



**EJDM** Europäische Vereinigung von Juristinnen und Juristen für Demokratie und Menschenrechte in der Welt e.V.

**EALDH** European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights

**AEJDH** Asociación Europea de los Juristas por la Democracia y los Derechos Humanos en el Mundo

**AEJDH** Association Européenne des Juristes pour la Démocratie et les Droits de l'Homme dans le Monde

**AEGDU** Associazione Europea delle Giuriste e dei Giuristi per la Democrazia e i Diritti dell'Uomo nel Mondo

Koferenz der EJDM

**D o k u m e n t a t i o n**

***Arbeitsrecht unter den Bedingungen der Globalisierung***

6. und 7. März 1999

F – 75014 Paris, FIAP Jean Monnet, 30, rue Cabanis

Conférence de l'AEJDH

**D o c u m e n t a t i o n**

***Le Droit du Travail confronté aux Logiques de la Mondialisation***

les 6 et 7 mars 1999

F - 75014 Paris, FIAP Jean Monnet, 30, rue Cabanis

Conference of the EALDH

**D o c u m e n t a t i o n**

***Labour Law under the Conditions of Globalisation***

6<sup>th</sup> and 7<sup>th</sup> March 1999

F – 75014 Paris, FIAP Jean Monnet, 30, rue Cabanis

Documentation – Dokumentation  
Labour Law under the Conditions of Globalisation  
Arbeitsrecht unter den Bedingungen der Globalisierung  
Le Droit du Travail confronté aux Logiques de la Mondialisation

Düsseldorf 1999

Herausgeber  
Europäische Vereinigung von Juristinnen und Juristen für Demokratie und Menschenrechte in der Welt e.V. – EJDM

Präsidentin:  
Prof. Monique Chemillier-Gendreau, Paris

Generalsekretär :  
Rechtsanwalt Thomas Schmidt  
Roßstr. 7, D – 40476 Düsseldorf  
FON + 49 – 211 – 444001  
FAX + 49 – 211 – 444027

<b>TABLE OF CONTENTS – INHALTSVERZEICHNIS</b>	
<b>PROGRAMM DER KONFERENZ – PROGRAMME OF THE CONFERENCE – PROGRAMME DE LA CONFÉRENCE.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION - EINLEITUNG .....</b>	<b>7</b>
<b>FORUM 2: LABOUR LAW IN THE E.U.....</b>	<b>9</b>
THE HARMONIZATION AND DEVELOPMENT OF EU SOCIAL POLICY, <i>PROFESSOR STEVEN ANDERMAN, GREAT BRITAIN.....</i>	9
THE JURISDICTION OF THE ECJ ON PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION IN THE SPHERE OF LABOUR LAW, <i>PROFESSOR DR. NINON COLNERIC, GERMANY.....</i>	13
EUROPEAN DIMENSION OF WORKSCOUNCILS AND LABOUR UNIONS (WORKSCOUNCILS, EUROPEAN JOINT-STOCK-COMPANY/SUPERVISORY BOARD, COLLECTIVE BARGAINING, SOCIAL MINIMUM STANDARDS), <i>TRADE UNION LAWYER RECHTSANWALT THOMAS SCHMIDT, GERMANY.....</i>	23
<b>FORUM 3: LABOUR LAW AND INTERNATIONAL TRADE AND FINANCIAL RELATIONS .....</b>	<b>27</b>
LABOUR RIGHTS, THE INTERNATIONAL TRADING REGIME AND THE MULTILATERAL INSTITUTIONS - A BROAD VIEW, <i>STEPHEN GIBBONS, GREAT BRITAIN.....</i>	27
<b>FORUM 4: PROPOSALS FOR A EUROPEAN AND INTERNATIONAL LABOUR LAW.....</b>	<b>35</b>
<b>R O U N D T A B L E .....</b>	<b>35</b>
<i>JEAN-MICHEL DOLIVO, SWITZERLAND.....</i>	35
<i>PROFESSOR MARTINE LE FRIANT, FRANCE.....</i>	37
<i>JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA, SPAIN.....</i>	38
<i>PROFESSOR ULRICH ZACHERT, HAMBURG.....</i>	42
<b>THE SPEAKERS – DIE REFERENTINNEN – LES RAPPORTEURS .....</b>	<b>45</b>
<b>TEILNEHMERLISTE – LIST OF PARTICIPANTS – LISTE DES PARTICIPANTS.....</b>	<b>48</b>



---

**Programm der Konferenz – Programme of the Conference – Programme de la Conférence**

---

SAMSTAG, 6. MÄRZ 1999, 9.30 – 13.00 UHR, SAMEDI, 6 MARS 1999, 9.30 – 13.00 HEURES,  
SATURDAY, 6 MARCH 1999, 9.30 A.M. – 1.00 P.M.

---

*E r ö f f n u n g durch die Präsidentin der EJDM  
O u v e r t u r e par la Présidente de l'AEJDH  
O p e n i n g by the President of the EALDH*

Prof. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, Paris (France)

**Forum 1**

**Les conditions économiques et technologiques pour le développement du droit du travail en Europe  
Ökonomische und technologische Rahmenbedingungen für die Entwicklung des Arbeitsrechts in Europa  
Economical and technological conditions for the development of labour law in Europe**

- **La concurrence internationale – les perspectives du développement pour les salariés dans les pays riches et pauvres (La distribution mondiale du travail, de la prospérité, de la pauvreté.)**  
*Internationale Konkurrenz - Entwicklungsperspektiven für ArbeitnehmerInnen in reichen und armen Ländern (Weltweite Verteilung von Arbeit, Wohlstand, Armut)*  
*International competition - perspectives of development for labourers in rich and poor countries (world-wide distribution of labour, wealth and poverty)*
- **Le développement technologique et la mondialisation des relations salariales**  
*Technologischen Entwicklung und die Internationalisierung der Arbeitsbeziehungen*  
*Technological development and internationalisation of industrial relations*
- **Le droit du travail: un moyen pour lutter contre le chômage, le dumping salarial et le dumping social (La loi sur la durée du temps du travail, les standards sociaux)**  
*Arbeitslosigkeit, Lohn- und Sozialdumping bekämpfen durch Arbeitsrecht (Arbeitszeitgesetze, soziale Mindeststandards)*  
*Struggle with labour law against unemployment, salary- and social dumping (Working time law, social minimum standards)*  
*Dir. adjoint du travail Vincent VIEILLE, Paris (France)*

**Forum 2**

**Le Droit du Travail dans l'Union Européenne  
Arbeitsrecht in der E.U.  
Labour law in the E.U.**

- **Le développement et l'harmonisation du droit du travail dans l'Union Européenne**  
*Bisherige und aktuelle Entwicklung und Harmonisierung des Arbeitsrechts der E.U.*  
*Development and harmonisation of labour law in the E.U.*  
  
*Prof. Dr. Steven ANDERMAN, Essex (U.K.)*
- **La jurisprudence de la Cour Européenne de Justice contre la discrimination dans le droit du travail.**  
*Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsschutz*  
*The labour law jurisdiction of the European Court of Justice concerning protection against discrimination*  
  
*Prof. Dr. Ninon COLNERIC, Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein (Germany)*

---

14.30 - 18.00 UHR

14.30 – 18.00 HEURES

3.30 – 6.00 P.M.

---

- **L'Européanisation de représentation salariale (les comités européens, la Société Européenne, le conseil de surveillance, les syndicats de travail, les conventions collectives, les standards minimaux)**  
*Europäisierung von Interessenvertretungen (Betriebsräte, Europäische Aktiengesellschaft/Aufsichtsrat, Gewerkschaften, Tarifverträge, soziale Mindeststandards)*  
*European dimension of works councils and labour unions (Works councils, European Joint-Stock Company/Supervisory board, collective bargaining, social minimum standards)*  
  
*Trade Union Lawyer Thomas SCHMIDT, Düsseldorf (Germany)*

**Forum 3**

**Le droit du travail confronté aux logiques de la mondialisation**  
**Arbeitsrecht und internationale Handels- und Finanzbeziehungen**  
**Labour Law and international trade and financial relations**

- The new international trading regime, threats to labour standards and counter measures – MAI, WTO, NAFTA, the EU GSP programme
- Multinationals and corporate codes of conduct – non-governmental initiatives
- The multilateral institutions and labour law – the World Bank and IMF

**Stephen GIBBONS, London (U.K.)**

SONNTAG 7. MÄRZ 1999, 9.30 – 13.00 UHR

DIMANCHE 7 MARS 1999, 9.30 – 13.00 HEURES

SUNDAY 7 MARCH 1999, 9.30 A.M. – 1 P.M.

