viden alene kan udledes fra observationer.¹⁵ Med en dels induktiv og dels positivistisk tilgang til den økonomiske analyse, hvor der bl.a. anvendes kvantitative data, samt med en retspositivistisk tilgang til den juridiske analyse er dette med til at begrunde valget om udarbejdelsen af en teoretisk afhandling.

1.6 Afgrænsning af afhandlingens felt

Nærværende afhandling kunne potentielt brede sig udover et meget stort område, hvorfor der er foretaget en række negative afgrænsninger. Disse afgrænsninger er præciseringer af forhold, der ved medtagelsen af heraf, kunne have haft indflydelse på resultatet.¹⁶

For så vidt angår retsprincippet om alle menneskers lighed for loven i dansk ret, inddrages magtens tredeling og dennes betydning herfor ikke. På samme vis er der foretaget en afgrænsning fra at analysere, hvilken betydning det kan have, at der ikke findes en grundlovsbestemmelse, der definitivt bestemmer, at alle mennesker er lige for loven.

Det lægges til grund, at en eventuel retsstridighed om afhandlingens problemstilling vil blive forelagt som præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen, hvorfor der på denne baggrund ikke inddrages betydningen af Rom-I-forordningen samt Rom-konventionen.

¹⁵ Knudsen, 1994, s. 46

¹⁶ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 461

Til slut i den juridiske analyse inddrages bestemmelser om barsel, idet funktionærlovens § 7 behandler dette emne. Hertil bemærkes det, at barselsloven alene vil inddrages for det tilfælde, at der henvises direkte til denne, hvorfor afhandlingen er afgrænset fra at gå nærmere ind i barselsloven, og hvad denne regulerer. Endvidere er der i afhandlingen udledt et arbejdstagerbegreb, hvilket er udledt med afsæt i EU-Domme, direktiver og forordninger, der relaterer sig til afhandlingens problemstilling. Det samme gør sig gældende ved analysen af et dansk arbejdstagerbegreb. Der er således andet regulering og retspraksis, som vil kunne inddrages til at udlede et arbejdstagerbegreb, som ikke nævnes i afhandlingen. Det erkendes dog, at der ved inddragelsen af anden regulering og retspraksis kan udledes flere præciseringer af arbejdstagerbegrebet.

Når der i den økonomiske analyse anvendes diskriminationsteori, erkendes det, at der findes et rigt omfang af teorier herom. For en præcisering af afhandlingens indhold inddrages der få teorier, idet dette findes mest relevant for afhandlingens problemstilling. Ved anvendelsen af Kenneth Arrows diskriminationsteori er der foretaget justeringer for, at denne kan gøres til genstandsfelt for afhandlingens problemstilling. Endvidere er der afgrænset fra det nærmere indhold af Arrows teorier om employer discrimination, hvor der opstilles en række kriterier for, hvorfor diskrimination foretages på arbejdsmarkedet. Der inddrages således ikke nærmere refleksioner over opfattelsen af virkeligheden. I afhandlingen bliver det udledt, at diskrimination kan føre til en dualisering af arbejdsmarkedet, men der afgrænses fra en analyse af betydningen af dette, idet en analyse herom vil bevæge sig udover grænserne for afhandlingens problemfelt. Det erkendes dog, at en dualisering af arbejdsmarkedet kan have en negativ effekt, hvorfor diskriminationens indvirkning på en dualisering kunne have påvirket afhandlingens resultat.

1.7 Metode

1.7.1 Juridisk metode

1.7.1.1 Retspositivisme og europæisk realistisk retspositivisme

Der er i nærværende afhandlings juridiske analyse valgt en tilgangsvinkel, som ses forankret i retspositivismen, idet gældende ret udledes, det vil sige de lege lata, frem for at beskrive, hvordan den gældende ret bør være, også kaldet de lege feranda.¹⁷ Hertil kan det nævnes, at den europæiske realistiske retspositivistiske metode også haves for øje, da denne ligeledes udleder gældende ret.¹⁸ Udover at udlede gældende ret, er den europæiske realistiske retspositivisme karakteriseret ved, at den ser de danske retskilder, de EU-retlige retskilder, samt de folkeretlige retskilder som et integreret retssystem, hvilket dermed betyder, at retten betragtes fra et monistisk perspektiv.¹⁹ Monismen kommer til udtryk i nærværende afhandling, når princippet om alles lighed for loven udledes inden for dansk ret, idet dette princip ikke findes eksplicit i den danske grundlov. Såfremt vi i nærværende afhandling anskuede retten fra en dualistisk tilgangsvinkel, havde det ikke på samme vis været muligt at udlede princippet, idet dualismen alene accepterer folkeretlige bestemmelser i national regulering for det tilfælde, at disse er stadfæstet ved lov.²⁰ Da afhandlingens juridiske analyse har til formål at udlede

¹⁷ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 381-382

¹⁸ Nielsen, 2019, s. 32

¹⁹ Nielsen, 2019, s. 32

²⁰ Nielsen, 2019, s. 35

gældende ret inddrages såvel historisk som fremadrettet regulering følgerig ikke. Ændringsdirektivet²¹ til det nuværende udstationeringsdirektiv vil således ikke inddrages i afhandlingens juridiske analyse.

På baggrund af såvel vores dels retspositivistiske og dels europæiske realistiske retspositivistiske ståsted i relation til den juridiske analyse, er dette med til at forklare, hvordan vi er kommet frem til vort gældende resultat.

1.7.1.2 Retsdogmatisk metode og retskildelæren

Den juridiske analyse er udarbejdet efter den retsdogmatiske metode samt retskildelæren.

Den retsdogmatiske metode finder anvendelse for at nå frem til retsfølgen, hvilket sker gennem en analyse af relevante retskilder på samme vis, som en domstol ville gøre for at nå frem til en retsafgørelse.²² Dermed vejes de relevante retskilder op mod hinanden for herefter at udlede gældende ret. Den retsdogmatiske metode tager udgangspunkt i de retskilder, som retskildelæren beskriver,²³ og disse skal analyseres korrekt i nedenfor nævnte rækkefølge:²⁴

- Regulering
- Retspraksis
- Sædvaner
- Forholdets natur

Det skal hertil nævnes, at ovenstående rækkefølge ikke har betydning for retskildernes retskildeværdi, da der ikke forefindes rangorden imellem disse.²⁵ Retskilderne vil i nærværende afhandling blive analyseret i ovenstående rækkefølge, såfremt de finder relevans i forbindelse med besvarelse af den juridiske problemstilling.

Den juridiske analyse starter ud fra ovenstående med at analysere reguleringen. Indenfor reguleringen findes dog et reguleringshierarki efter lex superior princippet, der betyder, at love med højere rang går forud for love med lavere rang.²⁶ Dermed har grundloven forrang for almindelige love, mens almindelige love går forud for bekendtgørelser, cirkulærer og anordninger.²⁷ Der vil i nærværende analyse blive anvendt dansk regulering i form af grundloven og almindelige love.

For at udlede princippet om alles menneskers lighed for loven i dansk ret analyseres grundloven, idet denne er Danmarks forfatning, og det må formodes, at et grundlæggende princip om alles lighed for

²¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser

²² Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 34-35 og Tvarnø og Denta, 2015, s. 49

²³ Tvarnø og Denta, 2015, s. 49

²⁴ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 56

²⁵ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 34 og 56

²⁶ Nielsen, 2019, s. 37

²⁷ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 33

loven reguleres gennem denne. Hertil vil forskelsbehandlingsloven²⁸, ligebehandlingsloven²⁹ samt lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap³⁰ finde anvendelse, da disse er med til at sikre grundlæggende principper og rettigheder.

Da nærværende afhandling ligeledes omhandler udstationering fra Tyskland til det danske arbejdsmarked, sker der en definition af arbejdstagerbegrebet i dansk ret, som sker gennem ansættelsesbevisloven³¹ og ferieloven.³² Videre vil udstationeringsloven, funktionærloven, barselsloven³³ samt sygedagpengeloven³⁴ blive analyseret for at kunne besvare den juridiske problemstilling.

1.7.1.3 EU-retten

1.7.1.3.1 EU-rettens forrang

Indenfor reguleringshierarkiet, som beskrevet ovenfor, gælder, at EU-retten går forud for national ret,³⁵ jf. lex superior-princippet. Dermed menes, at EU's medlemsstater altid skal følge EU-retten, også kaldet fællesskabsretten, og national ret må derfor ikke stride imod EU-retten, uagtet om den er vedtaget før eller efter den pågældende fællesskabsregel, jf. sag C-106/77, Simmenthal, præmis 21.

Sag: C-106/77 **Parter:** Det italienske finansministerium mod S.P.A. Simmenthal, Monza. **Faktum:** S.P.A. Simmenthal, Monza indførte et parti oksekød fra Frankrig, som blev pålagt afgifter ved sundhedskontrollen. Simmenthal mente at sundhedskontrollen og afgifterne udgør en hindring for den frie varebevægelse efter fællesskabsretten og krævede den betalte afgift tilbage. Der blev herefter fremlagt et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen angående, at en national domstol ikke må anvende lovgivning, der strider imod fællesskabsretten. **Resultat:** En national dommer skal sikre fællesskabsrettens fulde virkning og dermed undlade at anvende en modstridende og nyere national bestemmelse.

EU-rettens forrang er et fortolkningsprincip, som første gang blev fastlagt ved EU-Domstolen i 1964, jf. sag C-6/64, Costa mod Enel.

Sag: C-6/64 **Parter:** Flaminio Costa mod Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta (ENEL). **Faktum:** Præjudicielt spørgsmål stillet af fredsdommeren i Milano, da Costa nægtede at betale elregning til statsejet elselskab Enel. Dette grundet, at den italienske regering havde nationaliseret en række elværker, som Costa havde investeret i. **Resultat:** En senere ensidig retsakt kan ikke gå forud for fællesskabsretten.

²⁸ Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., lovbekendtgørelse nr. 1001 af 24/08/2017

²⁹ Bekendtgørelse af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v., lovbekendtgørelse nr. 645 af 08/06/2011

³⁰ Lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, lov nr. 688 af 08/06/2018

³¹ Bekendtgørelse af lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet, lovbekendtgørelse nr. 240 af 17/03/2010

³² Bekendtgørelse af lov om ferie, lovbekendtgørelse nr. 1025 af 04/10/2019

³³ Bekendtgørelse af lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel, lovbekendtgørelse nr. 67 af 25/01/2019

³⁴ Bekendtgørelse af lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel, lovbekendtgørelse nr. 1047 af 28/10/2004

³⁵ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 76-77

I denne dom blev EU-rettens forrang blandt andet begrundet med, at EU-retten er en særlig retsorden, og at medlemsstaterne har afgivet en del af sin suverænitet ved at oprette en union med egne institutioner, retsevne, beføjelse til at optræde på internationalt plan m.v.³⁶, at medlemsstaterne ellers ville kunne undvige de forpligtelser, som EU har fastlagt ved hjælp af senere lovgivning³⁷, samt at forordningens bindende virkning, jf. TEUF art. 288, ville være uden betydning, hvis medlemsstaterne kunne ophæve denne virkning med national lov imod EU-retten.³⁸ EU-rettens forrang er således med til at skabe ensartethed mellem EU's medlemsstater, hvilket ville være uden formål, hvis hver medlemsstat blot kunne anvende egen national lov og underminere EU-retten. EU-rettens forrang reguleres dermed ikke i EU's traktatgrundlag men af retspraksis. Det skal dog slutteligt bemærkes, at TEUF indeholder en erklæring, hvoraf det fremgår, at EU-retten har forrang for medlemsstaternes nationale ret.³⁹

Udover fortolkningsprincippet om EU-rettens forrang, har EU-Domstolen også udviklet fortolkningsprincippet om EU-konform fortolkning. Dette princip betyder, at EU-medlemsstaternes nationale ret skal fortolkes efter EU-retten, jf. sag C-14/83, Von Colson og Kamann, præmis 26, hvilket især har relevans ved direktiver, der ikke er blevet implementeret korrekt eller for sent.

Sag: C-14/83 **Parter:** Sabine Von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen (LNW). **Faktum:** To kvinder har søgt om ansættelse af to stillinger. De fik dog afslag og i stedet blev to mænd ansat. De mener at de fik afslag fordi de er kvinder og vil derfor have sagsøger til at betale erstatning for deres manglende ansættelse. **Resultat:** Direktiv 76/207 forpligter ikke LNW at betale erstatning til de to kvindelige ansøgere. Hvis medlemsstaten pålægger LNW at betale erstatning skal den i hvert fald modsvare det lidte tab.

Såfremt det ikke er muligt at fortolke den nationale regulering EU-konformt, skal den nationale regel tilsidesættes⁴⁰, da EU-retten, som nævnt ovenfor, altid har forrang, jf. sag C-6/64, Costa mod Enel.

³⁶ Sag C-6/64, Costa mod Enel, præmis 7

³⁷ Sag C-6/64, Costa mod Enel, præmis 8

³⁸ Sag C-6/64, Costa mod Enel, præmis 9

³⁹ TEUF, erklæring nr. 17

⁴⁰ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 113

1.7.1.3.2 Primær- og sekundærretten

Indenfor EU-retten findes der, på samme vis som indenfor den danske ret, flere retskilder som inddeles i:⁴¹

- Primærretten
- Bindende sekundærregulering
- Soft law
- Praksis
- Folkeret som EU er part i

Primærretten udgør EU's traktatgrundlag, grundlæggende rettigheder samt almindelige retsprincipper. Herunder hører EU-traktaten, også kaldet TEU⁴², EUF-traktaten, kaldet TEUF, samt Chartret om grundlæggende rettigheder, der alle har traktatgrundlag og indeholder nogle af de grundlæggende rettigheder, som man som EU-medlemsstat kan påberåbe sig.⁴³ Både TEUF samt Chartret vil finde anvendelse i den juridiske analyse, hvor Chartret anvendes til brug for en analyse af retsprincippet om alle menneskers lighed for loven. Hertil finder TEUF ligeledes anvendelse, da denne sikrer, at der ikke sker forskelsbehandling. Derudover vil TEUF finde anvendelse, når der redegøres for arbejdskraftens frie bevægelighed, da nærværende afhandling søger at fastlægge gældende ret for retslig forskelsbehandling i forbindelse med udstationering til Danmark.

Den bindende sekundærregulering indeholder direktiver, forordninger, afgørelser mv.⁴⁴ Direktiver skal implementeres i EU-medlemsstaternes nationale ret⁴⁵, og dermed skal en medlemsstats domstol ved brugen af de nationale retsfor skrifter så vidt muligt fortolke dem efter det pågældende direktivs ordlyd samt formål. Dette skal gøres for at opnå det tilsigtede resultat med direktivet.⁴⁶ Forordninger er almen gyldige og skal derfor ikke implementeres men er direkte bindende i alle enkeltheder.⁴⁷

I nærværende afhandling finder opholdsdirektivet⁴⁸ samt forordningen om arbejdskraftens frie bevægelighed⁴⁹ anvendelse til at understøtte sikringen af arbejdskraftens frie bevægelighed som grundlæggende rettighed.⁵⁰ Derudover nævnes flere direktiver i forbindelse med analysen af dansk ret, da disse direktiver er implementeret i dansk ret og dermed er en del af den regulering, som er med til at sikre, at der ikke sker forskelsbehandling på det danske arbejdsmarked. Dette omhandler direktivet

⁴¹ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 97-98

⁴² Traktaten om Den Europæiske Union

⁴³ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 98 og 100-103

⁴⁴ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 98 og 104

⁴⁵ TEUF art. 288, stk. 3 og Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 105-106

⁴⁶ Kure, 2014, s. 32

⁴⁷ TEUF art. 288, stk. 2 og Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 105

⁴⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004

⁴⁹ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5. april 2011

⁵⁰ TEUF art. 45

om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder⁵¹, beskæftigelsesdirektivet⁵², graviditetsdirektivet⁵³, forældreorlovsdirektivet⁵⁴, udstationeringsdirektivet samt direktivet om etnisk ligebehandling.⁵⁵

1.7.1.3.3 EU-Domme

I den juridiske analyse er retspraksis indenfor EU-retten bragt til anvendelse. Her er relevante EU-Domme blevet anvendt til at belyse de EU-retlige områder, som ikke er reguleret gennem lovgivning, men er fastlagt ved retspraksis. I den juridiske analyse bliver det EU-retlige arbejdstagerbegreb udledt gennem retspraksis, hvor sag C-53/81, Levin, sag C-66/85, Lawrie-Blum, sag C-14/09, Genc, samt sag C-196/87, Steymann, har fundet anvendelse. Disse er alle med til at fastlægge, hvilke kriterier der skal være til stede for, at der er tale om en arbejdstager indenfor EU-retten. Slutteligt har sag C-139/85, Kempf ligeledes fundet anvendelse i forbindelse med definitionen af det EU-retlige arbejdstagerbegreb.

De anvendte EU-Domme i nærværende afhandling er præjudicielle spørgsmål forelagt for EU-Domstolen af en national domstol. EU-Domstolen har efter TEUF art. 267 kompetence til at træffe afgørelse om præjudicielle spørgsmål, der enten omhandler fortolkningen af traktaterne eller omhandler gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af EU's institutioner. Dette er med til at hjælpe de nationale domstole til at forstå og anvende EU-retten på nationalt niveau.

1.7.1.4 Komparativ metode

Til brug for en vurdering af, hvordan den danske retslige forskelsbehandling kan møde udfordringer på EU-regulerede områder, er der inddraget tysk ret. Den tyske forfatning, Grundgesetz, bringes her ved til anvendelse, idet denne eksplicit fastlægger, at alle mennesker er lige for loven. Med afsæt i dette blev der i Tyskland i 1990 afsagt dom i BVerfGE 82, 126 - Kündigungsfristen für Arbeiter. I denne dom gjorde den tyske forfatningsdomstol, Bundesverfassungsgericht, det klart, at der i Tyskland ikke længere kunne foretages en opdeling af arbejdsmarkedsgrupperne, da dette ikke længere kunne sagligt begrundes.⁵⁶

Yderligere inddrages der tysk regulering for at udlede, hvilke rettigheder en tysk arbejdstager har i forbindelse med barsel samt løn under sygdom. Dette gøres til brug for en vurdering af, hvorvidt en tysk udstationeret arbejdstager stilles dårligere i Danmark end pågældende stilles i Tyskland. Der har således været et behov for at kunne sammenligne dansk og tysk ret, og behovet herfor danner således grundlaget for den komparative metode.⁵⁷

⁵¹ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006

⁵² Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000

⁵³ Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992

⁵⁴ Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010

⁵⁵ Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000

⁵⁶ Nielsen, 2019, s. 408

⁵⁷ Lando, 2009, s. 199

Der er ved udarbejdelsen af den komparative analyse i høj grad anvendt en mikrosammenligning, idet der behandles regulering inden for områderne af arbejdsretten og således ikke inden for et større retsområde eller flere retsområder. Hertil bemærkes det dog, at en makrosammenligning danner grundlaget for en mikrosammenligning⁵⁸, hvilket også udtrykker sig ved, at vi har anvendt praksis fra den tyske forfatningsdomstol, og endvidere arbejder analysen også med arbejdsrettens nærmere regulering.

Da der i afhandlingen indledes til, at der kan være retsstridigheder mellem dansk ret og EU-retten, er det således blevet erkendt, at der kan foreligge et problem, hvorfor en funktionel måde at retssammenligne på vil danne grundlag for vort gældende resultat.⁵⁹ Slutteligt er den komparative metode udarbejdet med afsæt i en analytisk tilgangsvinkel, hvilket udtrykker sig ved, at der i analysen er foretaget en sammenligning af et retssystems holdning til et mindre og mere specifikt juridisk område.⁶⁰

1.7.2 Økonomisk metode

1.7.2.1 Statistisk metode med kvantitative data

I første halvdel af den økonomiske analyse anvendes en statistisk metode ved brug af kvantitative data, idet der anvendes empiri på baggrund af standardiserede optællinger og målinger.⁶¹ Empirien er indhentet via Danmarks Statistiks statistikbank lige så vel, som der er indhentet data fra Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT). Ved anvendelsen af denne kvantitative data, opstillet i statistikker, er det muligt at udlede tal og ligeledes illustrere, i hvilken grad migrationen er forekommet fra EU's medlemsstater til Danmark, ligesom det ved brug af denne data er muligt at se isoleret på Tysklands migration til Danmark. For så vidt angår data fra RUT, anvendes dette til at illustrere, i hvilken grad udstationering forekommer, og det er på samme vis muligt at illustrere, hvilke EU-lande der udstationerer flest arbejdstagere til Danmark.

Det er på samme vis muligt at udlede mere præcise argumenter og hypoteser til støtte for de antagelser, der gøres gældende i afhandlingen, når dette gøres med afsæt i kvantitative data.⁶² Hertil bemærkes det, at der ved de to statistikker over migration fra henholdsvis alle EU's medlemsstater og fra Tyskland til Danmark alene, er afgrænset til at se på migrationen i aldersgruppen 30-59 år, idet det antages at være i denne aldersgruppe, at størstedelen af arbejdsstyrken befinder sig. Dette gøres med begrundelsen om, at personer under 30 antages at være studerende, medens personer over 60 år antages at være fratrådt arbejdsmarkedet. Disse antagelser gøres med afsæt i kvantitative data fra en rapport⁶³, der er baseret på data fra bl.a. Danmarks Statistik. I denne rapport angives det dog, at tilbagetrækningsalderen er stigende, men at den for 20 år siden lå omkring 60 år, hvorimod at den i dag

⁵⁸ Lando, 2009, s. 187

⁵⁹ Lando, 2009, s. 200

⁶⁰ Lando, 2009, s. 207

⁶¹ Knudsen, 2009, s. 19

⁶² au.dk, Aarhus Universitet, "Kvantitativ metode"

⁶³ Larsen og Amilon, 2019

ligger nærmere 67 år. Hertil bemærkes det, at folkepensionsalderen i dag er 65,5 år⁶⁴, men at denne dog er steget gennem årene. På baggrund heraf og med begrundelsen om, at vi ser på data over tid, antages den gennemsnitlige tilbagetrækningsalder at være 60 år. Videre antages det, som nævnt, at personer under 30 år hovedsageligt er studerende. Dette gøres med afsæt i kvantitative data fra bl.a. Danmarks Statistiks statistikbank.

Det kan af nedenstående diagram, udvisende gennemsnitsalderen for fuldførte uddannelser opgjort på fuldførelsestidspunktet, udledes, at den gennemsnitlige alder for færdiguddannede var 27,1 år i 2017, ligesom det kan udledes, at gennemsnitsalderen har været faldende i en periode på 7 år, og med afsæt i dette, antages det således, at personer under 30 år er studerende.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Gennemsnit
Erhvervsakademiuddannelser	26,0	25,9	26,0	25,9	25,8	26,0	25,9	26,0	25,9
Professionsbachelor	29,1	28,5	28,3	28,1	28,1	28,0	28,1	28,0	28,3
Akademisk bachelor	25,6	25,5	25,3	25,1	25,1	25,1	25,0	24,9	25,2
Kandidatuddannelser	29,6	29,3	29,0	28,9	28,8	28,8	28,5	28,2	28,9
Alle ovennævnte uddannelser	27,6	27,3	27,2	27,0	27,0	27,0	26,9	26,8	27,1

Figur 1.1 - Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra berlingske.dk, "Om de læser til lærer eller læge: De nyuddannede bliver yngre og yngre" af Jens Ejning, februar 2019, samt med tal og data fra Uddannelses- og Forskningsministeriets beregninger på baggrund af data fra Danmarks Statistik

Slutteligt skal det bemærkes, at det ikke har været muligt at inddele befolkningsgrupperne i mindre end 5-års grupper, når der trækkes data fra Danmarks Statistik. Havde vi imidlertid valgt at lave et aldersskel ved 25 år og antaget, at dette var den gennemsnitlige alder for færdiguddannede, ville vi ende med at have et større antal studerende med i statistikken. Ved at lave et aldersskel på 30 år har vi, efter statistikernes indhold, alene ikke-studerende med. Hertil knyttes det, at dette ligeledes er gjort ud fra en induktiv tilgang, som der behandles nærmere om straks nedenfor.

Det har været et bevidst valg at anvende kvantitative data, idet anvendelsen af eventuelle kvalitative data ville være i høj risiko for at være misvisende ved afhandlingens behandling af problemstillingen. Dette skyldes, at kvalitative data ofte ikke er repræsentative.⁶⁵ Det har således været mere oplagt at lave antagelser ud fra kvantitative data og økonomiske teorier i afhandlingen, som analysen kan bygge på og arbejde ud fra.

1.7.2.2 Videnskabsteori

1.7.2.2.1 Den induktive metode

Der er ved udarbejdelsen af nærværende afhandling anvendt en induktiv tilgang til behandlingen af problemstillingen. Der er i analysen udledt hypoteser, hvor der slutteligt drages konklusioner ud fra

⁶⁴ star.dk, Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering, august 2019, "Folkepensionsalderen nu og fremover"

⁶⁵ videnskab.dk, Thomas Hoffmann, september 2013, "Hvad i alverden kan man bruge kvalitativ forskning til?"

disse.⁶⁶ Et eksempel her på viser sig for de tilfælde, hvor der er udledt generelle mønstre for immigration, som er udledt på baggrund af data, hvorefter der udledes en hypotese om, hvorfor dele af en befolkning har valgt at immigrere, hvilket der i nærværende afhandling antages at være på baggrund af muligheden for beskæftigelse. Til støtte for påstanden herom er der yderligere lagt teori om høj- og lavkonjunkturperioder til grund, ligesom Danmarks tiltrædelse af EU, og derved den frie bevægelighed for arbejdskraften, er inddraget som belæg for, hvorfor migration er sket. På baggrund af disse antagelser er der draget en konklusion. Der er således tale om, at der for nærværende afhandling er foretaget en induktiv slutning, idet der generaliseres ud fra en række observationer^{67 68}.

1.7.2.2.2 Den logiske empirisme (positivisme)

I forlængelse af forrige afsnit vedrørende den induktive metode, der er anvendt i afhandlingen, skal det i relation hertil bemærkes, at induktivismen er blevet præciseret og videreudviklet gennem positivismen.⁶⁹ Der er på samme vis ved anvendelsen af positivismen i nærværende afhandling tale om, at kilden til vor viden stammer fra observationer.⁷⁰ Med en positivistisk tilgangsvinkel er der anvendt økonomiske teorier om bl.a. efficiensløn og diskrimination. Ifølge en positivistisk tankegang er viden skabt til stede for at kunne formulere lovmæssige og gyldige teorier, hvilket bør kunne testes og måles objektivt⁷¹, hvorfor en positivistisk tilgang imidlertid kræver, at der anvendes kvantitative data, hvilket ligeledes er tilfældet i nærværende afhandling. Der er ved brug af de økonomiske teorier draget konklusioner på baggrund af observationer, ligesom konklusionerne er draget på baggrund af videnskab, der er testet i afhandlingen, hvorefter denne anses som sand viden.

Afhandlingen har således et videnskabsteoretisk ståsted inden for rammerne af den *induktive metode*, som er videreført i *positivismen*. Med dette in mente ved læsningen, kan det således være med til at begrunde, hvordan vi er kommet frem til vort resultat i konklusionerne.

1.7.2.3 Anvendte økonomiske teorier

1.7.2.3.1 Diskriminationsteori

Diskriminationsteorien søger at finde årsager til, hvorfor der foretages forskelsbehandling og diskrimination imellem grupper af arbejdstagere, der i realiteten besidder op til flere af de samme kvalifikationer.⁷² Det er nærliggende, at disse teorier følgelig må kræve en vis tilpasning, førend de kan finde anvendelse på afhandlingens problemstilling. Dette skyldes imidlertid, at diskriminationsteori ofte relaterer sig til den forskelsbehandling, der foretages på baggrund af en persons køn, seksuelle orientering, nationale oprindelse m.v.^{73 74}.

⁶⁶ Knudsen, 1994, s. 38

⁶⁷ Knudsen, 1994, s. 41

⁶⁸ Knudsen, 1994, s. 41

⁶⁹ Knudsen, 1994, s. 45

⁷⁰ Knudsen, 1994, s. 46

⁷¹ Knudsen, 1994, s. 47

⁷² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174

⁷³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 163

⁷⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174

For så vidt angår afhandlingens problemstilling skal det i relation hertil bemærkes, at to personer med samme kvalifikationer kan ansøge om samme arbejde. Herefter vil den ene arbejdstager kunne betragtes som funktionær, hvorimod den anden arbejdstager betragtes som arbejder, idet funktionærloven alene finder anvendelse på personer, der er beskæftiget i det pågældende arbejde i gennemsnit mere end 8 timer ugentligt⁷⁵. Slutteligt bemærkes det hertil, at det afgørende for, hvorvidt en arbejdstager betragtes som funktionær, er arbejdets karakter, men der kan i grænsetilfælde tages hensyn til arbejdstagerens uddannelse.⁷⁶ Følgelig, med afsæt i førnævnte, vil der kunne foretages forskelsbehandling mellem arbejdstagere der, ceteris paribus, udfører ligestillede jobfunktioner.

Når der anvendes diskriminationsteori, og denne anvendes til at belyse forskellene mellem arbejdstagergrupperne, gøres det ofte ud fra en betragtning om forskellene i den løn, der udbetales til de forskellige arbejdstagere. For så vidt angår anvendelsen af diskriminationsteori i nærværende afhandling, gøres dette med afsæt i de lønfordele, der tildeles en funktionær, hvorfor der herved henvises til det faktum, at en funktionær bl.a. har ret til løn i forbindelse med sygdom, bedre barselsvilkår samt et forlænget opsigelsesvarsel. Ses disse forhold samlet, vil der over et arbejdsliv udbetales flere lønkroner til en funktionær, end der udbetales til en, der ikke betragtes som funktionær, og derved er arbejder. Det er ligeledes en fællesnævner for anvendelsen af diskriminationsteori inden for arbejdsmarkedsøkonomi, at de økonomiske agenter, som for afhandlingens vedkommende er lovgiveren og til dels arbejdsgiveren, er villig til at betale ekstra for at undgå kontakt med en bestemt gruppe af arbejdstagere.⁷⁷ Økonomen Gary Becker (1964) udviklede begrebet ”*A taste for discrimination*”, hvilket oversat til dansk forstås som ”*Præferencer for diskrimination*”. Dette leder således videre til, sammen med det ovenfor nævnte, at der må være en betalingsvillighed på markedet for at undgå kontakt med en bestemt del af arbejdsstyrken.⁷⁸

1.7.2.3.1.1 Kenneth Arrows diskriminationsteori

Kenneth Arrow anses som værende foregangsmand for teorier om diskrimination, og diskriminationsteorien bygger ofte på Kenneth Arrows (1971) definition herom. Hans definition blev således præsenteret for første gang i 1971, hvor han definerer diskrimination på arbejdsmarkedet som følger:⁷⁹

*”En vurdering på arbejdsmarkedet af en lønmodtagers personlige karakteristika, som ikke er relateret til produktivitet.”*⁸⁰

I tilknytning til Arrows definition af diskrimination bemærkes det, at han refererer til den forskelsbehandling, der foretages mellem sorte og hvide arbejdere⁸¹, og denne er følgelig ikke relevant for af-

⁷⁵ Jf. funktionærlovens § 1, stk. 2

⁷⁶ Karnovs note 1 til funktionærlovens § 1, stk. 1

⁷⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 175

⁷⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 175

⁷⁹ Arrow, 1971

⁸⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174

⁸¹ Arrow, 1971, s. 3 og 6

handlingens problemstilling. Der er imidlertid foretaget tilpasninger ved anvendelsen af Arrows diskriminationsteori, hvorefter hans teorier ligeledes kan gøres til genstandsfelt for afhandlingens analyse. Der foretages simple justeringer på en sådan vis, hvor henholdsvis sorte og hvide arbejdstagere skiftes ud med henholdsvis arbejdere og funktionærer, idet arbejdsmarkedet kan deles op i disse grupper, hvorefter Arrows diskriminationsteori kan anvendes på afhandlingens problemstilling. Det skal slutteligt bemærkes, at det med afsæt i Arrows diskriminationsteori antages, at markedet består af et stort antal firmaer med samme gode og samme produktionsfunktion.

1.7.2.3.1.2 Arbejdsgiverdiskrimination

Ved anvendelsen af teorien om arbejdsgiverdiskrimination vil der ligeledes foretages justeringer i teorien, hvorefter denne også kan gøres til genstandsfelt for afhandlingens analyse. Tilpasningen af teorien gøres på samme vis, som det blev gjort ved anvendelsen af Kenneth Arrows diskriminationsteori, hvorved henholdsvis sorte og hvide arbejdstagere er skiftet ud med henholdsvis arbejdere og funktionærer.

Når teorien om arbejdsgiverdiskrimination bringes til anvendelse på afhandlingens problemstilling, gøres dette ud fra en betragtning om, at der er fuldkommen konkurrence på markedet. Ved fuldkommen konkurrence forstås det scenarie, hvor aktørerne påregner at kunne omsætte goder til markedets sædvanlige pris, uden prisen påvirkes af, hvilken mængde der er tilgængelig. Ligeledes regnes spild og fejlproduktion på et marked med fuldkommen konkurrence at kunne undgås.⁸² Det antages slutteligt, at lovgiver har en præference for at få funktionærerne hurtigere i arbejde, og at dette bl.a. gøres ved at lade funktionærerne omfavnes af en særbeskyttelse i form af funktionærloven.

1.7.2.3.2 Efficiency wage

Som et modsvar til den neoklassiske teori for så vidt angår arbejdsmarkedet, findes der en mere institutionel arbejdsmarkedsteori i form af efficiency wage. Teorien om efficiensløn belyser, hvordan arbejdsmarkedets funktionsmåde bl.a. påvirker de beskæftigelsesmuligheder, der er for arbejdsstyrken på det danske arbejdsmarked.⁸³

Hvad angår den neoklassiske teori antages det indenfor rammerne herom, at arbejdskraften er homogen, hvorimod der ved anvendelsen af efficiency wage tales om en arbejdskraft, der er heterogen.⁸⁴ Det kan i denne forbindelse gøres gældende, at teorien om efficiensløn forsøger at færdiggøre sig på et marked, hvor ikke alle jobs er ens, ligesom arbejdskraften følgelig heller ikke er homogen. På baggrund heraf er arbejdskraftens kvalifikationer og kompetencer også forskellige fra arbejdstager til arbejdstager.⁸⁵ Det må ligeledes også antages, at teorien om efficiensløn er særlig relevant for afhandlingens problemstilling for så vidt angår den forskelsbehandling, der foretages i regi af funktionærloven, da lovgiver har været vidende om, at arbejdskraften er heterogen, og jobsene er forskellige.

⁸² Knudsen, 1997, s. 56

⁸³ Ploug, 1990, kap. 3, s. 13

⁸⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 201

⁸⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 163

For så vidt angår de transaktionsomkostninger, der behandles i afhandlingens økonomiske analyse i forbindelse med efficiency wage, skal det bemærkes, at behandlingen af disse i høj grad skal ses i et ex-post perspektiv.⁸⁶ Dette skyldes bl.a., at der behandles omkostninger, der er forbundet med eventuelle afskedigelser, hvorefter arbejdstageren må lide et tab, ligesom det samme gør sig gældende for staten og lovgiveren i form af bl.a. manglende skatteindtægter. Slutteligt opstiller teorien om efficiensløn en hypotese om, at intensiteten af arbejdet er en funktion af reallønnen. På baggrund heraf antages det videre, at et fald i reallønnen i sidste ende vil kunne medføre en stigning i de samlede lønomkostninger for én efficient arbejdsenhed.⁸⁷

1.7.3 Integreret metode

Der er ved udarbejdelsen af afhandlingens integrerede analyse anvendt en erhvervsjuridisk metode, hvilken søger at klarlægge retsstridigheder i samspil med økonomiske overvejelser. Dette gøres ud fra en retspolitisk tilgangsvinkel, hvormed det udledes, hvordan retten bør være, de lege ferenda, hvilket modsvarer afhandlingens juridiske analyse, hvor gældende ret udledes, de lege lata. Afhandlingens integrerede analyse klarlægger derved uoverensstemmelser mellem loven og dennes anvendelse i praksis med tilhørende løsningsforslag, hvorfor der anvendes en problemorienteret metode.⁸⁸

Den integrerede analyse antager, at de problemer, der er inden for rettens rammer, har en “ejer”, hvilket imidlertid ikke gør sig gældende ved den juridiske metode. Herefter søges det at finde måder, hvorpå disse problemer kan løses til brug for opnåelsen af et ideelt udfald og senere resultat.

I afhandlingens integrerede analyse vil den erhvervsjuridiske metode søge at udlede formålet med udstationeringsdirektivet, og hvorvidt dette er opnået i dansk ret ved implementeringen af udstationeringsloven. Hertil vil det blive undersøgt, hvorvidt den danske model og dennes måde at regulere arbejdsmarkedet på, er forenelig med udstationeringsdirektivet og dets formål. Endvidere vil det klarlægges om direktivets formål er opnået i dansk ret. Såfremt formålet med udstationeringsdirektivet ikke ses opnået, og med afsæt i afhandlingens juridiske og økonomiske analysers konklusioner, vil løsningsforslag blive udarbejdet. Disse løsningsforslag vil bygge på en juridisk og økonomisk vurdering og vil søge det ideelle resultat, som det følger af den erhvervsjuridiske metode.

⁸⁶ Knudsen, 1997, s. 224

⁸⁷ Schmidt-Sørensen, 1990, s. 40

⁸⁸ Østergaard, 2003, s. 281

1.8 Struktur

Nærværende afhandling er inddelt i seks kapitler, hvilke til sammen søger at bidrage til besvarelsen af afhandlingens problemstilling.

Kapitel 1 danner indledningsvist rammerne for indholdet af afhandlingen. I kapitel 1 kan læseren finde afhandlingens indledning og problemfelt. Videre findes afhandlingens metode og teori også i dette kapitel. Der bliver i disse afsnit redegjort for de teorier og metoder, der er med til at danne grundlaget for afhandlingen. Med afsæt i de angivne teorier og metoder vil det for læseren være med til at give en forståelse for, hvordan vi er kommet frem til indholdet af de tre analyser.