- **Le rôle du B.I.T. pour le développement du droit international du travail et du droit social**  
*Die Rolle der ILO bei der Entwicklung des internationalen Arbeitsrechts*  
*The role of the ILO in the development of international labour law*

**Constance THOMAS, ILO, Genève (Switzerland)**

**Forum 4**

**Propositions pour un droit Européen et international du travail**  
**Vorschläge für ein europäisches und internationales Arbeitsrecht**  
**Proposals for a European and international labour law**

- Les standards sociaux nécessaires (Sur le travail des enfants, contre la discrimination, la durée du temps du travail, les heures d'ouvertures, la protection du travail, les droits syndicaux)  
*Notwendige Soziale Mindeststandards (Kinderarbeit, Gleichstellung, Urlaub, Arbeitszeit, Öffnungszeiten, Arbeitsschutz, Gewerkschaftsrechte)*  
*Necessary social minimum standards (Child labour, antidiscrimination, annual leave, working hours, opening hours, employment protection, union rights)*
- Les représentations des salariés dans les entreprises internationales  
*Internationale Interessenvertretungen in multinationalen Unternehmen*  
*International workers representatives in multinational companies*
- Les conventions collectives internationales / *Internationale Tarifverträge* / *International collective bargaining*

**Runder Tisch mit offener Diskussion / Round table with open discussion with the plenary / Table ronde avec discussion :**

**Barrister Jean-Michel DOLIVO, Lausanne (Switzerland)**

**Prof. Martine LE FRIANT, Les Vignères (France)**

**John HENDY Q.C., London (UK)**

**Trade Unionist Patrick ITSCHERT, Brussels (Belgium)**

**Judge Fernando LOUSADA, Pontevedra (Spain)**

**Prof. Ulrich ZACHERT, Hamburg (Germany)**

Fin du colloque vers 13.00 heures.  
 Ende des Kolloquiums gegen 13.00 Uhr.  
 End of the colloquy at about 1 p. m.

## **INTRODUCTION - EINLEITUNG**

### **Labour Law under the Conditions of Globalisation**

Labourers in countries of the European Union experience globalisation as a threat to their social rights and standards they have fought for over the past century. To reinforce, establish or maintain the competitive position of the relatively rich industrial nations, labourers and their representatives – under the pressure of imminent unemployment - are urged to give up income and social rights and standards. The worst regulations of other countries – not the best - are chosen by governments and employers representatives as examples for future regulations.

In this tense situation, labour law plays an important role. It will depend on national and international labour law in how far labourers will have to pay for the competitive position of their countries. Laws and agreements on a national level will often not be able to fulfil protection in a satisfactory way considering the guaranteed free trade of products and services. For labourers and their representatives it will be the question if social standards can be defended with the help of international regulations in collective agreements and laws, without restricting development possibilities in poorer countries.

The goal of the conference of the EALDH is to support the legal and political discussion concerning these questions and to help find solutions. The first part of the conference will treat the question under which international economical, technological and social conditions the development of labour law takes place. This will be followed by an examination of the situation and a critical analysis of experiences related to the development of labour law in the E.U.. In addition hereto, the impact of international trade- and financial relations onto labour law will be analysed as well as activity options of the ILO. The participants of the round-table conference will have the opportunity to discuss ideas and suggestions for a further development of European and international labour law.



<b>Forum 2: Labour Law in the E.U.</b>
--

**The Harmonization and Development of EU Social Policy,**

*Professor Steven Anderman, Great Britain*

**Abstract**

*The harmonization and development of EU social policy can be evaluated by examining the way it has dealt with three main policy issues. The first issue has been the determination of the priority between an economic concept or a social justice concept of harmonization. An economic concept would stress the need for a "level playing field" of comparable labour costs and similar social legislation to avoid "social dumping". A social justice concept emphasizes the need to allow those member states whose legislation provides protection above the Community norms to continue to lead the way. This conflict has on the whole been resolved in favour of conceptualising EU social law as a "floor of rights" leaving room for higher standards to be retained or adopted by member states as guidelines towards "upwards harmonization."*

*The second issue is whether EU social policy will include in its floor of rights protection for freedom of association, trade union recognition and collective bargaining and the right to strike. This issue has been treated more gingerly by the Commission and Council. On the one hand, the Agreement on Social Policy (Arts 3&4) acknowledges the importance of a social dialogue in which EU trade union and employer organizations (UNICE CEEP and ETUC) can provide certain Community legal norms by concluding Framework Agreements, (see e.g. Parental Leave, Part-time Work.) On the other hand, the actual legislative rights relating to most issues of pay, trade unions, freedom of association and collective bargaining, etc. have been viewed by the Commission as subject to the principle of subsidiarity, i.e. it is "the responsibility of the member states in accordance with national practices,...to guarantee the fundamental social rights in the Charter." (Art. 6, Social Policy Agreement).*

*The third issue is the extent to which EU social policy will attempt to ensure protections and fundamental social rights for atypical workers which are comparable to those in full time and long term employment. To what extent can it fulfill its proclaimed aspiration of achieving a "high level of [legal] protection and high employment" (Article 2 of the White Paper on Growth, Competitiveness and Employment) for all workers on the labour market bearing in mind the allegations by economists that high levels of legal protection are not only associated with high levels of unemployment but also causally connected? To what extent are there signs of the emergence of a two-tier labour market within the European Union which is not being counteracted by sufficiently robust legislative measures.*

*These issues have proved to be the most intractable for the Commission and Council. The Commission's efforts to achieve comparability of labour standards for atypical workers in the 1970s and 1980s were not successful and in the White Paper of 1994 there were signs of a willingness to accept the case for greater "labour flexibility." On the other hand, the ECJ has given a strong lead in its judgements based on the principle of equality and the Amsterdam Treaty reinforces the point by enacting a general non-discrimination clause (Art. 6a.). Moreover, the Commission itself has proceeded with the Part-time Worker Framework Agreement.*

*This area is one in which the aspirations of social justice appear to require law to cut against the grain of economic developments. Yet this new frontier of human rights at the workplace within the EU is not purely a question of social justice versus economic forces. The actual economic effects of labour standards are extremely complex and do not always translate into costs or burdens. The Commission must be careful not to accede too readily to the economists' arguments.*

## THE HARMONIZATION AND DEVELOPMENT OF EU SOCIAL POLICY,

### I. Introduction

The European Union offers a promising base for legal regulation in the social sphere. The single market is huge and it is considerably easier to manufacture and sell from within than to rely on exports. Moreover, there is a large internal market, i.e. a large proportion of trade concentrated in the internal market not directly exposed to globalization. In a situation which allows room for the development of a relatively autonomous social policy, how has EU social policy lived up to its promise?

During its earliest stage, at the time of the adoption of the Treaty of Rome, EU social policy sent ambiguous signals about its approach to harmonization and development. The inclusion of Article 119 on Equal Pay for Equal Work, largely at the insistence of the French Government, suggested a theory of harmonization based on an equalization of labour costs and the creation of a "level playing field" in member states. The Treaty appeared to be based upon the assumption that unless social policy could align costs between member states the differences in labour costs would constitute unfair competition and "social dumping."

Moreover, the absence of a significant body of substantive labour standards in the Treaty of Rome accompanying Article 119 implied acceptance of the idea, suggested in the Ohlin report, that the development of social policy might consist of the **pull** of labour standards by the economic growth expected to be achieved by the creation of a common market.<sup>1</sup>

By the time of the second stage of social policy in the 1970s, however, a different approach could be discerned. It became clear that EC social policy would be committed to the aim of a wide range of substantive labour standards which would provide a legislative **push** to standards in the member states. The final communiqué of the Paris Summit in October 1972 stated that,

"rigorous action in the social field" was "essential to ensure the increasing involvement of labour and management in the economic and social decisions of the Community."

This was followed up by the Social Action Programme of 1974-76 and the adoption of a series of Equal Treatment Directives, including the Equal Pay Directive, (75/117 EEC) the Equal Treatment Directive (76/107/EEC) and the State Social Security Directive, (79/7/EEC) and the Restructuring Directives, including the Collective Redundancies Directive, (75/129 EEC) the Acquired Rights Directive (77/187 EEC) and the Insolvency Directive. (80/987/EEC)

As we know, the period from 1979-1992 produced few social legislative measures owing to the U.K. veto repeatedly exercised by the Thatcher government. Yet, during this period there was some movement in the form of directives in the areas of health and safety and equal treatment for the self employed and equal treatment in occupational social security.

After the Single European Act of 1988, the Commission drafted the "Social Charter," i.e., the European Charter of Fundamental Social Rights. Then, the Treaty of European Union (Maastricht) in 1992, introduced the "Social Chapter," i.e. amendments to the Treaty which were originally contained in a separate Social Policy Agreement and Protocol, and these led to a stream of directives.

The directives produced during this period helped to expand the substantive fields of protection. They included a Framework Directive on Health and Safety, (89/391 EEC) a European Works Council Directive, (94/45 EEC) a Parental Leave Directive, (96/74/EEC) (a Posted Workers Directive and the first directives to protect atypical workers.

It is clear that the theory of harmonization embraced by this array of labour standards does not subscribe to a crude cost equalization model. Instead, it allows these member states whose legislation provides protection above the Community norms to continue to lead the way. EU social law has been conceptualised as a "floor of rights," or minimum standards, leaving room for higher standards to be retained or adopted by member states as guidelines towards "upwards harmonization."

For example, the Collective Redundancies, Acquired Rights and Health and Safety directives preserve, "the rights of member states to apply or to introduce laws, regulations or administrative provisions which are more favourable to employees." (75/129 EEC Art.5; 77/187/EEC, Art.7; 80/987/EEC Art 9)

Moreover, Article 118A refers to directives as laying down minimum requirements.

---

<sup>1</sup> International Labour Office, *Social Aspects of European Economic Cooperation*, (1956) *International Labour Review* 99; See Collins, D. *The European Social Policy of the First Phase*, (1975, London)

This commitment to upwards harmonization suggests an implicit acceptance of the principle that differing levels of labour standards -like differing levels of wages- can be offset by differing levels of productivity in the member states to produce unit labour costs which are not so far apart.<sup>2</sup>

At the same time however, the substantive provisions in the floor of rights at Community level have tended to be concentrated in selective areas rather than attempting a comprehensive set of labour standards. In those spheres selected, e.g. equal treatment, information and consultation and health and safety, Working Time, etc, there is evidence of considerable legislative achievement. In other areas, there are conspicuous gaps in the coverage of the minimum standards at Community level. In this talk I would like to draw attention to two examples of areas of underdevelopment of the existing EU floor of rights; (i) trade union and collective bargaining and (ii) protection for "atypical workers."