Kapitel 2 udgør afhandlingens juridiske analyse, hvorefter kapitlet besvarer den juridiske problemstilling, der blev opstillet i kapitel 1. Kapitlet søger at finde frem til, hvorvidt indholdet af udstationeringsloven og dennes henvisning til funktionærloven i visse tilfælde kan være i uoverensstemmelse med EU-retten. Kapitlet søger endvidere at udlede indholdet af et generelt arbejdstagerbegreb, ligesom generelle retsprincipper og indholdet af udstationeringsdirektivet og –loven analyseres. Til brug herfor anvendes såvel national ret såvel som EU-ret.

Kapitel 3 udgør afhandlingens økonomiske analyse, hvorefter kapitlet søger at besvare den økonomiske problemstilling. Indledningsvist starter kapitlet ud med en sociologisk historie. Dette omhandler migration, arbejdskraftens frie bevægelighed og udstationering. Kapitlet søger endvidere at analysere, om det ud fra et økonomisk perspektiv kan være rationelt og sagligt begrundet at foretage forskelsbehandling. Herved vil diskriminationsteori samt baggrunden for anvendelsen af efficiensløn i regi af funktionærloven blive analyseret.

Kapitel 4 udgør afhandlings integrerede analyse, som ligeledes søger at besvare dennes problemstilling. Analysen tager afsæt i de forrige analysers konklusioner, hvorefter formålet med udstationeringsdirektivet undersøges og analyseres. Det er endvidere formålet med kapitlet at give læseren en forståelse for, hvorvidt den danske model er åben for social dumping, og hvilke fordele og ulemper der kan være ved en politisk fastsat mindsteløn. Slutteligt fremkommer kapitlet endvidere med løsningsorienterede forslag til lovændringer.

Kapitel 5 udgør en sammenfattende konklusion samt en perspektivering. Læseren kan således i dette kapitel finde en endelig konklusion, der sammenfatter de tre forrige analysers delkonklusioner og herved svarer på afhandlingens problemformulering. I samme kapitel findes slutteligt afhandlingens perspektivering. Denne søger at give læseren et indblik i, hvilke paralleller der kan drages ud fra afhandlingens analyser samt, hvilke felter afhandlingen giver anledning til at undersøge nærmere.

Kapitel 6 udgør afhandlingens appendix, hvor det er muligt at finde afhandlingens litteraturliste.

Kapitel 2 - Juridiske analyse

2.1 Indledning

Inden for dansk ansættelsesret er lovgivningen i høj grad kasuistisk med flere forskellige love for hvert område af arbejdsretten. Dette har bl.a. resulteret i et arbejdstagerbegreb, der ikke er entydigt defineret.⁸⁹ Hvorvidt det er muligt at udlede et generelt arbejdstagerbegreb, vil søges klarlagt i nærværende kapitel.

På det danske arbejdsmarked foretages der retslig forskelsbehandling, hvorefter arbejdsstyrken inddeles i arbejdere og funktionærer. Dette var, indtil 1990, ligeledes tilfældet i Tyskland. Ved dom⁹⁰ i 1990 traf den tyske forfatningsdomstol imidlertid afgørelse om, at det ikke længere kunne sagligt begrundes at opdele arbejdstagergrupperne i henholdsvis arbejdere (Arbeiter) og funktionærer (Angestellte) og videre foretage retslig forskelsbehandling mellem disse. Begrundelsen herfor var, at denne forskelsbehandling var uforenelig med tysk forfatnings princip om alle menneskers lighed for loven. For så vidt angår EU-regulerede områder, vil forskelsbehandlingen af arbejdstagergrupperne i Danmark kunne møde udfordringer. Når en tysk arbejdstager udstationeres til Danmark, reguleres forholdene af udstationeringsloven. Udstationeringslovens § 5, nr. 4 henviser til funktionærloven og bestemmer, at funktionærlovens § 7 til enhver tid skal overholdes af den udstationerende virksomhed, såfremt den udstationerede arbejdstager opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1.

EU's Charter om grundlæggende rettigheder bestemmer i art. 20, at alle mennesker er lige for loven. Det samme fastlægger den tyske forfatning, Grundgesetz, i art. 3, stk. 1. Det er nærliggende at formode at den tyske forfatningsdomstols fortolkning af Grundgesetz art. 3, stk. 1 vil inspirere EU-Domstolens fortolkning af Chartrets art. 20, når EU-Domstolen behandler tvister inden for områderne af afhandlingens problemfelt. Hertil bemærkes det, at Tyskland havde visse forbehold og krav til EU, førend de ville acceptere EU-rettens forrang. Disse forbehold, og disses betydning, vil endvidere søges klarlagt i nærværende kapitel.⁹¹

Hvordan en tysk arbejdstager, der udstationeres til Danmark, kan blive udsat for retslig forskelsbehandling på baggrund af sontringen mellem arbejdere og funktionærer i Danmark, og hvorvidt dette må anses som uforenelig med EU-retsprincippet om alle menneskers lighed for loven, vil søges klarlagt i nærværende kapitel. Ligeledes vil det blive udledt, hvorvidt en udstationeret tysk arbejdstager, der ikke betragtes som funktionær i Danmark, vil kunne gøre krav på de samme lønfordele som en funktionær, for så vidt angår indholdet af funktionærlovens § 7.

⁸⁹ Nielsen, 2019, s. 407

⁹⁰ BVerfGE 82, 126 – Kündigungsfristen für Arbeiter

⁹¹ Nielsen, 2019, s. 209

2.2 EU og Arbejdskraftens frie bevægelighed

2.2.1 Arbejdskraftens frie bevægelighed

EU-borgerskabet sikrer, at alle unionsborgere kan bevæge sig frit mellem EU's medlemsstater og tage ophold på deres område.⁹² Dette betyder samtidig, at unionsborgere frit kan bevæge sig imellem medlemsstaterne som arbejdstager, da arbejdskraftens frie bevægelighed også sikres gennem EU, jf. TEUF art. 45.

Den vandrende arbejdskraft sikres endvidere gennem forordningen om arbejdskraftens frie bevægelighed. Ifølge forordningens art. 7 må en EU-statsborger, der er arbejdstager, ikke behandles anderledes end de indenlandske arbejdstagere, hvad angår løn, afskedigelse, genansættelse samt øvrige arbejds- og beskæftigelsesvilkår. Samtidig sikrer forordningen, at en udenlandsk arbejdstager, som er EU-statsborger, får samme sociale fordele som de indenlandske arbejdstagere, jf. art. 7, stk. 2. Sociale fordele er dog et bredt begreb, idet dette både omfatter arbejdsmæssige forhold og forhold uden tilknytning til ansættelsen, ligesom dette ligeledes omfatter offentlige såvel som private ydelser.⁹³ Forordningen om arbejdskraftens frie bevægelighed sikrer dermed, at der ikke sker diskrimination på grund af nationalitet, ligesom dette også følger af TEUF art. 18, jf. nærmere herom i afsnit 2.5.2.

2.2.2 Opholdsdirektivet

Arbejdskraftens frie bevægelighed reguleres som angivet i henholdsvis TEUF og forordningen om arbejdskraftens frie bevægelighed, mens opholdsdirektivet regulerer retten til udøvelse af den frie bevægelighed samt ophold i EU's medlemsstater for alle unionsborgere.

Det følger af direktivets art. 6, at enhver unionsborger har ret til ophold på en anden medlemsstats område i op til tre måneder, uden nogen betingelser skal være opfyldt. Endvidere følger det af direktivet, at en unionsborger har ret til ophold i mere end tre måneder på en anden medlemsstats område, såfremt pågældende er arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten.⁹⁴ Det følger endvidere af dette direktiv, at der ikke må ske forskelsbehandling mellem unionsborgere, jf. art. 24.

Der er herved indledt til, at arbejdstagere kan bevæge sig frit mellem EU's medlemsstater, hvorfor det vil søges klarlagt, hvad begrebet ”*arbejdstager*” dækker over, jf. straks nedenfor.

⁹² Jf. TEUF art. 20, stk. 2, litra a

⁹³ Nielsen, 2019, s. 275

⁹⁴ Opholdsdirektivet art. 7, stk. 1, litra a

2.3 Arbejdstagerbegrebet

2.3.1 Arbejdstagerbegrebet inden for EU

Arbejdstagerbegrebet er en grundlæggende del af EU-retten på samme måde, som arbejdskraftens frie bevægelighed er det, jf. TEUF art. 45, hvilket blev fastlagt i sag C-53/81, Levin, præmis 9 og 11.

Sag: C-53/81 **Parter:** D. M. Levin, Amsterdam mod Statssekretæren, Justitsministeriet. **Faktum:** D. M. Levin der er engelsk statsborger og gift med statsborger fra et tredjeland, søgte om opholdstilladelse i Nederlandene. Ansøgningen blev afvist, da hun ikke havde været i beskæftigelse i en periode, og det derfor ville være i strid med almenvellet at give hende opholdstilladelse, da hun ikke kunne anses som begunstiget EØF-borger. Levin indgav begæring om ændring af afgørelsen, da hun havde fået beskæftigelse, da der faldt afgørelse i sagen, og hun derfor mente at hun var begunstiget EØF-borger. Da der ikke blev foretaget yderligere indenfor tidsfristen, indbragte Levin sagen for Raad van State. Raad van State anmodet EU-Domstolen om afgørelse omkring fortolkning af fællesskabsretten. **Resultat:** Arbejdskraftens frie bevægelighed omfatter alle statsborgere fra en medlemsstat, der udøver en lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat, også selvom den pågældende medlemsstat ikke anser lønnen for tilstrækkelig eller som supplerer lønnen med andre indtægter, så længe beskæftigelsen er faktisk og reel. Baggrunden for at arbejde i en anden medlemsstat er uden betydning for retten til indrejse og ophold så længe pågældende udøver eller ønsker at udøve en faktisk og reel beskæftigelse.

Samtidig bliver arbejdstagerbegrebet indenfor EU defineret på flere måder og skal derfor tolkes bredt, jf. sag C-139/85, Kempf, præmis 13 og 16 og sag C-53/81, Levin, præmis 9.

Sag: C-139/85 **Parter:** R. H. Kempf mod Staatssecretaris van Justitie **Faktum:** Underviser der arbejdede 12 timer om ugen, men ikke var tilfreds med til sin forsørgelse. Han krævede derfor og modtog offentlige ydelser som supplement til indtægten som underviser. Underviseren søgte om opholdsbevis med henblik på at arbejde som lønmodtager. Retten i Holland forelagde EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål om reglerne for EU-retten fri bevægelighed ikke ville finde anvendelse, da underviseren modtog offentlige ydelser og dermed ikke kunne forsørge sig med sin arbejdsindtægt. **Resultat:** Arbejdskraftens frie bevægelighed er et fundamentalt princip og arbejdstagerbegrebet skal fortolkes bredt.

Begrebet skal, udover at tolkes bredt, defineres ud fra den givne situation og efter hvilken lov, direktiv eller forordning, der finder anvendelse i det pågældende tilfælde. I de retsakter, der definerer arbejdstagerbegrebet, antages det for at være et EU-retligt begreb.⁹⁵ Dette er relevant at antage, da det ikke er alle retsakter, der definerer begrebet, og her er det derfor udgangspunktet, at det er det nationalretlige begreb, der vil finde anvendelse.⁹⁶

I sag C-53/81, Levin, præmis 9 og 18 og sag C-66/85, Lawrie-Blum, præmis 14 og 17 blev begrebet defineret ved, at tre betingelser skal være opfyldt for, at der er tale om en arbejdstager. De tre betingelser, der skal være opfyldt, er følgende:

- 1) Arbejdstageren skal yde arbejde for en anden,
- 2) arbejdstageren skal være undergivet denne andens instruktionsbeføjelser og
- 3) arbejdsydelsen skal ske mod vederlag.

⁹⁵ Nielsen, 2016, s. 490-491

⁹⁶ Nielsen, 2016, s. 491

Sag: C-66/85 **Parter:** Deborah Lawrie-Blum, Freiburg/Breisgau mod Land Baden-Württemberg. **Faktum:** Lawrie-Blum var britisk statsborger og blev nægtet adgang til kursus i Tyskland, som ville give adgang til ansættelse som lærer i gymnasiet. For at blive optaget på kurset skal man være tysk statsborger efter loven, men der kan gøres undtagelser af tjenestelige grunde. Lawrie-Blum blev nægtet adgang til kurset grundet hun ikke var tysk statsborger. Dette valgte Lawrie-Blum at indgive revisionsanke, da hun mente det var imod arbejdskraftens frie bevægelighed. **Resultat:** Arbejdstagebegrebet skal tolkes bredt og kurset kan ikke betragtes som en ansættelse i den offentlige administration som de øvrige medlemsstaters statsborgere kan nægtes adgang til.

At yde arbejde for en anden og samtidig være under dennes instruktionsbeføjelser kan også defineres som en *lønmodtager*. En direktør i et selskab vil dermed ikke være at definere som arbejdstager, da der her ikke er et underordningsforhold. Arbejdstageren skal, som noteret ovenfor, foretage arbejdsydelsen mod vederlag. Vederlag kan både blive udbetalt som reel løn, men kan også ske i form af naturalier, jf. sag C-196/87, Steymann præmis 12 og 14.

Sag: C-196/87 **Parter:** Udo Steymann, Amsterdam mod Staatssecretaris van Justitie. **Faktum:** Tysk blikkenslager, Steymann, bosat i Nederlandene arbejdede for en sekt, som han selv var medlem af. Han fik ikke løn men blev i stedet betalt ved at få dækket materielle fornødenheder herunder lomme-penge. Steymann søgte om opholdstilladelse for at kunne udføre lønnet arbejde, men dette blev ham nægtet. Han søgte om omgørelse, hvilket blev afslået, da man ikke mente han var privilegeret EØF-statsborger, da han ikke udførte arbejde som lønmodtager. **Resultat:** EU-Domstolen fandt, at betingelse om at arbejdsydelsen skal ske mod vederlag, for at der er tale om en arbejdstager, var opfyldt.

I blandt andet Levin-sagen blev endnu en betingelse fastlagt for, at der er tale om en arbejdstager. Det blev her fastlagt, at den pågældende skal udøve en faktisk og reel beskæftigelse, hvorved der skal ses bort fra en beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement.⁹⁷ Det er dog ikke en betingelse, at der er tale om en fuldtidsbeskæftigelse⁹⁸, og ovenstående betingelse lader ikke til at vægte lige så højt som de ovenfor nævnte tre betingelser i definitionen af arbejdstagebegrebet, jf. sag C-14/09, Genc, præmis 20 og 25.

Sag: C-14/09 **Parter:** Hava Genc mod Land Berlin. **Faktum:** Hava Genc var tyrkisk statsborger, der havde taget ophold i Tyskland for at foretage familiesammenføring med sin ægtefælle. Efter at disse gik fra hinanden fik Genc begrænset opholdstilladelse. Genc tog arbejde i Tyskland men fik alligevel afslag på forlængelse af opholdstilladelsen efter at have arbejdet i to år. **Resultat:** En tyrkisk statsborger kan påberåbe sig fri bevægelighed, så længe betingelserne for det er opfyldt efter aftalen mellem EØF og Tyrkiet også selvom, det oprindelige formål ikke længere findes.

Det kan dermed udledes, at arbejdstagebegrebet indenfor EU-retten har en bred fortolkning og dermed heller ikke én definition, men specielt tre betingelser går igen ved definitionen af begrebet, jf. ovenfor.

⁹⁷ Sag C-53/81, Levin, præmis 17

⁹⁸ Sag C-53/81, Levin, præmis 15 og 16 og sag C-139/85, Kempf, præmis 10

2.3.2 Arbejdstagerbegrebet i Danmark

I dansk ret findes der ikke en entydig definition af en arbejdstager. Der findes derimod flere, hvor særlige love definerer arbejdstagerbegrebet forskelligt.⁹⁹ Der vil i de love, hvor en arbejdstager er relevant, ofte ske en definition af begrebet i loven, og der skal derfor foretages en konkret vurdering ud fra den regulering, der finder anvendelse på arbejdstagerforholdet.¹⁰⁰ Det ses dog ofte, at det er begrebet *lønmodtager*, som bliver brugt i stedet for *arbejdstager*, men dette begreb er heller ikke entydigt defineret i dansk ret.¹⁰¹

Der er imidlertid sket en mere eller mindre general definition af lønmodtagerbegrebet i ansættelsesbevisloven.¹⁰² Her defineres en lønmodtager som en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold.¹⁰³ Herudover skal lønmodtageren være ansat i over en måned og have en arbejdstid på gennemsnitligt 8 timer om ugen.¹⁰⁴ Det skal dog bemærkes, at kravet om en måneds ansættelse samt den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid på 8 timer ikke er en del af definitionen, men blot er betingelser, der skal opfyldes, førend loven finder anvendelse.

Ansættelsesbevisloven definerer dermed en *lønmodtager*, der er det samme som en *arbejdstager*, som en person der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold, og tilsvarende definition fremgår af ferieloven.¹⁰⁵ Her bliver det også præciseret, at personer med afgørende indflydelse i virksomheden, som f.eks. direktører, ikke falder under lønmodtagerbegrebet, jf. ferielovens § 1, stk. 3.

Som nævnt ovenfor findes der flere definitioner af arbejdstagerbegrebet inden for dansk ret. Nedenfor vil definitionen af begrebet fra udvalgt regulering, der finder anvendelse i nærværende afhandling, blive gennemgået.

2.3.2.1 Udstationeringsloven

I udstationeringsloven forekommer der ikke en definition af en arbejdstager på samme måde, som der gør i ansættelsesbevisloven. Udstationeringsloven definerer blot, at en lønmodtager, der udstationeres til Danmark, defineres som en lønmodtager, der som sædvanligvis udfører sit arbejde i et andet land end Danmark, og som midlertidigt udfører arbejde i Danmark, jf. udstationeringslovens § 3. Det er dermed den næsten generelle definition af lønmodtagerbegrebet, der finder anvendelse i denne lov, og det må derfor antages, at en lønmodtager bliver defineret på samme måde som i ansættelsesbevisloven¹⁰⁶ og ferieloven.¹⁰⁷

⁹⁹ Nielsen, 2019, s. 407

¹⁰⁰ Nielsen, 2016, s. 487

¹⁰¹ Karnovs note 2 til ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2

¹⁰² Nielsen, 2019, s. 407 og Nielsen, 2016, s. 488

¹⁰³ Jf. ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2

¹⁰⁴ Jf. ansættelsesbevislovens § 1, stk. 1

¹⁰⁵ Jf. ferielovens § 1, stk. 2

¹⁰⁶ Jf. § 1, stk. 2 og Karnovs note 2 til ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2

¹⁰⁷ Jf. § 1, stk. 2

2.3.2.2 Barselsloven

Barselsloven definerer ligesom udstationeringsloven heller ikke en arbejdstager. I følge barselslovens § 2 har alle forældre ret til at modtage barselsdagpenge, og disse vil blive ydet til lønmodtagere og selvstændigt erhvervsdrivende, jf. stk. 2. Det er dermed lønmodtagerbegrebet, der ligesom i udstationeringsloven finder anvendelse. Der må derfor også i denne lov søges en definition af en lønmodtager i anden lov så som ansættelsesbevisloven.¹⁰⁸

2.3.2.3 Sygedagpengeloven

Efter sygedagpengeloven skal man være i beskæftigelse for at kunne modtage dagpenge på grund af sygdom, tilskadekomst, barsel eller adoption. Af kapitel 2 fremgår det, at der er tale om lønmodtagere.¹⁰⁹ Dermed bliver arbejdstagerbegrebet heller ikke i sygedagpengeloven defineret, og i stedet bruges begrebet *lønmodtager*. Definitionen i henholdsvis ansættelsesbevisloven¹¹⁰ og ferieloven¹¹¹ af lønmodtagerbegrebet må derfor antages at finde anvendelse i sygedagpengeloven.

2.3.2.4 Funktionærloven

I funktionærloven sker der ikke en general definition af arbejdstagerbegrebet, men der er i stedet tale om en speciallov, der definerer en arbejdstager i form af en funktionær. En funktionær defineres ud fra arbejdets art, som omfatter nedenstående, jf. funktionærlovens § 1:

- a) *"Handels- og kontormedhjælpere, beskæftiget ved køb eller salg, ved kontorarbejde eller dermed ligestillet lagerekspedition.*
- b) *Personer, hvis arbejde består i teknisk eller klinisk bistandsydelse af ikke-håndværks- eller -fabriksmæssig art, og andre medhjælpere, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed.*
- c) *Personer, hvis arbejde udelukkende eller i det væsentlige består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde.*
- d) *Personer, hvis arbejde overvejende er af den under a) og b) angivne art."*

Det skal kort nævnes, at i nogle tilfælde er arbejdets art ikke nok til at definere en funktionær, og derfor skal der også tages hensyn til uddannelsen.¹¹²

Derudover skal følgende betingelser være opfyldt for, at der er tale om en funktionær:

- Der skal være tale om et tjenesteforhold,
- 8-timersreglen skal være opfyldt og
- funktionæren skal tiltræde stillingen for at være omfattet af funktionærloven¹¹³.

¹⁰⁸ Jf. § 1, stk. 2 og Karnovs note 2 til ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2

¹⁰⁹ Jf. §§ 3 og 4

¹¹⁰ Jf. § 1, stk. 2 og Karnovs note 2 til ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2

¹¹¹ Jf. § 1, stk. 2

¹¹² Karnovs note 1 til funktionærlovens § 1, stk. 1

¹¹³ Pedersen, 2015, s. 273-274

Aflønningsmetoden er ikke en del af definitionen, hvilket betyder, at time- og provisionslønnede også falder under funktionærloven.¹¹⁴ Nævnte betingelser vil nu kort blive gennemgået for at klargøre, hvad de omfatter.

2.3.2.4.1 Tjenesteforhold

En betingelse, som skal være opfyldt for, at der er tale om en funktionær, er, at vedkommende skal være ansat i en tjenestestilling, også kaldet tjenesteforhold, således at vedkommende er undergivet arbejdsgiverens instruktioner.¹¹⁵ Dette betyder, at der skal være tale om et over-/underordningsforhold. Grundet funktionærens uddannelse og erfaring kan det være unødvendigt med egentlige instrukser fra arbejdsgiveren, og det er derfor ikke et krav, at arbejdsgiveren benytter sig af muligheden for at give instrukser.¹¹⁶

For de tilfælde hvor der måtte opstå tvivl om, hvorvidt der er tale om et tjenesteforhold, kan følgende oplysninger finde anvendelse i vurderingen:

- Om arbejdsgiveren har ret til at kontrollere arbejdet,
- om den ansatte har lov til at arbejde for andre arbejdsgivere,
- om den ansatte er i stand til selv at tilrettelægge arbejdet,
- om den ansatte kan sætte andre i sit sted, og
- om den ansatte til dagligt er forpligtet til at møde på arbejdspladsen.¹¹⁷

Betingelsen om ansættelse i tjenesteforhold udelukker direktører, selvstændige tredjemænd samt under nogle omstændigheder konsulenter, da disse ikke vil være ansat i en tjenestestilling¹¹⁸, da de blandt andet frit kan tilrettelægge og disponere over sit arbejde.¹¹⁹ Dog kan nogle af funktionærforholdene påberåbes af disse arbejdstagere, idet der er tale om et grænseområde.¹²⁰ Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor der er tale om en direktør, der dog ikke har mulighed for at disponere over virksomheden, som en direktør normalt kan, og der vil i dette tilfælde således være tale om en funktionær^{121 122}.

¹¹⁴ Karnovs note 1 til funktionærlovens § 1, stk. 1

¹¹⁵ Jf. funktionærlovens § 1, stk. 2, 2. del

¹¹⁶ Pedersen, 2015, s. 274

¹¹⁷ Pedersen, 2015, s. 274

¹¹⁸ Offendahl og Bugsgang, 2009, s. 98 og Pedersen, 2015, s. 276

¹¹⁹ Karnovs note 9 til funktionærlovens § 1, stk. 2

¹²⁰ Karnovs note 1 til funktionærlovens § 1, stk. 1

¹²¹ Faglig Voldgiftskendelse af 12. juli 2006, hvor det blev fastlagt, at en anmeldt og registreret økonomidirektør i et busselskab var funktionær, da han ikke kunne disponere på selskabets vegne, som en direktør normalt kan

¹²² Pedersen, 2015, s. 275

2.3.2.4.2 Ottetimersreglen

For at der er tale om en funktionær, og funktionærloven finder anvendelse, er det en betingelse, at den beskæftigede er ansat og arbejder gennemsnitligt mere end 8 timer om ugen.¹²³ Da der er tale om en gennemsnitlig ugentlig beskæftigelse, er det ikke et krav, at der er tale om en fast ugentlig beskæftigelse. Men det antages, at der ved svingende beskæftigelse blandt andet må lægges vægt på, at der arbejdes hver uge, at forholdet har en passende varighed samt at beskæftigelsen har en vis stabil, ikke-tilfældig karakter.¹²⁴

8-timersreglen blev ændret fra 15 timer, da 8 timer var mere tidssvarende, samt at 15 timer var i risiko for at være i strid med EF-traktatens artikel 141¹²⁵ og Rådets direktiv 97/81, hvorefter timegrænser skal være objektivt begrundede.¹²⁶ Ændringen fra 15 til 8 timer har samtidig givet overensstemmelse med 8-timersreglen i ansættelsesbevisloven som nævnt i afsnit 2.3.2.

Det kan ud fra de ovenstående afsnit udledes, at der heller ikke indenfor det danske retssystem findes én definition af arbejdstagerbegrebet. Det generelle begreb, jf. ansættelsesbevisloven, har sammenfaldne betingelser med EU-rettens arbejdstagerbegreb i form af, at en arbejdstager skal yde arbejde for en anden, det vil sige være i en tjenestestilling, og modtage vederlag for det udførte arbejde.¹²⁷ Ofte er det også begrebet i ansættelsesbevisloven, der henvises tilbage til i dansk ret. Dette grundet at arbejdstagerbegrebet i en del andre danske love, bliver defineret som en lønmodtager, og denne definition bliver fastlagt i ansættelsesbevisloven samt ferieloven, der bruger samme definition. Sammenlignes ovenstående loves definitioner, er det også lønmodtagerbegrebet, der går igen. Det kan endvidere udledes, at der ikke er stor forskel i definitionen af en arbejdstager i ansættelsesbevisloven og funktionærloven, da begge kræver, at der er tale om ansættelse i en tjenestestilling, ligesom der er sammenfald mellem de to love omkring arbejdstiden, som skal være på gennemsnitligt mere end 8 timer. Det er dermed hovedsageligt arbejdets art, der adskiller en arbejder fra en funktionær, når vi sammenholder det generelle lønmodtagerbegreb i ansættelsesbevisloven med begrebet i funktionærloven.

2.3.2.5 Funktionær kontra arbejder

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2.3.2.4 er det hovedsageligt arbejdets art, der adskiller en funktionær fra en arbejder, når det kommer til definitionen af en arbejdstager. Dog bliver en funktionær tildelt nogle særlige forhold, hvilke som udgangspunkt ikke gælder for en arbejder, og som ikke kan fraviges til skade for funktionæren.¹²⁸ Dette omhandler længere opsigelsesvarsel, løn under sygdom, ret til fravær i forbindelse med graviditet samt godtgørelse ved bl.a. usaglig opsigelse.¹²⁹

¹²³ Jf. funktionærlovens § 1, stk. 2, 1. del

¹²⁴ Karnovs note 8 til funktionærlovens § 1, stk. 2

¹²⁵ Jf. TEUF art. 157

¹²⁶ Karnovs note 8 til funktionærlovens § 1, stk. 2

¹²⁷ Se nærmere herom i afsnit 2.3.1

¹²⁸ Jf. funktionærlovens § 21, stk. 1

¹²⁹ Offendahl og Bugsgang, 2009, s. 98

Efter funktionærlovens § 2 sikres en funktionær længere opsigelsesvarsel, som blandt andet afhænger af, hvor længe ansættelsen har varet. En funktionær kan opsiges med 1 måneds varsel indenfor de første 6 måneder af ansættelsen og med 3 måneders varsel efter de første 6 måneder, jf. § 2, stk. 2. Opsigelsesvarslet efter stk. 2, nr. 2 stiger med 1 måned for hvert tredje ansættelsesår og højst til 6 måneder, jf. stk. 3. En funktionær er dermed sikret ikke at stå uden job fra den ene dag til den anden, sammenlignet med en arbejder, der som udgangspunkt ikke er sikret nogen form for opsigelsesvarsel, idet dette skal sikres gennem overenskomster og aftaler mellem pågældende arbejder og arbejdsgiver.¹³⁰

Et andet forhold der, som nævnt ovenfor, gælder for funktionærer, er sikringen af løn under sygdom, jf. funktionærlovens § 5. Heri reguleres det, at hvis en funktionær bliver ude af stand til at udføre sit arbejde grundet sygdom, anses det som lovligt forfald, og dermed har pågældende ret til den sædvanlige løn.¹³¹ Det er dog en betingelse, at sygdommen ikke er pådraget forsætligt eller ved grov uagtsomhed, samt at det ikke er blevet holdt hemmeligt for arbejdsgiver ved ansættelsen, at funktionæren led af den pågældende sygdom.¹³²

For så vidt angår retten til fravær i forbindelse med graviditet, vil bestemmelserne herom blive gennemgået nedenfor i afsnit 2.4.3, hvorfor en gennemgang herom ikke er foretaget i nærværende afsnit.

2.4 Udstationering

2.4.1 Generelt om udstationering

Udstationering er i generel vækst, idet et stigende antal virksomheder udstationerer medarbejdere på tværs af landegrænser, hvilket som oftest sker som led i udveksling af medarbejdere inden for samme koncern.¹³³ Dette er med til at skabe et større potentiale for internationale samarbejder, hvilket sker som led i den øgede globalisering.¹³⁴ Tidligere, indtil 1999, har udstationering alene været reguleret af de i TEUF angivne bestemmelser om fri bevægelighed¹³⁵, herunder den frie bevægelighed for personer, varer, tjenesteydelser og kapital. Disse regler er efter 1999 blevet suppleret af udstationeringsdirektivet.¹³⁶ Direktivet er således udarbejdet i overensstemmelse med arbejdskraftens frie bevægelighed¹³⁷, forbuddet mod diskrimination¹³⁸ og restriktioner¹³⁹. Man kan herved tale om, at udstationering er en form for udøvelse af de frie bevægelighedsregler, der forefindes inden for EU.¹⁴⁰

¹³⁰ foa.dk, FOA, 2020

¹³¹ Karnovs note 58 til funktionærlovens § 5, stk. 1

¹³² Jf. funktionærlovens § 5, stk. 1, 2. del

¹³³ Offendal og Bugsgang, 2009, s. 103

¹³⁴ Offendal og Bugsgang, 2009, s. 104

¹³⁵ Nielsen, 2019, s. 301

¹³⁶ Carlsen et al., 2019, s. 49

¹³⁷ TEUF art. 45

¹³⁸ TEUF art. 18

¹³⁹ TEUF art. 49

¹⁴⁰ Offendal og Bugsgang, 2009, s. 103

Ved udstationering forstås der overordnet det forhold, hvor en arbejdstager i en vis periode udfører arbejde i en anden medlemsstat, end hvor arbejdstageren normalvis udfører det pågældende arbejde.¹⁴¹

2.4.2 Retsgrundlaget for udstationering

2.4.2.1 Udstationeringsdirektivet

Det fremgår indledningsvist, at direktivet er udarbejdet på baggrund af visse betragtninger. Det fremgår af direktivets betragtning nr. 5, at direktivet er udarbejdet med henblik på, at arbejdstagernes rettigheder til stadighed skal respekteres, ligesom der skal være forholdsregler, der er med til at garantere arbejdstagernes rettigheder. Endvidere fremlægges det som betragtning nr. 17, at de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse, der gælder i værtslandet, ikke må være til hinder for, at der anvendes arbejds- og ansættelsesvilkår, som er mere favorable for arbejdstagerne.

I overensstemmelse med direktivets betragtning nr. 17, oplystes der i art. 3 en række områder, hvor på medlemsstaterne skal sikre, at når der udstationeres medarbejdere på deres område, skal arbejdstagerne på nævnte områder sikres på mindst lige så højt et niveau som medlemsstatens egne arbejdstagere. Dette gælder uagtet, hvilket medlemsstats ret der i øvrigt kan gøres gældende over for ansættelsesforholdet. Det fremgår endvidere af direktivets art. 3, stk. 1, litra f, at der skal iagttages visse beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født.

Det skal fremhæves, at for at direktivet kan finde anvendelse, fremgår det af direktivets art. 2, at der ved en udstationeret arbejdstager forstås enhver arbejdstager, der i en given periode arbejder i en anden medlemsstat og på denne stats område, og som ikke er der, hvor arbejdstageren normalt udfører det pågældende arbejde. Der er således tale om en betingelse for, at man kan bringe direktivet til anvendelse, jf. udstationeringsdirektivets art. 2. Endvidere fremgår det af direktivets art. 2, stk. 2, at begrebet ”*arbejdstager*” skal fortolkes i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor det pågældende arbejde udføres og således i den medlemsstat, hvor arbejdstageren er udstationeret til.¹⁴²

2.4.2.1.1 Tre scenarier

Udstationeringsdirektivet oplister tre scenarier, hvilke er grænseoverskridende, og hvor på direktivet kan bringes til anvendelse.¹⁴³ De tre scenarier er:

- entreprise/trepartsforhold,
- udstationering i koncernforhold og
- udsendelse af et vikarbureau.

¹⁴¹ Nielsen, 2016, s. 345

¹⁴² Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 123

¹⁴³ Nielsen, 2016, s. 345

Disse tre scenarier vil kort blive gennemgået nedenfor.

2.4.2.1.1.1 Entreprisetrepartsforhold

Hvad angår scenariet ”Entreprisetrepartsforhold”¹⁴⁴ omhandler dette de tilfælde, hvor den der leverer tjenesteydelsen for egen regning, efter egen virkning og ved brug af egen ledelse, udsender en arbejdstager til en anden medlemsstat på baggrund af en aftale, der foreligger mellem den udstationerende virksomhed, og den der skal modtage tjenesteydelsen¹⁴⁶.¹⁴⁷ Der foreligger således alene et ansættelsesforhold mellem virksomheden, der udstationerer medarbejderen, og selve arbejdstageren.¹⁴⁸ Der er derved tale om et trepartsforhold mellem arbejdstageren, den udstationerende virksomhed, og den der modtager tjenesteydelsen. Dette sker oftest som led i entrepriseraftaler, og det er her vigtigt at have in mente, at begrebet ”tjenesteydelse” skal fortolkes bredt¹⁴⁹, idet begrebet også dækker over bl.a. bygge- og anlægskontrakter.¹⁵⁰

2.4.2.1.1.2 Udstationering i koncernforhold

For så vidt angår tilfældet, hvor udstationering foregår inden for samme koncern, vil udstationeringsdirektivet stadig kunne bringes til anvendelse.¹⁵¹ Der er således tale om tilfælde, hvor den, der leverer tjenesteydelsen, er med i en koncern og er beliggende i en medlemsstat, og som udstationerer en medarbejder til en anden medlemsstats område, hvormed pågældende arbejdstager udfører sit arbejde i samme koncern men blot på en anden medlemsstats område.¹⁵² I dette tilfælde vil ansættelsesforholdet ej heller ændres, idet forholdet består mellem den udstationerende virksomhed og arbejdstageren.¹⁵³

2.4.2.1.1.3 Vikarbureauvirksomhed

Udstationeringsdirektivet kan endvidere bringes til anvendelse i forbindelse med udstationering af arbejdstagere som led i vikarbureauvirksomheden.¹⁵⁴ Der vil i disse tilfælde være tale om forhold, hvor vikarbureauvirksomheden udstationerer en lønmodtager til en anden medlemsstats område. Hvad angår ansættelsesforholdet skal dette være indgået mellem den udstationerende virksomhed og pågældende vikar, inden udstationeringen foretages.¹⁵⁵

¹⁴⁴ Nielsen, 2016, s. 345

¹⁴⁵ Andersen et al., 2016, s. 128

¹⁴⁶ Nielsen, 2016, s. 345

¹⁴⁷ Jf. udstationeringsdirektivets art. 1, stk. 3, litra a

¹⁴⁸ Nielsen, 2016, s. 346

¹⁴⁹ For nærmere om begrebet ”tjenesteydelse” henvises der til afsnit 2.4.2.4

¹⁵⁰ Andersen et al., 2016, s. 128

¹⁵¹ Nielsen, 2016, s. 346

¹⁵² Jf. udstationeringsdirektivets art. 1, stk. 3, litra b

¹⁵³ Nielsen, 2016, s. 346

¹⁵⁴ Jf. udstationeringsdirektivets art. 1, stk. 3, litra c

¹⁵⁵ Nielsen, 2016, s. 346

2.4.2.1.2 Varigheden af udstationeringen

Slutteligt er det ved gennemgang af direktivets indhold værd at inddrage varigheden af udstationeringen, og dennes betydning for anvendelsen af direktivet. For så vidt angår længden af udstationeringsforhold kan bestå.¹⁵⁶ Det må dog have formodningen for sig, at der må være en øvre grænse. Dette skyldes, at for at der kan være tale om udstationering, skal pågældende arbejdstager sædvanligvis udføre sit arbejde i en anden medlemsstat. Endvidere er der som nævnt ej heller en nedre grænse for varigheden af udstationeringen, men igen må det dog have formodningen for sig, at der må være en uklar nedre grænse, idet en forretningsrejse nok ikke vil kunne falde under direktivets anvendelsesområde.¹⁵⁷ Slutteligt kan det nævnes, at kommissionen i 2016 foreslog en ændring af direktivet ved forslag om indførelse af en øvre grænse på varigheden af udstationering på 24 måneder. Dette er dog ikke indført, men der hersker dog ingen tvivl om, at udstationeringen skal være for en begrænset periode, ligesom det i den engelske udgave af direktivet er beskrevet som *"a limited period"*.¹⁵⁸

2.4.2.2 Udstationeringsloven

Førend bestemmelserne i udstationeringsloven kan bringes til anvendelse, kræves det selvsagt, at der i de foreliggende tilfælde er tale om udstationering i lovens regi. Der er således visse betingelser, der skal være opfyldt, før bestemmelserne har retskraft. I nærværende afhandling vil alene udvalgte bestemmelser i lovens kapitel 1 og 2 fremhæves, idet disse er relevante for afhandlingens problemstilling.