## **II. Trade Unions and Collective Bargaining**

One clear gap in the floor of rights assembled by EU social policy consists of minimum wages legislation and legal rights to freedom of association, trade union recognition and collective bargaining and the right to strike at EU level. The legislative rights relating to most issues of pay, trade unions, freedom of association and collective bargaining, etc have been viewed by the Commission as subject to the principle of subsidiarity, i.e. it is " the responsibility of the member states in accordance with national practices, .... to guarantee the fundamental social rights in the Charter."(Art. 6, Social Policy Agreement).

It is of course true that the Agreement on Social Policy (Arts 3&4) builds on the Val Duchesse model by acknowledging the importance of a social dialogue in which EU trade union and employer organizations ( UNICE CEEP and ETUC ) provide certain Community legal norms by concluding Framework Agreements,( see e.g. Parental Leave, Part-time Work and Fixed Term Contracts.) But this is not the same as providing a Community wide set of minimum rights to organise and engage in collective bargaining.<sup>3</sup>

It is also true that some directives presuppose legal support for collective bargaining standards such as the Posted Workers Directive which requires the prevailing collective standards to be applied to posted workers from outside any member state. Similarly, the Proof of Employment Terms Directive (91/533/ EEC) requires the employer to indicate where the employee's terms are governed by collective agreement.

Nevertheless, the unwillingness of the Commission and Council to give legislative form at EU level to ILO type protections, such as Convention No. 87 (Right to Join and Organize Trade Unions) and Convention No. 98 (Right to Organize and Collective Bargaining) at Community level leaves a potentially awkward gap. The European Convention of Human Rights cannot be relied on to fill the gap since Article 11 has been interpreted in individualistic terms to apply to a right to membership rather than a right to collective representation.<sup>4</sup>

The resort to subsidiarity for minimum standards for rights to representation for collective bargaining purposes, moreover, can be contrasted with the enthusiastic support at EU level for rights to representation for information and consultation purposes, culminating in the European Works Council Directive.<sup>5</sup>

Rights to information and consultation are extremely important in their own right as props to employee representation, but they are essentially a complement to and not a substitute for collective bargaining. As transnational firms grow in number and size within the EU, and the single market becomes a reality, it will become increasingly evident that member states cannot by themselves provide the most effective level of regulation in this sphere and that EU social policy will need to supply a floor of rights for freedom of association and collective bargaining.

## **III. Social Policy, Labour Standards and Competitiveness**

In the White Paper on Growth, Competition and Employment 1993,<sup>6</sup> originating from DGIII (Industrial Policy), the Commission appeared to be committed to a concept of not diluting the European model of social protection. It

<sup>2</sup> See Deakin, S, *Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of european Social Policy*, in *European Community Labour Law, Principles and Perspectives*,( Clarendon Press, Oxford, 1996) p.66

<sup>3</sup> See Bercusson, B., *European Labour Law*, Butterworths, London, 1996) Ch. 6

<sup>4</sup> Anderman, S. *Labour Law: Management decisions and Workers rights*,( Butterworths London, 1998), pp 290-293

<sup>5</sup> See Bercusson op.cit. n. 3 Part V

<sup>6</sup> Luxembourg, OOPEC, 1993)

stated that " the pursuit of high social standards should not be seen only as a cost but also as a key element in the competitive formula." (p.2) However, it also talked of a rationalization and simplification of regulations "so as to establish a better balance between social protection, competitiveness and employment creation" (p.11)

Moreover, it indicated that the need for job creation was sufficiently acute that it envisaged a move to a two tiered labour market:

" it is important to ensure that as well as supporting high productivity jobs, the Union maximizes its ability to generate and sustain jobs at other levels, particularly in the unskilled, semiskilled and personal and local services field (p.10)

Within DGV, (Social Policy) however, there has long been a policy of improving the conditions of and giving legal protections to atypical workers, i.e. those in fixed term contracts, part-time work, temporary work and seasonal work, which are comparable to the rights enjoyed by full time workers in long term employment. How has this policy impacted upon the increased resort by managers in the EU to atypical forms of employment as a way of achieving labour flexibility both in terms of working hours and duration of employment? It has been estimated that about 14 million part-time workers and 10 million temporary workers in the EU, the majority of them being female.

The Commission on the whole has pursued a policy of equivalence for atypical workers since the 1970s, albeit with mixed success. On the one hand, it has been able to get certain directives adopted which partially reduce the inequalities of protection for atypical workers. Thus, it has been successful in enacting a directive providing comparable health and safety rights for atypical workers (91/383/ EEC) which inter alia provides comparable rights to warnings of risks and training. It has also had considerable success as the national implementing legislation of the Equal Treatment Directive and major cases decided by the European Court of Justice have had an impact on cases of indirect discrimination.

Moreover, in recent years, by resorting to the device of Framework agreements, the Commission has managed to overcome the resistance to legislation on equal treatment for part-time and full-time workers. Thus, the directive based on the Framework Agreement on Part-time Workers of 1997 (97/81 EEC) provides that part-time employees should enjoy not less favourable treatment in respect of employment and conditions unless different treatment justified on objective grounds. The principle of pro rata temporis is to be applied.

On the other hand it is clear that the Commission, possibly following the lead of the Council, has begun to acquiesce in the growth of a two tier labour market, i.e. to accept that there is a link between part-time and temporary work and job creation. As Article 1 of the Framework agreement states, its aim is to improve the quality of part-time work and to facilitate its development on a voluntary basis and to contribute to the flexible organization of working time in a manner which takes into account the needs of employees and employer.

The Commission has been unable to pursue as strong a policy of placing limits on the capacity of management to make use of short-term employment or part-time work. At one stage, for example the Commission proposed a limit on the renewal of temporary employment relationships such that contracts of twelve months or less could not be renewed for more than a total of 35 months. Yet this measure was blocked in Council. Moreover, it has done little to protect against involuntary part-time work, apart from a provision in the Part-time Work Agreement that offers protection against unfair dismissal for refusing to transfer from full time to part-time.<sup>7</sup> There may be some controls introduced in the new Fixed-Term Contract Framework Agreement but I have not had a chance to examine its contents.

At all events, a policy has evolved which tends to limit the regulation of business decisions in the interests of job creation. The emergence of a two-tier labour market within the European Union is not being counteracted by sufficiently robust legislative measures in part because of the Commission's and Council's concern with the high unemployment level in the EU.

This area is one in which the aspirations of social justice at first sight appear to require law to cut against the grain of economic developments. Yet this new frontier of human rights at the workplace within the EU is not purely a question of social justice versus economic forces. The actual economic effects of labour standards are extremely complex and do not always translate into costs or burdens.<sup>8</sup> The Commission and Council must be careful not to accede too readily to the economists' arguments that there is an automatic trade off or causal connection between high labour standards and employment levels.

---

<sup>7</sup> See Bernard, C. *EC Employment Law*, (Wiley, Chichester, 1996)

<sup>8</sup> See e.g. Deakin, S. *op. cit* n. 2 at pp. 83-88

**The Jurisdiction of the ECJ on Protection against Discrimination in the Sphere of Labour Law,**  
*Professor Dr. Ninon Colneric, Germany*

**Abstract**

- A. *Introduction*
- B. *Discrimination on the grounds of nationality*
  - I. *Discrimination of foreigners*
    - 1. *Workers possessing the nationality of a Member State*
      - a) *Direct and horizontal effect of Art. 48 EC Treaty*
      - b) *Notion of worker in Art. 48 EC Treaty*
      - c) *Prohibition of direct and indirect discrimination*
      - d) *Exception: employment in the public service*
    - 2. *Workers not possessing the nationality of a Member State*
  - II. *Discrimination of natives*
- C. *Discrimination on grounds of sex*
  - I. *Equal pay*
    - 1. *Direct and horizontal effect of Art. 119 EC Treaty*
    - 2. *Time limits*
    - 3. *Extensive notion of pay in Art. 119 EC Treaty*
    - 4. *Equal pay for the same work or work of equal value*
    - 5. *Prohibition of direct and indirect pay discrimination*
    - 6. *Sanctions in case of pay discrimination*
  - II. *Equal treatment outside the sphere of pay*
    - 1. *Direct but not horizontal effect of the Equal Treatment Directive*
    - 2. *Prohibition of direct and indirect discrimination*
    - 3. *Exception: sex as an determining factor*
    - 4. *Protection of women*
    - 5. *Measures to promote equal opportunity for men and women*
    - 6. *Sanctions for a discrimination within the scope of the Equal Treatment Directive*
  - III. *Commandment of Transparency*
  - IV. *Burden of proof*
- D. *Discrimination on grounds of transsexuality and on grounds of sexual identity*
- E. *The jurisdiction of the ECJ concerning fundamental rights in Community Law*
- F. *The general jurisdiction of the ECJ concerning remedies and sanctions*
- G. *Protection against discrimination and law on public procurement*
- H. *Résumé and outlook*

*Summary: On the whole the balance sheet of the ECJ concerning protection against discrimination in employment is impressive. By its interpretations it has done much to further the effectivity of community provisions which serve this aim. It also laid the ground for new Community provisions to combat discrimination.*