2.4.2.2.1 Udstationeringslovens *"kap. 1. Lovens område"*

Af lovens kapitel 1 fremgår det, hvilke bestemmelser der finder anvendelse under visse forudsætninger. For nærværende afhandling er alene § 1, stk. 1 i kapitel 1 relevant. Heraf fremgår det, at:

"§§ 2-6 a, § 7 a, stk. 1 og 4-7 og §§ 7 b-7 e finder anvendelse i situationer, hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser udstationerer lønmodtagere til Danmark".

Dette svarer til, at udstationeringslovens § 5, herunder § 5, nr. 4, alene finder anvendelse i de tilfælde, hvor virksomheder udstationerer lønmodtagere i forbindelse med leveringen af en tjenesteydelse.¹⁵⁹

2.4.2.2.2 Udstationeringslovens *"kap. 2. Udstationering i Danmark"*

I overensstemmelse med direktivets art. 2, er der i udstationeringslovens § 3 angivet, at der ved en i Danmark udstationeret lønmodtager forstås en lønmodtager, som sædvanligvis udfører sit arbejde på en anden medlemsstats område, hvorfor der er tale om arbejde, der kun skal udføres i Danmark midlertidigt.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Nielsen, 2016, s. 346

¹⁵⁷ Nielsen, 2016, s. 346

¹⁵⁸ Karnovs note 5 til udstationeringslovens § 3, stk. 1, sidste led

¹⁵⁹ For nærmere om begrebet *"tjenesteydelse"* henvises der til afsnit 2.4.2.4

¹⁶⁰ Jf. udstationeringslovens § 3

Såfremt udstationeringsloven skal bringes til anvendelse på en udstationeret medarbejder, er det vigtigt at bemærke, at loven kun finder anvendelse på lønmodtagere, og det er endvidere lønmodtagerbegrebet i det land, hvor medarbejderen er udstationeret til¹⁶¹, der anvendes i denne forbindelse¹⁶².¹⁶³ For nærværende afhandling vil der således være tale om, at det vil være Danmarks fortolkning af lønmodtagerbegrebet, der vil finde anvendelse. Her henvises der til afhandlingens afsnit 2.3.2, hvor det blev udledt, at der er tale om en arbejdstager i dansk regi, når pågældende modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold.

Er de i § 3, stk. 1 angivne betingelser for udstationering opfyldt, fortsættes der herefter til indholdet af lovens § 4, stk. 1. Denne bestemmelse definerer de tilfælde, hvor der er tale om udstationering, og disse kan deles op i følgende grupper:

- Trepartsforhold/entreprise¹⁶⁴
- Udstationering i koncernforhold¹⁶⁵
- Udstationering af et vikarbureau¹⁶⁶

Det bemærkes, at disse grupper stemmer overens med indholdet af direktivets art. 1, stk. 3. Indholdet af disse grupper er behandlet i afsnittet¹⁶⁷ ovenfor, hvorfor der følgelig ikke vil blive foretaget en nærmere gennemgang af de nævnte grupper i nærværende afsnit.

Det kan af lovens § 4, stk. 1 endvidere udledes, at det er en betingelse, at der er tale om en *virksomhed*, der udstationerer, hvorfor der således skal bestå et ansættelsesforhold mellem den udstationerede og en arbejdsgiver.¹⁶⁸ Dette stemmer imidlertid overens med indholdet af udstationeringslovens § 4, stk. 2, hvis indhold specificerer, at der skal foreligge

”et ansættelsesforhold mellem lønmodtageren og den udstationerende virksomhed eller en anden virksomhed, der har stillet lønmodtageren til rådighed for den udstationerende virksomhed.”.

Det har tidligere ikke fremgået af ordlyden i loven, at virksomheden skal være etableret i en anden medlemsstat end Danmark, men det fremgår dog tydeligt af flere udenlandske versioner af direktivet.¹⁶⁹ I dag fremgår det eksplicit af udstationeringslovens § 2, stk. 3, at den udstationerende virksomhed skal være etableret i en anden medlemsstat end Danmark.

¹⁶¹ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 123

¹⁶² Nielsen, 2016, s. 345

¹⁶³ Karnovs note 4 til udstationeringslovens § 3, stk. 1, 1. led

¹⁶⁴ Jf. udstationeringslovens § 4, stk. 1, nr. 1

¹⁶⁵ Jf. udstationeringslovens § 4, stk. 1, nr. 2

¹⁶⁶ Jf. udstationeringslovens § 4, stk. 1, nr. 3

¹⁶⁷ Se nærmere herom i afsnit 2.4.2.1.1

¹⁶⁸ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 134

¹⁶⁹ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 134

2.4.2.3 Betingelser for udstationering

På baggrund af den foretagne analyse må følgende betingelser for udstationering kunne udledes:

- Den udstationerede lønmodtager skal udføre arbejdet på den givne medlemsstats område for en midlertidig periode,
- lønmodtagerbegrebet i den danske udgave af udstationeringsdirektivet og –loven skal defineres ud fra dansk ret,
- den udstationerede medarbejder skal kunne falde ind under en af tre kategorier for udstationering,
- der skal bestå et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed og lønmodtageren, og
- den udstationerende virksomhed skal være etableret i en anden medlemsstat end Danmark.

Er ovennævnte betingelser opfyldt, vil der være tale om udstationering af en lønmodtager, og bestemmelserne i udstationeringsloven vil således kunne bringes til anvendelse, hvorfor dette leder videre til det dybere indhold af loven, herunder særligt lovens § 5.

2.4.2.4 Udstationeringsdirektivet og –lovens relation til anden lovgivning

Hvis en virksomhed udstationerer en lønmodtager til Danmark, kan det af udstationeringslovens § 5, stk. 1 læses, at der er et omfang af dansk lovgivning, som i alle tilfælde vil finde anvendelse på den pågældende, udstationerede lønmodtager. Den i § 5, stk. 1, nr. 1-7 nævnte lovgivning finder anvendelse uagtet, hvilket lands ret der i øvrigt regulerer ansættelsesforholdet.¹⁷⁰ Hertil bemærkes det, at direktivet pålægger medlemsstaterne at gøre visse beskyttelsesforanstaltninger internationalt præceptive¹⁷¹, og det kan ud fra indholdet af udstationeringslovens § 5, stk. 1 udledes, at denne betingelse er opfyldt af Danmark som medlemsstat.¹⁷²

Det fremgår af udstationeringslovens § 5, nr. 4, at en virksomhed, der udstationerer en lønmodtager til Danmark, skal overholde funktionærlovens § 7, såfremt den udstationerede lønmodtager opfylder de almindelige betingelser i funktionærlovens § 1. Det skal endvidere bemærkes, at lovens § 5 finder anvendelse i de tilfælde,

*”hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser udstationerer lønmodtagere til Danmark.”*¹⁷³

Begrebet ”tjenesteydelse” skal fortolkes bredt, så begrebet også omfavner de tilfælde, hvor tjenesteydelsen består i andet end blot at stille lønmodtageren til rådighed.¹⁷⁴ I medfør af udstationeringslovens § 4, stk. 1, nr. 1-3 kan det udledes, at det ikke har været hensigten med loven at udelukke de

¹⁷⁰ Carlsen et al., 2019, s. 49

¹⁷¹ Andersen et al., 2016, s. 127 - 128

¹⁷² Karnovs note 18 til udstationeringslovens § 5, stk. 1

¹⁷³ Jf. udstationeringslovens § 1, stk. 1

¹⁷⁴ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 86

tilfælde, hvor tjenesteydelsen alene består i at stille en lønmodtager til rådighed¹⁷⁵, hvorfor loven altså kan bringes til anvendelse i begge tilfælde, hvad enten tjenesteydelsen består i lønmodtageren alene eller sammen med en anden tjenesteydelse.¹⁷⁶ Begrebet ”tjenesteydelse” defineres ud fra det generelle begreb i TEUF art. 57, som definerer tjenesteydelser som:

” ... ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer.”¹⁷⁷

Såfremt en udstationeret lønmodtager opfylder de almindelige betingelser i funktionærlovens § 1, vil pågældende omfavnes af funktionærlovens § 7¹⁷⁸, hvorfor lønmodtageren vil have visse rettigheder i forbindelse med sin graviditet og barsel, som en arbejder ikke har. Nærmere herom behandles straks nedenfor. Baggrunden for indsættelsen af § 5, nr. 4 i udstationeringsloven ligger i, at udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1, litra f giver medlemsstaterne en forpligtelse til at beskytte gravide kvinder og kvinder, der lige har født.¹⁷⁹ Endvidere gøres direktivets betragtning nr. 17 også gældende i denne forbindelse, idet denne pålægger medlemsstaterne at sørge for en vis minimumsbeskyttelse af gravide kvinder.

2.4.3 Barsel som funktionær

Nærværende afsnit søger at klarlægge indholdet af funktionærlovens § 7, idet det blev angivet i afsnit 2.4.2.4, at funktionærlovens § 7 skal følges, såfremt betingelserne for udstationering er opfyldt, når en arbejdstager udstationeres i Danmark uanset, hvilket lands ret der regulerer ansættelsesforholdet.¹⁸⁰ Det er dog en betingelse, at der er tale om en funktionær efter funktionærlovens § 1.

Ifølge funktionærlovens § 7, stk. 1 skal en funktionæransat senest 3 måneder før forventet fødsel give arbejdsgiveren besked om, hvornår hun forventer at begynde barselsorloven. Såfremt funktionæren 4 uger før den forventede fødsel er uarbejdsdygtig på grund af graviditeten efter barselslovens § 6, stk. 2 anses barselsorloven allerede for startet. Hvis funktionæren på dette tidspunkt eller senere bliver uarbejdsdygtig på grund af graviditeten og er det helt frem til fødslen, anses barselsorloven også allerede for startet.

Funktionæren har ret til halv løn under fravær på grund af graviditet og barsel fra barselsorlovens begyndelse og indtil 14 uger efter fødslen¹⁸¹ og ret til fuld løn i perioden fra graviditetens indtræden og frem til barselsorlovens begyndelse, såfremt hun er uarbejdsdygtig på grund af graviditeten efter barselslovens § 6, stk. 2.¹⁸² Efter de første 14 uger efter fødslen vil en funktionær følge de generelle

¹⁷⁵ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 145

¹⁷⁶ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 86

¹⁷⁷ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 28

¹⁷⁸ Jf. udstationeringslovens § 5, nr. 4

¹⁷⁹ Andersen-Mølgaard et al., 2015, s. 159

¹⁸⁰ Jf. udstationeringslovens § 5, nr. 4

¹⁸¹ Jf. funktionærlovens § 7, stk. 2

¹⁸² Jf. funktionærlovens § 7, stk. 3

barselsregler og dermed modtage dagpenge, også kaldet barselsdagpenge, efter sygedagpengelovens § 13, stk. 2, 1. pkt.

En funktionær sikres dermed løn uagtet, om det skyldes barsel i forbindelse med graviditeten eller om det skyldes sygdom grundet graviditeten. Hvis funktionærens halve løn ikke overstiger barselsdagpengesatsen, vil lønnen blive suppleret med barselsdagpenge op til højeste barselsdagpengesats.¹⁸³ En funktionær sikres dermed, som minimum, barselsdagpengesatsen, som ligger på ca. kr. 19.000¹⁸⁴, og vil såfremt den halve løn udgør mere end kr. 19.000 få dette under barslen. Dette vil også gælde for en udstationeret arbejdstager fra en anden EU-medlemsstat, som falder ind under funktionærlovens § 1.

Såfremt en funktionær bliver opsagt inden barselsorloven er begyndt eller bliver opsagt i løbet af barselsperioden efter § 7, stk. 2, har denne ret til fuld løn i opsigelsesperioden.¹⁸⁵ Dette er et eksempel på et forhold, der sikrer funktionæren på samme måde som længere opsigelsesvarsel og godtgørelse, jf. afsnit 2.3.2.5 ovenfor. En funktionær sikres dermed favorable lønforhold, når det kommer til barsel, sygdom grundet i graviditet samt opsigelse før og under barsel. Dette vil nedenfor blive sammenholdt med forholdene for en arbejder. Fuld løn under graviditeten grundet uarbejdsdygtighed er dog betinget af, at det kan begrundes i et af de forhold, der er oplistet i barselslovens § 6, stk. 2. Denne bestemmelse i barselsloven vil blive uddybet straks nedenfor.

2.4.4 Barselsloven

Barselsloven er til for at sikre, at alle forældre¹⁸⁶ har ret til fravær i forbindelse med graviditet, fødsel og adoption¹⁸⁷, og ret til under fraværet at modtage barselsdagpenge, når der er tilknytning til arbejdsmarkedet.¹⁸⁸ Som nævnt ovenfor sikres en funktionær løn under barsel og sygdom grundet graviditet gennem funktionærloven. Dette er dog betinget af en række forhold, som er uddybet i barselslovens § 6, stk. 2. Denne bestemmelse finder dog ikke kun anvendelse på funktionæransatte, men finder generelt anvendelse, når det omhandler graviditet og barsel, som beskrevet ovenfor. Ifølge barselslovens § 6, stk. 1 har en kvinde lov til fravær på arbejdet grundet graviditet, når der skønnes at være 4 uger til fødslen.

Ifølge barselsloven § 6, stk. 2 har en kvinde ret til fravær fra arbejdet tidligere end 4 uger før fødslen hvis:

- 1) ”det efter en lægelig bedømmelse skønnes, at graviditeten har et sygeligt forløb, der ved fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens helbred eller fosteret, eller

¹⁸³ Jf. sygedagpengelovens § 9, stk. 6 og detfagligarhus.dk, Det Faglige Hus, 2020

¹⁸⁴ borger.dk, Udbetaling Danmark, 2020 - Beløbet er rundet ned fra kr. 19.088,33 om måneden, svarende til kr. 4.405 om ugen

¹⁸⁵ Jf. funktionærlovens § 7, stk. 4

¹⁸⁶ Jf. barselslovens § 2, stk. 1

¹⁸⁷ Jf. barselslovens § 1, 1. del

¹⁸⁸ Jf. barselslovens § 1, 2. del

- 2) *arbejdets særlige karakter medfører risiko for fosteret eller graviditeten på grund af offentligt fastsatte bestemmelser forhindrer hende i at varetage sit arbejde og arbejdsgiveren ikke kan tilbyde hende anden passende beskæftigelse.*”

En af ovenstående betingelser skal som tidligere nævnt være opfyldt, førend funktionæren har ret til fuld løn under sygdom grundet i graviditeten frem til barselsorlovens start.¹⁸⁹

Barselsloven regulerer dermed ikke lønforhold under barsel og sygdom grundet i graviditeten, men regulerer kun retten til fravær ved graviditet og barsel. Funktionærloven regulerer, som beskrevet i afsnit 2.4.3 lønforhold ved barsel og sygdom grundet i graviditeten for funktionæransatte frem til 14 uger efter fødslen. Er der derimod tale om en arbejder, er det i stedet sygedagpengeloven, der finder anvendelse og regulerer lønforholdene under barsel og sygdom grundet i graviditeten. Denne vil blive behandlet i afsnittet nedenfor.

2.4.5 Barsel som arbejder

Hvis en gravid kvinde er ansat som arbejder og dermed ikke som funktionær, har hun stadig ret til fravær efter barselslovens § 6. Hun bliver dog ikke sikret på samme vilkår som en funktionæransat kvinde men bliver i stedet sikret gennem sygedagpengeloven. Ifølge sygedagpengelovens § 12, stk. 1 har en kvinde ret til dagpenge fra det tidspunkt, hvor det skønnes, at der er 4 uger til fødslen. Derudover har moderen ret til dagpenge de første 14 uger efter fødslen, jf. § 13, stk. 1, 1. pkt., samt ret til dagpenge i yderligere 32 uger efter de første 14 uger, jf. § 13, stk. 2, 1. pkt.

Ifølge sygedagpengelovens § 12, stk. 2, kan en kvinde dog godt have ret til dagpenge tidligere end de 4 uger før fødslen. Dette er dog betinget af enten, at det er blevet skønnet af en læge, at graviditeten har et sygeligt forløb, der vil medføre risiko for fostret eller kvindens helbred ved fortsat beskæftigelse¹⁹⁰, eller at arbejdets særlige karakter medfører risici for fostret eller graviditeten på grund af fastsatte bestemmelser der forhindrer kvinden i at varetage sit arbejde, og hun ikke er blevet tilbudt anden beskæftigelse.¹⁹¹ Disse betingelser følger de samme betingelser, som er oplistet i barselslovens § 6, stk. 2, som blot regulerer forholdet om ret til fravær i forbindelse med graviditet og barsel, mens sygedagpengeloven regulerer muligheden for dagpenge i forbindelse med graviditet og barsel for en arbejder. Betingelserne er dermed de samme for en arbejder og en funktionær. Er der kun tale om delvist fravær grundet graviditet, er det muligt at få en nedsat dagpengesats.¹⁹²

Dagpenge, også kaldet barselsdagpenge, reguleres ud fra den timeindtægt, som den pågældende ville være berettiget til under sygdomsforløbet.¹⁹³ Beløbet kan dog ikke overstige kr. 2.546 divideret med

¹⁸⁹ Jf. funktionærlovens § 7, stk. 3

¹⁹⁰ Jf. sygedagpengelovens § 12, stk. 2, nr. 1

¹⁹¹ Jf. sygedagpengelovens § 12, stk. 2, nr. 2

¹⁹² Jf. sygedagpengelovens § 12, stk. 3

¹⁹³ Jf. sygedagpengelovens § 9, stk. 1, 1. pkt., jf. § 18, stk. 1

den normale overenskomstmæssige arbejdstid i timer pr. uge.¹⁹⁴ Dette beløb udgør, som tidligere nævnt, kr. 19.000.

Det kan sammenfattende udledes, at retten til dagpenge for en arbejder og retten til løn for en funktionær reguleres ud fra de samme betingelser. Der sker dermed ikke forskelsbehandling af de to arbejdstagere omkring dette forhold. Dog modtager en funktionær løn helt eller delvist i løbet af graviditeten og barslen, hvor en arbejder modtager dagpenge, hvilket giver en forskelsbehandling, og en funktionær stilles dermed bedre end en arbejder.

2.4.6 Barsel i Tyskland kontra Danmark

I Tyskland er der ret til barsel fra 6 uger før fødslen og frem til 8 uger efter fødslen. I denne periode har man ret til fuld løn, hvor en del kommer fra arbejdsgiveren og en del kommer fra staten som supplement.¹⁹⁵ I Danmark starter barslen 4 uger før fødslen, jf. barselslovens § 6, stk. 1, men slutter til gengæld først 14 uger efter fødslen, jf. barselslovens § 7, stk. 1. Dette gælder for både funktionærer og arbejdere, hvorfor der sker ikke forskelsbehandling omkring rettigheder til barsel. Barselsperioden er derimod forskellig i henholdsvis Tyskland og Danmark, hvor en kvinde har ret til 2 ugers længere barsel frem mod fødslen i Tyskland, men ret til 6 ugers længere barsel efter fødslen i Danmark. Både en funktionæransat og en arbejder udstationeret til Danmark vil derfor blive bedre stillet ud fra betragtningen om, at der er 4 ugers længere barsel i Danmark.

I Tyskland får alle arbejdstagere det samme i løbet af barslen. I de 6 uger før fødslen samt de 8 uger efter fødslen får moderen fuld løn.¹⁹⁶ I Danmark modtager alle arbejdstagere ikke det samme under barslen. En funktionær vil modtage halv løn, eventuelt suppleret med barselsdagpenge, mens en arbejder modtager barselsdagpenge, og satsen for barselsdagpenge afhænger her af lønmodtagerens indkomst, jf. sygedagpengelovens § 9, stk. 1. Dog er satsen på max kr. 19.000 pr. måned.¹⁹⁷ En arbejder vil således højst kunne modtage kr. 19.000 pr. måned under hele barselsperioden, det vil sige fra 4 uger før fødslen til 14 uger efter fødslen. En funktionæransat modtager som beskrevet i afsnit 2.4.3 i stedet halv løn under barslen.¹⁹⁸ Ligger den halve løn under barselsdagpengesatsen vil funktionæren modtage barselsdagpenge som supplement op til kr. 19.000. En funktionær modtager dermed som minimum kr. 19.000 pr. måned under barslen, jf. nærmere herom i afsnit 2.4.3.

2.4.7 Hvordan stilles en udstationeret arbejdstager fra Tyskland i Danmark

2.4.7.1 Barselsorlov

En *tysk funktionær*, der udstationeres til Danmark, vil have ret til halv løn i 4 uger før fødslen samt 14 uger efter fødslen. Såfremt den halve løn ligger under barselsdagpengesatsen på kr. 19.000, vil der blive suppleret op til dette beløb. Dette betyder, at en funktionær der har en månedsløn på kr. 38.000

¹⁹⁴ Jf. sygedagpengelovens § 9, stk. 2, 1. pkt., jf. § 18, stk. 1

¹⁹⁵ tyskland.um.dk, Udenrigsministeriet, 2020

¹⁹⁶ tyskland.um.dk, Udenrigsministeriet, 2020

¹⁹⁷ borger.dk, Udbetaling Danmark, 2020

¹⁹⁸ Jf. funktionærlovens § 7, stk. 2

eller derunder vil modtage kr. 19.000. Ligger månedslønnen over kr. 38.000 vil funktionæren derimod modtage den halve løn efter funktionærlovens § 7, stk. 2.

En *tyisk arbejder* udstationeret til Danmark vil i de 4 uger før fødslen og 14 uger efter fødslen have ret til barselsdagpenge efter sygedagpengelovens § 9, stk. 1. Hvor meget der udbetales, afhænger dermed af lønnen, men kan højest udgøre kr. 19.000. Der vil dermed ske en forskelsbehandling imellem de to arbejdstagere. Dog ville de begge være stillet dårligere ved udstationering, da alle arbejdstagere i Tyskland modtager fuld løn i de 6 uger før fødslen samt de 8 uger efter fødslen.

2.4.7.2 Sygdom grundet i graviditet

En udstationeret funktionær vil ved sygdom grundet i graviditeten modtage fuld løn, såfremt et af kravene i barselslovens § 6, stk. 2 er opfyldt. Dette gælder frem til 4 uger før fødslen. En arbejder udstationeret til Danmark vil ved sygdom grundet i graviditeten ikke modtage løn, men denne vil i stedet modtage dagpenge efter sygedagpengelovens § 9, stk. 1. Dette betyder, at der allerede fra graviditetens begyndelse sker forskelsbehandling mellem en funktionær og en arbejder.

I Tyskland får alle arbejdstagere løn under sygdom, og dette vil også gælde ved sygdom grundet graviditet.¹⁹⁹ Dermed stilles den udstationerede arbejder dårligere i Danmark end i Tyskland, da dagpenge beregnes ud fra lønnen²⁰⁰, og der er derfor ikke tale om fuld løn. En udstationeret, der falder under funktionærloven, vil blive stillet på samme vilkår, da en funktionær i Danmark som nævnt for fuld løn under sygdom grundet i graviditeten.²⁰¹

2.4.8 Sker der forskelsbehandling?

Det kan ud fra de ovenstående afsnit udledes, at der sker forskelsbehandling imellem en udstationeret funktionær og en udstationeret arbejder, for så vidt angår barsel samt sygdom grundet i graviditet i Danmark.

En udstationeret funktionær modtager fuld løn under sygdom samt halv løn under barsel, og her som minimum kr. 19.000 pr. måned. En udstationeret arbejder vil modtage barselsdagpenge både ved sygdom grundet i graviditet samt under barsel og her som maksimum kr. 19.000 pr. måned. Dermed ligger forskelsbehandlingen ikke blot i, hvorvidt den pågældende har krav på løn eller barselsdagpenge, men forskelsbehandlingen ligger endvidere også i, at skellet sker ved kr. 19.000, hvilket funktionæren som *minimum* modtager, og arbejderen som *maksimum* modtager. Derudover har begge grupper af arbejdstagere ret til fuld løn under barsel i Tyskland, hvilket hverken funktionæren eller arbejderen kan rette krav om i Danmark. Derved stilles begge grupper dårligere i Danmark, og endvidere stilles arbejderen dårligere end funktionæren, hvorfor der her sker forskelsbehandling mellem de to grupper. Det kan endvidere gøres gældende, at arbejderen i alle tilfælde stilles dårligere i Danmark end i Tyskland, når denne udstationeres, idet arbejderen ikke har ret til fuld løn under sygdom grundet graviditet, hvilket denne har krav på i Tyskland, men som det alene er funktionæren, der har

¹⁹⁹ tyskland.um.dk, Udenrigsministeriet, 2020

²⁰⁰ Jf. sygedagpengelovens § 9, stk. 1

²⁰¹ Jf. funktionærlovens § 7, stk. 3

krav på i Danmark. Derudover kan det udledes, at i alle tilfælde stilles de udstationerede arbejdstagere dårligere i Danmark end i Tyskland, når der ses bort fra, at en funktionær modtager fuld løn under sygdom grundet i graviditet, hvilket ligeledes gælder i Tyskland.

På baggrund af den forskelsbehandling der herved er udledt, vil det nedenfor analyseres, hvorvidt dette møder udfordringer med EU-retten. Til brug herfor vil retsprincippet om alle menneskers lighed for loven, i henholdsvis EU, Tyskland og Danmark, blive belyst.

2.5 Princippet om alle menneskers lighed for loven

2.5.1 Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder

2.5.1.1 Introduktion til Chartret

Der findes en lang række rettigheder og principper, som det blandt andet er EU's opgave at fremme og beskytte på traktatniveau. En stor del af disse er indeholdt i Chartret, og videre bemærkes det, at Chartret blev juridisk bindende på traktatniveau den 1. december 2009, idet TEUF ligeledes trådte i kraft pr. denne dato.²⁰² Chartret steg således fra at være soft law til at være på traktatniveau, hvorfor der kan tales om en stigning i retskildehierarkiet.²⁰³ I nærværende fremstilling vil hovedsageligt Chartrets art. 20 blive belyst, idet denne er særlig relevant i forhold til afhandlingens problemstilling. Det fremhæves dog indledningsvist, at Chartrets art. 20 læner sig op ad art. 21, hvori der angives et forbud mod

”enhver forskelsbehandling på baggrund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetisk anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold”,

Chartrets art. 20 kan på denne baggrund anses for at indeholde et diskriminationsforbud svarende til art. 21.²⁰⁴ Det vil således være nærliggende at konkludere, at art. 21 er en uddybende artikel til art. 20, og at disse artikler i sidste ende indeholder det samme grundprincip, idet art. 20 og retspraksis om denne artikel i høj grad overlapper med art. 21.²⁰⁵ Som angivet ovenfor vil nærværende afhandling dog alene have fokus på Chartrets art. 20 til brug for den videre analyse.

2.5.1.2 Chartrets artikel 20

Det følger eksplicit af EU's Charter om grundlæggende rettigheder, at alle mennesker er lige for loven, jf. Chartrets art. 20, hvorfor det må lægges til grund, at Chartret indeholder et retsprincip om lighed for loven.²⁰⁶ Dette stemmer imidlertid overens med den opfattelse, der er om, at retsprincippet er at finde i alle medlemsstaters forfatning, hvilket vil blive behandlet nærmere i det efterfølgende

²⁰² Christoffersen et al., 2018, s. 31

²⁰³ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 102

²⁰⁴ Christoffersen et al., 2018, s. 225

²⁰⁵ Christoffersen et al., 2018, s. 225

²⁰⁶ Christoffersen et al., 2018, s. 223

afsnit, jf. straks nedenfor. Denne opfattelse har bl.a. resulteret i, at EU-Domstolen har anerkendt princippet om alles lighed for loven som tilsvarende til det generelle lighedsprincip, der forefindes i alle medlemsstater, og EU-Domstolen har anerkendt princippet som et af de grundlæggende principper i fællesskabsretten.²⁰⁷ Endvidere har nævnte lighedsprincip inden for EU-retten dannet grundlag for flere traktatbestemmelser og direktiver.²⁰⁸

Chartrets art. 20 er placeret som den første artikel i Chartrets tredje kapitel. Chartrets tredje kapitel omhandler ligestilling, og kapitlet beskriver blandt andet hvilke rettigheder, der er med til at varetage beskyttelsen mod forskelsbehandling samt ligestilling mellem kønnene.²⁰⁹ Det følger af ordlyden til Chartrets art. 20, at bestemmelsen og indholdet af denne gælder for ”*alle mennesker*”. Det er ikke videre relevant at definere, hvad der menes med dette, idet ordlyden skal forstås direkte og således ikke fortolkende.²¹⁰ Det er imidlertid værd at bemærke, at juridiske personer er omfattet af bestemmelsen i det omfang, at disse kan nyde beskyttelse af Chartrets art. 21.²¹¹

Hvad angår ”*loven*” i Chartrets art. 20’s ordlyd, omfavner denne både national og international ret, ligesom bestemmelsen omfavner såvel skreven som uskreven ret, hvorfor der er tale om det samlede retskildebillede.²¹² Det er slutteligt værd at bemærke, at Chartrets art. 20 finder anvendelse og kan gøres gældende, når en medlemsstat forsøger at gennemføre EU-retten, jf. herved Chartrets art. 51.²¹³

Det kan til slut konkluderes, at Chartrets art. 20 skal forstås som et almindeligt retsprincip, hvilket kan betragtes som et lighedsprincip.²¹⁴ Dette er således en del af de grundlæggende principper inden for EU-retten, det gælder for alle mennesker, og det kan finde anvendelse på både national og international ret. Det kan på baggrund heraf gøres gældende, at Chartrets art. 20 kan påberåbes af en udstationeret medarbejder fra en af EU’s medlemsstater uagtet, hvilken medlemsstats ret dennes ansættelsesforhold reguleres af.

Videre bemærkes det, at der i EU-retten findes en generel lighedsgrundsætning.²¹⁵ Denne lighedsgrundsætning bestemmer, at situationer, som er at betragte som ensartede, ikke må behandles på forskellig vis, medmindre dette kan begrundes i objektive forhold, og proportionalitetsprincippet derved er opfyldt.²¹⁶ Lighedsgrundsætningen bør således ses i sammenhæng med Chartrets art. 20. Kan forskelsbehandling imidlertid ikke understøttes af objektive forhold, kan der være tale om en overtrædelse af lighedsgrundsætningen, hvilket kan medføre annullation af den givne retsakt.²¹⁷

²⁰⁷ Christoffersen et al., 2018, s. 223

²⁰⁸ Christoffersen et al., 2018, s. 224

²⁰⁹ Folketinget, 2002, s. 7

²¹⁰ Christoffersen et al., 2018, s. 224

²¹¹ Christoffersen et al., 2018, s. 224

²¹² Christoffersen et al., 2018, s. 225

²¹³ Christoffersen et al., 2018, s. 225

²¹⁴ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 103

²¹⁵ Nielsen, 2016, s. 415

²¹⁶ Kure, 2014, s. 46

²¹⁷ Nielsen, 2016, s. 415

2.5.1.3 Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder

Det angives indledningsvist i forklaringerne til Chartret²¹⁸, at disse ”blev udarbejdet under præsidiet for den forsamling der udarbejdede Chartret om grundlæggende rettigheder”. Det angives endvidere, at forklaringerne ikke alene har direkte retskraft, men at disse i høj grad er værdifulde for domstolene, når de skal tolke og forstå Chartrets bestemmelser. Det faktum at forklaringerne ikke alene har direkte retskraft stemmer overens med det EU-retlige udgangspunkt om forarbejders begrænsede betydning, ligesom det EU-retlige udgangspunkt også er, at forarbejder ikke kan tillægges betydning ved fortolkningen af bestemmelserne i traktaterne.²¹⁹ Dette stemmer imidlertid ikke overens med det, der indledningsvist angives i Chartret.

Af Chartrets art. 52, stk. 7 fremgår det, at de forklarende bemærkninger skal medtages og tages hensyn til, når domstolene anvender bestemmelserne i Chartret. Bemærkningerne er udarbejdet som en vejledning ved fortolkning af Chartret, hvorfor der må ses bort fra det EU-retlige udgangspunkt om, at forarbejder ikke kan tillægges betydning ved fortolkningen af bestemmelserne i traktaterne.²²⁰ Når EU-Domstolene såvel som de nationale domstole behandler sager, hvor Chartrets artikler involveres, skal disse således være forsigtige, hvis de fraviger forklaringerne, idet der foreligger en forpligtelse til at tage hensyn til de forklarende bemærkninger.²²¹

Når der videre foretages en gennemgang af forklaringerne til Chartret, er det for nærværende afhandling selvsagt relevant at se på, hvad der står i forklaringen til art. 20. Forklaringen til art. 20 er forholdsvis kort, og det angives, at indholdet af bestemmelsen er i overensstemmelse med det generelle retsprincip, hvad angår lighed, der er optaget i alle medlemsstaters forfatninger. Det står således eksplicit skrevet, at der i den danske forfatning, grundloven, forefindes en tilsvarende bestemmelse til Chartrets art. 20. Dette anfægtes dog kritisk i nærværende afhandling, idet det synes umiddelbart ukorrekt, at en sådan tilsvarende bestemmelse er at finde i dansk grundlov, jf. afsnit 2.5.3.

I litteraturen er der ikke enighed om, hvorvidt der i dansk forfatning findes en bestemmelse tilsvarende den i Chartret art. 20. Christoffersen et al. (2018) læner sig i sine kommentarer til Chartret op ad forklaringerne til Chartret, idet forfatterne angiver, at Chartrets art. 20 svarer til det generelle princip om alles lighed for loven, der er medtaget i alle EU's forfatninger.²²² Derudover angiver Nielsen (2019), at det ikke er korrekt, at der findes en lignende bestemmelse til Chartrets art. 20 i den danske grundlov.²²³ Slutteligt angiver Tvarnø og Nielsen (2017), at de almindelige retsprincipper i EU-retten, herunder de i Chartret angivne, i høj grad hentes fra medlemsstaternes nationale lovgivning²²⁴, hvorfor det må have formodningen for sig, at forfatterne her bl.a. henviser til princippet om alles lighed for loven, da det ovenfor blev konkluderet, at dette er at betragte som en af de almindelige principper i EU-retten. Tvivlen om, hvorvidt der i dansk forfatning findes en tilsvarende bestemmelse om alle

²¹⁸ Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder (2007/C 303/02)

²¹⁹ Christoffersen et al., 2018, s. 594

²²⁰ Christoffersen et al., 2018, s. 594

²²¹ Christoffersen et al., 2018, s. 594

²²² Christoffersen et al., 2018, s. 223

²²³ Nielsen, 2019, s. 217

²²⁴ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 103

menneskers lighed for loven, leder således videre til afsnit 2.5.3, hvor princippet om alle menneskers lighed for loven i dansk ret behandles.

2.5.2 Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

TEUF anses for at være EU's forfatning, idet traktater har højeste rang i retskildehierarkiet.²²⁵ TEUF må således gælde som EU's forfatning i lighed med TEU og Chartret, efter at dette har fået traktatrang.²²⁶ Det er på baggrund heraf nærliggende at foretage en kort gennemgang af det i TEUF angivne, hvad angår forbuddet mod diskrimination, idet et sådant forbud læner sig op ad Chartrets og EU's generelle princip om alles lighed for loven, jf. Chartrets art. 20 og 21 om forbud mod diskrimination.

TEUF art. 18, stk. 1 hjemler et generelt forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet.²²⁷ Det kan hertil knyttes, at EU-Domstolen har udtalt, at TEUF art. 18 skal anses som gældende for at være et generelt lighedsprincip, hvilket udgør et af de grundlæggende principper inden for EU-retten. På denne måde supplerer TEUF art. 18 derved de mere specifikke regler.²²⁸ Der kan videre tales om, at TEUF art. 18 er at anse som *lex generalis* for så vidt angår relationen til EU-retsakterne om lighed og diskriminationsforbud.²²⁹ Der forefindes dog visse undtagelser til forbuddet mod forskelsbehandling. Før end undtagelsen kan bringes til anvendelse, og TEUF art. 18 derved ikke har retskraft, skal forskelsbehandlingen være sagligt begrundet tillige med opfyldelse af proportionalitetsprincippet²³⁰, og videre skal der være tale om forskelsbehandling i sammenlignelige situationer. Det skal dog slutteligt bemærkes, at TEUF art. 18 alene kan anvendes i tilfælde, hvor ingen af de andre fri bevægelighedsregler kan bringes til anvendelse, idet TEUF art. 18 er *lex generalis*, og følgelig viger TEUF art. 18 derved for *lex specialis*.²³¹

2.5.3 Princippet om alle menneskers lighed for loven i dansk ret

2.5.3.1 Bestemmelsen om alle menneskers lighed for loven i dansk ret

Det blev i afsnit 2.5.1.3 påvist, at der er en vis uenighed om, hvorvidt en bestemmelse om alles lighed for loven er at finde i dansk ret som reel grundsætning, der har hjemmel i grundloven.

Selvom Christoffersen et al. (2018) angiver i sine kommentarer til Chartret, at der findes et tilsvarende retsprincip i den danske grundlov, må dette imidlertid bestrides. Det må endvidere have formodningen for sig, at forfatterne i høj grad læner sig op ad forklaringerne til Chartret, idet ordlyden af forfatternes kommentar er identiske med forklaringen ad art. 20.