*Yet there will not be comprehensive protection against discrimination of workers in the European Community before use has been made of the new competences to legislate on discrimination which the Amsterdam Treaty will insert into the EC Treaty.*

**Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsschutz**

**Einführung**

Das Recht der Europäischen Gemeinschaften kennt keinen umfassenden Schutz gegen Diskriminierung im Arbeitsleben. Die Vorschriften des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts zu dieser Problematik knüpfen nur an zwei Kriterien an: die Staatsangehörigkeit und das Geschlecht. Die beiden Normenkomplexe haben einen unterschiedlichen Hintergrund. Im Falle der Staatsangehörigkeit geht es um einen Schutz, der Ausfluß der Personenverkehrsfreiheit im Gemeinsamen Markt ist. Ausgangspunkt für den gemeinschaftsrechtlichen Schutz gegen geschlechtsbedingte Diskriminierung war dagegen die Sorge Frankreichs, Wettbewerbsnachteile gegenüber anderen Mitgliedstaaten zu erleiden, deren Verfassung die

Entgeltgleichheit nicht garantierte. Mit anderen Worten: Es sollte soziales Dumping unterbunden werden. – Ich werde im folgenden hauptsächlich über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EuGH zur Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und des Geschlechts sprechen. Trotz der Kürze der Zeit werde ich auch einige Worte zu Entscheidungen sagen, die nicht dem Arbeitsrecht zuzuordnen sind, aber beim Kampf gegen Diskriminierungen im Arbeitsleben relevant sein können.

## **Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit**

### *I. Ausländerdiskriminierung*

1. Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates

Art. 6 (früher Art. 7) Abs. 1 des EG-Vertrages verbietet im Anwendungsbereich dieses Vertrages grundsätzlich die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird dieses Verbot in Art. 48 Abs. 2 des EG-Vertrag und Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung<sup>9</sup> konkretisiert.

#### **a) Unmittelbare und horizontale Wirkung des Art. 48 EG-Vertrag**

Art. 48 EG-Vertrag erzeugt unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten. Das in ihm enthaltene Diskriminierungsverbot ist dem EuGH zufolge<sup>10</sup> nicht nur vom Staat, sondern auch von Privatpersonen zu beachten.

#### **b) Arbeitnehmerbegriff des Art. 48 EG-Vertrag**

Der Anwendungsbereich des Art. 48 EG-Vertrag hängt von der Definition des Arbeitnehmerbegriffs ab. Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des EuGH jeder, der nach den Weisungen eines anderen gegen Vergütung tatsächliche und echte Tätigkeiten ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, daß sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.<sup>11</sup>

Auch Beamte fallen unter den Arbeitnehmerbegriff des Art. 48 EG-Vertrag.<sup>12</sup>

#### **c) Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung**

Die Freizügigkeitsverordnung nennt als Beispiele für die Reichweite des Gebotes der Gleichbehandlung die Bereiche Entlohnung und Kündigung. Der EuGH geht davon aus, daß durch Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag auch Diskriminierungen beim Abschluß von Verträgen untersagt sind.<sup>13</sup> Eine gemeinschaftsrechtlich verbotene Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung sind beispielsweise Klauseln in den Regelwerken von Sportverbänden, die das Recht der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten beschränken, als Berufsspieler an Fußballspielen teilzunehmen.<sup>14</sup>

Um die Wirksamkeit des Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag zu wahren, interpretiert der EuGH ihn dahingehend, daß außer offensichtlichen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen, verboten sind.<sup>15</sup> Ein Beispiel ist die unterschiedliche Behandlung wegen des Wohnsitzes<sup>16</sup>, ein anderes die Ungleichbehandlung von Fremdsprachenlektoren bei der Befristung von Arbeitsverträgen<sup>17</sup>.

Unabhängig von der Staatsangehörigkeit geltende Maßnahmen sind zwar nicht schon deshalb durch den EG-Vertrag verboten, weil sie insbesondere die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten treffen können. Bei derartigen Maßnahmen ist jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, das heißt, sie müssen zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und notwendig sein.<sup>18</sup>

#### **d) Ausnahme: Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung**

Art. 48 Abs. 4 EG-Vertrag enthält eine Ausnahme für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Der EuGH legt diese Ausnahmebestimmung eng aus. Er bezieht die Vorschrift auf Stellen, die mit der Ausübung

<sup>9</sup> 1612/68/EWG.

<sup>10</sup> Urteil vom 12.12.1974 – 36/74 – Slg. 1405 ff.

<sup>11</sup> Urteil vom 27.6.1996 – C-107/94 (Asscher), NJW 1996, 2921, siehe auch die Urteile vom 23.3.1982 – 53/81 (Levin), Slg. 1982, 1035 und Urteil vom 3.6.1986 – 139/85 (Kempf), Slg. 1741.

<sup>12</sup> Urteil vom 12.2.1974 - 152/73 (Sotgiu), Slg. 153.

<sup>13</sup> Urteile vom 12.12.1974 – 36/74 (Walrave) -, Slg. 1405 ff. und vom 14.7.1976 – 13/76 (Doña/Matero)– Slg. 1333.

<sup>14</sup> Urteil vom 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman), Slg. I-4921.

<sup>15</sup> Urteil vom 12.2.1974 – 152/73 (Sotgiu) – Slg. 1974, 153.

<sup>16</sup> Urteil vom 12.2.1974 – 152/73 (Sotgiu), a.a.O.

<sup>17</sup> Urteile vom 30.5.1989 – 33/88 (Allué), Slg. 1591, und vom 20.12.93 – C-272/92 (Spotti), Slg. I-5185.

<sup>18</sup> Urteil vom 2.8.1993 – C-259, 331 und 332/91 (Allué II), Slg. I-4309 ff.

hoheitlicher Befugnisse und mit der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates verbunden sind.<sup>19</sup> Nicht zur Beschäftigung im öffentlichen Dienst im Sinne des Art. 48 Abs. 4 EG-Vertrag rechnet er beispielsweise die Beschäftigung als Lehrkraft für das höhere Lehramt.<sup>20</sup>

2. Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates

Der EuGH bezieht Art. 48 EG-Vertrag nur auf Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen.<sup>21</sup>

Im Fall *Sloman Neptun* wurde die Diskriminierung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten am Maßstab anderer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts geprüft. Es ging im Ausgangsfall um das deutsche Gesetz zum Internationalen Schiffsregister.<sup>22</sup> Dieses Gesetz enthält kollisionsrechtliche Regelungen, die dahingehend interpretiert werden, daß Arbeitnehmer aus Drittstaaten ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in Deutschland von deutschen Tarifverträgen nicht erfaßt werden. Der Seebetriebsrat einer Schiffahrtsgesellschaft war der Meinung, das Gesetz verstoße gegen das Verbot staatlicher Beihilfen in Art. 92 und den Grundsatz der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte in Art. 117 EWG-Vertrag. Der EuGH kam jedoch zu dem Schluß, daß eine solche Regelung keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag darstelle und mit Art. 117 EWG-Vertrag vereinbar sei. Den in Art. 117 EWG-Vertrag aufgezählten sozialen Zielen maß er zwar Bedeutung für die Auslegung anderer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften im Sozialbereich zu. Er lehnte es aber ab, direkt aus Art. 117 EWG-Vertrag konkrete Verhaltenspflichten für die Mitgliedstaaten abzuleiten.<sup>23</sup>

## *II. Inländerdiskriminierung*

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht auf rein innerstaatliche Angelegenheiten anwendbar.<sup>24</sup> Es schützt Inländer in Situationen, die keinen Bezug zur Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit haben, nicht davor, gegenüber den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten benachteiligt zu werden.

Ein arbeitsrechtliches Beispiel für eine Inländerdiskriminierung ist der Fall *Steen*. Herr Steen war bei der Deutschen Bundespost beschäftigt. Er wollte dort nicht als Beamter, sondern als Angestellter arbeiten, weil die Beschäftigung im Beamtenverhältnis eine niedrigere Vergütung und den Ausschluß vom Streikrecht zur Folge hatte. Wäre er Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaates gewesen, hätte er damals nicht im Beamtenverhältnis beschäftigt werden können, sondern im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden müssen. Steen machte erfolglos geltend, daß er im Verhältnis zu den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten diskriminiert werde.<sup>25</sup>

## **C) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts**

Wesentlich zahlreicher als die Entscheidungen des EuGH zur Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit sind seine Entscheidungen zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Art. 119 EG-Vertrag gebietet die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, allerdings beschränkt auf den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit. Die Lohngleichheitsrichtlinie<sup>26</sup> soll die Anwendung dieses Grundsatzes erleichtern. Der Entgeltgleichheit zuzuordnen ist ferner die Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit<sup>27</sup>. Mit der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung der Geschlechter außerhalb des Entgeltbereichs befaßt sich die Gleichbehandlungsrichtlinie.<sup>28</sup>

<sup>19</sup> Siehe z.B. die Urteile vom 17.12.1980 – 149/79 (Kommission/Königreich Belgien), Slg. 1980, und vom 3.6.1986 – 307/84 (Kommission/Französische Republik), Slg. 1725.

<sup>20</sup> Urteil vom 27.11.1991 – C-4/91 – Slg. I 5627.

<sup>21</sup> Urteil vom 5.7.1984 – 238/83 (Caisse d'Allocations Familiales ./ Meade), Slg. 2631. Siehe dazu auch Greenwood: *Nationality and the Limits of Free Movement of Persons in Community Law*. In: *Yearbook of European Law* 1987, 185.