²²⁵ Se mere herom i afsnit 1.7.1.3.2

²²⁶ Neergaard og Nielsen, 2016, s. 35 og 36

²²⁷ Kure, 2014, s. 46

²²⁸ Neergaard og Nielsen, 2013, s. 302

²²⁹ Chartrets art. 20 og 21, opholdsdirektivets art. 24 og forordning om arbejdskraftens frie bevægelighed art.

7 er således at anse som *lex specialis* til TEUF art. 18, stk. 1

²³⁰ Kure, 2014, s. 46

²³¹ Kure, 2014, s. 47

Det er videre relevant at foretage en gennemgang af den danske grundlov, idet forklaringerne, som nævnt, bemærker, at Chartrets art. 20 er svarende til det generelle retsprincip, der er optaget i alle medlemsstaters forfatning.

Grundloven kan deles op i følgende hovedgrupper.²³²

- §§ 1 – 4: Regeringsformen
- §§ 5 – 11: Kongehuset
- §§ 12 – 27: Regeringen
- §§ 28 – 34: Valg til Folketinget
- §§ 35 – 58: Folketingets arbejde
- §§ 59 – 65: Domstolene
- §§ 66 – 70: Folkekirken
- §§ 71 – 85: Borgernes rettigheder
- §§ 86 – 87: Færøerne, Grønland og Island
- §§ 88 – 89: Ændring og ikrafttræden af Grundloven

Det vil således være nærliggende, at en lighedsgrundsætning om alle menneskers lighed for loven i dansk ret, vil være at finde 1) i den danske grundlov, jf. forklaringerne til Chartret, og 2) i grundlovens kapitel VIII, §§ 71 – 85, omhandlende danske borgers rettigheder og friheder.

De i Chartret nævnte retsgrundsætninger, herunder art. 20, er generelt kodificeret i de enkelte medlemsstaters forfatninger²³³, hvorfor dette taler for, at en lignende grundsætning bør ledes efter i grundloven. Ved en nærmere gennemgang af grundlovens §§ 71 – 85 kan det konstateres, at der ikke her er en bestemmelse, som eksplicit siger, at alle mennesker er lige for loven. Det må dog have formodningen for sig, at visse bestemmelser blandt grundlovens §§ 71 – 85 må have et sådant indhold svarende til Chartrets art. 20, særligt §§ 71, 72 og 73, idet disse bestemmelser indeholder de personlige frihedsrettigheder.²³⁴

Det kan herved konkluderes, at der i dansk forfatning ikke findes en bestemmelse, der eksplicit siger, at alle mennesker er lige for loven, og som i sit indhold er identisk med Chartrets art. 20.²³⁵ Det må dog have formodningen for sig, at alle mennesker i dansk ret må anses for at være lige for loven, hvilket vil blive undersøgt nærmere, jf. straks nedenfor. Til støtte for denne formodning gøres det ligeledes gældende, at det ikke er alle EU's medlemsstater, der har en nedskreven forfatning, og dette faktum medfører ej heller, at uskrevne lighedsgrundsætninger ikke forefindes i disse medlemsstater. I for eksempel UK²³⁶ udgør forfatningen alene uskrevne retsprincipper.²³⁷

²³² ft.dk, Folketinget, ”*Min grundlov*”

²³³ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 103

²³⁴ Christensen et al., 2016, s. 20

²³⁵ Nielsen, 2019, s. 217

²³⁶ United Kingdom

²³⁷ Neergaard og Nielsen, 2016, s. 36

2.5.3.2 *Hvorafor kan princippet om alle menneskers lighed for loven udledes i dansk ret?*

Det er for nærværende afsnit formålet at undersøge, hvor princippet om alle menneskers lighed for loven findes i dansk ret. Det bemærkes indledningsvist, at der i dansk ret forefindes omfattende lovgivning vedrørende ligestilling og diskrimination.²³⁸ Det er dog værd at have for øje, at størstedelen af dansk anti-diskriminationslovgivning er resultatet af implementering af EU-ret, hvilket grundlæggende skyldes, at forbuddet mod diskrimination af flere årsager er grundlæggende principper inden for EU²³⁹, jf. herved bl.a. afsnit 2.5.1.

Princippet om alle menneskers lighed for loven i Danmark kan udledes af flere love, og det vil nu søges klarlagt, fra hvilken regulering princippet kan udledes af. Chartret samt grundloven er tidligere belyst, jf. ovenfor, men de enkelte bestemmelser i grundloven er ikke yderligere belyst, hvorfor dette hermed vil blive gjort.

2.5.3.2.1 Retsgrundlaget

2.5.3.2.1.1 Danmarks Riges Grundlov

Indledningsvist gælder grundloven for alle dele af Danmarks rige, jf. § 1, hvorfor der ikke er områder og/eller personer i Danmark, hvor på loven ikke finder anvendelse. Ser man herefter videre i grundlovens kapitel VIII, kan det nævnes, at den personlige frihed er ukrænkelig²⁴⁰, at der er fri og lige adgang til erhverv²⁴¹, at enhver arbejdsduelig borger skal have mulighed for at arbejde på vilkår, der betrykker dennes tilværelse²⁴², ligesom der i Danmark endvidere er ytringsfrihed²⁴³.

I overensstemmelse med det tidligere konkluderede, at der i den danske grundlov ikke er en bestemmelse, hvis indhold direkte bestemmer, at alle mennesker er lige for loven, kan det videre konstateres, at der ej heller forefindes en bestemmelse i grundloven mod diskrimination på baggrund af køn, etnisk oprindelse og en række andre forhold.²⁴⁴ Dette bevirker selvsagt ikke, at der i Danmark må diskrimineres på baggrund af disse forhold. Det gøres slutteligt gældende, at de ovenfor nævnte bestemmelser i grundlovens kapitel VIII samlet udgør en del af de danske grundlæggende retsprincipper, idet disse er med til at definere de personlige frihedsrettigheder.²⁴⁵

2.5.3.2.1.2 Ligebehandlingsloven og lov om forbud mod forskelsbehandling på baggrund af handicap

Ligebehandlingsloven er i dansk ret implementeringen af det omarbejdede direktiv om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder, graviditetsdirektivet og forældreorlovsdirektivet.²⁴⁶

²³⁸ Nielsen, 2016, s. 62

²³⁹ Nielsen, 2016, s. 62-63

²⁴⁰ Jf. § 71, stk. 1, 1. punktum

²⁴¹ Jf. § 74

²⁴² Jf. § 75, stk. 1

²⁴³ Jf. § 77

²⁴⁴ Nielsen, 2016, s. 62

²⁴⁵ Christensen et al., 2016, s. 20

²⁴⁶ Nielsen, R., 2019, s. 83

Det er for nærværende afhandling værd at belyse bl.a. ligebehandlingslovens § 1, stk. 1, hvilken definerer, at der ikke må ske forskelsbehandling på baggrund af den enkeltes køn.

Endvidere kan det med hjemmel i lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap gøres gældende, at der ligeledes findes et forbud mod at forskelsbehandle på baggrund af handicap, jf. lovens § 5, stk. 1.

2.5.3.2.1.3 Forskelsbehandlingsloven

Forskelsbehandlingsloven er i dansk ret implementering af beskæftigelsesdirektivet og direktivet om etnisk ligebehandling.²⁴⁷ Det er for nærværende afhandling værd at belyse forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1, som overordnet definerer, hvad forskelsbehandling i lovens regi er,²⁴⁸ og at forskelsbehandling ikke må ske på baggrund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse, jf. herved lovens § 1, stk. 1. Bestemmelsen læner sig særligt op ad ordlyden i Chartrets art. 21 om forbuddet mod forskelsbehandling. At en tilsvarende bestemmelse til Chartrets art. 21 er at finde i dansk lovgivning, må give anledning til at formode, at Chartrets art. 20 ligeledes ville være at finde direkte i dansk lovgivning, hvilket dog ikke er tilfældet. Dog bemærkes det, at forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde er på arbejdsmarkedet mv.

Overordnet kan det slutteligt gøres gældende, at forskelsbehandlingsloven forbyder fire former for forskelsbehandling, hvilke er direkte forskelsbehandling²⁴⁹, indirekte forskelsbehandling²⁵⁰, chikane²⁵¹ og instruktion om at forskelsbehandle^{252 253}.

2.5.3.2.1.4 Jyske Lov og Kong Christian Den Femtes Danske Lov

Jyske Lov blev anvendt som landskabslov for Jylland og Fyn, men blev i 1683 erstattet²⁵⁴ af Danske Lov.²⁵⁵ Af fortalen til Jyske Lov er det interessant at bemærke, at der her angives:

”Loven skal ikke gøres eller skrives til nogen mands særlige fordel, men efter alle deres tarv, som bor i landet”.

Jyske Lov definerer således allerede i 1241²⁵⁶, at alle mennesker er lige for loven, idet loven ikke skal være til fordel for nogen frem for andre i Danmark. Jyske Lov kan dog ikke tillægges betydning i dag, idet loven blev erstattet af Danske Lov i 1683. Ovennævnte fortale blev ikke lovfæstet i Jyske

²⁴⁷ Schwarz og Hjorth-Hartmann, 2019, s. 47

²⁴⁸ Schwarz og Hjorth-Hartmann, 2019, s. 64

²⁴⁹ Jf. § 1, stk. 2

²⁵⁰ Jf. § 1, stk. 3

²⁵¹ Jf. § 1, stk. 4

²⁵² Jf. § 1, stk. 5

²⁵³ Karnovs note 1 til forskelsbehandlingslovens kapitel 1

²⁵⁴ Eyben, 2004, s. 185

²⁵⁵ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 284

²⁵⁶ Eyben, 2004, s. 185

Lov, og der er endvidere heller ikke en bestemmelse om alle menneskers lighed for loven i Danske Lov.

2.5.3.2.2 Sammenfatning af retsgrundlaget

Samlet kan det udledes af ovenfor nævnte bestemmelser, at forskelsbehandling ikke må finde sted på baggrund af køn²⁵⁷, race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse²⁵⁸ eller på baggrund af handicap.²⁵⁹ Endvidere må Jyske Lov også anses for at have tildelt befolkningen en vis lighed for loven ved dennes fortale, men da Jyske Lov er afløst af Danske Lov, kan fortalen til Jyske Lov imidlertid ikke tillægges betydning i nærværende fremstilling og til brug for den videre vurdering af afhandlingens problemstilling. Slutteligt fremhæves de i grundlovens kapitel VIII nævnte bestemmelser, når princippet om alle menneskers lighed for loven skal udledes af dansk ret.

Princippet om alle menneskers lighed for loven må anses som et uskrevet retsprincip i Danmark, hvilket bl.a. kan udledes af grundloven, ligebehandlingsloven, forskelsbehandlingsloven samt lov om forbud mod forskelsbehandling på baggrund af handicap. Man kan derved tale om, at der selvsagt er en beskyttelse af arbejdstagerne i dansk ret, idet en større del af ovennævnte love regulerer arbejdsmarkedet, men at der ikke er en overordnet bestemmelse, som i sin enkelthed definerer, at alle mennesker er lige for loven. Dette stemmer imidlertid overens med det billede Alain Supiot udtrykker om Danmark, idet han beskriver Danmark som det land i EU med den mest spidsfindige ansættelsesbeskyttelseslovgivning^{260 261}.

Til støtte for at der i dansk ret gælder et princip om alles lighed for loven, kan det nævnes, at der siden den seneste grundlovsændring i 1953 er sket en markant fremadskridende integration mellem national dansk ret og EU-retten, hvorfor magten til dels er overgivet til EU, hvad angår lovgivningen. På baggrund heraf har almindelige EU-retlige principper virkning i Danmark på forfatningsniveau. Uagtet at der ikke er sket en ændring i grundlovsteksten siden 1953, kan man således argumentere for, at der er sket en grundlovsændring som følge af EU-rettens indvirkning på dansk ret.²⁶² Det gøres gældende, at uagtet retsprincippet udledes af flere love og endvidere ikke er nedskrevet i dansk forfatning, har princippet om alles lighed for loven i dansk ret alligevel grundlovsrang. Til støtte herfor kan det nævnes, at UK ikke har en skreven forfatning, og forfatningen i UK bygger på uskrevne retsprinsipper med forfatningsrang²⁶³, og på samme måde gælder det for retsprincippet om alles lighed for loven i Danmark.

Slutteligt er det værd at henlede opmærksomheden på, at uagtet princippet ikke er nævnt eksplicit i dansk ret, er Danmark som medlem af EU forpligtet til at værne om dette EU-retlige grundprincip,

²⁵⁷ Jf. ligebehandlingslovens § 1, stk. 1

²⁵⁸ Jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1

²⁵⁹ Jf. lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicaps § 5, stk. 1

²⁶⁰ Supiot, 1992, s. 32

²⁶¹ Nielsen, 2019, s. 407

²⁶² Nielsen, R., 2019, s. 35

²⁶³ Neergaard og Nielsen, 2016, s. 36

idet Chartret har forrang for dansk ret, og der kan således være tale om, at Chartret, herunder art. 20, har grundlovsrang i Danmark²⁶⁴, jf. herved princippet om EU-rettens forrang.²⁶⁵ I tilknytning hertil bemærkes det, at EU-rettens forrang også kan gøres gældende i forhold til nationale forfatningsbestemmelser, jf. sag C-106/77, Simmenthal, præmis 21 og 24.

2.5.4 Princippet om alle menneskers lighed for loven i tysk ret

2.5.4.1 Bestemmelsen om alle menneskers lighed for loven i tysk ret

I den tyske forfatning, Grundgesetz, findes der i art. 3, stk. 1 en bestemmelse med følgende ordlyd:

”Alle Menschen sind vor dem Gesetz Gleich”.

Art. 3, stk. 1 direkte oversat til dansk lyder *”Alle mennesker er lige for loven”*. Der er således tale om, at indholdet af Grundgesetz art. 3, stk. 1 er tilsvarende bestemmelsen i Chartrets art. 20. Det bemærkes endvidere, at Grundgesetz er den tyske forfatning, svarende til rangen af den danske grundlov.²⁶⁶ Endvidere angiver præamblen til Grundgesetz, at loven gælder for hele det tyske folk, på samme vis som grundloven angiver i § 1, at loven gælder for alle dele af Danmarks rige. Hertil bemærkes yderligere, at forklaringen ad art. 20, som tidligere anført, angiver, at Chartrets art. 20 er tilsvarende den bestemmelse, der er optaget i alle medlemsstaters forfatning. Herved kan det således konkluderes, at forklaringen stemmer overens med den tyske forfatning. Der er derfor ingen tvivl om, at en tysk borger vil kunne påberåbe og gøre gældende, at pågældende er lige for loven, herunder lige for såvel national som international lov.

2.5.4.2 BVerfGE 82, 126 – *Kündigungsfristen für Arbeiter*

Ovennævnte sag verserede ved den tyske forfatningsdomstol, Bundesverfassungsgericht, i 1990.²⁶⁷ Der blev i nærværende sag nedlagt påstand om, at § 622, stk. 2 i BGB²⁶⁸, der fastsatte opsigelsesvarsler for arbejdere²⁶⁹, hvilke var ringere end de opsigelsesvarsler, der var for funktionærer²⁷⁰, var forfatningsstridigt. Dette skyldes, at bestemmelsen i BGB, efter anklagen, ikke var at anse som forenelig med Grundgesetz art. 3, stk. 1, hvilken bestemmer, at alle mennesker er lige for loven. Til støtte for den nedlagte påstand blev det fremført, at forskelsbehandlingen mellem arbejderne og funktionærerne ikke længere kunne begrundes sagligt blandt andet på baggrund af, at forskelsbehandlingen og bestemmelsen i BGB gik tilbage til 1800-tallet, og derfor ikke kunne opretholdes som sagligt begrundet i slutningen af 1900-tallet.²⁷¹

²⁶⁴ Nielsen, 2016, s. 63

²⁶⁵ Se endvidere afsnit 1.7.1.3.1

²⁶⁶ Nielsen, 2019, s. 408

²⁶⁷ Nielsen, 2019, s. 407

²⁶⁸ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I S. 541) geändert worden ist

²⁶⁹ I tysk ret forstås der herved en *”Arbeiter”*

²⁷⁰ I tysk ret forstås der herved en *”Angestellte”*

²⁷¹ Nielsen, 2019, s. 408

Man havde i Tyskland valgt at lave den retlige forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer, da man mente, at funktionærer generelt besad bedre kvalifikationer, ligesom der var en generel opfattelse af, at funktionærer havde brug for længere tid til at finde nyt arbejde, når disse blev opsagt, hvilket BGB bakkede op om.²⁷² Domstolen lagde ved sin afgørelse blandt andet vægt på, at en funktionær ikke nødvendigvis besad bedre kvalifikationer end en arbejder, hvilket tidligere havde været argumentet for, at forskelsbehandlingen mellem funktionærer og arbejdere var sagligt begrundet. Domstolen lagde endvidere vægt på, at forskellen i opsigelsesvarslet mellem arbejdere og funktionærer var betydelige, idet en arbejder havde 2 ugers opsigelse, hvorimod en funktionær havde seks ugers opsigelse. Derudover kunne funktionæren nyde godt af anden beskyttelse, for så vidt angår opsigelsesvarsler, når denne havde en vis anciennitet. For både funktionærer og arbejdere gjaldt det dog, at begge parter opsigelsesvarsler steg i takt med ansættelsens varighed.

Det blev af den tyske forfatningsdomstol fremført, at forskelsbehandlingen af tyske arbejdere ikke må foretages, såfremt forskelsbehandlingen begrænser individets grundlæggende rettigheder, hvilket var tilfældet i nærværende sag. Domstolen fremførte endvidere i sin afgørelse, at såfremt en tysk bestemmelse er forfatningsstridig, skal denne erklæres ugyldig, hvorefter domstolen gjorde det klart, at forskellen i opsigelsesvarslet mellem arbejdere og funktionærer var uforenelig med det generelle lighedsprincip.

Forfatningsdomstolen kom frem til, at sagsøgers påstand var velbegrundet, og derved kunne BGB § 622, stk. 2 erklæres forfatningsstridig og uforenelig med Grundgesetz art. 3, stk. 1, hvorfor forskelsbehandlingen mellem arbejdere og funktionærer ikke længere kunne anses som sagligt begrundet.

2.5.4.2.1 Resultatet af BVerfGE 82, 126

Efter domsafsigelsen i BVerfGE 82, 126 stod det klart, at der skulle foretages en ændring i BGB § 622. I dag indeholder BGB § 622 det samme opsigelsesvarsel for både arbejdere og funktionærer. Efter nævnte ændring blev foretaget, blev den retlige forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer dermed ændret ved lov, og der kan ikke længere forskelsbehandles mellem disse typer af arbejdstagere i Tyskland.²⁷³

Videre foretages der ej heller forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer, hvad angår betaling af løn under fravær fra arbejdspladsen grundet sygdom. Det gælder i Tyskland, at man som arbejdstager har ret til løn under sygdom uagtet den ugentlige eller månedlige arbejdstid.²⁷⁴ Den eneste betingelse der foreligger, førend man kan rette krav om betaling af løn i forbindelse med sygdom er, at man som arbejdstager skal have været ansat i den givne virksomhed i mindst fire uger uden afbrydelse.²⁷⁵

²⁷² Foster og Sule, 2010, s. 247

²⁷³ Foster og Sule, 2010, s. 247

²⁷⁴ um.dk, Udenrigsministeriet, ”Arbejdsrettigheder”

²⁷⁵ Europa-Kommissionen, 2012, s. 11

Det skal kort nævnes, at domme generelt danner præcedens, og det må derfor lægges til grund, at nævnte afgørelse har betydning for fremadrettede afgørelser inden for samme retsområde, og dommen har derved relevans for, hvordan nærværende afhandlings problemstilling belyses.

Endvidere har tysk ret, og måden hvor på reguleringen er udformet, generelt haft stor betydning i andre lande, ligesom tysk lovgivning i dag kan anses som forgænger for reguleringen i andre medlemsstater i EU.²⁷⁶ På baggrund af dette må det have formodningen for sig, at tysk rets generelle indflydelse på juraen i andre lande også må sætte sit præg på, hvordan EU-Domstolen vil behandle en sag, der udspringer af nærværende afhandlings problemstilling. Der henvises i denne forbindelse til afsnit 2.6, jf. straks nedenfor.

2.6 Tysklands accept af EU-rettens forrang

I Tyskland indeholder forfatningen bestemmelser, der sikrer og beskytter borgernes grundlæggende rettigheder.²⁷⁷ Disse rettigheder er for Tyskland en vigtig del af forfatningen, og på baggrund heraf efterprøvede den tyske forfatningsdomstol EU-rettens forrang fra 1974 og frem til slutningen af 1986. Dette var for at klarlægge, hvorvidt tyske borgere fik samme beskyttelse af EU-retten, som den tyske forfatning sikrede.²⁷⁸ I 1986 traf den tyske forfatningsdomstol afgørelse om, at Tyskland ikke længere ville efterprøve EU-retten, så længe EU sikrede den beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, som det fremgik af EU-Domstolens praksis.²⁷⁹ Denne beslutning betød dermed, at Tyskland accepterede EU-rettens forrang, så længe EU-retten sikrede grundlæggende tyske rettigheder på minimum samme niveau, som den tyske forfatning sikrede samme grundlæggende rettigheder.²⁸⁰

Den tyske forfatning gik dermed forud for EU-retten, hvad angår grundlæggende rettigheder og beskyttelsen af disse, idet flere af de grundlæggende rettigheder allerede før dannelsen af EU, fremgik af tysk lovgivning. Da de grundlæggende rettigheder i Tyskland blev sikret gennem forfatningen, var rettighederne ligeledes nødt til at blive beskyttet på samme niveau i EU for, at Tyskland ville acceptere EU-rettens forrang.²⁸¹ Hertil kan det nævnes, at EU ikke havde et ”katalog” over grundlæggende rettigheder før indførelsen af Chartret i 2000, samt at disse grundlæggende rettigheder ikke blev beskyttet på traktatniveau før 2009, hvor Chartret fik traktatrang ved Lissabontraktatens ikrafttræden.²⁸²

²⁷⁶ Lando, 2009, s. 77

²⁷⁷ Nielsen, 2019, s. 209

²⁷⁸ Nielsen, 2019, s. 209

²⁷⁹ Nielsen, 2019, s. 209

²⁸⁰ Nielsen, 2019, s. 408

²⁸¹ Nielsen, 2019, s. 209

²⁸² Nielsen, 2019, s. 210

2.7 Delkonklusion

Når et udstationeringsforhold består i Danmark, reguleres ansættelsesforholdet bl.a. af udstationeringsloven. Førend loven kan finde anvendelse, skal der være tale om udstationering af en *arbejdstager*, og hertil bemærkes det, at det er definitionen af arbejdstagerbegrebet i det land, hvor til udstationeringen foretages, der anvendes. Det er for nærværende afhandling den danske definition af arbejdstagerbegrebet, hvor en arbejdstager bliver defineret som en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold, der bringes til anvendelse. Det konkluderes herefter, at det danske arbejdstagerbegreb i store træk stemmer overens med EU's definition af samme begreb.

Såfremt en arbejdstager udstationeres til Danmark, angiver udstationeringslovens § 5, nr. 4, at funktionærlovens § 7 altid vil finde anvendelse på ansættelsesforholdet, såfremt pågældende opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1. Funktionærlovens § 7 tildeler funktionæren bedre barselsvilkår, end der gælder for arbejdere, samt løn under sygdom, såfremt pågældende bliver uarbejdsdygtig som følge af sin graviditet. I Danmark foretages der således retslig forskelsbehandling mellem funktionærer og arbejdere, idet funktionærerne omfavnes af en særbeskyttelse i form af funktionærloven.

I Tyskland foretages en sådan retslig forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer imidlertid ikke, men når udstationeringsforholdet består i Danmark, vil der alligevel foretages retslig forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer, og den tyske *funktionær* omfavnes herefter af beskyttelsen i funktionærlovens § 7. Herefter vil den tyske arbejdstager, der betragtes som *arbejder* i Danmark, kunne påberåbe sig princippet om alle menneskers lighed for loven, idet pågældende ikke har samme beskyttelse i forbindelse med sin graviditet og barsel som en funktionær har.

Hvad angår princippet om alle menneskers lighed for loven, kan det konkluderes, at dette gælder i EU efter Chartrets art. 20, i Tyskland efter Grundgesetz art. 3, stk. 1 og i Danmark som følge af flere love i samspil med hinanden, og ud fra en monistisk tilgangsvinkel at anskue retten fra konkluderes det, at Chartret anses for at have grundlovsrang i Danmark. På baggrund af princippet om alle menneskers lighed for loven afsagde den tyske forfatningsdomstol i 1990 dom (BVerfGE 82, 126), hvor det blev gjort klart, at det i Tyskland ikke længere kunne sagligt begrundes at foretage retslig forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer, da dette var uforeneligt med Grundgesetz art. 3, stk. 1 og dermed forfatningsstridigt.

Foreligges spørgsmålet om, hvorvidt der må foretages retslig forskelsbehandling over for tyske udstationerede arbejdstagere i Danmark, for EU-Domstolene, vil denne skulle tage stilling til, hvorvidt en sådan retslig forskelsbehandling er at anse som uforenelig med Chartrets art. 20 om alles lighed for loven.

Det konkluderes, at EU-Domstolen vil søge inspiration i dommen BVerfGE 82, 126, til fortolkning af Chartrets art. 20. EU-Domstolen må herefter se sig nødsaget til at fortolke Chartrets art. 20 på samme måde, som den tyske forfatningsdomstol tolkede Grundgesetz art. 3, stk. 1 i BVerfGE 82, 126, da begge disse bestemmelser indeholder eksakt samme princip. EU-Domstolen vil herefter tolke Chartrets art. 20 på en sådan vis, hvor denne kommer på højde med Grundgesetz. Såfremt der måtte

blive forelagt sådanne problemstillinger for EU-Domstolen, skal denne beskytte tyske grundlæggende rettigheder på samme niveau, som national tysk ret gør, idet Tyskland accepterede EU-rettens forrang under forudsætning af dette.

Herefter må det konkluderes, at henvisningen til funktionærlovens § 7 i udstationeringslovens § 5, nr. 4, må anses som uforenelig med Chartrets art. 20 om alle menneskers lighed for loven, såfremt der udstationeres tyske arbejdstagere til Danmark. Herefter vil en tysk *arbejder*, udstationeret til Danmark, kunne gøre krav på de samme lønfordele som en funktionær, for så vidt angår indholdet af funktionærlovens § 7.

Kapitel 3 - Økonomisk analyse

3.1 Indledning

På det danske arbejdsmarked foretages der retslig forskelsbehandling af arbejdstagergrupperne, idet nogle arbejdstagere defineres som *funktionærer*, mens de der ikke omfavnes af funktionærloven, betragtes som *arbejdere*. Nærværende kapitel søger derfor at fastlægge, hvorvidt dette kan begrundes i økonomiske forhold.

Det danske arbejdsmarked reguleres overordnet ikke af lovgivning, men bliver i stedet reguleret gennem overenskomster aftalt mellem arbejdsmarkedets parter. Dette kaldes også for den danske model, hvor arbejdsmarkedets parter består af repræsentanter for henholdsvis arbejdsgiverne på den ene side og arbejdstagerne på den anden.²⁸³ Dog forekommer der lovgivning i form af funktionærloven, hvorefter der sker forskelsbehandlingen på det danske arbejdsmarked. Denne forskelsbehandling vil ligeledes foretages over for udenlandske arbejdstagere, der enten migrerer eller udstationeres til Danmark.²⁸⁴

Migration mellem EU's medlemsstater har altid fundet sted, hvilket ligeledes gælder for Danmark. Specielt ved oprettelsen af det nordiske samarbejde i 1952-1954 samt oprettelsen af EU i 1957²⁸⁵, det daværende EF²⁸⁶, blev migration mellem EU's medlemsstater lettere. Det ses ofte, at der sker stor migration ved mangel på arbejdskraft, ligesom migration også ofte sker fra lavtlønslande²⁸⁷ mod højt-lønslande²⁸⁸. En afgrening af arbejdskraftens frie bevægelighed er udstationering, hvorfor det findes relevant at undersøge, hvorledes udviklingen af udstationerede arbejdstagere fra EU til Danmark har været de seneste år. Det er endvidere relevant at undersøge, hvilke økonomiske årsager der ligger til grund for forskelsbehandlingen mellem arbejdstagerne i Danmark.²⁸⁹ Hertil bemærkes det, at retslig forskelsbehandling er uforeneligt med EU-retten, hvad angår udstationering af tyske arbejdstagere til Danmark, hvorfor det findes relevant at undersøge omfanget af tysk arbejdskraft i Danmark.

I Danmark foretages retslig forskelsbehandling på lovgiverniveau, og dette kan støttes i Kenneth Arrows diskriminationsteori. Hertil kan det nævnes, at arbejdsgiverdiskrimination ligeledes kan finde anvendelse, da arbejdsgiverne kan have et incitament til at fravælge en arbejder til fordel for en funktionær, da disse samtidig som udgangspunkt giver bedre forudsætninger for nyttemaksimering.

I forlængelse af ovenstående vil efficiency wage teorien inddrages, da denne teori kan være med til at understøtte et økonomisk rationale bag retslig forskelsbehandling. Her vil der bl.a. fokuseres på

²⁸³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 267

²⁸⁴ Der henvises i denne forbindelse til udstationeringslovens § 5, nr. 4, som henviser til, at funktionærlovens § 7 altid vil finde anvendelse på ansættelsesforholdet, såfremt lønmodtageren opfylder de almindelige betingelser i funktionærlovens § 1

²⁸⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 332-334

²⁸⁶ EF indtil 1. november 1993, hvor det skiftede navn til EU, hvorfor det herefter vil blive benævnt "EU"

²⁸⁷ Ved et "lavtlønsland" forstås et land med lav levestandard, høj arbejdsløshed og lave lønninger, jf. Ibsen og Stamhus, 2016, s. 340

²⁸⁸ Ved et "højt-lønsland" forstås det modsatte af et "lavtlønsland"

²⁸⁹ Nielsen, 2019, s. 407-408

beskæftigelsesmulighederne for arbejdstagerne samt transaktionsomkostningerne for staten, arbejdsgiverne og arbejdstagerne.

3.2 Sociologisk historie

3.2.1 Arbejdskraftens frie bevægelighed, det indre marked og det nordiske samarbejde

Med dannelsen af EU i 1957²⁹⁰ og indførelsen af arbejdskraftens frie bevægelighed i 1960'erne²⁹¹, blev det muligt at bevæge sig frit imellem EU's medlemsstater og tage arbejde indenfor disse. Dette blev med Danmarks tiltrædelse af EU i 1973 også muligt for danske statsborgere, ligesom det på samme vis blev muligt for unionsborgere fra andre EU-medlemsstater at komme til Danmark og tage ophold og arbejde.²⁹²

Arbejdskraftens frie bevægelighed, sikret gennem EU, var dog ikke første tiltag, der åbnede op for at rejse imellem lande og tage ophold for at arbejde. I de nordiske lande blev dette muligt allerede i 1952, hvor der blev indført pasfrihed, når nordiske borgere rejste imellem de nordiske lande.²⁹³ Det nordiske samarbejde blev yderligere styrket ved oprettelsen af det nordiske råd i 1953, og i 1954 etablerede de nordiske lande et fælles nordisk arbejdsmarked, hvilket blev forgænger for EU's indre marked med fri bevægelighed.²⁹⁴ Dette var med målet om at nedbringe ledigheden samlet i hele Norden.²⁹⁵ Danmark var dermed, sammen med de resterende nordiske lande, et foregangsland, og gjorde det muligt for nordiske statsborgere at tage ophold og søge arbejde i de andre nordiske lande, ligesom det senere blev muligt for alle unionsborgere inden for EU.

3.2.2 Migration fra EU til Danmark

De åbne grænser og det frie indre marked gjorde migration mellem EU's medlemsstater nemmere, hvilket betød, at arbejdskraft fra lavtlønslande søgte mod højtølslande for at arbejde.²⁹⁶ Dette kan bl.a. begrundes i de økonomiske fordele, som er forbundet med at tage arbejde i et højtølsland sammenlignet med et lavtlønsland.

I Danmark har man gennem tiden oplevet migration fra hele verden specielt fra vore nabolande Norge, Sverige og Tyskland.²⁹⁷ Migrationen fra henholdsvis Norge og Sverige kan blandt andet forklares i det nordiske samarbejde, som blev vedtaget i starten af 1950'erne, som beskrevet ovenfor. Udover migration fra nabolandene har Danmark ligeledes oplevet migration fra EU's medlemsstater efter tiltrædelsen af EU i 1973. Der er særligt sket migration fra landene i Østeuropa, som hovedsageligt tiltrådte EU i henholdsvis 2004 og 2007.²⁹⁸ Migrationen fra de østeuropæiske lande kan begrundes i, at disse er lavtlønslande, mens Danmark er et højtølsland.

²⁹⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 334

²⁹¹ europarl.europa.eu, Europa-Parlamentet, Susanne Kraatz, 2020

²⁹² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 331 og 334

²⁹³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 332

²⁹⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 332

²⁹⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

²⁹⁶ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 338

²⁹⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

²⁹⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 340

Der vil for nærværende blive set på udviklingen i migrationen til Danmark siden indførelsen af det nordiske samarbejde. Her skal der dog tages forbehold for, at tallene dækker over den samlede indvandring, og det er dermed ikke kun indvandring af arbejdstagere fra EU, der er medtaget nedenfor. Alligevel kan der udledes tendenser for perioderne omkring indførelsen af det nordiske samarbejde samt Danmarks tiltrædelse af EU.

Frem til 1956 var der et fald i indvandringen til Danmark,²⁹⁹ hvorefter der skete en stigning i indvandringen op gennem 1960'erne frem til 1973 med kun ganske små udsving.³⁰⁰ Denne stigning kan blandt andet begrundes i det nordiske samarbejde, samt manglen på arbejdskraft op gennem 1960'erne, hvilket uddybes nedenfor i afsnit 3.2.2.2. I perioden efter Danmarks tiltrædelse af EU, skete der et generelt fald i indvandringen frem til 1984, dog med enkelte år, hvor der forekom en mindre stigning.³⁰¹ Dette kan begrundes i den lavkonjunkturperiode, som Danmark befandt sig i. Herefter skete der en stigning frem til 1987³⁰², hvor den næste lavkonjunkturperiode ramte Danmark. Det kan dog ses, at der fra 1989 og frem til 1995 skete en generel stigning af indvandrede³⁰³, og dette sker til trods for den daværende lavkonjunktur, der var i Danmark frem til 1994. Efter 1995 skete der et fald af indvandrede frem til årtusindeskiftet³⁰⁴, hvor man først fra 2005 for alvor oplevede en stigning i antallet af indvandrere igen.³⁰⁵ Årsagerne hertil behandles nærmere i afsnit 3.2.2.2.

Der vil nu blive set på migrationen til Danmark fra EU's medlemsstater siden 2007, hvor stort set alle EU's nuværende medlemsstater var tiltrådt EU.

Nedenfor ses der statistik over migrationen af arbejdstagere fra EU's medlemsstater til Danmark siden 2007 og frem til 2019. Det bemærkes, at der afgrænses til alene at se på aldersgruppen 30-59 år, da det antages at være i denne aldersgruppe, de fleste arbejdstagere kan findes, idet personer under 30 år antages hovedsageligt at være studerende, medens personer over 60 år antages hovedsageligt at være fratrådt arbejdsmarkedet.³⁰⁶

²⁹⁹ Det statistiske departement, 1964, s. 4

³⁰⁰ Danmarks Statistik, 1975, s. 8 og 12

³⁰¹ Danmarks Statistik, 1985, s. 11 og 16

³⁰² Danmarks Statistik, 1995, s. 24 og 28

³⁰³ Danmarks Statistik, 1995, s. 24 og 28

³⁰⁴ Danmarks Statistik, 2005, s. 31 og 34

³⁰⁵ Danmarks Statistik, 2015, s. 20 og 24

³⁰⁶ For nærmere om disse antagelser henvises der til afsnit 1.7.2.1

Indvandring efter statsborgerskab, område, køn, alder og tid

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
EU-28													
Hele landet													
Mænd													
30-39 år	2 847	3 594	2 368	2 318	2 630	2 910	3 477	4 148	4 204	4 274	4 567	4 922	4 334
40-49 år	1 447	1 849	1 181	961	1 054	1 340	1 437	1 934	2 119	2 108	2 273	2 469	2 285
50-59 år	514	615	441	336	430	512	540	732	868	826	905	984	1 019
Kvinder													
30-39 år	1 372	1 789	1 450	1 393	1 554	1 684	1 813	2 113	2 071	2 099	2 176	2 307	2 220
40-49 år	568	859	641	630	562	725	750	900	935	905	1 054	1 092	1 108
50-59 år	206	284	241	214	227	234	312	315	321	353	429	445	498

Tallene er den 11. maj 2016 revideret i forhold til tidligere offentliggjorte tal. Se mere på <http://dst.dk/doku/flytninger-til-og-fra-udlandet>

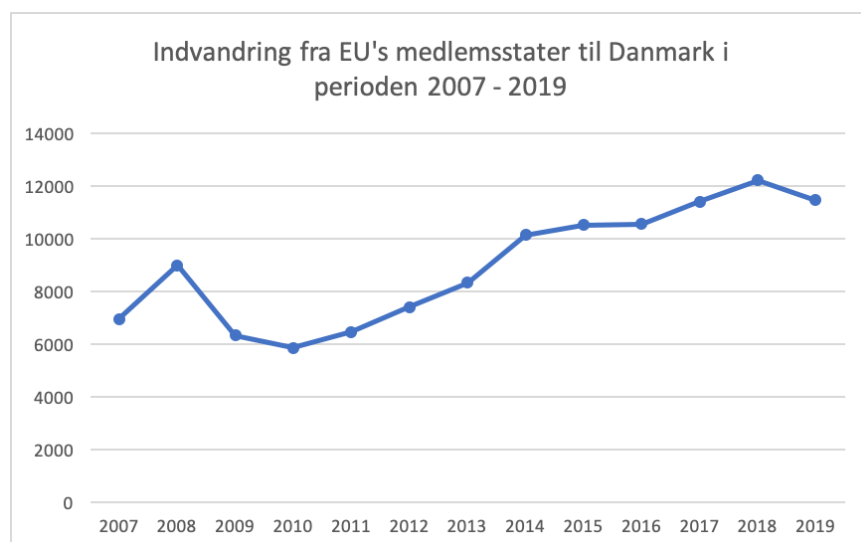
Figur 3.1 – Statistik over antal indvandrede fra EU-medlemsstater til Danmark i alderen 30-59 år. Indvandrede i alt fra 2007-2019: 116.621 personer. Kilde: Danmarks Statistik, marts 2020.

Ud fra ovenstående statistik (figur 3.1) kan det udledes, at der fra 2007 til 2019 i alderen 30-39 år er migreret 70.634 personer, i alderen 40-49 år er der migreret 33.186 personer, samt i alderen 50-59 år er der migreret 12.801 personer. Dette betyder, at der sammenlagt fra 2007 til 2019 i alderen 30-59 år er migreret 116.621 personer fra EU's medlemsstater til Danmark. Der må tages forbehold for, at det ikke er alle, der er migreret grundet arbejde men lige så vel kan være migreret som følge af at være ægtefælle til en arbejdstager eller lignende. Som tidligere nævnt antages det dog, at der i denne aldersgruppe er tale om arbejdstagere, der kan migrere frit som følge af arbejdskraftens frie bevægelighed sikret gennem EU.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Indvandring fra alle EU lande til Danmark i alt	6.954	8.990	6.322	5.852	6.457	7.405	8.329	10.142	10.518	10.565	11.404	12.219	11.464

Figur 3.2 - Kilde: Egen tilvirkning med data fra Danmarks Statistik, marts 2020 (figur 3.1)

Der er ved ovenstående figur 3.2 foretaget en sammenlægning af antallet af indvandrere fra alle EU's medlemsstater fra 2007 til 2019 for både mænd og kvinder i aldersgruppen 30-59 år. Tallene er hentet fra det i figur 3.1 angivne. Ovennævnte tal (figur 3.2) ses endvidere illustreret ved figur 3.3 nedenfor.



Figur 3.3 - Kilde: Egen tilvirkning med data fra Danmarks Statistik, marts 2020 (figur 3.1)

Det kan således med afsæt i statistikkerne ovenfor udledes, at der er sket en generel stigning siden 2010 i antallet af indvandrede fra EU's medlemsstater til Danmark. Dette kan blandt andet begrundes i de østeuropæiske landes tiltrædelse af EU, der, som beskrevet ovenfor, skete i 2004 og 2007. Da disse lande ofte også anses som værende lavtlønslande, kan dette forklare den store migration til Danmark, da specielt de ufaglærte arbejdstagere vinder ved at tage til et højt lønsland, hvilket, ceteris paribus, skaber et incitament for disse arbejdstagere.

I afsnittet nedenfor vil der blive set nærmere på indvandringen fra Tyskland til Danmark, da Tyskland er naboland til Danmark, og der gennem tiden er blevet oplevet stor migration herfra.³⁰⁷ Samtidig er Tyskland ligeledes et højt lønsland, og det er derfor interessant at se udviklingen sammenlignet med udviklingen for det samlede EU.

3.2.2.1 Migration fra Tyskland til Danmark

Den nedenfor medtagne statistik viser migrationen fra Tyskland til Danmark siden 2007 og frem til 2019. Der er på samme vis som ovenfor afgrænset til alene at se på aldersgruppen 30-59 år.

³⁰⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

Indvandring efter statsborgerskab, område, køn, alder og tid

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Tyskland													
Hele landet													
Mænd													
30-39 år	436	458	286	216	201	147	168	193	200	219	194	232	248
40-49 år	377	364	213	137	132	125	94	90	97	112	108	111	101
50-59 år	107	110	78	49	50	51	41	41	43	64	65	69	86
Kvinder													
30-39 år	318	315	227	170	168	162	142	188	182	190	185	224	224
40-49 år	186	219	145	117	72	75	70	77	63	60	97	81	105
50-59 år	47	73	49	36	36	36	34	34	27	42	49	61	72

Tallene er den 11. maj 2016 revideret i forhold til tidligere offentliggjorte tal. Se mere på <http://dst.dk/doku/flytninger-til-og-fra-udlandet>

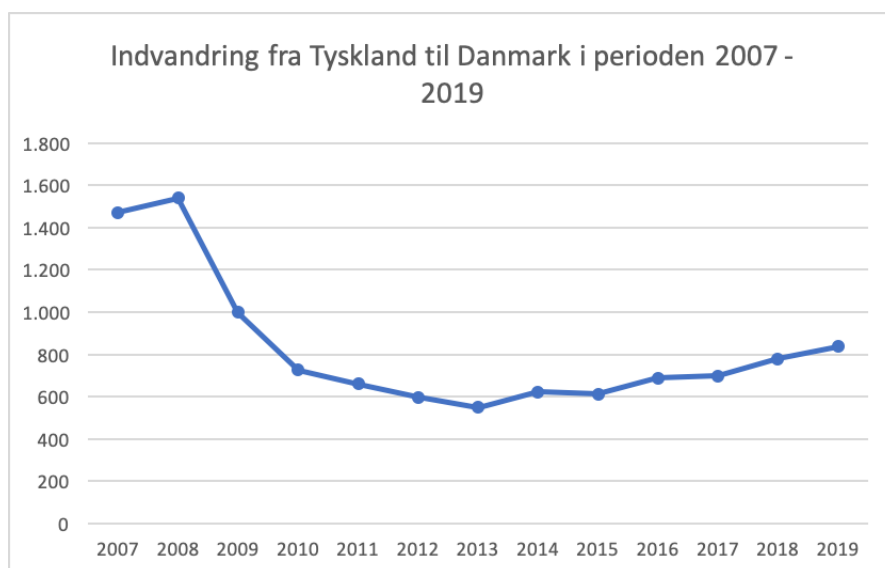
Figur 3.4 – Statistik over antal indvandrede fra Tyskland til Danmark i alderen 30-59 år. Indvandrede i alt fra 2007-2019: 10.771 personer. Kilde: Danmarks Statistik, marts 2020.

Det kan ud fra ovenstående statistik (figur 3.4) ses, at der fra 2007 til 2019 i alderen 30-39 år er migreret 5.893 personer, i alderen 40-49 år er migreret 3.428 personer, samt i alderen 50-59 år er migreret 1.450 personer. Dette betyder, at der i alt fra 2007 til 2019 i alderen 30-59 år er migreret 10.771 personer fra Tyskland til Danmark. Der må her, ligesom ved statistikken over migrerede fra EU's medlemsstater, tages forbehold for, at det ikke er alle, der er migreret grundet arbejde, men lige så vel kan være som ægtefælle til en arbejdstager eller lignende. Som tidligere nævnt antages det dog, at der i denne aldersgruppe er tale om arbejdstagere, der kan migrere frit som følge af arbejdskraftens frie bevægelighed sikret gennem EU.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Indvandring fra Tyskland til Danmark	1.471	1.539	998	725	659	596	549	623	612	687	698	778	836

Figur 3.5 - Kilde: Egen tilvirkning med data fra Danmarks Statistik, marts 2020 (figur 3.4)

Der er ved ovenstående figur 3.5 foretaget en sammenlægning af antallet over indvandrere fra Tyskland til Danmark for både mænd og kvinder i aldersgruppen 30-59 år i perioden 2007 til 2019. Tallene er hentet fra figur 3.4 og er endvidere illustreret ved figur 3.6 nedenfor.



Figur 3.6 - Kilde: Egen tilvirkning med data fra Danmarks Statistik, marts 2020 (figur 3.4)

Sammenholdes statistikken over indvandrede fra Tyskland med det samlede antal indvandrede fra EU's medlemsstater, kan det udledes, at indvandringen fra Tyskland har været generelt faldende siden 2007, dog med en generel mindre stigning de seneste år, men dog stadig lavere end i 2007. Indvandringen fra EU's medlemsstater ses til gengæld generelt stigende siden 2010 som beskrevet i afsnit 3.2.2 ovenfor. Faldet i den tyske indvandring sammenholdt med stigningen i den samlede indvandring fra EU's medlemsstater kan blandt andet skyldes, at Tyskland er et højt lønsland ligesom Danmark, og arbejdstagerne dermed ikke stilles væsentligt bedre i Danmark end i Tyskland.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at migrationen til Danmark altid har fundet sted, men at det er blevet gjort mere tilgængeligt at immigrere som følge af arbejdskraftens frie bevægelighed herunder først gennem det nordiske samarbejde og sidenhen gennem EU. Ofte ses det dog, at indvandringen er størst fra lavtlønslande mod højt lønslande, da arbejdstagerne, specielt de ufaglærte, vinder mest ved denne migration. Det kan ligeledes udledes, at migrationen påvirkes af høj- og lavkonjunkturer, hvilket der straks nedenfor vil blive gjort rede for.

3.2.2.2 Årsager til migration

Migrationen til Danmark kan begrundes i flere årsager, som herved kort vil blive gennemgået. Årsagerne vil alene blive anvendt som begrundelse for migrationen til Danmark, hvorfor det ikke vil blive berørt, hvilken betydning årsagerne har på arbejdsmarkedsforhold som løn m.v.

Som nævnt i afsnit 3.2.2 kan migration bl.a. forklares med afsæt i de lønforskelle, der er mellem EU-medlemsstaterne. Dette betyder, at statsborgere fra lavtlønslande ofte ønsker at migrere mod højt lønslande, da de derved vil kunne tjene mere ved udførelsen af arbejde i et højt lønsland sammenlignet med et lavtlønsland. Dette skete bl.a. som følge af EU's udvidelse med de østeuropæiske lande i 2004 og 2007, som det også kan ses ovenfor i afsnit 3.2.2.

Udover forskellen i lønforhold i EU's medlemsstater kan migration også begrundes i høj- og lavkonjunkturperioder og dermed, hvorvidt der er mangel på arbejdskraft i indvandringslandet. Dette betyder, at der i perioder med højkonjunktur vil være mangel på arbejdskraft, hvilket vil resultere i, at det vil være attraktivt for arbejdstagere fra andre lande at søge til et land med højkonjunktur. Samtidig vil det have den modsatte effekt ved lavkonjunkturperioder. Dette har ligeledes været tilfældet for Danmark både før og efter tiltrædelsen af EU. I 1960'erne skete der stor migration fra blandt andet Østeuropa, det daværende Jugoslavien, specielt af ufaglærte arbejdere grundet manglen på arbejdskraft i en periode med højkonjunktur.³⁰⁸ Efter tiltrædelsen af EU i 1973 var der en forventning om stor migration til Danmark fra andre EU-medlemsstater. Dette var dog ikke tilfældet, da de daværende medlemsstater var højt lønslande ligesom Danmark og dernæst grundet, at Danmark var inde i en periode med lavkonjunktur og dermed stor arbejdsløshed.³⁰⁹ Dette forekom fra 1974 til 1982 samt ligeledes fra 1987 til 1994.³¹⁰

Danmark har dermed oplevet stor migration i højkonjunkturperioder, mens der kun har været en lille migration i de perioder med lavkonjunktur, da dette som sagt har påvirket manglen på arbejdskraft og dermed også incitamentet til at migrere for arbejdstagere fra andre EU-medlemsstater. Det kan endvidere udledes, at det indre marked samt det nordiske samarbejde har gjort migrationen indenfor EU's medlemsstater lettere grundet arbejdskraftens frie bevægelighed, hvilket specielt har betydet migration fra lavtlønslande mod højt lønslande.

3.2.3 Udstationerede i Danmark

For så vidt angår udstationering af arbejdstagere, ses dette som en gren af arbejdskraftens frie bevægelighed, der er sikret gennem EU, og som dermed gør det lettere at flytte sig mellem EU's medlemsstater, hvorfor der følgelig vil blive set nærmere på udstationering i relation til nærværende afhandling.

Arbejdskraftens frie bevægelighed giver ikke kun mulighed for migration fra én EU-medlemsstat til en anden, men den giver også mulighed for udstationering. Ved udstationering forstås der det forhold, hvor der sker en midlertidig ansættelse i en anden medlemsstat. Udstationering imellem EU's medlemsstater sikres gennem EU-Direktivet om udstationering.³¹¹

Udstationerede arbejdstagere i Danmark registreres i det såkaldte RUT-register³¹², hvilket den udenlandske arbejdsgiver skal sørge for. Dette er blandt andet for at sikre, at de arbejdsvilkår, der gælder for udenlandske tjenesteydere og medbragte medarbejdere, håndhæves, mens de er i Danmark.³¹³

³⁰⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

³⁰⁹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339-340

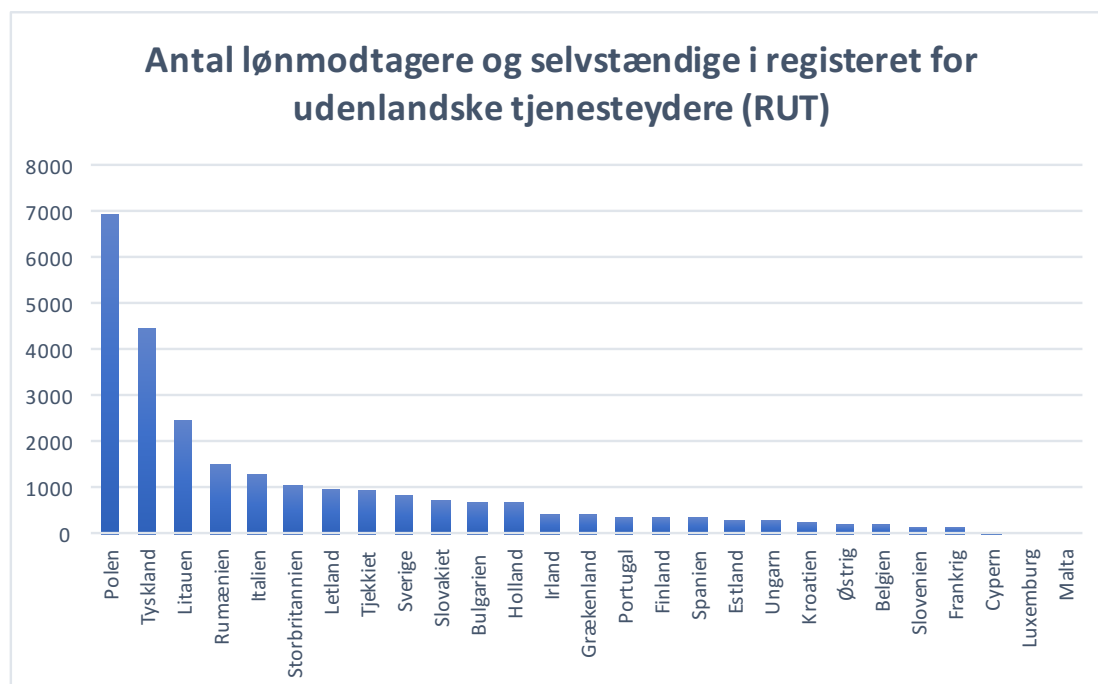
³¹⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

³¹¹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 341

³¹² Registret for Udenlandske Tjenesteydere

³¹³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 344

Nedenfor er der hentet tal fra RUT-registeret, og det viser således antallet af udstationerede arbejdstagere i Danmark fra EU's medlemsstater i 2019.³¹⁴



Figur 3.7 – Kilde: Egen tilvirkning med tal fra Registeret for udenlandske tjenesteydere (RUT). Statistik over udstationerede arbejdstagere i Danmark fra EU's medlemsstater i 2019.

Som det kan ses i statistikken (figur 3.7), har alle EU-medlemsstater arbejdstagere udstationeret til Danmark med undtagelse af Malta og Luxembourg. Polen er den medlemsstat med flest udstationerede og herefter kommer Tyskland. Den høje grad af udstationering fra Tyskland, der er et højt lønsland ligesom Danmark, kan bl.a. grundes i geografiske forhold. Danmark har, som nævnt ovenfor, oplevet stor migration fra nabolandene, og det er dermed også naturligt, at en del udstationerede kommer herfra. På baggrund heraf vil det nu søges klarlagt, hvor mange der er og har været udstationeret fra Tyskland til Danmark i de forgangne år.

³¹⁴ Det skal i tilknytning hertil bemærkes, at samme arbejdstager kan optræde flere gange i statistikken, idet pågældende kan være tilknyttet flere tjenesteydelser

Til højre ses tabel (figur 3.8) over udstationerede arbejdstagere og selvstændige i Danmark fra Tyskland registreret i RUT fra 2011 til 2019.

Ud fra tabellen til højre (figur 3.8) kan det udledes, at der ikke har været store stigninger eller fald i antallet af udstationerede tyske arbejdstagere i perioden fra 2011 til 2019. Antallet af udstationerede fra Tyskland til Danmark ligger indenfor et spænd på ca. 1.800 personer og oftest indenfor et spænd på 1.000 personer, svarende til mellem 4.000 og 5.000 udstationerede personer om året. Udstationering benyttes dermed stabilt og er, som tidligere nævnt, en del af arbejdskraftens frie bevægelighed. Arbejdstagere migreret til Danmark skal arbejde på danske arbejdsvilkår, hvilket ligeledes gælder for udstationerede arbejdstagere.³¹⁵

		Antal personer
Hele landet	2011	3.527
	2012	5.123
	2013	5.315
	2014	4.328
	2015	4.849
	2016	4.860
	2017	5.376
	2018	4.683
	2019	4.478

Figur 3.8 – Statistik over antal udstationerede arbejdstagere i Danmark fra Tyskland fra 2011 til 2019. Kilde: Jobindsats, Data om arbejdsmarkedet, Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering. 2020. Kilde: Registeret for udenlandske tjenesteydere (RUT)

Det kan ligeledes gøres gældende, at der i højere grad foretages udstationering frem for migration af arbejdstagere fra Tyskland til Danmark. Dette må bl.a. begrundes i geografiske forhold, idet Tyskland er et naboland, hvorfor det må antages, at det for en tysk arbejdstager ikke kræver en flytning for at kunne varetage et arbejde i Danmark. Slutteligt kan den begrænsede mængde af indvandring fra Tyskland til Danmark ligeledes begrundes i, at Tyskland er at anse som højt lønsland på samme måde som Danmark, hvorfor arbejdstagerne ikke stilles væsentlig bedre i Danmark end i Tyskland, hvad angår løn.

3.2.4 Ikrafttrædelse af funktionærloven

På det danske arbejdsmarked er der ingen regulering, når det kommer til løn, arbejdsvilkår og lignende. Det er i stedet op til arbejdsmarkedets parter at aftale forholdene for arbejdere og arbejdsgivere gennem overenskomster. Dette var dog ikke tilfældet indtil 1899, hvor Septemberforliget grundlagde den aftalemodel, vi kender i dag og som sikrer arbejdstagerne igennem overenskomster. Dette vil blive uddybet yderligere nedenfor i afsnit 3.3.

I dag er der regulering, hvad angår bl.a. forskels- og ligebehandling samt arbejdsmiljø og lignende på det danske arbejdsmarked, men hvad angår løn- og arbejdsvilkår, er det overenskomsterne, der regulerer forholdene herom. Det skal i tilknytning hertil bemærkes, at der dog findes en særlov, som

³¹⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 344

omfavner en specifik gruppe af arbejdstagere, som betragtes som funktionærer i kraft af funktionærloven. Loven regulerer forhold så som løn under barsel, forlænget opsigelsesvarsel, ret til løn under sygdom m.m. for denne gruppe af arbejdstagere.

Funktionærloven blev vedtaget i 1938 efter forslag om lov om individuelle arbejdsaftaler blev fremsat af Det Konservative Folkeparti.³¹⁶ Herefter opdelte funktionærloven arbejdstagerne, og dermed var funktionærene sikret vilkår gennem regulering og ikke blot gennem overenskomster. Dette har dog ikke haft den store betydning for migrationen af funktionærer, idet disse først migrerede op gennem 1980'erne og 90'erne. Dette antages med afsæt i, at funktionærer sjældent hører til den ufaglærte arbejdskraft, som migrerede op gennem 1960'ernes højkonjunkturperiode, samt at migrationen gennem 70'erne og slut 80'erne var påvirket af lavkonjunkturperioder i Danmark.³¹⁷ Disse perioder giver manglende incitament for at migrere for såvel funktionærer som arbejdere. Dermed migrerede funktionærene i 80'erne og 90'erne udenom lavkonjunkturperioderne. Det skal i denne forbindelse kort nævnes, at størstedelen af de til Danmark migrerede personer i perioden fra 1991 til 2019 alene har afsluttet grundskole eller en erhvervsuddannelse som højest gennemførte uddannelse.³¹⁸ Det kan således lægges til grund, at disse immigranter ikke falder ind under funktionærlovens anvendelsesområde, og dermed er at betragte som arbejdere. Slutteligt bemærkes det dog, at ikke alle immigranter er migreret som følge af arbejdsmæssige forhold.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at der efter funktionærlovens vedtagelse, sker forskelsbehandling af arbejdstagerne i Danmark, da ikke alle arbejdstagere kan betegnes som funktionærer og derved ikke omfavnes af særlovens bestemmelser.

3.2.4.1 Kort om funktionærloven

Der vil for nærværende afsnit blive foretaget en kort gennemgang af funktionærloven, og hvad denne indeholder, idet der i medfør af funktionærlovens ikrafttræden foretages retslig forskelsbehandling mellem arbejdstagerne.³¹⁹

Funktionærloven tildeler særrettigheder til den del af arbejdskraften, der betragtes som funktionæransatte i henhold til lovens § 1. Der er således tale om, at pågældende skal falde ind under en af følgende grupper af arbejdstagere:

- a) *"Handels- og kontormedhjælpere, beskæftiget ved køb eller salg, ved kontorarbejde eller dermed ligestillet lagerekspedition."*³²⁰

³¹⁶ Pedersen, 2015, s. 269 og Karnovs indledende bemærkninger til funktionærloven

³¹⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 339

³¹⁸ Der henvises til statistik over indvandrede højest gennemførte uddannelse på baggrund af tal fra Danmarks Statistik (bilag 1)

³¹⁹ Nielsen, 2019, s. 408

³²⁰ Funktionærlovens § 1, stk. 1, litra a

- b) *Personer, hvis arbejde består i teknisk eller klinisk bistandsydelse af ikke-håndværks- eller -fabriksmæssig art, og andre medhjælpere, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed.*³²¹
- c) *Personer, hvis arbejde udelukkende eller i det væsentlige består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde.*³²²
- d) *Personer, hvis arbejde overvejende er af den under a) og b) angivne art.*³²³ ”

Slutteligt er det i medfør af lovens § 1, stk. 2 en betingelse for lovens anvendelse, at pågældende arbejdstager er beskæftiget i gennemsnit mere end 8 timer ugentligt, ligesom der er krav om, at pågældende skal indtage en tjenestestilling, hvorefter funktionæren også skal være undergivet arbejdsgiverens instrukser.³²⁴ Såfremt ovennævnte betingelser er opfyldt, vil pågældende være omfattet af funktionærlovens bestemmelser, hvorefter funktionæren kan nyde godt af et vist omfang af særbeskyttelse, som en arbejder ikke vil kunne nyde. Af særbeskyttelse er det relevant at nævne, at funktionæren har ret til løn under sygdom, idet sygdom anses som lovligt fravær fra arbejdet, ligesom funktionæren kan rette krav om godtgørelse ved usaglig opsigelse, og funktionæren har et længere opsigelsesvarsel end en arbejder.

I henhold til nærværende afhandling og dennes problemfelt henvises der til funktionærlovens § 7, som bestemmer, at en funktionær kan nyde godt af visse rettigheder i forbindelse med graviditet og barsel, hvorfor pågældende funktionær bl.a. har ret til halv løn under barsel samt fuld løn i forbindelse med sygdom af de grunde, der er nævnt i barsellovens § 6, stk. 2, hvorfor funktionæren stilles bedre end dem, der alene har krav på barseldagpenge efter barselloven.³²⁵ Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at der foretages en retlig forskelsbehandling mellem to grupper af arbejdstagere, svarende til en vis form for diskrimination af arbejdere set i lyset af de fordele, der tildeles en funktionær.

3.2.5 Funktionærer og arbejdere i dag

I afsnit 3.2.4 er det blevet udledt, at der ved indførelsen af funktionærloven foretages forskelsbehandling imellem arbejdstagerne i Danmark. Dette grundet at funktionærloven stiller krav til arbejdets art for, at en arbejdstager kan kalde sig funktionær. Alligevel bliver en del arbejdstagere i dag ansat på de samme vilkår som de funktionæransatte.³²⁶

Dette betyder, at der imidlertid kan foretages en opdeling af arbejdstagergrupperne på det danske arbejdsmarked, der kan opdeles som følger:

- Funktionæransatte

³²¹ Funktionærlovens § 1, stk. 1, litra b

³²² Funktionærlovens § 1, stk. 1, litra c

³²³ Funktionærlovens § 1, stk. 1, litra d

³²⁴ Jf. funktionærlovens § 1, stk. 2

³²⁵ Karnovs note 21 til udstationeringslovens § 5, nr. 4

³²⁶ ase.dk, ASE, 2020

- Almindelige arbejdstagere, der ikke omfavnes af funktionærloven, og derved betegnes som "arbejdere"
- Arbejdere der er ansat på funktionærlignende vilkår

Dette betyder samtidig, at der sker forskelsbehandling imellem færre arbejdstagere end, der oprindeligt ville, da arbejdere, der normalt ikke ville leve op til funktionærlovens kriterier og dermed falde under funktionærloven, alligevel bliver ansat på samme eller lignende vilkår. Dermed får disse arbejdere samme rettigheder ved opsigelse, løn under sygdom, bedre barselsforhold m.m. Muligheden for at aftale ansættelsesvilkår, der efter lovgivningen kun vil omfatte én gruppe af arbejdstagere, skyldes i høj grad den danske model, som regulerer det danske arbejdsmarked. Denne vil blive gennemgået straks nedenfor.

3.3 Den danske model

På det danske arbejdsmarked er der ikke regulering omkring ansættelsesforhold, arbejdsvilkår, løn, opsigelse og lignende. Dette skal i stedet aftales gennem kollektive overenskomster, som arbejdsmarkedets parter forhandler sig frem til.³²⁷ En overenskomst er dermed en nedskrevet aftale, hvor arbejdsgiveren forpligter sig til at betale en fastlagt løn for et bestemt stykke arbejde. Derudover indeholder overenskomster også arbejdstider, arbejdsvilkår og lignende forhold, hvilket sikrer arbejderne.³²⁸

Arbejdsmarkedets parter, som forhandler overenskomsterne, består på lønmodtagersiden af Fagbevægelsens Hovedorganisation, Landsorganisationen i Danmark³²⁹ samt diverse fagforeninger, mens det på arbejdsgiversiden består af Dansk Arbejdsgiverforening³³⁰, som består af flere mindre organisationer som f.eks. Dansk Industri.³³¹ Disse organisationer danner sammen med aftalesystemet det, som er bedre kendt som "den danske model". Den danske model kan defineres som følger:

"Retsforholdet mellem lønmodtagere og arbejdsgivere og deres organisationer fastsættes primært ved kollektive overenskomster og kun undtagelsesvis almengøres ved lovgivning" (LO 2011).³³²

Dette betyder, at staten ikke blander sig og udarbejder regulering til arbejdsmarkedet. Dog er staten aftalepart ved de offentlige forhandlinger, og staten har også tidligere været involveret ved konflikter omkring de private forhandlinger.³³³

³²⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 267

³²⁸ arbejdsmuseet.dk, Arbejdsmuseet, 2020

³²⁹ Herefter benævnt "LO"

³³⁰ Herefter benævnt "DA"

³³¹ Pedersen, 2015, s. 28

³³² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 271

³³³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 271.

Kort sagt er kendetegnet for den danske model, at det er op til arbejdsmarkedets parter at forhandle sig frem til de forhold, der skal regulere det danske arbejdsmarked. Det vil sige, at der er tale om en aftalemodel. Nedenfor vil der nu blive redegjort for nogle af de forhold, som er aftalt mellem parterne, og som derved regulerer arbejdsmarkedet samt udviklingen af samme.

3.3.1 Hovedaftalen

Siden 1960 har Hovedaftalen fungeret som ”grundlov” på det danske arbejdsmarked³³⁴, da den er indgået imellem arbejdsmarkedets parter fra LO og DA. Hovedaftalen er en aftale, der regulerer de forhold, som arbejdsmarkedet skal forholde sig til og følge i forbindelse med eksempelvis forhandlingerne af overenskomster eller i perioden mellem forhandlingerne, hvor en overenskomst er gældende. Dette betyder, at Hovedaftalen blandt andet indeholder følgende punkter, jf. Ibsen og Stamhus (2016).³³⁵

- Parterne anerkender hinanden som forhandlingsberettigede.
- De kollektive overenskomster kanoniseres som reguleringsmåden, når det gælder aftaler om løn- og arbejdsvilkår.
- Retten til kollektive kampskridt, hvis parterne ikke kan komme frem til enighed om forlængelse eller fornyelse af de kollektive overenskomster, stadfæstes.
- Varsling af konflikter.
- Fredspligt, som gælder når der er indgået en overenskomst eller når der er uenighed om fortolkningen af en overenskomst.
- Arbejdsgiverens ret til at lede og fordele arbejdet stadfæstes. Ledelsesretten gælder dels ansættelse og afskedigelse af arbejdskraft, dels instruktionsbeføjelsen om, hvordan og hvornår arbejdet skal udføres.

Hovedaftalen er dog ikke den første ”grundlov” på det danske arbejdsmarked, idet denne bygger på Septemberforliget af 1899. Dette forlig var starten på den aftalemodel, som vi kender i dag og var med til at afslutte en storlockout.³³⁶

3.3.2 Septemberforliget

I løbet af 1890’erne var arbejdstagerne begyndt at organisere sig i fagforbund og havde gennem strejkeaktivitet formået at få aftalt bedre lønninger og overenskomster med arbejdsgiverne, der også organiserede sig.³³⁷ Overenskomsterne rørte dengang ved emnet omkring arbejdsgivernes ret til at lede og fordele arbejdet, og efter perioder med strejke fik arbejdsgiverne nok, da en gruppe snedkersvende ikke ville underskrive den overenskomst, som deres forbund havde aftalt med arbejdsgivernes forbund, hvilket førte til den storlockout, som kort blev nævnt ovenfor.³³⁸ Arbejdsgiverne ønskede at

³³⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 271

³³⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³³⁶ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 271

³³⁷ arbejdsmuseet.dk, Arbejdsmuseet, 2020

³³⁸ arbejdsmuseet.dk, Arbejdsmuseet, 2020

være dem, der havde retten til at lede og fordele arbejdet, mens arbejdstagerne ønskede medbestemmelse. Til sidst, efter mere end 100 dages konflikt, lykkedes det at indgå en aftale i form af Septemberforliget.³³⁹ Herved blev ledelsesretten for arbejdsgiverne fastslået samtidig med, at forliget indeholdt friheden til, at arbejdstagerne kunne organisere sig og dermed også få tillidsrepræsentanter, så den enkelte ikke længere selv skulle forhandle løn og arbejdsvilkår.³⁴⁰ Dermed er Septemberforliget forgænger for Hovedaftalen, og nogle af de væsentligste ændringer der skete i forbindelse med Hovedaftalen kontra Septemberforliget var, at fredspligten blev indskrevet, samt at ledelsesretten blev modificeret.³⁴¹

Ledelsesretten blev allerede fastlagt i Septemberforliget af 1899. Modificeringen i Hovedaftalen fra 1960 betød, at ledelsesretten nu bliver udøvet af arbejdsgiverne i overensstemmelse med de kollektive overenskomster og i samarbejde med arbejdstagerne og deres tillidsrepræsentanter i henhold til de mellem LO og DA til enhver tid gældende aftaler, jf. Hovedaftalens § 4. Samarbejdet om ledelsesretten mellem arbejdsgiverne og arbejdstagerne med deres tillidsrepræsentanter var ikke et nyt tiltag i forbindelse med Hovedaftalen men var et område, som fagbevægelserne havde forsøgt at få modificeret i en længere periode. Dette kom blandt andet til udtryk i form af en samarbejdsaftale i 1947.³⁴² Denne vil der kort blive gjort rede for straks nedenfor.

3.3.3 Samarbejdsaftalen

Samarbejdsaftalen af 1947 var en aftale indgået mellem hovedorganisationerne og havde til formål at styrke virksomhedernes produktivitet og sikre medarbejdernes trivsel.³⁴³ Emner som arbejdsmiljø, investerings- og budgetplanlægning samt personalepolitik blev dermed taget ned på virksomhedsniveau, hvilket betød, at de faglige repræsentanter fik medindflydelse og høringsret. Dog havde ledelsen fortsat det sidste ord, specielt omkring emner som profittens anvendelse, investeringer samt lukning af virksomheder og ansættelses- og afskedigelsesvilkår.³⁴⁴ Samarbejdsaftalen er i de efterfølgende år blevet opdateret og moderniseret flere gange senest i 2006. Her blev EU's regler om information og høring af lønmodtagere også tilføjet.³⁴⁵

3.3.4 Forhandlingsstyrken i aftalemodellen

I aftalemodellen har arbejdsmarkedets parter begge fordele og en magtbase. På lønmodtagernes side i form af fagbevægelser består magtbasen i, at de er anerkendt som en forhandlingsberettiget part, der har ret til at indgå kollektive overenskomster, samt retten til at konflikte og den særlige beskyttelse

³³⁹ arbejdmuseet.dk, Arbejdmuseet, 2020

³⁴⁰ arbejdmuseet.dk, Arbejdmuseet, 2020

³⁴¹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁴² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁴³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁴⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 273

³⁴⁵ samarbejdsnaevnet.dk, Samarbejdsnævnet, 2020

af de tillidsvalgte repræsentanter på arbejdspladserne.³⁴⁶ På arbejdsgiversiden består magtbasen i deres ledelsesret og instruktionsbeføjelse samt til dels fredspligten, som skal opretholdes i perioden under en overenskomst.³⁴⁷

Aftalemodellen ligger dermed ikke al forhandlingsstyrken hos den ene part, da begge sider har noget at bringe med ind i overenskomstforhandlinger. Arbejdsgiverne er dem, der i sidste ende leder og fordeler og dermed styrer, hvorvidt arbejdstagerne kan få mere i løn og lignende. Til gengæld har arbejdstagerne mulighed for at organisere sig og håndtere konflikter gennem fagbevægelserne og har samtidig mulighed for at strejke eller lignende, hvis arbejdsgiverne ikke vil forhandle med arbejdstagerne og gå med til eller i det mindste rykke sig i forhold til arbejdstagernes krav. Da begge parter er anerkendt som forhandlingsberettigede, har de dermed begge en del af forhandlingsstyrken. Det vil dog være den konjunktursituation, der hersker under en overenskomstforhandling, der endeligt definerer parternes forhandlingsstyrke.³⁴⁸ Herved vil forhandlingsstyrken rykke mod arbejdsgiverne ved lavkonjunktur og dermed høj arbejdsløshed, mens forhandlingsstyrken vil rykke mod arbejderne ved højkonjunktur og dermed mangel på arbejdskraft. Hertil skal det nævnes, at arbejdsgiverne som udgangspunkt har den dominerende magtrelation, da de besidder den private ejendomsret til produktionsmidlerne. Aftalemodellen er dermed et magtsystem med asymmetriske magtrelationer.³⁴⁹ Denne vil være at foretrække for arbejdsmarkedets parter uanset, hvorledes forhandlingsstyrken forekommer, da alternativet vil være et lovreguleret arbejdsmarked³⁵⁰, og dermed vil parterne ikke selv kunne aftale, hvilke arbejdsvilkår, løn- og opsigelsesforhold med mere, der skal gælde. Da det må vurderes, at parterne på arbejdsmarkedet også besidder den bedste viden omkring, hvad der kan lade sig gøre samt, hvilke forhold der ønskes, er aftalemodellen at foretrække frem for et af staten reguleret arbejdsmarked.

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at det danske arbejdsmarked reguleres mellem arbejdsmarkedets parter, og staten dermed kun meget sjældent blander sig i forhandlinger omkring løn- og arbejdsvilkår. Desuagtet blev der i 1938 vedtaget en lov i form af funktionærloven, der regulerer løn- og arbejdsvilkår for én gruppe arbejdstagere, hvilket betyder, at der sker en forskelsbehandling af arbejdstagerne. Dog bliver en del arbejdere, der ikke falder ind under funktionærloven, ansat på funktionærlignende vilkår, hvilket kan begrundes i den danske model, som finder anvendelse på det danske arbejdsmarked, hvor arbejdsmarkedets parter selv aftaler arbejdsvilkår, løn m.m. Det kan derfor konkluderes, at den danske model åbner op for muligheden for forskelsbehandling, da overenskomsterne kan variere, så det ikke er fuldstændig ens vilkår, der ansættes på indenfor hver arbejdstagergruppe på det danske arbejdsmarked.

Hvad angår den forskelsbehandling, der er blevet indledt til og som foretages på det danske arbejdsmarked, vil der ske en nærmere gennemgang af teorien bag forskelsbehandling og diskrimination,

³⁴⁶ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁴⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁴⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁴⁹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

³⁵⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 272

lige så vel som dette vil søges anvendt på afhandlingens problemstilling. Dette vil gøres ud fra et ønske om, at kunne udlede et eventuelt økonomisk rationale bag såvel diskrimination og forskelsbehandling såvel som et økonomisk rationale bag funktionærloven. Det er endvidere tidligere blevet belyst, at der i høj grad udstationeres arbejdstagere fra Tyskland til Danmark. Hertil bemærkes det, at forskelsbehandlingen også foretages over for disse udenlandske arbejdstagere³⁵¹, hvorfor en tysk arbejdstager, der udstationeres til Danmark, vil kunne blive udsat for en forskelsbehandling, der ikke foretages i Tyskland.³⁵² Det er derfor for nærværende interessant at undersøge, hvorfor der i Danmark foretages en sådan forskelsbehandling mellem arbejdstagergrupperne.