<sup>22</sup> Siehe §§ 12 und 21 Abs. 4 Flaggenrechtsgesetz.

<sup>23</sup> Urteil vom 17.3.93 – C-72/91 und C-73/91, Slg. I-887.

<sup>24</sup> Siehe z.B. Urteile vom 27.10.1982 – 35 und 36/82 (Morson), Slg. 3723, und vom 28.1.1992 – C 392/90 (Steen), Slg. 341.

<sup>25</sup> Urteil des EuGH vom 28.1.1992 – C-332/90, Slg. 341.

<sup>26</sup> 75/118/EWG.

<sup>27</sup> 86/378/EWG, geändert durch die Richtlinie 96/97/EG vom 20.12.96.

<sup>28</sup> 76/207/EWG.

## I. Entgeltgleichheit

### 1. Unmittelbare und horizontale Wirkung des Art. 119 EG-Vertrag

Der EuGH legte dem Diskriminierungsverbot des Art. 119 EG-Vertrag in der berühmten Defrenne II-Entscheidung<sup>29</sup> nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch zwischen Privaten unmittelbare Wirkung bei, obwohl die Vorschrift ausdrücklich nur die Mitgliedstaaten anspricht.

### 2. Zeitliche Begrenzung

Er versah diese kühne Entscheidung allerdings mit einer zeitlichen Begrenzung: Ansprüche für Zeiten vor der Verkündung des Urteils konnten nicht auf die unmittelbare Geltung des Art. 119 gestützt werden, es sei denn, die Arbeitnehmer hatten bereits Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt.

Einen Rückwirkungsschutz nach demselben Muster billigte der EuGH den Arbeitgebern noch ein zweites Mal zu, und zwar im Fall Barber.<sup>30</sup> Es ging bei diesem Fall um unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen in der betrieblichen Altersversorgung. Schon in der Bilka-Entscheidung<sup>31</sup> hatte der EuGH Leistungen aus solchen Systemen unter den Entgeltbegriff des Art. 119 subsumiert. In der Richtlinie zu den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit gab es jedoch eine Bestimmung, nach der es zulässig sein sollte, die obligatorische Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Festsetzung des Rentenalters aufzuschieben. Das hierdurch geweckte Vertrauen veranlaßte den EuGH dazu, die zeitliche Wirkung des Barber-Urteils einzuschränken.

Weitere Verwirrung stiftete ein Protokoll zu Art. 119 EG-Vertrag, das dem Vertrag über die Europäische Union 1992 beigefügt wurde. Es stellte den Grundsatz auf, daß Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht als Entgelt im Sinne des Art. 119 gelten, soweit sie auf Beschäftigungszeiten vor der Verkündung des Barber-Urteils zurückgeführt werden können. Es entstand prompt Streit darüber, ob dieses sog. Barber-Protokoll nun auch Frauen entgegengehalten werden konnte, die von Betriebsrentensystemen ausgeschlossen worden waren, weil sie verheiratet oder teilzeitbeschäftigt waren. Der EuGH verneinte dies.<sup>32</sup> Von dem Protokoll seien Leistungen betroffen, nicht aber der Anspruch auf Anschluß an ein betriebliches System der sozialen Sicherheit.

### 3. Weiter Entgeltbegriff des Art. 119 EG-Vertrag

Der grundsätzlichen Bedeutung des Art. 119 EG-Vertrag trägt der EuGH dadurch Rechnung, daß er den Entgeltbegriff weit interpretiert. Er sah beispielsweise auch die bezahlte Arbeitsfreistellung von Betriebsratsmitgliedern<sup>33</sup> und die Entgeltfortzahlung während der Mutterschutzfristen<sup>34</sup> als Entgelt im Sinne des Art. 119 EG-Vertrag an.

### 4. Gleiches Entgelt bei gleicher und gleichwertiger Arbeit

Nach seinem Wortlaut garantiert Art. 119 EG-Vertrag gleiches Entgelt bei gleicher Arbeit. Die Lohngleichheitsrichtlinie, die ihn erläutert, nennt neben der gleichen Arbeit die als gleichwertig anerkannte Arbeit. Der EuGH interpretiert Art. 119 EG-Vertrag dahingehend, daß der Begriff der gleichen Arbeit den Fall der gleichwertigen Arbeit einschließt.<sup>35</sup> Das Gebot des gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit hat infolgedessen an der unmittelbaren Wirkung des Art. 119 EG-Vertrag zwischen Privaten teil.

Die Durchführung der Lohngleichheitsrichtlinie macht es dem EuGH zufolge erforderlich, daß die Frage, ob eine Arbeit als gleichwertig anerkannt werden muß, nötigenfalls im Rahmen eines streitigen Verfahrens entschieden werden kann.<sup>36</sup> Auch Arbeiten mit ganz unterschiedlichen Inhalten können gleichwertig sein. Der EuGH ging beispielsweise im Fall Enderby davon aus, daß die Tätigkeiten von Logopäden und Apothekern gleichwertig sein können.<sup>37</sup>

Im Fall Rummler entschied der EuGH, daß ein System beruflicher Einstufung nicht allein deshalb diskriminierend sei, weil bei einem seiner Kriterien auf Eigenschaften abgestellt wird, die Männer eher besitzen, z.B. Muskelkraft. Das System müsse jedoch, um insgesamt nicht diskriminierend zu sein, so ausgestaltet sein, daß es, wenn die Art der in Frage stehenden Tätigkeiten es zuläßt, als gleichwertig

<sup>29</sup> Urteil vom 8.4.1976 – 43/75, Slg. 455.

<sup>30</sup> Urteil vom 17.5.1990 – C-262/88 – Slg. 1889.

<sup>31</sup> Urteil vom 13.5.1986 – 170/84, Slg. 1607.

<sup>32</sup> Urteile vom 28.9.1994 – C-128/93 (Fischer), Slg. I-4583, und C-57/93 (Vroege), Slg. I-4541.

<sup>33</sup> Urteile vom 4.6.1992 – C-360/90 (Bötel), Slg. I-3589, und vom 6.2.1996 – C-457/93 (Lewark), Slg. I-260.

<sup>34</sup> Urteil vom 13.2.1996 – C-342/93 (Gillespie), Slg. I-475.

<sup>35</sup> Siehe z.B. Urteil vom 11.3.81 – 69/80 (Worringham), Slg. 767, und Urteil vom 4.2.88 – 157/86 (Murphy), Slg. 673.

<sup>36</sup> Urteil vom 6.7.1982 – 61/81 (Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland), Slg. 2601.

<sup>37</sup> Urteil vom 27.10.1993 – C-127/92, Slg. I-5535.

anerkannte Arbeitsplätze umfaßt, bei denen andere Kriterien berücksichtigt werden, hinsichtlich derer weibliche Arbeitnehmer besonders geeignet sein können.<sup>38</sup>

Die Tragweite des Art. 119 EG-Vertrag ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen Männer und Frauen gleichzeitig gleiche Arbeit im Sinne dieser Vorschrift leisten. Eine Arbeitnehmerin kann sich zum Vergleich auch auf ihren Vorgänger<sup>39</sup> oder eine männliche Vergleichsperson berufen, die bei geringwertiger Tätigkeit besser bezahlt wird<sup>40</sup>.

#### 5. Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Entgeltdiskriminierung

Der EuGH hat nach anfänglichem Zögern anerkannt, daß Art. 119 EG-Vertrag nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Entgeltdiskriminierung verbietet.<sup>41</sup> Auf eine Diskriminierungsabsicht kommt es nicht an.<sup>42</sup>

Im Kontext der Entgeltdiskriminierung entwickelte der EuGH eine zweistufige Definition der mittelbaren Diskriminierung. Er nimmt eine Verletzung des Art. 119 EG-Vertrag an, wenn eine Maßnahme oder Regelung einen Nachteil darstellt, von dem wesentlich mehr Mitglieder des einen als des anderen Geschlechts betroffen sind, und sie nicht durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist.<sup>43</sup>

Hinsichtlich der Rechtfertigung einer statistischen Entgeltdiskriminierung stellt der EuGH an den Arbeitgeber und den Staat gleich strenge Anforderungen. In der Bilka-Entscheidung forderte er, daß die Maßnahme des Arbeitgebers einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient, in der Rinner-Kühn-Entscheidung<sup>44</sup>, daß die gewählten Mittel einem notwendigen Ziel der Sozialpolitik des Staates dienen. In beiden Fällen wurde zusätzlich verlangt, daß die statistisch diskriminierenden Mittel zur Erreichung des betreffenden Ziels geeignet und erforderlich sind. Anders als im Bereich der sozialrechtlichen Gleichbehandlung von Männern und Frauen<sup>45</sup> hat der EuGH an diesem strengen Maßstab im arbeitsrechtlichen Bereich bislang festgehalten.<sup>46</sup>

Die Festlegung der Entgelte in getrennten Tarifverhandlungen kann eine statistische Diskriminierung nicht rechtfertigen, wenn diese Verhandlungen von denselben Parteien geführt worden sind.<sup>47</sup>

#### 6. Rechtsfolgen einer Entgeltdiskriminierung

Aus der Verknüpfung des Art. 119 EWG-Vertrag mit Art. 117 EWG-Vertrag leitete der EuGH ab, daß Entgeltdiskriminierungen durch Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter zu beseitigen sind<sup>48</sup>. Werden Frauen im Entgeltbereich unmittelbar diskriminiert, haben sie Anspruch auf Anwendung der gleichen Regelung wie Männer, die sich in der gleichen Lage befinden, wobei diese Regelung, solange das Gleichbehandlungsgebot nicht durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.<sup>49</sup> Im Falle der mittelbaren Diskriminierung treten an die Stelle von Männern und Frauen die Angehörigen der benachteiligten Gruppe und die übrigen Arbeitnehmer.<sup>50</sup> Unanwendbar ist infolgedessen nur der benachteiligende Teil einer diskriminierenden Regelung. Der begünstigende Teil dient als Anspruchsgrundlage sowohl für die begünstigten als auch für die bisher benachteiligten Personen.