3.4 Funktionærlovens økonomiske rationale

3.4.1 Diskriminationsteori

Det er tidligere udledt, at der foretages forskelsbehandling mellem arbejdstagerne på det danske arbejdsmarked, idet arbejdsmarkedet bl.a. kan deles op i to grupper, svarende til *arbejdere* og *funktionærer*. Det er på baggrund heraf ønsket med nærværende afsnit at indlede til diskriminationsteorien generelt, idet der kan foreligge et stort omfang af årsager til, at der foretages forskelsbehandling. Efterfølgende vil der ligeledes blive inddraget relevant diskriminationsteori for så vidt angår afhandlingens problemstilling.

Indledningsvist skal det bemærkes, at når der skal måles på diskrimination inden for teorierne herom, gøres dette i høj grad ud fra en betragtning om, hvilke lønforskelle der er de givne grupper imellem.³⁵³ Hvad angår nærværende afhandling og dennes behandling af diskriminationsteori, er det værd at have in mente, at når der henvises til lønforskelle i fremstillingen og de i kommende afsnit, henvises der her til det faktum, at funktionæren har ret til godtgørelse for usaglig opsigelse, ret til løn under sygdom, bedre barselsvilkår end arbejderen og forlænget opsigelsesvarsel, hvorfor der samlet set udbetales flere lønkroner til en funktionær, end der udbetales til en arbejder.

3.4.1.1 Kenneth Arrows diskriminationsteori

Arrow (1971) baserede i høj grad sin definition af diskrimination på den forskelsbehandling, der kan ske mellem sorte og hvide arbejdere, idet han opdelte arbejdsmarkedet i grupper af sorte og hvide.³⁵⁴ Det bemærkes, at forskellene mellem sorte og hvide arbejdere ikke er relevant for afhandlingens problemstilling, men det må dog have formodningen og antagelsen for sig, at Arrows teorier om diskrimination kan justeres og derved være anvendelige for nærværende afhandling, idet der foretages en opdeling af arbejdsmarkedet i Danmark, hvor grupperne imidlertid deles op i dels arbejdere og dels funktionærer.

³⁵¹ Der henvises i denne forbindelse til udstationeringslovens § 5, nr. 4, som henviser til, at funktionærlovens § 7 altid vil finde anvendelse på ansættelsesforholdet, såfremt lønmodtageren opfylder de almindelige betingelser i funktionærlovens § 1

³⁵² Nielsen, 2019, s. 407-408

³⁵³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174

³⁵⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174-175 og Arrow, 1971, s. 3

Hvad angår økonomiske diskriminationsteorier vil disse i høj grad tage sit udgangspunkt i forskellene i produktivitet mellem grupperne på arbejdsmarkedet³⁵⁵. Det er som tillæg til dette udgangspunkt, ifølge Arrow, også relevant at se på, hvordan en medarbejders karakteristika, som egentlig ikke er relateret til produktiviteten, alligevel har indvirkning på værdien af arbejdstageren på arbejdsmarkedet.³⁵⁶

Som angivet ovenfor opdelte Arrow bl.a. arbejdsmarkedet i grupper af sorte og hvide til brug for anvendelsen af sin diskriminationsteori. I nærværende afhandling vil denne opdeling udskiftes med henholdsvis funktionærer og arbejdere. Dette vil betyde en udskiftning i Arrows ligninger, hvilket foretages helt simpelt nedenfor i ligning (2).

For at Arrows diskriminationsteori kan anvendes mere præcist for nærværende, skal det bemærkes, at diskriminationsteori ofte bygger på, at diskriminationen som udgangspunkt foretages af arbejdsgiveren.³⁵⁷ For nærværende vil der i tilfælde, hvor der er tale om en arbejdsgiver også anvendes termen *lovgiver*, idet afhandlingens problemstilling bygger på den forskelsbehandling, der er lovbestemt, og er således ikke noget arbejdsgiveren kan have indvirkning på som udgangspunkt.

Når en arbejdsgiver/lovgiver diskriminerer, accepterer pågældende, at der er en nedgang i profit, π , til fordel for, at der anvendes en hel specifik arbejdskraft. Dette er således Arrows udgangspunkt. På baggrund heraf kan det udledes, at arbejdsgiver/lovgiver, ønsker at maksimere sin nytte og således ikke sin profit, hvorfor følgende opstilles af Arrow³⁵⁸:

$$(1) \pi = f(W + B) - w_W W - w_B B$$

I ovenstående ligning (1) angiver f udbyttet, hvor W og B angiver hvide og sorte arbejdere, og w definerer lønniveauet, hvilken i nærværende afhandling er sat af lovgiver. For en bedre anvendelse af Arrows ligning vil W og B erstattes med henholdsvis F og A , altså funktionær og arbejder. Det er angivet ovenfor, at Arrows ligning vil blive anvendt i nærværende fremstilling med en udskiftning af sorte og hvide med funktionærer og arbejdere, hvorfor Arrows konklusioner kan bruges uden, der foretages ændring i diskriminationsfaktoren, d , mellem funktionærer og arbejdere. I det følgende inkluderes nævnte diskriminationsfaktor³⁵⁹, ligesom W og B udskiftes med henholdsvis F og A :

$$(2) w_F - w_A = d_A - d_F > 0$$

Førend denne ligning kan anses som tilfredsstillet, må der udbetales og tildeles lønfordele til en funktionær fremfor tildeling af sådanne fordele til en arbejder.

³⁵⁵ Arrow, 1971, s. 3

³⁵⁶ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174

³⁵⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 175 og Arrow, 1971

³⁵⁸ Arrow, 1971, s. 6-7

³⁵⁹ Arrow, 1971, s. 7

Diskriminationskoefficienten er udviklet af økonomen Becker, og Arrow angiver i sin artikel, at diskriminationskoefficienten

*“... is the negative of the marginal rate of substitution of profits for B labor. If, as we usually suppose, the marginal utility of B labor is negative, then the discrimination coefficient, d_B , is positive.”*³⁶⁰

Hertil skal det bemærkes, ligesom tidligere nævnt, at der for nærværende afhandlingen er foretaget visse modificeringer. B er således sorte arbejdstagere i citatet, som for afhandlingens problemstillings anvendelse er ændret til A , arbejdere.

Arrow forklarer endvidere, at diskrimination som oftest foretages på baggrund af faktorer, der er observerbare.³⁶¹ Overføres dette til nærværende afhandling, kan det således udledes, at der sker en diskrimination af arbejdere, idet der fra en samfundsmæssig synsvinkel og således fra lovgivers perspektiv ses en fordel i, at der skal ansættes funktionærer fremfor arbejdere. Dette støtter således også op om den ovenfor anførte antagelse om, at når lovgiver diskriminerer, accepterer denne en nedgang i profit, π , til fordel for, at der anvendes en hel specifik arbejdskraft, og til fordel for nyttemaksimering. Der kan derudover ligge yderligere årsager til grund for, at man ønsker denne specifikke arbejdskraft, hvilket vil blive behandlet nærmere nedenfor, og som derved vil blive anvendt til at støtte op om diverse antagelser om forskellene mellem arbejdere og funktionærer. Desangående behandles ved anvendelsen af bl.a. teorien om arbejdsgiverdiskrimination.

Det er tidligere angivet, at førend ovenstående ligning (2) kan tilfredsstilles, kræves det, at der udbetales flere lønkroner til funktionæren frem for arbejderens. Hertil bemærkes det, at såfremt en arbejder tildeles en lavere løn, kan dette på længere sigt resultere i, at de stadig har en chance for at komme ind på arbejdsmarkedet, da denne lavere løn kan kompensere for det tab, som ansættelsen af en arbejder ellers ville medføre. Dette kræver selvsagt, at der ses på ansættelsesraten på længere sigt, da det er tidligere antaget og bevist, at forskelsbehandlingen over for arbejderne medfører højere lønninger for funktionærerne, hvilket kan medføre en højere ansættelsesrate af funktionærer, og dette kan være med til at resultere i en skævdeling mellem ansatte funktionærer og ansatte arbejdere i visse sektorer. Hertil skal det bemærkes, at der naturligvis også er et ønske om at få arbejdere i beskæftigelse, men det imidlertid ikke er nødvendigt med udbetaling af en højere løn for at arbejderne kommer i beskæftigelse. Ligning (2) kan som angivet alene tilfredsstilles ved udbetaling af flest lønkroner til F , hvorfor følgende kan opstilles:

$$(3) w_F > w_A$$

Videre er det udledt, at der ved ovenstående ligning (3) sker forskelsbehandling, når denne ligning findes på arbejdsmarkedet, hvorfor der er udgifter forbundet med at foretage forskelsbehandling. Da

³⁶⁰ Arrow, 1971, s. 7

³⁶¹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 174ff

der er udgifter forbundet med at diskriminere, vil det være nærliggende at konkludere, at diskriminationen må have indvirkning på størrelsen af en virksomhed, og dennes mulighed for at konkurrere med andre virksomheder. Der er naturligvis en vis sandhed i førnævnte, men det er ifølge Arrow for voldsomt at konkludere således, idet dette vil medføre, at den mindst diskriminerende virksomhed vil klare sig bedst på markedet.³⁶² Dette kan ikke konkluderes i nærværende afhandlings problemstilling, idet en sådan konklusion vil pege i retning af, at der alene og udelukkende bør ansættes enten arbejdere eller funktionærer i en virksomhed. Anvendes konklusionen alligevel for nærværende, kan det udledes, at virksomheder med få funktionæransatte vil være mere konkurrencedygtige, hvis man isoleret set ser på midlerne i selskabet, hvilke anvendes i konkurrence regi. Det antages dog, og med støtte i den videre analyse nedenfor, at funktionæren er bedre stillet og dygtigere, hvorfor en funktionæransat er at foretrække i virksomheden. Slutteligt vil førnævnte umiddelbare konklusion medføre segregering og således en opdeling af arbejdsmarkedet.

Arrow angiver videre i sin artikel, at man ofte har en forudfattet tanke om visse grupper, når der tales om employer discrimination.³⁶³ Denne opfattelse har ved udarbejdelsen af lovene, der i dansk ret foretager forskelsbehandling, medført en generel opfattelse af, at funktionæren yder en større indsats i det givne job. Dette medfører en større nytte for samfundet, selvom det lige er blevet påvist, at der er visse transaktionsomkostninger forbundet med diskrimination. Der lægges endvidere til grund at arbejderne har flere sygedage, skifter jobs hurtigere, kræver en længere oplæringstid ligesom, der er større rekrutteringsomkostninger forbundet med udelukkende at have arbejdere ansat, henset til en antagelse om, at arbejderne hurtigere skifter job. Til støtte for denne antagelse, gøres teorien om efficiensløn endvidere gældende, hvilket vil blive behandlet i afsnit 3.4.2 nedenfor.

Med afsæt i disse antagelser, må det således kunne lægges til grund, at lovgiver har taget et bevidst valg om at forskelsbehandle mellem henholdsvis arbejdere og funktionærer.

3.4.1.2 Arbejdsgiverdiskrimination

Ved anvendelsen af nærværende diskriminationsteori foretages der på samme måde som ved K. Arrows teori, en udskiftning af visse parametre af teorien, førend denne kan finde anvendelse for nærværende problemstilling. Indledningsvist kan det siges, at der for alle diskriminationsteorier er en fællesnævner, som siger, at de økonomiske agenter, hvilket for nærværende er lovgiver og arbejdsgiver, gerne vil betale ekstra for at undgå kontakt med en bestemt gruppe af arbejdstagere.³⁶⁴

Der er således tale om, at der foreligger en betalingsvillighed for at undgå kontakt med en bestemt gruppe af arbejdstagere. Denne kan måles ved diskriminationskoefficient, idet denne måler, hvor mange ekstra kroner pågældende arbejdsgiver eller lovgiver er villig til at betale for at undgå kontakt med en bestemt gruppe af arbejdstagere.³⁶⁵ Der henvises i denne forbindelse til afsnit 3.2.2.2, hvor det blev angivet, at det i særlig grad er ufaglært arbejdskraft, der har immigreret til Danmark. Denne

³⁶² Arrow, 1971, s. 9

³⁶³ Arrow, 1971, s. 26

³⁶⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 175

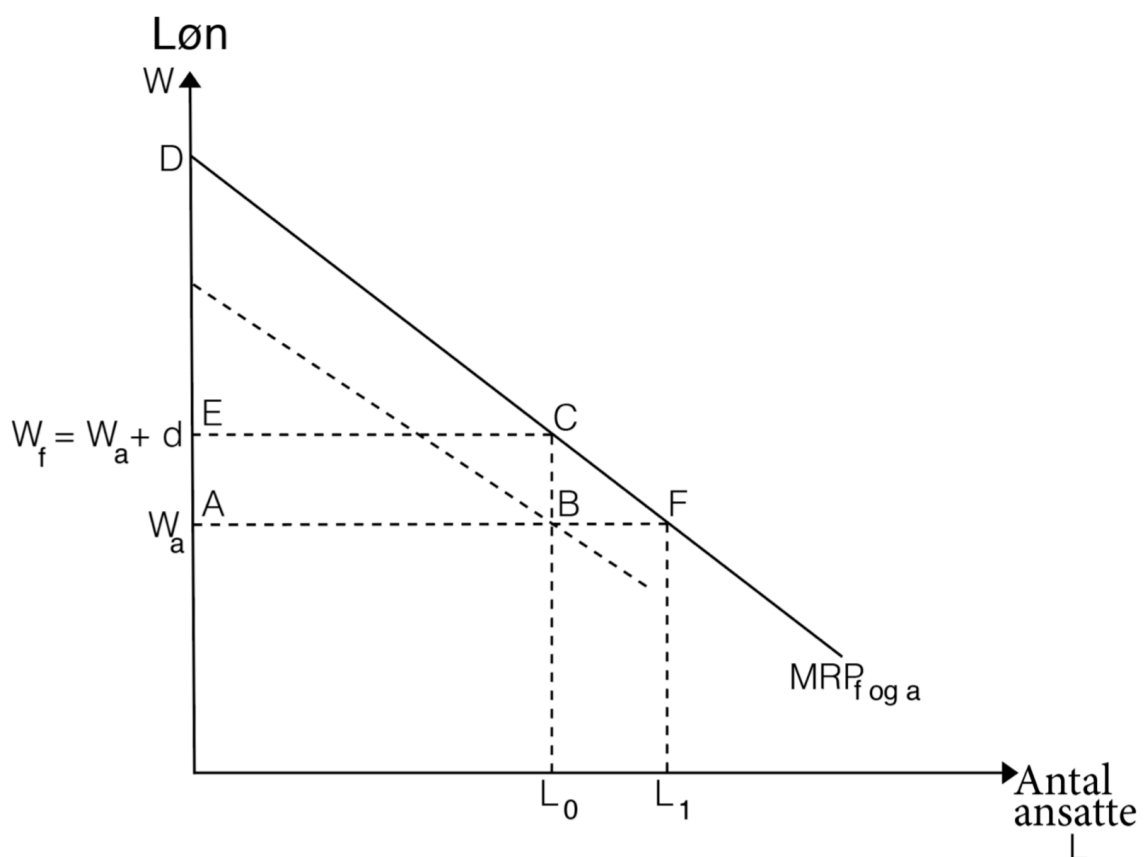
³⁶⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 175

del af arbejdskraften er i udgangspunktet ikke omfavnet af funktionærlovens bestemmelser, hvorfor det må formodes, at der er visse fordomme om denne gruppe af arbejdstagere. Arbejdsgiver såvel som lovgiver er derved villig til at betale et beløb svarende til diskriminationskoefficienten for at undgå for megen kontakt med denne del af arbejdsstyrken.

Hvis man opstiller et scenarie, hvor der ageres på et marked med fuldkommen konkurrence, og hvor arbejdsgiver/lovgiver har en præference for at ansætte funktionærer fremfor arbejdere, grundet i visse fordomme om arbejdere, vil funktionærerne, f , således få en løn svarende til W_f samt værdien af sit marginalprodukt, $MRP_f = W_f$. Videre findes det så, at den samlede løn, som lovgiver vil betale arbejderne, a , er W_a , og det antages herved, at en arbejder kan være lige så produktiv som en funktionær. På baggrund heraf kan følgende opstilles³⁶⁶:

$$(4) W_a = MRP_a = MRP_f$$

Ovennævnte ligning (4) kan herefter vises som nedenfor:



Figur 3.9 - Kilde: Ibsen og Stamhus, 2016, s. 176 med egne tilrettelser

³⁶⁶ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 176

Funktionærernes løn i ovenfor anførte figur er således angivet ved:

$$(5) W_f = W_a + d$$

I ligning (5) er diskriminationskoefficienten således indført ved d . Ud fra grafen kan det udledes, at den diskriminerende lovgiver vil ende med at påvirke arbejdsgiveren på en sådan vis, at arbejdsgiveren vil ansætte L_0 arbejdere. Ved dette punkt på grafen er værdien af det produkt, arbejdere leverer, lig med $W_a = W_a + d$, hvor d nu er den pris, som lovgiver, og derved ligeledes arbejdsgiver, er villig til at betale for at foretage diskrimination og derved få egne præferencer tilfredsstillet.³⁶⁷

Når der diskrimineres på sådan vis, vil der følgelig være en konsekvens heraf, hvilket ses i grafen ved, at der ved lønnen W_a vil blive ansat L_0 arbejdere, og arbejdsgiver vil således tjene profitten ABCE. ABCE er således den ekstra profit, der skal være til stede og kan kompensere arbejdsgiveren for at ansætte arbejdere. Der er dog et alternativ hertil, som kan udledes som, at arbejdsgiveren også kunne have ansat L_0 funktionærer til lønnen W_f , hvilket dog følgelig vil medføre et tab af profitten som givet ved ABCE, som derved er den pris, der betales af arbejdsgiveren for at diskriminere.³⁶⁸

Såfremt det antages, at der findes arbejdsgivere, der ikke diskriminerer på baggrund af det, som lovgiver har af fordomme om arbejderne, og derved ansætter disse arbejdere i samme grad som funktionærerne, vil arbejdsgiveren således kunne ansætte L_1 arbejdere til lønnen w_a og få marginalproduktet $MRP_{f,a}$. Dette begrundes ud fra, at en arbejder i visse tilfælde vil kunne yde samme arbejdsindsats som en funktionær, hvilket i sidste ende vil medføre en ekstra profit, der i grafen er angivet ved BFC.³⁶⁹

For så vidt angår de arbejdsgivere, der ikke foretager diskrimination mellem arbejdere og funktionærer og eventuelt ansætter arbejdere, vil dette ifølge teorien øge produktionen på varemarkedet, og i sidste ende vil dette efterfølgende kunne medføre et fald i slutprisen på produktet. Følgelig vil den diskriminerende arbejdsgiver miste profit, og i sidste ende kunne risikere at være nødsaget til at forlade markedet. Dette er naturligvis en voldsom konklusion set i lyset af virkeligheden, da dette igen vil medføre, at der i sidste ende alene vil restere ikke-diskriminerende arbejdsgivere på arbejdsmarkedet, og en sådan konklusion må anses som for voldsom og som med mangel af belæg på samme vis, som K. Arrow ligeledes konkluderer.³⁷⁰

3.4.1.3 Sammenfatning af diskriminationsteorierne

På baggrund af de ovenfor foretagne gennemgange af diverse diskriminationsteorier vil der herved foretages en kort sammenfatning af det faktum, der kan udledes. Det kan overordnet siges, at der foreligger indtil flere årsager til at diskrimination foretages såvel i teorien såvel som i nærværende afhandlings problemstilling.

³⁶⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 176

³⁶⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 176

³⁶⁹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 176

³⁷⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 177

Ved anvendelsen af *K. Arrows diskriminationsteori* kan det udledes, at forskelsbehandlingen foretages på lovgiverniveau, og at lovgiver har taget et bevidst valg om at foretage denne retslige forskelsbehandling. Det blev således påvist ved indføjelse af diskriminationskoefficienten, at der skal udbetales flere lønkroner til funktionærerne end til arbejderne, før ligningen herom ses tilfredsstillende. Det blev endvidere påvist, at lovgiver søger en nedgang i profit til fordel for anvendelsen af én gruppe af arbejdstagere, som for nærværende er funktionærerne. Lovgiver er derved nyttemaksimerende. Dette skyldes ifølge Arrow, at forskelsbehandlingen foretages med afsæt i observerbare forhold, hvilket imidlertid stemmer overens med de antagelser, der gøres gældende i afhandlingen, hvad angår forskellene mellem henholdsvis arbejdere og funktionærer. Det kan ligeledes udledes, at det koster en vis pris at diskriminere, men at arbejdsgiver og lovgiver er villig til at betale prisen herfor. Denne vises således ved diskriminationskoefficienten, som angiver, hvor meget man som lovgiver er villig til at betale for at undgå kontakt med én gruppe af arbejdstagere. Dette leder således videre til teorien om arbejdsgiverdiskrimination.

Hvad angår *arbejdsgiverdiskrimination*, arbejder denne ud fra en antagelse om, at arbejdsgiverne og/eller lovgiver er villig til at betale prisen d for at undgå kontakt med en bestemt gruppe af arbejdstagere. Der er herved tale om diskriminationskoefficienten, som der også blev indledt til ved anvendelsen af *K. Arrows diskriminationsteori*. Det blev endvidere vist, at lovgiver kan, såvel bevidst som ubevidst, påvirke arbejdsgiver til at foretage diskrimination mellem henholdsvis arbejdere og funktionærer. Dette blev vist ved, at der skal være en vis profit til stede, førend dette kan kompensere for det tab, en arbejdsgiver vil blive udsat for ved ansættelsen af en arbejder. Slutteligt blev det også kort vist, hvordan en ikke-diskriminerende arbejdsgiver vil have mulighed for at øge produktionen på arbejdsmarkedet og sænke prisen på sit slutprodukt, hvorefter en diskriminerende arbejdsgiver må se sig udelukket fra markedet. Hertil skal det dog bemærkes, at der alene er tale om en teoretisk tilgang, og at det må anses som en konklusion med manglende belæg, idet en sådan konklusion vil pege i retning af, at der i sidste ende alene vil eksistere ikke-diskriminerende arbejdsgivere. Ligeledes vil teorien om efficiensløn også spille en rolle i denne forbindelse, hvilket vil blive gennemgået nærmere nedenfor i afsnit 3.4.2.

Sammenlagt kan det udledes, at såvel arbejdsgiver og lovgiver er nyttemaksimerende og således ikke søgende efter at øge profit. Der kan endvidere opstilles en formodning for, at det kan være efficient at tildele én gruppe af arbejdstagere visse lønfordele, herunder løn under sygdom, længere opsigelsesvarsler, bedre barselsforhold samt godtgørelse for usaglig opsigelse. Denne gruppe, funktionærerne, må til en vis grad komme med såvel mere erfaring såvel som en længere uddannelse og generelt bedre forudsætninger, hvad angår jobbesiddelse. Dette stemmer imidlertid overens med de antagelser, der er gjort i nærværende afhandling, og disse antagelser er således virkeliggjort ved *K. Arrows teori* om, at diskrimination foretages ud fra observerbare forhold.

3.4.2 Efficiency wage

3.4.2.1 Indledning

Nærværende afsnit søger at belyse og fremsøge årsager til, hvorfor der foretages retslig forskelsbehandling mellem arbejdstagergrupperne på det danske arbejdsmarked, ligesom afsnittet ønsker at afdekke eventuelle økonomiske årsager hertil. Det vil herved blive undersøgt, hvorvidt der kan foreligge et økonomisk rationale bag forskelsbehandling samt diskrimination.

Som et alternativ til den neoklassiske teori om arbejdsmarkedet er der fremkommet en mere institutionel arbejdsmarkedsteori, hvilken vil blive anvendt og redegjort for i nærværende afsnit. Der er her tale om efficiency wage teorien. Teorien herom fremviser, hvordan måden arbejdsmarkedet fungerer på, er med til at påvirke arbejdstagernes beskæftigelsesmuligheder.³⁷¹

Med afsæt i efficiency wage teori vil det være muligt at fremlægge årsager til, hvorfor det for en virksomhed kan være efficient at tildele nogle arbejdstagere en højere løn end markedets ligevægtsløn.³⁷² For nærværende er der tale om, hvordan tildeling af flere lønkroner til gruppen af funktionærer end gruppen af arbejdere kan anses som en fordel for en arbejdsgiver og ligeledes være en fordel for staten.

3.4.2.2 Teoriens baggrund

Indledningsvist opstilles der en generel hypotese, når efficiency wage teorien bringes til anvendelse, som antager, at arbejdstagernes produktivitet bl.a. afhænger af den løn, som pågældende modtager. Der er således tale om en antagelse om, at produktiviteten og størrelsen af denne afhænger af, hvor mange timer arbejdstageren arbejder.³⁷³ Allerede i denne forbindelse ses der en sammenhæng mellem efficiency wage teorien og funktionærlovens krav til en ugentlig beskæftigelse på minimum 8 timer, førend loven vil finde anvendelse.

Det er en grundlæggende antagelse inden for teorien om efficiensløn, at arbejdsgiveren ser på omkostningerne i det lange løb, idet efficiensløn er baseret på en ide om, at det for arbejdsgiveren er det vigtigste, at den endelige pris for én efficient arbejdsenhed er så lav som mulig.³⁷⁴ På baggrund heraf kan det gøres gældende, at en rationel egenoptimerende arbejdsgiver/lovgiver vil kunne se fordelene i at betale en høj løn nu, som vil vise sig at være efficient i det lange løb.

Overordnet kan det nævnes, at når en arbejdsgiver tildeler en medarbejder en løn, der udgør mere end det nuværende markedsniveau, vil dette medføre større omkostningerne for den pågældende medarbejder, når denne eventuelt afskediges. Herigennem skabes der et incitament for arbejdstageren til at yde en arbejdsindsats svarende til den forventning, arbejdsgiveren har til varetagelsen og udførelsen

³⁷¹ Ploug, 1990, kap. 3, s. 13

³⁷² Ploug, 1990, kap. 3, s. 15

³⁷³ Greenwald og Stiglitz, 1988, s. 4

³⁷⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 201

af det givne arbejde.³⁷⁵ Hertil kan det tilføjes, at såfremt arbejdsgiveren kan holde på sine arbejdstagere, vil dette resultere i en personaleomsætningsreduktion fra arbejdsgiverens side, svarende til, at der for arbejdsgiveren vil være færre oplæringsomkostninger, hvorfor transaktionsomkostningerne i sidste ende ses reduceret. Ligeledes gøres det i denne sammenhæng gældende, at den samlede arbejdskraft i den givne virksomhed i højere grad alene kommer til at bestå af fuldt oplærte medarbejdere, hvilket vil medføre et produktivitetsniveau, der i gennemsnit ses forhøjet.³⁷⁶ Det kan ligeledes gøres gældende, at et fald i reallønnen for en arbejdstager kan resultere i en forringet produktion for pågældende, hvorfor dette kan medføre en forøget lønomkostning pr. produceret enhed for arbejdsgiveren.³⁷⁷ På baggrund heraf må det kunne udledes, at en stigning i reallønnen ikke kun har en indvirkning på øgningen af marginalomkostningerne, men også har indvirkning på et større marginalomsætningsprodukt.³⁷⁸ På baggrund af disse antagelser og udledninger, ses der således at foreligge belæg for, at teorien kan anvendes for nærværende afhandlings problemstilling.

3.4.2.3 Anvendelse af teorien

3.4.2.3.1 Hovedårsager til efficiensløn

Der foreligger flere årsager til, at man som arbejdsgiver, såvel som lovgiver, kan se en fordel i at nogle grupper af arbejdstagere skal modtage en løn over markedsniveauet. Dette er således udledt af forrige afsnit. For nærværende afsnit vil årsagerne specificeres og listes op. Det bemærkes dog, at årsagerne bag anvendelsen af efficiensløn overlapper hinanden på flere områder.

3.4.2.3.1.1 Ønske om at tiltrække medarbejdere med bedre kvalifikationer

Når en arbejdsgiver tildeler nogle medarbejdere en løn over markedsniveauet, kan dette bl.a. begrundes i et ønske om at tiltrække medarbejdere, der besidder bedre og højere kvalifikationer end den gennemsnitlige arbejdstager.³⁷⁹ Der vil herved være tale om adverse selection. Denne årsag til anvendelsen af efficiensløn må imidlertid kræve, at arbejdskraften er heterogen, som det ligeledes angives i afhandlingens metodeafsnit, at arbejdskraften er, når man bringer teorien om efficiensløn til anvendelse. Såfremt arbejdskraften er heterogen, hvad angår arbejdskraftens indsats, og hvis denne indsats og den enkelte arbejdstagers krav til lønnen er positivt korrelerede, vil dette efter teorien resultere i, at virksomheder, der generelt tilbyder en løn over markedsniveauet, automatisk vil tiltrække arbejdstagere med de bedste kvalifikationer.³⁸⁰

Hvad angår tiltrækningen af mere produktive medarbejdere, må dette imidlertid også have en relation til ovennævnte. Det må altså antages, at ansøgerne med en større produktivitet tiltrækkes af højere lønninger. På baggrund heraf samt med ovenstående in mente, vil den produktivitet, der genereres i virksomheden, som gennemsnit, ses øget i det lange løb. Dette stemmer ligeledes overens med det,

³⁷⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 200

³⁷⁶ Schmidt-Sørensen, 1990, s. 42

³⁷⁷ Schmidt-Sørensen, 1990, s. 40

³⁷⁸ Schmidt-Sørensen, 1990, s. 40

³⁷⁹ Ploug, 1990, kap. 3, s. 15

³⁸⁰ Schmidt-Sørensen, 1990, s. 42

der blev angivet i afsnit 3.4.2.2, hvor det angives, at arbejdsgiveren ser på slutresultatet i det lange løb.

Bringes dette scenarie til anvendelse på afhandlingens problemstilling, kan det antages, at staten har en overbevisning om, at det kan være svært for folk med længere uddannelser at finde job. Hertil gøres det endvidere gældende, at de arbejdstagere, der ikke falder under funktionærlovens anvendelsesområde, ikke har samme krav til, hvilket job pågældende skal udføre. Herved henvises der således til de ufaglærte arbejdstagere, der bl.a. migrerede til Danmark i 1960'erne.³⁸¹ Endvidere kan det udledes, at det for staten kan medføre større omkostninger, at funktionærer er arbejdsløse og derved ikke kan være med til at bidrage med indbetaling af skatter til staten lige så vel, som disse har krav på højere offentlige ydelser i tilfælde af, at de er arbejdsløse. Der kan derfor være tale om et ønske for såvel staten, såvel som for arbejdsgiveren, i at tiltrække arbejdstagere med bedre kvalifikationer.

3.4.2.3.1.2 Manglende mulighed for kontrol

Såfremt en arbejdsgiver ikke har mulighed for at foretage kontrol med sine medarbejderes arbejdsindsats, kan anvendelsen af efficiensløn gøre godt herfor. Ved at arbejdsgiveren tildeler nogle medarbejdere en højere løn, vil der på denne vis blive appelleret til de pågældende medarbejderes samvittighedssans. Dette vil ske, da medarbejderne på denne vis vil føle sig forpligtet til at yde en acceptabel indsats i sit arbejde, da deres løn er over markedsniveauet. I relation hertil kan det ligeledes nævnes, at medarbejderne, der tildeles efficiensløn, vil kunne se, at en eventuel afskedigelse, som følge af manglende arbejdsindsats, vil resultere i en stor omkostning for medarbejderen selv, idet der følgelig ikke modtages den sædvanlige løn. Herved vil medarbejderen ikke turde at undlade at yde den indsats, der er forventet af arbejdsgiveren.³⁸²

Ved anvendelsen af årsagen om manglende mulighed for kontrol vil der i højere grad være tale om en sociologisk årsag. Dette skyldes, at arbejdstagerens indsats på arbejdspladsen bygger på i hvilken grad, pågældende føler sig fair behandlet for så vidt angår løn. Jo mere fair arbejdstageren føler sig behandlet, jo større loyalitet udvises der af arbejdstageren over for virksomheden, og dette kan således være årsag til en øget arbejdsindsats.³⁸³ I tilknytning til nærværende årsag om manglende mulighed for kontrol skal det bemærkes, at arbejdsgiveren selvsagt også vil have mulighed for at ansætte mellemledere, der kan kontrollere medarbejdernes arbejdsindsats. Dette vil følgelig medføre transaktionsomkostninger for arbejdsgiveren, da dette vil kræve en rekrutterings- og ansættelsesproces, ligesom ansættelse af mellemledere vil medføre yderligere omkostninger til lønninger m.m.³⁸⁴

Det vil i stor udstrækning være svært at anvende årsagen om den manglende mulighed for kontrol som teori og belæg for, hvorfor staten i kraft af funktionærloven har valgt at tildele en gruppe af arbejdstagere en højere løn end arbejderne.

³⁸¹ For nærmere herom henvises der til afsnit 3.2.2.2

³⁸² Ploug, 1990, kap. 3, s. 15

³⁸³ Schmidt-Sørensen, 1990, s. 43

³⁸⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 202

3.4.2.3.1.3 Arbejdstagernes transaktionsomkostninger

Såfremt en arbejdstager afskediges, vil dette naturligvis medføre visse transaktionsomkostninger for denne. Dette udspringer til dels af tidligere nævnte årsag til efficiensløn i form af arbejdsgiverens mulighed for at appellere til arbejdstagerens samvittighed, hvorefter arbejdstageren kan se en risiko i at miste sit job, hvilket vil medføre omkostninger for pågældende arbejdstager. Der er herved tale om, at tildelingen af efficiensløn hænger sammen med de transaktionsomkostninger, der kan være for arbejdstageren. Når en ledig skal søge nyt job, er dette nært forbundet med omkostninger for pågældende både i kraft af den tid, der skal bruges på ansøgningsprocessen og ansættelsessamtaler, men der er naturligvis også en hel åbenlys årsag, som ligger i, at den lediges dagpengesats og de midler pågældende har til rådighed, er lavere end den løn, der vil kunne optjenes ved at være i beskæftigelse.

Det kan være en fordel for staten at anvende efficiensløn, da det ifølge ovenstående vil kunne udløse en mindre arbejdsløshed blandt funktionærerne, og den generelle beskæftigelsesrate ses højnet, hvorfor der herved vil blive indbetalt et større beløb i skatter, og der ligeledes heller ikke skal udbetales offentlige ydelser til disse.

3.4.2.3.1.4 Virksomhedens transaktionsomkostninger

Virksomhedens mulighed for at mindske sine transaktionsomkostninger ved at anvende efficiensløn er naturligvis relateret til nogle af de samme transaktionsomkostninger som for arbejdstageren, der blev beskrevet i afsnittet ovenfor. Ved at anvende efficiensløn kan det, som tidligere angivet, resultere i, at der vil ske færre opsigelser i den givne virksomhed, som følgelig er en fordel for såvel staten som for arbejdsgiveren grundet transaktionsomkostningerne forbundet hermed.

Transaktionsomkostningerne for en virksomhed og for staten i relation til nærværende kan på baggrund af den foretagne analyse opgøres til at bestå i bl.a. omkostningerne forbundet med en afskedigelse, herunder omkostningerne forbundet med en ny rekrutterings- og ansættelsesproces. Derudover kan transaktionsomkostninger endvidere bygge på manglende indbetaling af skatter til staten, udbetaling af offentlige ydelser, og for arbejdsgiveren kan der, ceteris paribus, ske et fald i produktiviteten i det lange løb, hvis der ikke anvendes efficiensløn. Der er endvidere større omkostninger forbundet med oplæringen af nye medarbejdere, idet disse ikke er lige så produktive som medarbejdere, der har været ansat i en længere periode, svarende til at afskedigelser af medarbejdere er forbundet med store omkostninger for arbejdsgiveren.³⁸⁵

I relation til det angivne om, at medarbejdere, der har været i en given stilling for en længere periode, er mere produktive, kan dette endvidere være med til at begrunde sagligheden i, at funktionærloven stiller krav om, at arbejdstageren skal være beskæftiget i gennemsnit mere end 8 timer om ugen, førend loven finder anvendelse. Dette kan endvidere begrunde sagligheden, da der må gælde det samme princip om, at medarbejdere, der har flere ugentlige arbejdstimer, hurtigere er oplært, hvorefter disse hurtigere kan blive produktive og være med til at sænke de samlede omkostninger til én

³⁸⁵ Ploug, 1990, kap. 3, s. 15

produktiv arbejdsenhed. På samme vis har Greenwald og Stiglitz (1988) ligeledes angivet, at en arbejdstagers produktivitet bl.a. afhænger af, hvor mange timer pågældende arbejder, hvorefter dette kan støtte op om funktionærlovens 8-timersregel.³⁸⁶

3.4.2.3.2 Yellens fire årsager til at der opstår en produktivitetsstigning ved efficiensløn

Økonomen Janet Yellen (1984) har fremlagt fire årsager til, hvorfor der kan ske en stigning i produktiviteten, når medarbejderne tildeles en løn over markedsniveauet svarende til anvendelsen af efficiensløn.³⁸⁷

De fire årsager fordeler sig som følger:

- Skulke-modellen
- Personaleomsætnings-modellen
- Selektions-modellen
- Sociologiske-modeller

Det skal indledningsvist bemærkes, at Yellens fire årsager i høj grad minder om de årsager, der netop er gennemgået ovenfor, hvorfor der alene vil blive foretaget en kort gennemgang af Yellens modeller, hvorefter disse vil blive koblet sammen med den ovenfor foretagne analyse og gennemgang.

Yellens *skulke-model* læner sig tæt op ad den årsag, der for nærværende afhandling blev beskrevet som *manglende mulighed for kontrol*. Yellen forklarer ved anvendelsen af skulke-modellen, at det er svært at overvåge arbejdstagerne, og at det er muligt for disse at yde en mindre indsats, hvad angår arbejdet. Ved at anvende efficiensløn og derved udbetale en løn over markedslønnen, vil arbejdsgiveren øge arbejdstagernes offeromkostninger, såfremt disse bliver taget i at ”skulke” og afskediget. På denne vis vil det være muligt, ifølge Yellen, at få en øget produktivitet i virksomheden, og i sidste ende vil lønomkostningerne ses sænket pr. efficient arbejdskraftsenhed.³⁸⁸

Yellen har som den næste model præsenteret *personaleomsætnings-modellen*. Ved denne model angiver Yellen, at der naturligvis er omkostninger forbundet med at udskifte medarbejderne i virksomheden. Videre angives det, at når en virksomhed betaler en løn over markedsniveauet, kan der skabes langsigtet beskæftigelse i virksomheden, hvorefter der vil ske mindre udskiftning af medarbejdere.³⁸⁹ Dermed skabes et incitament for de erfarne medarbejdere til at blive i det pågældende arbejde. I det lange løb vil den gennemsnitlige produktivitet stige i virksomheden, idet medarbejderne vil blive mere erfarne og hurtigere til at varetage sine opgaver.³⁹⁰ Yellens *personaleomsætnings-model* læner sig således tæt op ad den årsag, som for nærværende afhandling blev præsenteret som *virksomhedens transaktionsomkostninger*.

³⁸⁶ Greenwald og Stiglitz, 1988, s. 4

³⁸⁷ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 202

³⁸⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 202

³⁸⁹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 202

³⁹⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 202

Den næste model, Yellen har præsenteret, kaldes for *selektions-modellen*. Her bliver det beskrevet, at såfremt medarbejderne har forskellige evner, og såfremt de pågældende reservationslønnings er positivt korellerede, vil en virksomhed, som tilbyder en løn over markedsniveau, automatisk ende med at få arbejdskraft, der er både mere produktiv og besidder bedre kvalifikationer.³⁹¹ Selektionsmodellen er således det, der i nærværende afhandling blev beskrevet som *ønske om at tiltrække medarbejdere med bedre kvalifikationer*. Yellen tilføjer imidlertid til selektions-modellen, at jobkandidater fra tidligere job, hvor der blev betalt dårligere løn, kan ende med at blive sorteret fra, da antagelsen siger, at disse ikke vil kunne leve op til de krav, virksomheden har til produktiviteten, og de krav virksomheden har til medarbejdernes kvalifikationer.³⁹²

Den sidste model Yellen har præsenteret i forbindelse med efficiensløn er de *sociologiske-modeller*. Her angiver hun i overensstemmelse med andre økonomers opfattelser, at sociale normer kan have indvirkning på beskæftigelsen.³⁹³ En anden økonom, Akerlof (1982), angiver, at en virksomhed kan forøge moralen blandt medarbejderne i en virksomhed ved at anvende efficiensløn og derved betale en løn højere end markedsniveauet. Endvidere bliver denne antagelse beskrevet som en gaveudveksling. Dette skal forstås ved, at gaveudvekslingen består i, at den ene part, arbejdstageren, yder en indsats højere end minimumskravet i det pågældende job, mod at arbejdstageren modtager en højere løn.³⁹⁴ Herved betales der en løn, som arbejdstageren betragter som retfærdig, og såfremt arbejdstageren ikke betragter lønnen som retfærdig, vil dette skade arbejdsindsatsen.³⁹⁵ Denne teori er i afhandlingen tidligere præsenteret under årsagen om *manglende mulighed for kontrol*.

3.4.2.4 Sammenfatning af årsagerne bag efficiency wage og dennes anvendelse på afhandlingen

Efter den ovenfor foretagne gennemgang af årsagerne, der kan ligge til grund for anvendelsen af efficiensløn, søger nærliggende afsnit at sammenfatte de årsager, der er relevante for afhandlingens problemstilling samt det økonomiske rationale bag funktionærloven.

Det må have formodningen for sig, at Skulke-modellen og dennes indhold om den manglende mulighed for kontrol af arbejdstagerne på en arbejdsplads med sandsynlighed ikke har ligget til grund for, hvorfor staten har valgt at indføre funktionærloven, idet der ved denne model alene er tale om et inter partes forhold mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Skulke-modellen vil dog kunne anses for nærmere relevant for det tilfælde, hvor man undersøgte nærmere om forhandlingsstyrken mellem arbejdsgiver og arbejdstager samt muligheden for at forhandle sig til en kontrakt på funktionærlignende vilkår, såfremt man ikke omfavnes af funktionærlovens særrettigheder.

Ved indledningen til teoriens baggrund blev der opstillet en generel hypotese, hvilken bestod i, at det inden for teorien om efficiensløn bliver antaget, at en medarbejders produktivitet bl.a. afhænger af lønnen. Det kan således lægges til grund, at produktiviteten samt størrelsen af denne bl.a. afhænger

³⁹¹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 203

³⁹² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 203

³⁹³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 203

³⁹⁴ Akerlof, 1982, s. 749-775

³⁹⁵ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 203

af, hvor mange timer den pågældende arbejdstager er beskæftiget. Her vil funktionærlovens 8-timers regel således kunne forklares som saglig begrundet i økonomiske forhold. 8-timers reglen kan endvidere begrundes i et økonomisk perspektiv om, at jo flere timer en arbejdstager arbejder, jo hurtigere bliver denne oplært og dygtiggjort. Herved vil slutprisen for én produktiv arbejdsenhed ses sænket, hvorefter dette ligeledes resulterer i flere produkter på markedet, hvorfor dette følgelig også er en fordel for staten.

Når det antages, at funktionærloven i højere grad omfavner de mere veluddannede, stemmer dette imidlertid overens med teorien om efficiensløn. Teorien herom indikerer, at nogle arbejdsgivere, som for nærværende tilfælde vil være lovgiveren, ønsker at tiltrække mere kvalificeret arbejdskraft. Dette kan skyldes, at det for funktionæren kan være sværere at finde arbejde, og det er for staten dyrere at have arbejdsløse funktionærer frem for arbejdsløse arbejdere. Dette skyldes det faktum, at funktionæren, ceteris paribus, i højere grad kan bidrage til samfundet i form af skatter. På baggrund heraf må der ligeledes antages at foreligge en saglig økonomisk begrundelse for personkredsen, som funktionærloven omfavner. Det vil derudover også være en fordel for arbejdsgiveren at betale en løn over markedslønnen, når arbejdsgiveren ønsker at sænke sine transaktionsomkostninger. Der forstås herved, at det er forbundet med store omkostninger at afskedige en medarbejder, og det er endvidere bevist, at en medarbejder vil hæve sin arbejdsindsats, når denne bliver tildelt en højere løn. Dette skyldes, at en arbejdstager ofte arbejder ud fra et rationale om at ville yde det, der findes retfærdigt. Det vil i tilknytning hertil ligeledes ses som en stor omkostning for arbejdstageren ikke at modtage den sædvanlige (høje) løn i tilfælde af, at denne bliver afskediget. I relation til dette knyttes det, at det for staten er en fordel, at så få som muligt er på offentlige ydelser. Det må herved også have formodningen for sig, at der således skabes en lavere arbejdsløshed blandt funktionærerne.

I relationen til antagelsen om, at det for staten er velbegrundet kun at tildele én gruppe af arbejdstagere denne form for efficiensløn på baggrund af, at dette resulterer i større andel af indbetalte skattekrone, er det nærliggende at overveje, om det ville være muligt at omfavne hele den danske arbejdsstyrke af de samme regler, og derved eventuelt sænke arbejdsløsheden og ligeledes få flere skattekrone til staten. Hertil bemærkes det, at det indenfor teorien om efficiensløn antages, at arbejdskraften er heterogen, hvorfor alle arbejder forskelligt, og de, der besidder højere kvalifikationer og arbejder i gennemsnit mere end 8 timer ugentligt, er hurtigere oplært, og derved med til at sænke de samlede omkostninger i det lange løb. Det må således kunne gøres gældende, at den lavere andel af arbejdsstyrken har nemmere ved at finde job, ligesom teorien også peger i retning af, at denne del af arbejdskraften ligeledes vil acceptere en lavere løn, hvorfor der ikke er behov for at tildele disse efficiensløn i form af funktionærlovens særrettigheder.

Slutteligt må det således kunne udledes med afsæt i teorien om efficiency wage, at der i det lange løb sker et fald i de samlede transaktionsomkostninger for arbejdsgiveren og følgelig også for staten, hvorfor der kan begrundes et økonomisk rationale bag den retslige forskelsbehandling, som foretages i medfør af funktionærloven.

3.5 Delkonklusion

Med afsæt i den foretagne analyse, kan det udledes, at Danmark har oplevet stor migration gennem tiden. Migration til Danmark er ofte sket grundet højkonjunktur og dermed manglen på arbejdskraft, hvilket har givet incitament for arbejdstagere til at søge mod Danmark. Ligeledes er arbejdstagerne ofte migreret fra lavtlønslande mod højtønslande, da specielt de ufaglærte arbejdstagere vinder mere ved at søge mod et højtønsland såsom Danmark.

Det kan ud fra de anvendte statistikker udledes, at der har været en generel stigning siden 2010 i antallet af migrerede fra EU's medlemsstater til Danmark. Til sammenligning kan det udledes, at der fra Tyskland mod Danmark er sket et generelt fald af migrerede siden 2007. Hvad angår udstationering kan det dog konkluderes, at Tyskland er den EU-medlemsstat med næst flest udstationerede i Danmark. Disse udstationerede arbejdstagere skal ligesom de migrerede arbejdstagere arbejde på danske løn- og arbejdsvilkår, hvorefter der foretages retslig forskelsbehandling over for disse.

Funktionærer bliver gennem funktionærloven tildelt bedre løn- og arbejdsvilkår, hvilket samlet set over et helt arbejdsliv, resulterer i, at en funktionær får udbetalt flere lønkroner end en arbejder. Det kan konkluderes med afsæt i diskriminationsteorien, at lovgiver og arbejdsgiver er villig til at betale flere lønkroner mod at undgå kontakt med den del af arbejdsstyrken, som ikke falder ind under funktionærloven, hvilket ofte er de ufaglærte arbejdstagere. Dette grundet i, at lovgiver og arbejdsgiver er nyttemaksimerende og ikke profitmaksimerende. Med afsæt i K. Arrows diskriminationsteori konkluderes det endvidere, at lovgiver har taget et bevidst valgt om at forskelsbehandle mellem arbejdstagergrupperne på baggrund af observerbare forhold. Hertil kan det konkluderes ud fra efficiency wage teorien, at når arbejdsgiveren udbetaler en højere løn til en funktionær, skabes der incitament for denne til at yde en ekstra indsats for at blive i jobbet, da funktionæren vil lide et større tab ved at miste sit job, hvilket samtidig er med til at reducere arbejdsgiverens transaktionsomkostninger. I relation hertil kan det udledes, at en arbejdstager, der har været i en stilling i en længere periode, er mere produktiv end en ny medarbejder, hvilket ligeledes vil være med til at minimere omkostningerne til én efficient arbejdsenhed. Samtidig vil arbejdsgiveren ved en højere aflønning kunne tiltrække arbejdstagere med bedre kvalifikationer og dermed også med højere produktivitet, da en funktionær ikke vil stille sig tilfreds med et hvilket som helst arbejde. Det antages modsætningsvist, at arbejderen i højere grad ser sig tilfreds med en lavere løn end funktionæren. Dette betyder, at det vil være omkostningsminimerende for staten at foretage retslig forskelsbehandling, hvor funktionæren modtager samlet flere lønkroner. Dette gøres for at funktionæren bliver i arbejdet og dermed kan være med til at bidrage til staten i form af skatter frem for, at staten skal betale offentlige ydelser til funktionæren. Det kan på denne baggrund konkluderes, at der samlet set sker et fald i transaktionsomkostningerne for arbejdsgiveren og følgelig ligeledes for staten, ligesom den samlede beskæftigelse ses højnet.

Det anses som sagligt begrundet i økonomiske forhold, at funktionærloven foretager retslig forskelsbehandling mellem to grupper af arbejdstagere på det danske arbejdsmarked.

Kapitel 4 – Integreret analyse

4.1 Indledning

På baggrund af afhandlingens juridiske og økonomiske analyse vil det i nærværende kapitel søges udledt, hvorvidt formålet med udstationeringsdirektivet er opnået, og hvorvidt dette spiller sammen med den danske model, som regulerer det danske arbejdsmarked. På samme vis vil eventuelle ændringsforslag til loven fremlægges.

Det blev i den *juridiske analyse* udledt, at der sker retslig forskelsbehandling af udstationerede arbejdstagere i Danmark. Dette møder imidlertid udfordringer ved udstationering af arbejdstagere fra Tyskland til Danmark. I denne forbindelse vil det i nærværende kapitel søges klarlagt, hvorvidt der bør foretages ændringer i den danske lovgivning som følge af den EU-stridige retslige forskelsbehandling.

Det blev i den *økonomiske analyse* udledt, at der ligger et økonomisk rationale bag den retslige forskelsbehandling, der foretages i medfør af funktionærloven på det danske arbejdsmarked, hvorfor det findes relevant at undersøge, hvorvidt den danske aftalemodel åbner op for social dumping, som netop er udstationeringsdirektivets formål at hindre.

På det danske arbejdsmarked er det overenskomster aftalt mellem arbejdsmarkedets parter, der regulerer løn- og arbejdsvilkårene³⁹⁶, som giver muligheden for at aftale forskellige vilkår for arbejdstagere og dermed foretage forskelsbehandling. Der er på denne baggrund fordele og ulemper ved den danske model, som vil blive udledt og diskuteret i nærværende afsnit.

Da der foretages retslig forskelsbehandling på det danske arbejdsmarked, må der formodes at være behov for visse lovændringer for 1) at der ikke er EU-stridig lovgivning og 2) at social dumping hindres. Dette kan gøres ved at sørge for bedre mindste arbejdsvilkår og –betingelser for arbejdstagere, hvilket eksempelvis kan være ved indførelsen af en generel mindsteregulering på det danske arbejdsmarked. Hertil vil det blive undersøgt, hvorvidt de i nærværende kapitel fremlagte mulige tiltag stemmer overens med den danske model, og om disse tiltag kan være med til at hindre social dumping. Tidligere har der været fremlagt forslag til mindstelønsdirektiver fra EU. Nærværende kapitel vil undersøge, hvorvidt dette er et muligt tiltag for at komme social dumping til livs lige såvel, som det vil blive analyseret, hvilke fordele og ulemper der er ved indførelse af en politisk fastsat mindsteløn herunder de økonomiske effekter ved dette.

4.2 Udstationeringsdirektivets formål

For nærværende afsnit vil udstationeringsdirektivets formål søges klarlagt. Det kan overordnet gøres gældende, at direktivets formål bl.a. er at hindre social dumping. Det bemærkes dog hertil, at det ikke er angivet i såvel direktivets betragtninger eller i direktivets artikler, at formålet er at hindre social dumping. Dette må derfor udledes af såvel visse af betragtningerne og artiklerne i direktivet i sammenhæng med betænkninger og udtalelser til direktivet.

³⁹⁶ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 267

For så vidt angår betænkning fra udvalget om beskæftigelse og sociale anliggende samt udtalelse fra udvalget om det indre marked og forbrugerbeskyttelse³⁹⁷, bliver der i forslaget henvist til, at udstationeringsdirektivet har to overordnede formål, hvilket er:

”at sikre fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser og samtidig sikre, at værtslandets vilkår og bestemmelser med hensyn til mindsteløn, arbejdsforhold og sikkerhed og sundhed finder anvendelse på udstationerede arbejdstagere i overensstemmelse med artikel 3 i udstationeringsdirektivet.”

Der bliver endvidere i en udtalelse fra udvalget om det indre marked og forbrugerbeskyttelse (21.6.2006) om gennemførelsen af udstationeringsdirektivet, angivet i pkt. A, at udstationeringsdirektivets mål om at beskytte udstationerede arbejdstageres rettigheder ikke skal forsømmes i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser. I forlængelse af ovenstående har EU-kommissionen udarbejdet en begrundelse, der skal støtte op om de betænkninger, der bl.a. ligger til grund for de artikler, der er medtaget i udstationeringsdirektivet. Kommissionen angiver i sin begrundelse, at:

“principperne i direktivet gør det lettere for virksomheder at tilbyde tjenesteydelser i det frie indre marked uden diskriminering”

Herefter angiver kommissionen videre i sin begrundelse, at:

“de krævede mindstestandarder skal (...) svare til dem, der også gælder for virksomheder med hjemsted i værtslandet (...) med hensyn til de mindstestandarder, der er fastsat i artikel 3.”

Udstationeringsdirektivets art. 3 indeholder således en række mindstestandarder, som skal overholdes af den medlemsstat, hvis område der udstationeres til, svarende til at en til Danmark udstationeret arbejdstager ikke må stilles dårligere end en dansk arbejdstager, hvilket Danmark som medlemsstat i dette tilfælde skal sikre bliver overholdt.

I nærværende afhandling vil der således være tale om de danske minimumskrav til følgende, jf. udstationeringsdirektivets art. 3:

- a) Maksimal arbejdstid og minimal hviletid
- b) Mindste antal betalte feriedage pr. år
- c) **Mindsteløn**, herunder overtidsbetaling
- d) Betingelser for at stille arbejdstagere til rådighed, isæt via vikarbureauer
- e) Sikkerhed, sundes og hygiejne på arbejdspladsen
- f) **Beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født**, samt for børn og unge

³⁹⁷ Betænkning om anvendelse af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere (2006/2038(INI))

- g) Ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

På baggrund af det ovenstående kan det udledes, at udstationeringsdirektivet har til formål at hindre diskrimination af udstationerede arbejdstagere, sørge for en minimumsbeskyttelse af udstationerede arbejdstagere lige så vel, som målet er at sørge for en fri udveksling af tjenesteydelser på det indre marked, uden at dette forsømmer arbejdstagernes rettigheder. Herfra kan det således udledes, at formålet med udstationeringsdirektivet bl.a. er at hindre social dumping, idet udstationerede arbejdstagere ikke må stilles dårligere end de indenlandske arbejdstagere, jf. herved direktivets art. 3, stk. 1.

4.2.1 Udstationeringsdirektivets formål og dansk ret

Uagtet at det kan fastslås, at udstationeringsdirektivets formål bl.a. er at forhindre social dumping ved udstationering af arbejdstagere inden for EU's grænser, skal det i forlængelse heraf bemærkes, at den danske udstationeringslov er med til at skabe retslig forskelsbehandling mellem arbejdstagergrupperne på det danske arbejdsmarked. Dette skyldes, at der i den danske udstationeringslovs § 5, nr. 4 angives, at funktionærlovens § 7 skal iagttages, såfremt pågældende opfylder de almindelige betingelser i funktionærlovens § 1. Herefter vil den udstationerede arbejdstager, som betragtes som funktionær i Danmark, omfavnes af en særbeskyttelse for så vidt angår barselsforhold. Hertil bemærkes det endvidere, at udstationeringslovens § 5 altid skal overholdes, uagtet hvis lands ret der i øvrigt regulerer ansættelsesforholdet.³⁹⁸ Indføjelser af § 5, nr. 4 er medtaget som følge af udstationeringsdirektivets krav om beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født.³⁹⁹ Der skal dog igen henledes opmærksomhed på, at der kun gælder særlige beskyttelsesforanstaltninger for den del af arbejdsstyrken, der er at betragte som funktionærer efter funktionærlovens § 1. På samme vis gøres det herved gældende, at udstationeringslovens § 5 er indføjet, idet udstationerede arbejdstagere ikke må stilles dårligere end de arbejdstagere, der i forvejen er ansat i den pågældende medlemsstat.⁴⁰⁰

Det blev i afhandlingens juridiske analyse fastslået, at udstationeringslovens § 5, nr. 4 kan møde udfordringer, når der udstationeres tyske arbejdstagere til Danmark. Dette skyldes, at en sådan opdeling og derved retslig forskelsbehandling, som der foretages i Danmark mellem henholdsvis arbejdere og funktionærer, imidlertid ikke må foretages i Tyskland.⁴⁰¹ Det blev endvidere fastslået i afhandlingens juridiske analyse, at den retslige forskelsbehandling må anses som uforenelig med Chartrets art. 20 om alle menneskers lighed for loven, når der udstationeres tyske arbejdstagere til Danmark.

Med afsæt i ovenstående giver dette således anledning til overvejelser om, hvorvidt social dumping hindres på det danske arbejdsmarked, ligesom dette endvidere giver anledning til overvejelser om, hvorvidt den måde hvorpå det danske arbejdsmarked reguleres, enten hindrer eller i højere grad er åben for social dumping. Nærmere herom behandles nedenfor, jf. afsnit 4.4.

³⁹⁸ Jf. udstationeringslovens § 5, stk. 1

³⁹⁹ Jf. udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1, litra f

⁴⁰⁰ Jf. udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1

⁴⁰¹ Nielsen, 2019, s. 407-408

I forlængelse af ovenstående vil udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1, litra c, blive fremført for nærværende. Bestemmelsen angiver, at medlemsstaterne skal sikre, at de arbejdstagere, der er udstationeret til deres område, får de samme forhold, for så vidt angår mindsteløn, som de indenlandske arbejdstagere ligeledes får. Der er således tale om et mindstekriterie, som direktivet pålægger medlemsstaterne at overholde, og for nærværende vil der således være tale om, at der ved udstationering til Danmark skal overholdes de danske krav til mindsteløn. Det bemærkes i denne forbindelse, at der i Danmark ikke findes noget regulering, for så vidt angår mindsteløn, idet arbejdsmarkedets parter selv forhandler sig til løn- og arbejdsvilkårene.⁴⁰² Arbejdstagerne har endvidere mulighed for at organisere sig i fagforeninger, hvor overenskomster vil regulere forhold om bl.a. mindsteløn. Herefter står det således frit for de arbejdsgivere, hvis virksomhed ikke dækkes af en overenskomst selv at fastsætte lønniveauet, idet der ikke er nogen generel mindsteregulering på det danske arbejdsmarked.⁴⁰³ I denne forbindelse kan det ligeledes overvejes, hvorvidt den danske model står åben for social dumping.

På baggrund af såvel den retslige forskelsbehandling, der foretages på det danske arbejdsmarked i regi af funktionærloven og det faktum, at der ikke findes en mindsteløn i Danmark, vil det blive undersøgt nærmere, hvorvidt udstationeringsdirektivets formål om at hindre social dumping i Danmark ses opnået, og i hvilken grad lovændringer bør foretages.

4.3 Ændringsdirektivet til det nuværende udstationeringsdirektiv

Nærværende afsnit vil kort redegøre for nogle af de ændringer, der følger af ændringsdirektivet til det nuværende udstationeringsdirektiv, hvorefter det diskuteres, hvilken effekt ændringerne i det nye udstationeringsdirektiv må forventes at have på de til Danmark udstationerede arbejdstagere. Ændringsdirektivet til det nuværende udstationeringsdirektiv blev vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet den 29. juli 2019. Ændringerne skal herefter være implementeret i medlemsstaternes nationale regulering inden den 30. juli 2020.⁴⁰⁴ De overordnede ændringer kommer til at bestå i bl.a. en udskiftning af termen "*mindsteløn*", ligesom der indføres krav om godtgørelse i forbindelse med udgifter til rejser, og slutteligt indføres der nye regler, som regulerer forholdene for det tilfælde, at der er tale om længerevarende udstationeringer.⁴⁰⁵ For nærværende afhandling vil der alene blive behandlet ændringen af termen "*mindsteløn*".

For så vidt angår art. 3, stk. 1, litra c, er der i det nuværende udstationeringsdirektiv angivet "*mindsteløn*", som i det nye udstationeringsdirektiv ændres til "*aflønning*". Dette medfører, at man som udstationeret arbejdstager kan forvente at få mere end blot mindstelønnen, hvilket der som bekendt ikke findes i Danmark. Som følge af at direktivet fremover vil anvende termen "*aflønning*", kan der herved gøres krav på se samme tillæg, som indenlandske arbejdstagere får, hvorefter det i højere grad sikres, at andre obligatoriske løndelevend blot mindstelønnen medregnes i arbejdstagerens aflønning. Det bemærkes i forlængelse heraf, at begrebet "*aflønning*" skal fortolkes efter værtslandets definition

⁴⁰² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 286-287

⁴⁰³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 125

⁴⁰⁴ Jf. ændringsdirektivets art. 3, stk. 1

⁴⁰⁵ horten.dk, Horten Advokatpartnerselskab, oktober 2018, "*Ændring af udstationeringsdirektivet vedtaget*"

af dette begreb.⁴⁰⁶ I Danmark reguleres lønforholdene af overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, men disse overenskomster er imidlertid ikke medtaget i ændringsdirektivet til udstationeringsdirektivet.

Ændringerne af udstationeringsdirektivet medfører endvidere, at der kommer en oplysningspligt for medlemsstaten, som består i, at værtsstaten forpligtes til at anføre på en offentlig tilgængelig hjemmeside, hvilke arbejds- og ansættelsesvilkår samt løndelev der medregnes i aflønningsbegrebet i den givne medlemsstat.⁴⁰⁷ På denne måde må det forventes, at gennemsigtigheden mellem arbejdstager og arbejdsgiver øges.

Ved at der i det nye direktiv ikke længere findes begrebet "*mindsteløn*", og arbejdstagerne herved kan gøre krav på bedre lønfordele, må det formodes, at formålet med udstationeringsdirektivet om hindring af social dumping i højere grad må anses som værende opnået. Dog gøres det gældende, at ændringerne i det nye udstationeringsdirektiv imidlertid ikke hindrer muligheden for at foretage retslig forskelsbehandling mellem arbejdere og funktionærer, ligesom der i Danmark fortsat ikke findes en ved lov fastsat minimumsløn. Det kan derfor til stadighed gøres gældende, at social dumping fortsat ikke er fuldt ud hindret. Det vil på baggrund heraf blive diskuteret nedenfor, hvorvidt den danske model er åben for social dumping, lovændringsforslag vil blive fremlagt, ligesom fordele og ulemper ved en politisk fastsat mindsteløn diskuteres.

4.4 Er den danske model åben for social dumping?

I ovenstående afsnit 4.2 blev det udledt, at udstationeringsdirektivet har til formål at hindre diskrimination mellem udstationerede arbejdstagere og indenlandske arbejdstagere samtidig med, at den frie udveksling af tjenesteydelser opretholdes. Udstationeringsdirektivet har dermed til formål at hindre social dumping. Hvorvidt dette spiller sammen med den danske model, som regulerer det danske arbejdsmarked, vil søges klarlagt i nærværende afsnit.

Som beskrevet i afsnit 3.3 er det ikke lovgivning vedtaget af staten, der regulerer det danske arbejdsmarked men derimod primært arbejdsmarkedets parter. Parterne består på den ene side af repræsentanter for arbejdsgiverne og på den anden side af repræsentanter for arbejdstagerne, som forhandler og aftaler forhold som løn, opsigelse, arbejdsvilkår og lign., der nedskrives og reguleres gennem overenskomster.⁴⁰⁸ Til grund for disse overenskomster er blandt andet Hovedaftalen, der fungerer som arbejdsmarkedets "grundlov".⁴⁰⁹ Den danske model kaldes også for aftalemodellen, hvilket begrundes i, at det er op til de relevante parter, som agerer på markedet selv at aftale vilkårene for arbejdsmarkedet, hvilket samtidig er fordelene ved den danske model. Aftalemodellen åbner dog samtidig op for, at parterne kan aftale forhold, som ikke gælder for alle, men kun gælder for en begrænset

⁴⁰⁶ Ændringsdirektivets betragtning nr. 17

⁴⁰⁷ horten.dk, Horten Advokatpartnerselskab, oktober 2018, "*Ændring af udstationeringsdirektivet vedtaget*"

⁴⁰⁸ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 267

⁴⁰⁹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 271

gruppe arbejdstagere eller et arbejdsområde. Samtidig gælder overenskomsterne kun for det organiserede arbejdsmarked, og dermed er det ikke alle arbejdstagere, der er dækket af overenskomster.⁴¹⁰ Dermed åbnes der op for en mulig forskelsbehandling af arbejdstagerne, hvilket ligeledes kan resultere i social dumping, som både kan forekomme på det organiserede arbejdsmarked men i særdeleshed på det uorganiserede arbejdsmarked. Muligheden for at der sker forskelsbehandling og social dumping kan anses som en ulempe ved den danske aftalemodel til trods for, at det som nævnt er parterne selv, der forhandler forholdene.⁴¹¹

Til ovenstående skal det nævnes, at når det er arbejdsmarkedets parter, der forhandler arbejdsvilkår, lønforhold m.v. bliver begge sider hørt, og derfor antages det, at der på arbejdstagersiden vil blive forhandlet mod, at der ikke opstår social dumping på det danske arbejdsmarked. Da arbejdsgiverne skal følge overenskomsterne, vil det ligeledes være muligt at aftale forhold, hvor der ikke sker social dumping. Der skal derfor en del til, før det gennem overenskomsterne vil være muligt at foretage social dumping. Det må dog nævnes, at der formentlig vil være nogen, som ikke følger overenskomsterne, og social dumping vil derfor lige såvel kunne forekomme på det organiserede arbejdsmarked som på det uorganiserede. På baggrund af ovenstående kan det udledes, at den danske model med sin aftalefrihed i visse tilfælde åbner op for muligheden for forskelsbehandling og social dumping.

4.5 Løsningsorienterede forslag til lovændringer

4.5.1 Regulering frem for den danske model

Med udgangspunkt i de ovenstående afsnit vil det nu blive diskuteret, hvorvidt der er behov for lovændringer på det danske arbejdsmarked og i så fald hvilke.

Som tidligere nævnt er formålet med udstationeringsdirektivet bl.a. at sikre, at der ikke sker diskrimination af udstationerede arbejdstagere og dermed, at der ikke forekommer social dumping. Det kan diskuteres, hvorvidt dette formål opnås på det danske arbejdsmarked gennem den danske model, som giver aftalefrihed til arbejdsmarkedets parter til selv at aftale arbejdsvilkår, lønforhold osv. Lige såvel kan det diskuteres, om der bør foretages en ændring af udstationeringslovens § 5, nr. 4, så denne ikke kun sikrer én del af den udstationerede arbejdsstyrke. Nærmere herom behandles nedenfor i afsnit 4.5.3.

For så vidt angår hindringen af social dumping, kan dette ikke sikres 100% gennem den danske model, da det som nævnt, er muligt for parterne at aftale forhold, der ikke gælder for alle arbejdstagere, hvilket kan lede til forskelsbehandling eller social dumping. Et muligt tiltag for at opnå direktivets formål er at afskaffe den danske model og i stedet vedtage lovgivning på alle områder indenfor det danske arbejdsmarked. Dette vil betyde, at arbejdsmarkedet reguleres på samme måde som de fleste andre områder og markeder, og det vil være muligt at vedtage lovgivning, som indeholder lønforhold, arbejdsvilkår og lign., der vil være med til at mindske forekomsten af forskelsbehandling og social dumping. Samtidig vil dette dog bryde med den måde, hvorpå det danske arbejdsmarked reguleres

⁴¹⁰ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 349

⁴¹¹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 349-350

og er kendt for, hvilket er gennem overenskomster. Hertil skal det nævnes som tidligere, at dette netop er fordelene ved den danske model, at det er arbejdsmarkedets parter selv, der aftaler alle vilkår og forhold, hvilket sikrer, at både arbejdsgivere og arbejdstagere bliver hørt og, at der ikke vedtages urimelige vilkår, som den ene eller begge parter ikke kan eller vil leve op til. Derudover sikrer den danske model og overenskomsterne, at arbejdstagerne har løn- og arbejdsvilkår, som er gennemskuelige og ikke til at diskutere under en overenskomst, mens arbejdsgiverne beholder sin ledelsesret.⁴¹² På baggrund heraf vil det være nærliggende at formode, at et sådan indgreb vil være for omfattende, hvorfor andre muligheder bør overvejes.

4.5.2 Politisk fastsat mindsteløn

En anden mindre indgribende mulighed er at indføre mindre lovgivning, som der allerede forefindes i form af ansættelsesbevisloven, ferieloven, lov om ligeløn m.fl.⁴¹³, som er med til at regulere nogle mere basale forhold på arbejdsmarkedet og sikre, at der på disse områder er lige rettigheder for alle og, at der dermed ikke sker forskelsbehandling. Dette kunne ligeledes være en mulighed i forhold til regulering omkring mindsteløn, der kunne være med til at sikre, at social dumping mindskes. En politisk fastsat mindsteløn vil betyde, at der på det danske arbejdsmarked vil være en mindsteløn, som alle arbejdsgivere som minimum skal betale sine ansatte. Dermed vil det ikke længere være gennem overenskomsterne, lønniveauet fastsættes i forhold til, hvad arbejdstagerne som minimum skal have i løn. Dette kan både være en fordel og en ulempe.

Ulempen ved en politisk fastsat mindsteløn er, at der ændres på et af de væsentlige forhold, som arbejdsmarkedets parter selv forhandler. Det må antages, at arbejdsgiverne i samarbejde med arbejdstagernes fagforeninger bedst kan vurdere lønniveauet indenfor de enkelte brancher, da disse kan variere på punkter som opgavetype, uddannelse, produktivitet, effektivitet og lignende. Det kan derfor være relevant, at man inden for én branche har et lønsystem med et lønniveau, der er anderledes end indenfor en anden branche, så alle ikke får samme løn. Ud fra disse aspekter kan det diskuteres, om det vil være efficient med en politisk fastsat mindsteløn, da nogle arbejdstagere kan ende ud med en lavere løn, end den pågældende fik ved den tidligere sektorspecifikke aftalte løn. Da der stadig skal overenskomster til at regulere lønforholdene i forhold til lønstigninger og lignende, vil det være muligt at forhandle sig frem til en højere mindsteløn, men arbejdsgiverne vil ikke være forpligtede til dette og kan blot give den mindsteløn, som der er politisk vedtaget. Tiltaget vil dermed betyde en mindre ændring i den danske model, fordi lønforholdene ikke længere på samme vis skal forhandles mellem arbejdsmarkedets parter.

Fordelen ved tiltaget vil være, at det kan sikre, at der ikke sker forskelsbehandling af udstationerede arbejdstagere og indenlandske arbejdstagere, da det, som det fremgår af udstationeringsdirektivet, er værtslandets mindsteløn som skal følges, hvilket der for øjeblikket ikke findes regulering omkring i Danmark. Med en politisk fastsat mindsteløn vil alle arbejdstagere modtage det samme, uanset om de er indenlandske, udenlandske eller udstationerede. Hermed vil der ikke ske den forskelsbehandling, som det blev udledt i den juridiske analyse, at der forekommer.

⁴¹² Ibsen og Stamhus, 2016, s. 295

⁴¹³ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 276

En politisk fastsat mindsteløn vil være et mindre indgreb i den danske model, frem for at afskaffe denne helt og vedtage love for det fulde arbejdsmarked. Det vil hermed fortsat være muligt for arbejdsmarkedets parter selv at forhandle arbejdsvilkår og lignende, mens lønforholdene ikke længere, eller kun i mindre grad, skal forhandles mellem parterne. På baggrund heraf synes en politisk fastsat mindsteløn umiddelbart som en efficient løsning for at kunne mindske social dumping. Desuagtet er der følgelig visse økonomiske følgevirkninger, hvilke søges udledt straks nedenfor.

4.5.2.1 Økonomiske effekter ved en politisk fastsat mindsteløn

For nærværende afsnit søges det udledt, hvilken økonomisk effekt det har, såfremt der indføres en politisk fastsat mindsteløn. I Danmark er der i dag det, man betragter som en aftalebaseret minimumsløn, hvilken fastsættes efter forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter og medtages i overenskomsterne.⁴¹⁴ På sin vis er dette grundlæggende noget af det samme som en politisk fastsat mindsteløn. Forskellen ligger dog i, at den del af arbejdsstyrken, som ikke omfavnes af overenskomster og arbejdsmarkedets parter forhandlinger, ikke er dækket af en mindsteløn, hvorefter der eksisterer en mulighed for beskæftigelse af den nedre del af lønfordelingen.⁴¹⁵ Baggrunden herfor udredes nedenfor.

Såfremt der i Danmark indføres en politisk fastsat mindsteløn, vil dette sandsynligvis have en negativ effekt på beskæftigelsen på det danske arbejdsmarked. Dette skyldes, at uanset hvor man vælger at sætte grænsen for, hvad mindstelønnen skal være, vil der være arbejdstagere, der har en lavere løn end den eventuelt politisk fastsatte mindsteløn. Dette kan bl.a. skyldes, at den værdi, arbejdstageren skaber i sit job, er lavere end niveauet for den politisk fastsatte mindsteløn. Ved indførelse af en politisk fastsat mindsteløn vil der således ende med at være stillinger, der ikke vil blive slået op, ligesom disse vil blive nedlagt. Dette begrundes i, at arbejdsgiveren vil være forpligtet til at skulle betale en løn, som arbejdsgiveren ikke kan tjene hjem ved den værdi, arbejdstageren skaber i stillingen⁴¹⁶, hvorefter det således vil danne underskud for arbejdsgiveren at have ansatte. Videre antages det, at de personer, hvis stillinger vil blive nedlagt, vil have sværere ved at finde nye jobs, da diss ikke anses for at være konkurrencedygtige, hvad angår kompetencer og derved ikke har mulighed for at finde job og komme tilbage på arbejdsmarkedet. På baggrund heraf ses en negativ effekt på beskæftigelsen, hvilket ligeledes må have en effekt på den generelle økonomi i Danmark.

⁴¹⁴ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 125

⁴¹⁵ Svar på Finansudvalgets spørgsmål nr. 40 (Alm. del) af 23. oktober 2017, s. 1

⁴¹⁶ Svar på Finansudvalgets spørgsmål nr. 40 (Alm. del) af 23. oktober 2017, s. 1

Det må formodes, at de, der rammes hårdest af en politisk fastsat mindsteløn, er yngre arbejdstagere, ligesom det vil være ufaglærte arbejdstagere, da det må ligges til grund, at denne del af arbejdsstyrken generelt har lavere lønninger.⁴¹⁷ Det vil således ofte være personer, der ej heller omfattes af funktionærloven og dennes særbeskyttelse, hvorefter dette vil kunne resultere i en større distance mellem henholdsvis arbejdere og funktionærer og derved ikke mindske den retslige forskelsbehandling, der foretages i dag på det danske arbejdsmarked.