<sup>38</sup> Urteil vom 1.7.1986 – 237/85, Slg. 2101.

<sup>39</sup> Urteil vom 27.3.1980 – 129/79 (Smith), Slg. 1275.

<sup>40</sup> Urteil vom 4.2.1988 – 157/86 (Murphy), Slg. 673.

<sup>41</sup> Grundlegend Urteil vom 13.5.1986 – 170/84 (Bilka), Slg. 1607.

<sup>42</sup> Urteil vom 13.5.1986 – 170/86 (Bilka), Slg. 1607.

<sup>43</sup> Siehe insbesondere die zahlreichen Entscheidungen zur Diskriminierung von Teilzeitbeschäfteten. Grundlegend auch insoweit die Bilka-Entscheidung.

<sup>44</sup> Urteil vom 13.7.1989 – 171/88, Slg. 2743.

<sup>45</sup> Siehe dazu Urteil vom 14.12.1995 – C-444/93 (Megner/Scheffel), Slg. I-4741 und Urteil vom 14.12.1995 – C-317/93 (Nolte), Slg. I-4625.

<sup>46</sup> Siehe Urteil vom 20.10.93 – C-457/93 (Lewark), Slg. I-243.

<sup>47</sup> Urteil vom 27.10.1993 – C-127/92 (Enderby), Slg. I-5535.

<sup>48</sup> Grundlegend hierzu die Defrenne II-Entscheidung des EuGH vom 8.4.1976 – 43/75 – Slg. 455.

<sup>49</sup> Diese Regel entwickelte der EuGH in Entscheidungen zur Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit.

Siehe z.B. Urteil vom 4.12.1986 – 71/85 (FNV), Sl. 3855.

<sup>50</sup> Urteil vom 27.6.1990 – C-33/89 (Kowalska), Slg. I-2591. Zuvor schon für den Bereich der sozialen Sicherheit Urteil vom 13.12.1989 – 102/88 (Ruzius-Wilbrink), Slg. 4311.

Nach diesen Grundsätzen ist auch dann zu verfahren, wenn ein Tarifvertrag eine diskriminierende Bestimmung enthält. Das nationale Gericht muß nicht etwa die vorherige Beseitigung der Bestimmung durch Tarifverhandlungen oder auf anderem Wege beantragen oder abwarten.<sup>51</sup>

## II. Gleichbehandlung außerhalb des Entgeltbereichs

### 1. Unmittelbare, aber nicht horizontale Wirkung der Gleichbehandlungsrichtlinie

Auf die in der Gleichbehandlungsrichtlinie enthaltenen Diskriminierungsverbote können sich die Rechtsbürger gegenüber dem Staat berufen, und zwar unabhängig davon, ob er als Hoheitsträger oder als Arbeitgeber handelt. Der EuGH hat es jedoch abgelehnt, der Gleichbehandlungsrichtlinie unmittelbare Wirkung im Verhältnis zwischen Privaten beizumessen<sup>52</sup>, was seiner allgemeinen Rechtsprechung zur Wirkung von Richtlinien entspricht<sup>53</sup>. Er geht in diesem Zusammenhang von einer recht weiten Definition des staatlichen Bereichs aus.<sup>54</sup>

### 2. Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung

Die Gleichbehandlungsrichtlinie verbietet explizit außer der unmittelbaren auch die mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand.

Wiederholt hatte sich der EuGH mit dem Problem zu befassen, ob die Benachteiligung Schwangerer gegen dieses Diskriminierungsverbot verstößt. In seiner grundlegenden Entscheidung zum Fall Dekker bewertete er die Verweigerung der Einstellung wegen Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da sie nur Frauen gegenüber in Betracht kommt. Es sei nicht von Belang, ob sich auch ein Mann beworben habe.<sup>55</sup>

### 3. Ausnahme: Geschlecht als unabdingbare Voraussetzung

Nach Art. 2 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie können die Mitgliedstaaten vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie berufliche Tätigkeiten ausnehmen, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung ist. Der EuGH ist der Auffassung, daß diese Vorschrift eng ausgelegt werden müsse. Trotzdem entschied er, daß bei schweren inneren Unruhen das männliche Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit bei der bewaffneten Polizei sein könne.<sup>56</sup>

### 4. Schutz der Frau

Die Ausnahmeregelung zum Schutz der Frau in Art. 2 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie hatte der EuGH in einer frühen Entscheidung weit ausgelegt. Er ließ sich dabei von der traditionellen Rollenteilung zwischen Mann und Frau leiten.<sup>57</sup>

Neuere Entscheidungen des EuGH zum Schutz der Frau lassen ein gewandeltes Verständnis dieser Vorschrift erkennen. Er billigte weder besondere Rechte für Frauen in ihrer Eigenschaft als Elternteil<sup>58</sup> noch ein Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen<sup>59</sup>.

### 5. Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit

Der Passus über Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit in Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie dient dem EuGH zufolge dem Zweck, Maßnahmen zuzulassen, „die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen“.<sup>60</sup>

Aufgrund von Vorlagen deutscher Gerichte befaßte sich der EuGH zweimal mit Regelungen, die Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, unter der Voraussetzung gleicher Qualifikation bei Beförderungen den Vorrang gegenüber männlichen Bewerbern einräumen. Im Fall Kalanke enthielt die

<sup>51</sup> Urteil vom 7.2.1991 – C-184/89 (Nimz), Slg. I-297.

<sup>52</sup> Urteil vom 26.2.1986 – 152/84 (Marshall), Slg. 723.

<sup>53</sup> Siehe z.B. Urteil vom 14.7.1994 – 91/92 (Faccini-Dori), Slg. I-3325.

<sup>54</sup> Urteil vom 12.7.1990 – C-188/89 (Forster/British Gas), Slg. I-3313.

<sup>55</sup> Urteil vom 8.11.1990 – C-177/88, Slg. I-3941.

<sup>56</sup> Urteil vom 15.5.1986 – 222/84, Slg. 1651.

<sup>57</sup> Urteil vom 12.7.1984 – 184/83 (Hofmann), Slg. 3047.

<sup>58</sup> Urteil vom 25.10.1988 – 312/86 (Kommission/Frankreich), Slg. 6315.

<sup>59</sup> Urteil vom 25.7.1991 – C-345/89, Slg. 4047.

<sup>60</sup> Urteil vom 25.10.1988 – 312/86 (Kommission/Frankreich), Slg. 6315.

Regelung, so wie sie in den Vorlagefragen umschrieben worden war, nicht die Möglichkeit, unter Umständen von der grundsätzlichen Bevorzugung der Frau eine Ausnahme zu machen. Der EuGH verneinte in diesem Fall die Vereinbarkeit mit der Gleichbehandlungsrichtlinie.<sup>61</sup> Im Fall Marshall stand die Vorrangregel unter dem Vorbehalt, daß nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Eine solche Regelung sah der EuGH unter zwei Voraussetzungen als vereinbar mit der Gleichbehandlungsrichtlinie an: Erstens muß die Regelung den gleichqualifizierten männlichen Bewerbern garantieren, daß in jedem Einzelfall alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, und zweitens dürfen solche Kriterien gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung haben.<sup>62</sup>

#### 6. Rechtsfolgen einer Diskriminierung im Bereich der Gleichbehandlungsrichtlinie

Die Gleichbehandlungsrichtlinie schreibt keine bestimmten Sanktionen vor. Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die Mitgliedstaaten die Wahl unter verschiedenen, zur Verwirklichung ihrer Zielsetzung geeigneten Lösungen. Sie müssen als Sanktion für eine Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung nicht eine Verpflichtung zum Abschluß eines Arbeitsvertrages vorsehen.<sup>63</sup> Wird als Sanktion ein Schadensersatzanspruch gewählt, darf dieser – wie der EuGH im Fall Dekker entschieden hat - nicht davon abhängig sein, daß ein Verschulden nachgewiesen wird oder kein im nationalen Recht vorgesehener Rechtfertigungsgrund vorliegt<sup>64</sup>. Bei finanzieller Wiedergutmachung muß der Schaden, den die diskriminierte Person erlitten hat, in vollem Umfang ausgeglichen werden.<sup>65</sup>

#### III. Transparenzgebot

In mehreren Urteilen stellte der EuGH Transparenzanforderungen auf. Er entschied beispielsweise zur Umsetzung der Lohngleichheitsrichtlinie, daß die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes eine eindeutige Formulierung erfordern, die den betroffenen Personen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die Gerichte in die Lage versetzt, ihre Einhaltung zu sichern. Da Dänemark den Grundsatz des gleichen Entgelts nicht ausdrücklich auf gleichwertige Arbeit erstreckt hatte, nahm der EuGH einen Vertragsverstoß an.<sup>66</sup> Die Bundesrepublik Deutschland rügte er, weil sie nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hatte, um auch nur ein Mindestmaß an Transparenz in bezug auf die Durchführung der Ausnahmebestimmungen in Art. 2 Abs. 2 und 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie herzustellen.<sup>67</sup>