Hvis man derimod indførte en politisk fastsat mindsteløn, som var meget lav for at mindske den negative effekt på beskæftigelsen, vil dette kunne give bagslag. Dette skyldes, at lønniveauet generelt vil ses faldende, idet arbejdsgivere eventuelt ville være af den overbevisning, at det ville være rimeligt at tildele sine medarbejdere en lavere løn, end arbejdstageren fik tildelt inden indførelsen af en politisk fastsat mindsteløn. Dette begrundes i, at arbejdsgiveren herefter vil overholde gældende lovgivning, hvorefter arbejdsgiveren ikke føler, at denne lavere løn er uacceptabel.

Det er dog ikke umiddelbart muligt at give et konkret svar på, hvor store de negative effekter af en politisk fastsat mindsteløn vil være, og ligeledes er litteraturen generelt uenige i, hvor stor en effekt dette vil have.⁴¹⁸ Endvidere er litteraturen også uenige om, hvorvidt en politisk fastsat mindsteløn har en positiv, negativ eller ingen effekt på beskæftigelsen, idet der findes studier, der peger i alle tre retninger.⁴¹⁹ Hertil bemærkes det, at de modsigende studier er foretaget i forskellige dele af verden, og forskellene mellem disse områders arbejdsmarkeder følgerig også må have en betydning for studierne resultater.⁴²⁰ Det kan kort nævnes, at der i en række britiske studier i 1999 blev konstateret, at en politisk fastsat mindsteløn ingen effekt vil have, hvorimod Neumark og Wascher (2008) lavede en række empiriske undersøgelser, som viste en negativ effekt på beskæftigelsen ved en politisk fastsat mindsteløn.⁴²¹

For så vidt angår nærværende afhandling gøres det gældende på baggrund af ovenstående, at effekterne af en politisk fastsat mindsteløn vil være negative. Dels fordi dette vil betyde en forringelse og eventuel afskaffelse af den danske model, lige så vel som det med afsæt i den ovenfor foretagne analyse kan udledes, at en politisk fastsat mindsteløn vil have en negativ effekt på beskæftigelsen på det danske arbejdsmarked, hvor lønningerne i forvejen er generelt høje set i lyset af andre landes lønninger. Sluttelige bemærkes det, at den danske aftaleregulerede mindsteløn kan anses som værende noget af det samme som en politisk fastsat mindsteløn. Således vil det ikke have en større effekt på den del af arbejdsstyrken, som i forvejen omfavnes af overenskomster. En politisk fastsat mindsteløn vil alene have en effekt på den nedre del af løndelingen.

⁴¹⁷ Svar på Finansudvalgets spørgsmål nr. 40 (Alm. del) af 23. oktober 2017, s. 2

⁴¹⁸ Svar på Finansudvalgets spørgsmål nr. 40 (Alm. del) af 23. oktober 2017, s. 1

⁴¹⁹ Ibsen og Stamhus, 2016, s. 125

⁴²⁰ Ibsen og Stamhus, 2016. S. 125

⁴²¹ Neumark og Wascher, 2008 og Ibsen og Stamhus, 2016, s. 125

4.5.3 Udstationeringslovens § 5, nr. 4

Hvad angår udstationeringslovens § 5, nr. 4 vil det være nødvendigt at foretage ændringer, så denne ikke kun sikrer én del af den udstationerede arbejdsstyrke i form af funktionærerne. Det må vurderes, at hvis formålet med udstationeringsdirektivet skal opnås, skal udstationeringsloven sikre alle arbejdstagere og ikke kun en del af dem. Herved er det en mulighed at fjerne § 5, nr. 4, da en funktionærs ansættelsesforhold i Danmark vil reguleres af funktionærloven, såfremt andet ikke fremgår af ansættelsesaftalen. En funktionær vil dermed skulle følge funktionærlovens § 7 også uden, at dette fremgår af udstationeringsloven. Det eneste tidspunkt hvor bestemmelsen vil have sin effekt, er såfremt ansættelsesaftalen for funktionæren bestemmer noget andet omkring barsel end det, der fremgår af funktionærlovens § 7. Ud fra dette kan det diskuteres, om § 5, nr. 4 bliver en overflødig bestemmelse.

I Danmark bliver barsel for en arbejder oftest sikret og reguleret gennem overenskomster og barselsloven, mens det for en funktionær som nævnt følger af funktionærloven. Dette er såfremt andet ikke fremgår af ansættelsesaftalen. I sidste ende vil det at fjerne udstationeringsloven § 5, nr. 4 dermed ikke kunne sikre, at der ikke sker forskelsbehandling af udstationerede arbejdstagere, da dette leder tilbage til den danske model, og den måde det danske arbejdsmarked reguleres på, da det efter udstationeringsdirektivet er værtslandets arbejdsvilkår og forhold, der skal gælde for at sikre, at der ikke sker forskelsbehandling.

Udstationeringsdirektivet forpligter at beskytte gravide kvinder og kvinder, der lige har født, når disse udstationeres. For at en kvinde udstationeret fra Tyskland til Danmark ikke stilles dårligere, hvad enten hun er funktionær eller arbejder efter dansk lov, vil det kræve en ændring i udstationeringsloven. Dette kan gøres ved, at der indføres en bestemmelse i udstationeringsloven, der bestemmer, at man følger de danske barselsregler medmindre, disse stiller arbejdstageren dårligere end dennes hjemlands barselsregler, idet arbejdstageren i så fald omfavnes af hjemlandets regler. Derved stiller man enten arbejdstageren bedre, såfremt denne udstationeres fra et land med dårligere barselsvilkår end de danske, eller også stiller man arbejdstageren på samme vilkår, såfremt pågældende udstationeres fra et land med bedre vilkår end i Danmark. Herefter vil ingen af de til Danmark udstationerede arbejdstagere stilles dårligere end de indenlandske arbejdstagere for så vidt angår barselsforhold.

4.6 Delkonklusion

På baggrund af den foretagne interdisciplinære analyse kan det indledningsvist konkluderes, at udstationeringsdirektivets formål er at hindre social dumping. Dette gøres bl.a. ved hindring af diskrimination af udstationerede arbejdstagere og samtidig sikre en fri udveksling af tjenesteydelser på det indre marked uden forsømmelse af arbejdstagernes rettigheder.

I den danske udstationeringslovs § 5, nr. 4 angives det, at funktionærlovens § 7 skal overholdes, såfremt pågældende udstationerede arbejdstager opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1. Herefter stilles funktionæren bedre end arbejderen med hensyn til barsel, hvorfor der således foretages en retslig forskelsbehandling, der møder udfordringer på EU-regulerede områder. På baggrund af såvel udstationeringslovens § 5, nr. 4 og manglende tilstedeværelse af en mindsteløn i Danmark, kan det konkluderes, at udstationeringsdirektivets formål om hindring af social dumping ikke ses opnået til fulde i Danmark. Dette kan bl.a. begrundes i den danske model, da denne til dels står åben for social dumping, idet arbejdsmarkedets parter forhandler aftaler om løn- og arbejdsvilkår, hvorefter ikke hele den danske arbejdsstyrke er omfattet af samme vilkår.

En politisk fastsat mindsteløn konkluderes dog at have en negativ effekt på beskæftigelsen, idet den nedre del af arbejdsstyrken vil kunne blive frataget sine respektive jobs. Dette er på baggrund af at den værdi, deres udførte arbejde skaber, ligeledes er lav, og såfremt disse fik en højere løn ved en politisk fastsat mindsteløn, vil det for arbejdsgiveren ikke længere kunne svare sig at have ansatte. En politisk fastsat mindsteløn vil derfor ikke være at anbefale, ligesom en sådan mindsteløn vil bryde med den danske model, som det danske arbejdsmarked er bygget op om. Uagtet at den danske model i visse tilfælde kan stå åben for social dumping, er denne dog at foretrække, da det anses som en fordel ved den danske model, at såvel arbejdsgivere og arbejdstagere bliver hørt i forhandlingerne om løn- og arbejdsvilkår.

Termen "*mindsteløn*" udskiftes med "*aflønning*" i det nye udstationeringsdirektiv, hvorfor udstationerede arbejdstagere skal have samme aflønning som de i værtsstaten indenlandske arbejdstagere. "*Aflønning*" indeholder tillæg og andre løngoder, som indenlandske arbejdstagere har krav på. Denne løsning er således mere optimal end indførelsen af en politisk fastsat mindsteløn, uagtet at det kan diskuteres, at begrebet "*aflønning*" ikke hindrer muligheden for social dumping.

Slutteligt anbefales det at lave en ordning for alle gravide kvinder og kvinder, der lige har født, som udformes på en måde, hvorpå den udstationerede arbejdstager omfavnes af danske bestemmelser om barsel og forhold desangående, medmindre hjemlandets bestemmelser herom ellers ville have stillet pågældende bedre. På denne måde vil fortsat ingen arbejdstager stilles dårligere end de i værtslandet indenlandske arbejdstagere, forpligtelsen til at beskytte gravide kvinder og kvinder, der lige har født, er mødt, lige så vel som den EU-stridige lovgivning, der blev klarlagt i afhandlingen juridiske analyse, ses forbedret.

Kapitel 5 - Konklusion og perspektivering

5.1 Sammenfattende konklusion

Formålet og motivationen med nærværende afhandling har været at undersøge, hvordan der foretages retslig forskelsbehandling af arbejdstagergrupperne i Danmark, hvordan dette kan møde udfordringer på EU-regulerede områder, og hvorvidt det er muligt at begrunde retslig forskelsbehandling i objektive økonomiske hensyn.

Den juridiske analyse af gældende ret for så vidt angår udstationering er udledt med udgangspunkt i retspositivismen og den europæiske realistiske retspositivisme. Det kan på baggrund heraf indledningsvist konkluderes, at udstationeringsloven alene gælder for arbejdstagere, og at det er værtslandets definition af arbejdstagerbegrebet, der finder anvendelse. For nærværende afhandling er det således det danske arbejdstagerbegreb, hvor en arbejdstager defineres som en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold, der anvendes.

I Danmark foretages der retslig forskelsbehandling, idet arbejdstagergrupperne kan deles op i henholdsvis arbejdere og funktionærer. Ved en funktionær forstås en arbejdstager, der opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1, hvorefter funktionæren omfavnes af en særbeskyttelse med hensyn til bl.a. løn i forbindelse med sygdom, længere opsigelsesvarsler samt bedre barselsvilkår.

For så vidt angår barsel er der i den danske udstationeringslovs § 5, nr. 4, angivet, at de til Danmark udstationerede arbejdstagere, omfavnes af funktionærlovens § 7, såfremt pågældende opfylder betingelserne i funktionærlovens § 1. Herved foretages der retslig forskelsbehandling af de til Danmark udstationerede arbejdstagere.

I Tyskland foretages der imidlertid ikke en opdeling af arbejdstagergrupperne. Dette skyldes, at der ved dom i 1990 (BVerfGE 82, 126) blev truffet afgørelse om, at en sådan opdeling ikke kan sagligt begrundes og er at betragte som uforenelig med Grundgesetz art. 3, stk. 1 om alle menneskers lighed for loven. Der findes en tilsvarende bestemmelse til Grundgesetz art. 3, stk. 1 i Chartrets art. 20, hvilken ligeledes bestemmer, at alle mennesker er lige for loven. Der gælder et tilsvarende princip i Danmark, hvilket konkluderes bl.a. ud fra afhandlingens monistiske tilgangsvinkel at anskue retten ud fra, hvorefter Chartret har grundlovsrang i Danmark.

Når tyske arbejdstagere udstationeres til Danmark, vil der blive sondret mellem dem, der opfylder betingelserne for at være funktionærer, og dem der betragtes som arbejdere. De der betragtes som funktionærer har herefter ret til barselsforhold efter indholdet af funktionærlovens § 7, jf. udstationeringslovens § 5, nr. 4. Herefter vil de tyske arbejdstagere, der i Danmark betragtes som arbejdere, og ikke har ret til barselsforhold efter funktionærlovens § 7, kunne påberåbe sig princippet om alle menneskers lighed for loven. Hvis en tysk arbejdstager påberåber sig "alle menneskers lighed for loven" for EU-Domstolen, vil EU-Domstolen se sig nødsaget til at træffe afgørelse om tildeling af de samme barselsforhold til arbejderen som en funktionær ved udstationering til Danmark. Dette skal ses i forhold til, at Tyskland accepterede EU-rettens forrang under forudsætning af, at EU ville beskytte grundlæggende tyske rettigheder på samme niveau som national tysk ret. Det konkluderes i denne

forbindelse, at EU-Domstolen vil søge inspiration i den tyske dom BVerfGE 82, 126, til fortolkning af Chartrets art. 20, hvorefter Grundgesetz art. 3, stk. 1 og Chartrets art. 20 fortolkes på samme måde. Dermed vil retslig forskelsbehandling for nærværende tilfælde være EU-stridigt og uforeneligt med Chartrets art. 20.

En til Danmark udstationeret tysk arbejdstager, der betragtes som arbejder, vil derfor efter dansk ret kunne gøre krav på de samme lønfordele som en funktionær, for så vidt angår indholdet af funktionærlovens § 7.

Med dannelsen af EU i 1957 og indførelsen af arbejdskraftens frie bevægelighed i 1960'erne blev det muliggjort at bevæge sig frit mellem EU's medlemsstater. På baggrund heraf foretages der stor immigration fra EU's medlemsstater til Danmark. Til grund for migrationen ligger bl.a. manglen på arbejdskraft i perioder med højkonjunktur, hvorefter migranter søger mod lande med højere lønninger. Med afsæt i kvantitative data opstillet i statistikker kan det udledes, at der siden 2010 generelt er sket en stigning i antallet af migrerede til Danmark fra EU's medlemsstater. Migrationen fra Tyskland ses dog faldende siden 2007, hvorimod udstationering af arbejdstagere fra Tyskland har været stigende. Når der foretages såvel immigration som udstationering fra EU's medlemsstater til Danmark, skal disse arbejde på danske løn- og arbejdsvilkår. Det danske arbejdsmarked er kun reguleret ved lov på få områder, da arbejdsmarkedet i Danmark er udformet på baggrund af den danske model, som består af, at arbejdsmarkedets parter i fællesskab forhandler sig til kollektive overenskomster og generelle arbejdsvilkår.

På det danske arbejdsmarked foretages der retslig forskelsbehandling af arbejdstagergrupperne, da funktionærloven kun omfatter dele af den danske arbejdsstyrke. Med afsæt i Kenneth Arrows diskriminationsteori kan det konkluderes, at såvel lovgiver som arbejdsgiver er villig til at betale en pris svarende til en diskriminationskoefficient for at undgå kontakt med den del af arbejdstagerne, der ikke er at betragte som funktionærer. Til grund herfor ligger det bl.a., at lovgiver samt arbejdsgiver er nyttemaksimerende og ikke profitmaksimerende, da funktionæren kommer med bedre uddannelse, og idet ansættelsen af en *arbejder* vil medføre et nytтетab, da denne ikke har samme kvalifikationer. Det kan således konkluderes, at det er rationelt at foretage retslig forskelsbehandling ved tildeling af bedre lønforhold til funktionærerne. Lovgiver forskelsbehandler endvidere på baggrund af observerbare forhold, hvilket imidlertid leder videre til de konklusioner, der kan drages på baggrund af teorien om efficiency wage. Det kan med afsæt heri udledes, at der ved tildeling af en løn over markedsniveauet kan foreligge et ønske om at tiltrække medarbejdere med bedre og højere kvalifikationer end den gennemsnitlige arbejdstager. For nærværende afhandlings problemstilling konkluderes det, at det for staten er dyrere at have arbejdsløse funktionærer. Ved anvendelsen af efficiensløn sker et samlet fald i arbejdstagerens, virksomhedens og statens transaktionsomkostninger. Ved at tildele en løn over markedsniveauet vil funktionæren lide et større tab ved at miste det pågældende arbejde, hvorved denne i højere grad vil blive i det pågældende job, og arbejdsløsheden blandt funktionærerne ses mindsket. Det konkluderes modsætningsvist, at arbejderne ikke har samme krav til sin beskæftigelse, hvorfor der ikke ses et behov for at omfavne arbejderne af efficiensløn. Statens omkostninger ses ligeledes mindsket, idet funktionærerne ikke skal på offentlige ydelser og i stedet kan være med til at

bidrage ved indbetaling af skatter. Hvad angår virksomhedens transaktionsomkostninger, mindskes disse ligeledes ved at anvende efficiensløn, idet medarbejdere, der har været i en given stilling for en længere periode, er mere produktive, og de samlede omkostninger til én produktiv arbejdsenhed ses mindsket. Det kan herudfra udledes, at funktionærlovens krav om, at en funktionær skal være beskæftiget mindst 8 timer ugentligt, er saglig begrundet.

Det kan med afsæt i afhandlings økonomiske analyse konkluderes, at funktionærlovens retslige forskelsbehandling sagligt kan begrundes i økonomiske forhold.

På baggrund af afhandlingens integrerede analyse gøres det gældende, at udstationeringsdirektivets formål er at hindre social dumping lige så vel, som direktivets formål er at sikre en fri udveksling af tjenesteydelser uden forsømmelse af arbejdstagernes rettigheder.

Det nuværende udstationeringsdirektiv bestemmer, at udstationerede arbejdstagere har krav på samme ”mindsteløn” som indenlandske arbejdstagere. Der er imidlertid ikke en mindsteløn i Danmark, idet det danske arbejdsmarked er bygget op om den danske model. På baggrund heraf blev konsekvenserne af en politisk fastsat mindsteløn undersøgt, for at kunne give svar på, hvorvidt dette kunne ses som et lovforslag til en bedre opnåelse af udstationeringsdirektivets formål. Det kan konkluderes, at en politisk fastsat mindsteløn vil bryde med den danske model, hvor både arbejdstagerne og arbejdsgiverne bliver hørt i forhandlingerne lige så vel, som en sådan fastsat mindsteløn vil have en negativ effekt på beskæftigelsen. Det nye udstationeringsdirektiv, som skal være implementeret i medlemsstaternes nationale lovgivning senest den 30. juli 2020, skifter imidlertid termen ”mindsteløn” ud med ”aflønning”, hvorefter udstationerede arbejdstagere har krav på flere af de samme lønforhold, som de indenlandske. Løsningen med begrebet ”aflønning” frem for ”mindsteløn” er således at foretrække frem for en politisk fastsat mindsteløn. Desuagtet konkluderes det, at løsningen alene mindsker social dumping, og således ikke hindrer dette fuldt ud.

For at hindre den EU-stridige forskelsbehandling, der blev klarlagt i afhandlingens juridiske analyse, konkluderes det med afsæt i afhandlingens integrerede analyse, at udstationeringsdirektivet må ændres. Dette gøres mest optimalt ved, at der indføres en bestemmelse om, at ingen udstationeret kvinde, der er gravid eller lige har født, må stilles dårligere end hjemlandets regler, for så vidt angår barsel. Herved opfyldes forpligtelsen i udstationeringsdirektivet om beskyttelse af gravide kvinder og kvinder, der lige har født, lige så vel som ingen udstationeret arbejdstager vil blive stillet dårligere end de indenlandske.

5.2 Perspektivering

Udarbejdelsen af nærværende afhandling har belyst en række interessante perspektiver, hvilke kan gøres til genstand for refleksioner, lige så vel som dette lægger op til en videre analyse af andre juridiske og økonomiske felter. Formålet med nærværende afsnit er således at fremlægge disse refleksioner.

Indledningsvist er det i afhandlingen blevet konstateret, at der ikke er en bestemmelse i den danske grundlov, som eksplicit i sit indhold definerer, at alle mennesker er lige for loven. Hertil kan det overvejes, hvorvidt der i Danmark bør indføres en sådan bestemmelse i grundloven. I tilknytning hertil bemærkes det endvidere, at størstedelen af dansk anti-diskriminationslovgivning er resultatet af implementeringen af EU-Direktiver.⁴²² Sammenholdes dette med førnævnte om en manglende bestemmelse, der definerer alle menneskers lighed for loven, kan det overvejes, hvilken effekt dette har i det danske retssystem. Hertil bemærkes det endvidere, at det danske retssystem er overvejende dualistisk⁴²³, og dette giver således anledning til overvejelser om, hvilken betydning dette medfører.

I lighed til ovennævnte kan det overvejes, hvorfor den retslige forskelsbehandling, der foretages i Danmark i medfør af funktionærloven, ikke er blevet udfordret på samme vis, som denne er blevet det i Tyskland. Det blev angivet i afhandlingen, at det i Tyskland ikke kan sagligt begrundes at opdele arbejdsmarkedsgrupperne efter domsafsigelsen i BVerfGE 82, 126 i 1990. Følgelig er der ikke noget til hinder for i Danmark at have lex specialis regulering, så længe dette kan sagligt begrundes. Det kan overvejes, hvorvidt funktionærlovens forskelsbehandling stadig kan opretholdes, lige så vel som det kan gøres gældende, at der ikke umiddelbart forefindes noget lex generalis regulering på samme område. Tyskland er generelt foregangsland inden for udviklingen af juraen, lige så vel som den tyske ret studeres og betragtes nøje uden for Tysklands grænser⁴²⁴, og det er indtil flere gange set, at de nordiske lande har foretaget lovændringer på baggrund af Tysklands handlinger og lovændringer.⁴²⁵ Det må på denne baggrund imidlertid have formodningen for sig, at Tysklands afskaffelse af retslig forskelsbehandling mellem arbejdere (Arbeiter) og funktionærer (Angestellte), kan gøre indtryk i dansk ret.

Uagtet at der må gælde et lighedsprincip om alle menneskers lighed for loven, forpligter udstationseringsdirektivet alene at iagttage en særbeskyttelse af gravide kvinder samt kvinder, der lige har født. I forlængelse heraf bemærkes det, at funktionærlovens § 7 ikke omfavner fædre eller adoptanter. Der foretages således også forskelsbehandling på dette område, idet fædre og adoptanter ikke nyder samme beskyttelse som gravide kvinder. En udstationeret far eller adoptant omfavnes imidlertid ikke af en særlig beskyttelse på samme måde, som gravide kvinder og kvinder, der lige har født.

⁴²² Nielsen, 2016, s. 62-63

⁴²³ Nielsen, 2019, s. 35

⁴²⁴ Lando, 2009, s. 77

⁴²⁵ Lando, 2009, s. 78

Det blev i afhandlingens økonomiske analyse kort udledt, at forskelsbehandling og diskrimination på arbejdsmarkedet kan føre til en dualisering, hvorefter arbejdsmarkedet opdeles. Det er således muligt at foretage en nærmere analyse af konsekvenserne heraf, hvorefter teorien om efficiensløn kan føre til en anden konklusion på afhandlingens økonomiske problemstilling. Ligeledes vil det herved også være en mulighed at udarbejde en praktisk afhandling, hvorved der indsamles kvalitative data og således måle på effekten af at anvende efficiensløn i en virksomhed. Herved kan det ikke udelukkes, at der ville kunne konkluderes på anden vis, end det har været tilfældet i nærværende afhandling.

Kapitel 6 - Appendix

6.1 Litteraturliste

Litteratur

- Andersen, Lars Svenning, Krarup, Mads, Lauridsen, Lise, Petersen, Lars Lindencrone, Ulrich, Morten og Vejby, Bjarke. 2016. *Funktionærret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave.
- Andersen-Mølgaard, Christian, Lind, Martin Gräs, Jensen, Helle Ekmann, Nørgaard, Stig Hansen. 2015. *Udstationeringsloven med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Arrow, Kenneth J. 1971. *The theory of discrimination*. Industrial Relations Section. Princeton University. Working Paper No. 30A.
- Carlsen, H.G., Buhl, Danielle og Jørgensen, Jeppe Høyer. 2019. *Dansk Funktionærret*. København: Karnov Group Denmark A/S. 9. udgave.
- Christensen, Jens Peter, Jensen, Jørgen Albæk og Jensen, Michael Hansen. 2016. *Dansk Statsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.
- Christoffersen, Jonas, Christensen, Jonas Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halle-skov, Skovgaard-Petersen, Henrik og Ventegodt, Maria. 2018. *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.
- Eyben, Bo von. 2004. *Juridisk ordbog*. København: Forlaget Thomson A/S. 12. udgave.
- Folketinget. marts 2002. *Folketinget og EU's Charter om grundlæggende rettigheder – spørgsmål og svar*. København: Småtryk fra Folketinget. 1. udgave.
- Foster, Nigel og Sule, Satish. 2010. *German Legal System and Laws*. New York: Oxford University Press Inc. 4. udgave.
- Greenwald, Bruce og Stiglitz, Joseph E. 1988. *Pareto inefficiency of market economies: Search and efficiency wage models*. Cambridge: National Bureau of economic.
- Ibsen, Flemming og Stamhus, Jørgen. 2016. *Arbejdsmarkedsøkonomi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi, bind 1, Videnskabsteori og forklaringstyper*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.

- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi, bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.
- Kure, Henrik. 2014. *EU-ret kompendium*. København: Karnov Group Denmark A/S. 5. udgave.
- Lando, Ole. 2009. *Kort indføring i komparativ ret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 3. udgave.
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth. 2014. *EU-ret. Fri bevægelighed*. København: Karnov Group Denmark A/S. 3. oplag, 1. udgave.
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth. 2019. *EU-ret*. København: Karnov Group Denmark A/S. 7. reviderede udgave.
- Neumark, D. og W.L. Wascher. 2008. *Minimum wages*. Cambridge: MIT Press.
- Nielsen, Ruth. 2016. *Dansk Arbejdsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 3. reviderede udgave.
- Nielsen, Ruth. 2019. *EU-Arbejdsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave.
- Nielsen, Ruth. 2019. *Ligebehandlingsloven med kommentarer*. København: Karnov Group Denmark A/S. 1. udgave.
- Offendal, Nicole og Bugsgang, Artur. 2009. *Internationale ansættelsesforhold – Udstationering og udenlandsk arbejdskraft i Danmark*. København: Thomson Reuters Professional A/S. 1. udgave.
- Pedersen, Søren Narc. 2019. *Ansatte – ansættelsesretten for funktionærer og ikke-funktionærer*. København: Karnov Group Denmark A/S. 4. udgave.
- Schwarz, Finn og Hjorth-Hartmann, Jens Jakob. 2019. *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*. København: Karnov Group Denmark A/S. 2. udgave.
- Supiot, Alan. 1992. *Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés Européennes*. Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes.
- Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth. 2017. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. reviderede udgave.

Tvarnø, Christina D. og Denta, Sarah Maria. 2015. *Få styr på metoden. Introduktion til juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode*. København: Ex Tuto Publishing A/S. 1. udgave.

Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur. studiet. Julebog 2003*. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag.

Rapporter m.m.

Akerlof, George. 1982. *Labor Contracts as Partial Gift Exchange*. Quarterly Journal of Economics 97(4): 749-775.

Det statistiske departement. 1964. *Statistisk tiårs-oversigt 1964*, København.

Danmarks Statistik. 1975. *Statistisk tiårs-oversigt 1975*. København: Aarhus Stiftsbogtrykkeri A/S.

Danmarks Statistik. 1985. *Statistisk tiårsoversigt 1985*. København: Aarhus Stiftsbogtrykkeri A/S.

Danmarks Statistik. 1995. *Statistisk tiårsoversigt 1995 – Tema om befolkningsudviklingen siden 1960*. København: Aarhus Stiftsbogtrykkeri A/S.

Danmarks Statistik. 2005. *Statistisk tiårsoversigt 2005 – Tema om det offentliges økonomi*. København: Nørhaven Book A/S.

Danmarks Statistik. 2015. *Statistisk tiårsoversigt 2015 – Tema: Indkomst, forbrug, fordeling og krisen*. København: Rosendahls – Schultz Grafisk A/S.

Europa-Kommissionen. 2012. *Dine rettigheder til social sikring i Tyskland*. Vejledning. Den Europæiske Union.

Jensen, Kristian. 20. november 2017. *Svar på Finansudvalgets spørgsmål nr. 40 (alm. del) af 23. oktober 2017*. Finansministeriet, Christiansborg, København: Folketingets Finansudvalg.

Knudsen, Morten. 2009. *En guide til litteratur om metode, analysestrategi og videnskabsteori*. Working Paper, Institut for organisation, København: Copenhagen Business School.

Larsen, Mona og Amilon, Anna. 2019. *Tilbagetrækningsalder og tilbagetrækningsårsager*. Rapport, Det nationale forsknings- og analysecenter for velfærd, København: Viden til Velfærd, VIVE.

Ploug, Niels. 1990. Teoretiske perspektiver (Oversigt over arbejdsmarkedsteorier). I: *Arbejdsløshedsrisiko og beskæftigelseschance*. Socialforskningsinstituttets rapport 90:11.

Schmidt-Sørensen, Jan Beyer. 1990. *Essays on efficiency wages*. Ph.d.-afhandling. Aarhus: Handelshøjskolen i Århus, Center for arbejdsmarkedsøkonomi.

Retspraksis

BVerfge 82, 126 - Kündigungsfristen für Arbeiter.

Faglig Voldgiftskendelse af 12. juli 2006.

Sag C-6/64, *Costa mod Enel*. Flaminio Costa mod Enel (Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta). Domstolens dom af 15. juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66.

Sag C-106/77, *Simmenthal*. Det Italienske Finansministerium mod S.p.a Simmenthal. Domstolens dom af 9. marts 1978, ECLI:EU:C:1978:49.

Sag C-53/81, *Levin*. D.M. Levin mod Statssekretæren, Justitsministeriet. Domstolens dom af 23. marts 1982, ECLI:EU:C:1982:105.

Sag C-14/83, *Von Colson og Kamann*. Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen. Domstolens dom af 10. april 1984, ECLI:EU:C:1984:153.

Sag C-66/85, *Lawrie-Blum*. Deborah Lawrie-Blum mod Land Baden-Württemberg. Domstolens dom af 3. juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284.

Sag C-139/85, *Kempf*. R. H. Kempf mod Staatssecretaris van Justitie. Domstolens dom af 3. juni 1986, ECLI:EU:C:1986:223.

Sag C-196/87, *Steymann*. Udo Steymann mod Staatssecretaris van Justitie. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 5. oktober 1988, ECLI:EU:C:1988:475.

Sag C-14/09, *Genc*. Hava Genc mod Land Berlin. Domstolens dom (Anden Afdeling) af 4. februar 2010, ECLI:EU:C:2010:57.

Dansk regulering

Bekendtgørelse af lov om udstationering af lønmodtagere m.v. (udstationeringsloven), lovbekendtgørelse nr. 1144 af 14/09/2018, jf. lovbekendtgørelse nr. 366 af 12. april 2017 med de ændringer, der følger af § 52 i lov nr. 60 af 30. januar 2018 og lov nr. 702 af 8. juni 2018.

Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven), lovbekendtgørelse nr. 1002 af 24/08/2017, jf. lovbekendtgørelse nr. 81 af 3. februar 2009, med de ændringer, der følger af § 5 i lov nr. 647 af 12. juni 2013, lov nr. 52 af 27. januar 2015, § 14 i lov nr. 1565 af 15. december 2015 og § 8 i lov nr. 285 af 29. marts 2017.

Bekendtgørelse af lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (ansættelsesbevisloven), lovbekendtgørelse nr. 240 af 17/03/2010, jf. lovbekendtgørelse nr. 1011 af 15. august 2007, med de ændringer, der følger af § 5 i lov nr. 482 af 12. juni 2009.

Bekendtgørelse af lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel (barselsloven), lovbekendtgørelse nr. 106 af 02/02/2020, jf. lovbekendtgørelse nr. 67 af 25. januar 2019, med de ændringer, der følger af § 2, nr. 3, i lov nr. 701 af 8. juni 2018, § 3 i lov nr. 339 af 2. april 2019, § 6 i lov nr. 496 af 1. maj 2019, § 6 i lov nr. 497 af 1. maj 2019, § 5 i lov nr. 551 af 7. maj 2019 og § 10 i lov nr. 1558 af 27. december 2019.

Bekendtgørelse af lov om sygedagpenge (sygedagpengeloven), lovbekendtgørelse nr. 107 af 02/02/2020, jf. lovbekendtgørelse nr. 68 af 25. januar 2019, med de ændringer, der følger af § 3 i lov nr. 701 af 8. juni 2018, § 4, nr. 2-4, i lov 339 af 2. april 2019, § 1 i lov nr. 495 af 1. maj 2019, § 3 i lov nr. 551 af 7. maj 2019, § 1, nr. 1, 4-11 og 15-18, i lov nr. 1555 af 27. december 2019, § 11 i lov nr. 1558 af 27. december 2019 og § 7 i lov nr. 1559 af 27. december 2019.

Bekendtgørelse af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. (ligebehandlingsloven), lovbekendtgørelse nr. 645 af 08/06/2011, jf. lovbekendtgørelse nr. 734 af 28. juni 2006 med de ændringer, der følger af § 2 i lov nr. 182 af 8. marts 2011.

Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (forskelsbehandlingsloven), lovbekendtgørelse nr. 1001 af 24/08/2017, jf. lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008, med de ændringer, der følger af lov nr. 1489 af 23. december 2014.

Danmarks Riges Grundlov (Grundloven), lov nr. 169 af 05/06/1953.

Lov om ferie (ferieloven), lov nr. 60 af 30/01/2018.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, lov nr. 688 af 08/06/2018.

EU-regulering

Betænkning fra Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggender og udtalelse fra Udvalget om det Indre Marked og Forbrugerbeskyttelse (A6-0308/2006). Betænkning om anvendelse af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere (2006/2038(INI)).

Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, (2000/C 364/01).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv.

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5. april 2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen.

Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder, 2007/C 303/02.

Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer.

Rådets direktiv 97/81 af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS.

Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse.

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BusinessEurope, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF.

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. Consolidates version of the Treaty of the Functioning of the European Union (Lissabontraktaten), C 115/47 af 09/08/2008.

Tysk regulering

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I S. 541) geändert worden ist.

Internetsider og artikler

Arbejdsmuseet.dk. *Septemberforliget 1899*. Senest hentet eller vist 15. marts 2020. <https://www.arbejdsmuseet.dk/viden-samlinger/arbejderhistorien/temaer/den-tidlige-arbejderbevaegelse/septemberforliget-1899/>

Aarhus Universitet. *Kvantitativ metode*. Senest hentet eller vist 3. april 2020. <https://metodeguiden.au.dk/kvantitativ-metode/>

Ase.dk. *Funktionærbegrebet*. Senest hentet eller vist 20. marts 2020. <https://www.ase.dk/faa-svar/ansaettelsesforholdet/ansaettelseskontrakten/funktionaerbegrebet>

Berlingske.dk. *Om de læser til lærer eller læge: De nyuddannede bliver yngre og yngre*. Af Jens Ejning, februar 2019. Senest hentet eller vist 29. april 2020. <https://www.berlingske.dk/samfund/om-de-laeser-til-laerer-eller-laege-de-nyuddannede-bliver-yngre-og-yngre>

Borger.dk. *Lønmodtager på barsel*. Senest hentet eller vist 26. februar 2020. <https://www.borger.dk/familie-og-boern/Barsel-oversigt/Barsel-loenmodtagere?fm3=micro-articles-list-4b8352bb-217d-46d1-a2f2-d2318ffa6d37>

Det Faglige Hus. *Betaling under barselsorlov*. Senest hentet eller vist 23. februar 2020. <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/graviditet-og-barsel/betaling-under-barselsorlov/>

Europa-Parlamentet. *Faktablade om Den Europæiske Union*. Senest hentet eller vist 17. marts 2020. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/41/arbejdskraftens-frie-bevaegelighed>

FOA.dk. *Opsigelsesvarsel ved fyring*. Senest hentet eller vist 26. februar 2020. <https://www.foa.dk/raad-regler/opsigelse-afskedigelse/fyret/opsigelsesvarsel-ved-fyring>

Folketinget. Ft.dk. *Min grundlov*. Senest hentet eller vist 5. maj 2020. <https://www.ft.dk/da/dokumenter/bestil-publikationer/publikationer/mingrundlov/min-grundlov>

- Horten Advokatpartnerselskab. Horten.dk. 10. oktober 2018. Ændring af udstationeringsdirektivet vedtaget. Senest hentet eller vist 30. april 2020. <https://www.horten.dk/nyhedsliste/2018/oktober/aendring-af-udstationeringsdirektivet-vedtaget>
- Samarbejdsnævnet. *Samarbejdsaftalen kort fortalt*. Senest hentet eller vist 17. marts 2020. <https://samarbejdsnaevnet.dk/samarbejdsaftalen/samarbejdsaftalen-kort-fortalt/>
- Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering. 20. august 2019. *Folkepensionsalderen nu og fremover*. Senest hentet eller vist 7. april 2020. <https://star.dk/ydelser/pension-og-efterloen/folkepension-og-foertidspension/folkepension/folkepensionsalderen-nu-og-fremover/>
- Udenrigsministeriet. *Danmark i Tyskland*. Senest hentet eller vist 24. februar 2020. <https://tyskland.um.dk/da/om-tyskland/at-bo-og-arbejde/arbejdsrettigheder/>
- Udenrigsministeriet. *Danmark i Tyskland*. Senest hentet eller vist 24. februar 2020. <https://tyskland.um.dk/da/om-tyskland/social%20sikring/barsel/>
- Videnskab.dk. 5. september 2013. *Hvad i alverden kan man bruge kvalitativ forskning til?* Af Thomas Hoffmann. Senest hentet eller vist 15. april 2020. <https://videnskab.dk/kultur-samfund/hvad-i-alverden-kan-man-bruge-kvalitativ-forskning-til>

Kilde til figurer: Danmarks Statistik, maj 2020

[illegible]