Im Fall Barber entschied der EuGH, daß der Grundsatz des gleichen Entgelts aus Gründen der Durchschaubarkeit für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts und nicht nur nach Maßgabe einer Gesamtbewertung der den Arbeitnehmern gezahlten Vergütungen gewährleistet sein muß.<sup>68</sup>

#### IV. Beweislast

Zur Beweislast für eine Diskriminierung führte der EuGH bei der Entgeltgleichheit aus, daß diese grundsätzlich dem Arbeitnehmer obliege, der sich diskriminiert glaube. Die Beweislast kehre sich jedoch um, wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen. Sind bei einer Maßnahme, die zwischen den Beschäftigten nach ihrer Arbeitszeit unterscheidet, die statistischen Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung erfüllt, muß der Arbeitgeber deshalb den Nachweis erbringen, daß sie durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Entsprechendes gilt, wenn aussagekräftige Statistiken einen merklichen Unterschied im Entgelt zweier gleichwertiger Tätigkeiten erkennen lassen, von denen die eine fast ausschließlich von Frauen und die andere hauptsächlich von Männern ausgeübt wird.<sup>69</sup>

Der EuGH verknüpft diesen beweisrechtlichen Ansatz mit seiner Transparenzrechtsprechung: Wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem angewandt wird, dem jede Durchschaubarkeit fehlt, obliegt dem Arbeitgeber der Nachweis, daß seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern eine Arbeitnehmerin auf der

<sup>61</sup> Urteil vom 17.10.1995 – C-450/93, Slg. I-3051.

<sup>62</sup> Urteil vom 11.11.1997 – C-409/95, NJW 1997, 3429.

<sup>63</sup> Urteile des EuGH vom 10.4.1984 – 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1891, und 79/83 (Harz), Slg. 1921

<sup>64</sup> Urteil vom 8.11.1990 – C-177/88, Slg. I-3941.

<sup>65</sup> Urteile vom 2.8.1993 – C-271/91 (Marshall II), Slg. I-4397, und vom 22.4.1997 – C-180/95 (Draehmpaehl), Slg. I-2195.

<sup>66</sup> Urteil vom 30.1.1985 – 143/83 (Kommission/Königreich Dänemark), Slg. 432.

<sup>67</sup> Urteil vom 21.5.1985 – 248/83 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1474.

<sup>68</sup> Urteil vom 17.7.1990 – C-262/88 – Slg. 1889.

<sup>69</sup> Siehe Urteil vom 27.10.1993 – C-127/92 (Enderby), Slg. I-5535 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, daß das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen Arbeitnehmer.<sup>70</sup>

Mit der Beweislast im Geltungsbereich der Gleichbehandlungsrichtlinie befaßte sich der EuGH im Fall Draempaeht.<sup>71</sup> Er billigte den Mitgliedstaaten das Recht zu, für den Schadensersatz von Bewerbern, die vom Einstellungsverfahren ausgeschlossen worden sind, aber die zu besetzende Position wegen der besseren Qualifikation des eingestellten Bewerbers auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätten, eine Höchstgrenze von drei Monatsgehältern vorzusehen. Er sah den Arbeitgeber, der über sämtliche eingereichten Bewerbungsunterlagen verfügt, jedoch als beweisbelastet dafür an, daß der Bewerber die Position auch dann nicht erhalten hätte, wenn keine Diskriminierung stattgefunden hätte.

### **Diskriminierung wegen einer Geschlechtsumwandlung und aufgrund der sexuellen Identität**

Der allgemeine Schutzbereich der Verbote geschlechtsbedingter Diskriminierung wurde in zwei Entscheidungen ausgelotet, die eine transsexuelle und eine homosexuelle Person betrafen.

Der EuGH nahm den Standpunkt ein, daß die Gleichbehandlungsrichtlinie auch für Diskriminierungen gilt, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben.<sup>72</sup> Solche Diskriminierungen würden hauptsächlich, wenn auch nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen beruhen.

Nicht als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sah der EuGH dagegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung an.<sup>73</sup> Es ging in dem betreffenden Fall um eine Eisenbahngesellschaft, die ihren Arbeitnehmern eine Fahrtvergünstigung für ihre andersgeschlechtlichen Lebenspartner gewährte und sich weigerte, einer Angestellten für ihre Lebensgefährtin die gleiche Vergünstigung einzuräumen. Die Klägerin machte geltend, daß sie, wenn sie ein Mann gewesen wäre, die Vergünstigung für ihre Partnerin erhalten hätte. Es liege deshalb eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. Der EuGH verglich sie jedoch mit einem männlichen Arbeitnehmer, der einen gleichgeschlechtlichen Partner hat, und kam von daher zu dem Schluß, daß eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht gegeben sei. In einem obiter dictum wies er auf die Bestimmung des Amsterdamer Vertrages hin, die künftig sekundäre Rechtsvorschriften zum Schutz gegen die Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung ermöglichen soll.<sup>74</sup>

### **E. Die Rechtsprechung des EuGH zu den Gemeinschaftsgrundrechten**

Ergänzt wird der Schutz, den die Vorschriften des primären und sekundären EG-Rechts gegen Diskriminierung im Arbeitsleben bieten, durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Gemeinschaftsgrundrechten. Der Gerichtshof hat auch den allgemeinen Gleichheitssatz als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts anerkannt.<sup>75</sup> Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, daß eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre. Zu den Gemeinschaftsgrundrechten gehört ferner der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau.<sup>76</sup>

Der Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte ist jedoch beschränkt. Sie binden die Gemeinschaftsorgane. Der nationale Gesetzgeber ist an sie nur gebunden, wenn eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Nur in gemeinschaftsrechtlich determinierten Bereichen ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer nationalen Regelung also die Vereinbarkeit mit den Gemeinschaftsgrundrechten.<sup>77</sup>

<sup>70</sup> Urteil vom 17.10.1989 – 109/88 (Danfoss), Slg. 3199; siehe auch das Urteil vom 31.5.1995 – C-400/93 (Royal Copenhagen), Slg. I-5535, in dem die komplexe Problematik der Diskriminierung bei Stücklohnsystemen behandelt wird.

<sup>71</sup> Urteil vom 22.4.1997 – C-180/95, Slg. I-2195.

<sup>72</sup> Urteil vom 30.4.1996 – C-13/94 (P.), NJW 1997, 2421.

<sup>73</sup> Urteil vom 17.2.98 – C-249/96 – EzA Art. 119 EWG-Vertrag Nr. 51.

<sup>74</sup> Es soll ein Art. 6a, der diese Kompetenznorm enthält, in den EG-Vertrag eingefügt werden.

<sup>75</sup> Siehe z.B. Urteil vom 27.10.1976 – 130/75 (Prais), Slg. 1589 und Urteil vom 19.12.1977 – 117/76 und 16/77 (Ruckdeschel, „Quellmehl“), Slg. 1977, 1753.

<sup>76</sup> Siehe dazu z.B. Urteil vom 28.11.1977 – 149/77 (Defrenne III), Slg. 1365.

<sup>77</sup> Siehe dazu Hirsch, Günter: Die Grundrechte in der Europäischen Union. In: RdA 1988, 194 ff., 197. Aus der Rechtsprechung des EuGH z.B. Urteil vom 1.2.96 – C-177/94 (Perfili), Slg. I 161, 176. Siehe auch Urteil vom 15.6.1978 – 149/77 (Defrenne III), Slg. 1365

## F. Die allgemeine Rechtsprechung des EuGH zu Rechtsbehelfen und Sanktionen

Soweit die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote anzuwenden haben, ist der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes zu beachten.<sup>78</sup> Nationale Regeln dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Die Modalitäten dürfen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen.<sup>79</sup>

Schreibt das EG-Recht keine bestimmte Sanktion vor, haben die Mitgliedstaaten die Wahl. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind sie jedoch verpflichtet, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu ahnden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht. Die Sanktion muß auf jeden Fall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.<sup>80</sup>

Die Bundesrepublik Deutschland war wegen dieser Rechtsprechung schon zweimal gezwungen, ihre nationalen Regeln zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie zu verschärfen.<sup>81</sup>

## G. Diskriminierungsschutz und Vergaberecht

In mehreren Mitgliedstaaten gibt es Versuche, die Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument zu nutzen, um auf die Einhaltung von Diskriminierungsverboten in der Privatwirtschaft hinzuwirken. Im Zusammenhang mit der Frage, ob solche Politiken mit dem Vergaberecht der Gemeinschaft vereinbar sind, ist die Beentjes-Entscheidung des EuGH von Bedeutung<sup>82</sup>. Der Gerichtshof stellte in diesem Urteil fest, daß die Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen mit der Richtlinie 71/305 über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge vereinbar ist, wenn sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führt. Eine solche besondere zusätzliche Bedingung müsse in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden.

## H. Resümee und Ausblick

Alles in allem ist die Bilanz, die der EuGH zum Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben vorzuweisen hat, beeindruckend. Er hat die Effektivität der gemeinschaftsrechtlichen Normen, die diesem Ziel dienen, durch seine Auslegungen wesentlich gefördert. Nicht zuletzt hat er den Grund für neue Vorschriften der Gemeinschaft zum Diskriminierungsschutz gelegt. Die Richtlinie 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die bis zum 1.1.2001 umzusetzen ist und auch eine Definition der mittelbaren Diskriminierung enthält, basiert auf seiner Rechtsprechung. Dasselbe gilt für die Bestimmungen des Maastrichter Unionsvertrages zu den Grundrechten.

Von einem umfassenden Diskriminierungsschutz in der Europäischen Gemeinschaft kann jedoch erst die Rede sein, wenn von den neuen Kompetenzen, die der Amsterdamer Vertrag dem Gemeinschaftsgesetzgeber zum Kampf gegen Diskriminierungen einräumt, Gebrauch gemacht worden ist. Es bleibt zu hoffen, daß die normativen Grundlagen für die kraftvolle Antidiskriminierungsrechtsprechung des EuGH bald erweitert werden.

<sup>78</sup> Siehe z.B. Urteil vom 15.10.1987 – 222/86 (Heylen), Slg. 4097.

<sup>79</sup> Siehe dazu Urteil vom 19.11.1991 – C-6/90 und 9/90 (Francovich u.a.), Slg. 5357 mit weiteren Nachweisen. Siehe auch Urteil vom 5.3.1996 – C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame).

<sup>80</sup> Urteil vom 21.9.89 – 68/88 (Kommission ./ Griechenland), Slg. 2965.

<sup>81</sup> Siehe dazu die Urteile des EuGH vom 10.4.1984 – 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1891, und 79/83 (Harz), Slg. 1921, sowie das Urteil vom 22.4.1997 – C-180/95 (Draehmpaehl), Slg. I-2195..

<sup>82</sup> Urteil vom 20.2.1988 - 31/87 – Slg. 4635.



**European dimension of works councils and labour unions (Works councils, European Joint-Stock-Company/Supervisory board, collective bargaining, social minimum standards),  
Trade Union Lawyer Rechtsanwalt Thomas Schmidt, Germany**

**Abstract**

1. *In all economical sectors we find nowadays multinational companies and transnational co-operations of companies. Guided by the aim to increase profits, return on investment or shareholder value, the companies take decisions on which goods or services are offered, where goods or services are produced or if the production of goods and services is shifted from one country to another. All these decisions have great influence on employment, income, working hours and work conditions. There exist only little legal restrictions as far as these multinational activities and decisions are concerned.*
2. *Workers representations like trade unions or works councils mostly restrict their activities to the company or the sector within their country. The legal systems in European countries until recently did not support international co-operation of Workers representations. Although trade unions with very limited means have a long tradition of international co-operation in the frame of their European and international confederations this usually did not lead to any common activities or common development of collective bargaining. Only to a certain extend this has it's reason in legal restrictions.*
3. *With the directive on European works-councils for the first time there exists a law which supports co-operation of workers representations on a European dimension. Meanwhile in a few hundred companies European works-councils have been installed. Although these bodies have only very limited rights, they grant workers representatives the opportunity to learn co-operation on a European level.*
4. *The only other present European law project which will allow co-operation on a European level for workers representatives is the project on the European Joint-Stock-Company. According to this project workers representatives can be elected into the supervisory board. This law project may endanger the German system of codetermination if it allows German companies to shift from a German joint-stock-company to a European one.*

*Co-operation of trade unions as far as collective bargaining is concerned is not supported by the present legal systems within the European Union. In order to reduce competition between workers and their unions and other representatives in different countries, it will be vital to install a legal frame for collective bargaining on a European level. Such a new legal system could give at least an opportunity to trade unions to co-ordinate their activities within European company groups and within the economic sectors and to make an effort to reduce the drift between poor and rich regions and sectors.*

**Europäisierung von Interessenvertretungen (Betriebsräte, Europäische Aktiengesellschaft/Aufsichtsrat, Gewerkschaften, Tarifverträge, soziale Mindeststandards)**

**Wie agieren die Unternehmen in Europa ?**

Schon lange existieren für Unternehmen in den westlichen Ländern weitreichende Möglichkeiten internationaler Betätigung. Seit knapp 10 Jahren gilt dies auch für die Länder des ehemaligen Ostblocks. Neben Import und Export von Waren und Dienstleistungen können Unternehmen Tochtergesellschaften oder Niederlassungen in anderen Ländern gründen oder erwerben. Sie können international kooperieren. Sie können wechselseitig Beteiligungen erwerben.

Unternehmen die sich in anderen Ländern betätigen unterliegen dabei den jeweiligen rechtlichen Bestimmungen in dem Land, in dem sie agieren. Die Souveränität der Staaten hinsichtlich der Regulierung von Aktivitäten ausländischer Unternehmen im eigenen Land ist allerdings durch internationale, europäische oder bilaterale Verträge weitreichend eingeschränkt. Auch ohne M.A.I.-Abkommen können Unternehmen heute bereits in anderen Ländern investieren bzw. Beteiligungen erwerben.

In allen Branchen finden wir daher heute multinationale Unternehmensgruppen oder länderübergreifende Kooperationen von Unternehmen. Es bereitet den Unternehmen letztlich keine hemmenden Probleme, Unternehmensgruppen länderübergreifend, europaweit oder weltweit zu steuern. Geleitet von dem Ziel der Steigerung von Profit, der Rendite oder des shareholder-value entscheiden multinationale Unternehmen, welche Güter oder Dienstleistungen angeboten werden, wo Güter erzeugt bzw. Dienstleistungen erbracht werden und damit Arbeitsplätze entstehen, welche Betriebe möglicherweise von einem Land in ein anderes Land verlagert werden, inwieweit Outsourcing erfolgt oder Aktivitäten und damit Betriebe oder Betriebsteile ganz stillgelegt werden.

Über die Standortwahl und am jeweiligen Standort entscheiden die multinationalen Unternehmensgruppen auch über Einkommen, Arbeitsbedingungen, Arbeitszeiten, Arbeitsschutz, Aus- und Weiterbildung usw. .

Bei diesen Entscheidungen sind die Unternehmen nur in wenigen Fällen gebunden an internationale oder europäische Normen. Zum Teil existieren nationale Regelungen in Gesetzen oder kollektiven Normen. In vielen Bereichen existieren keine oder nur sehr unzureichende Schutzbestimmungen für die ArbeitnehmerInnen. Soweit dies aufgrund der Spezifik der erzeugten Güter oder der erbrachten Dienstleistungen möglich ist und von den Abnehmern akzeptiert wird, versuchen die Unternehmen daher ihre Aktivitäten in die für sie kostengünstigsten Wirtschaftsbereiche zu verlagern. Innerhalb der einzelnen Länder sind dies Wirtschaftsbereiche, in denen Gewerkschaften schwach sind, in denen keine oder kostengünstigere Tarifverträge existieren. Bei der Standortentscheidung zwischen verschiedenen Ländern spielen zusätzlich die jeweiligen nationalen gesetzlichen Schutzbestimmungen eine Rolle. Auch hier versuchen die multinationalen Unternehmensgruppen soweit möglich in die Länder auszuweichen, welche die niedrigsten Sozialstandards, Beteiligungsrechte und die schwächsten Gewerkschaftsrechte bzw. die schwächsten Gewerkschaften garantieren.

### **Unter welchen praktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen können die ArbeitnehmerInnen gegenwärtig ihre Interessenvertretung länderübergreifend/international organisieren ?**

Die Interessenvertretungen operieren gegenwärtig überwiegend noch beschränkt auf die nationale Ebene. Es existieren Interessenvertretungen auf der Ebene der Betriebe und in der Regel auch auf der Ebene der Unternehmen. Gesetzlich begründete Interessenvertretungsstrukturen auf der Ebene der nationalen Unternehmensgruppen existieren nur in einigen Ländern, z.B. Konzernbetriebsräte in Deutschland, comité de groupe in Frankreich. In mehreren Ländern existieren noch keine konzernweiten Interessenvertretungsstrukturen der ArbeitnehmerInnen. Auch dort, wo solche Konzerninteressenvertretungen von den gesetzlichen Bestimmungen her möglich sind - wie in Deutschland - , werden sie nicht immer errichtet.

Die gesetzlichen Bestimmungen in den einzelnen Ländern gehen nicht von internationalen Interessenvertretungsstrukturen aus. Es ist vom Gesetz her z.B. nicht vorgesehen, daß ein Konzernbetriebsrat der Deutschen Bank ergänzt wird um VertreterInnen der ArbeitnehmerInnen aus Tochtergesellschaften in anderen Europäischen Ländern. Auch der französische code du travail sieht nicht vor, daß ein comité de groupe der AXA-Versicherung ergänzt wird um VertreterInnen aus den ausländischen Tochtergesellschaften. Ebenso können in den Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft oder GmbH nicht ohne weiteres VertreterInnen der ArbeitnehmerInnen ausländischer Tochtergesellschaften gewählt werden. Dagegen ist es für eine ausländische Muttergesellschaft einer deutschen Aktiengesellschaft völlig problemlos, auch ihre Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden.

Die Kommunikationsmöglichkeiten zwischen den Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen in verschiedenen Ländern ist sehr eingeschränkt. Es fehlen klare gesetzliche Bestimmungen, daß die Unternehmen die Kosten solcher Kommunikation zu tragen haben. Das gleiche gilt für die Möglichkeit der Interessenvertretungen multinationaler Unternehmen sich zu treffen. Die gesetzlichen Bestimmungen regeln unzureichend, daß die Mitglieder der Interessenvertretungen für solche Treffen unter Fortzahlung von Lohn und Gehalt von der Arbeit frei gestellt werden und daß das Unternehmen die Reisekosten zu übernehmen hat.

Ein großes Problem für internationale Treffen von Interessenvertretungen sind die fehlenden Kenntnisse der jeweiligen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen und der jeweiligen Sprachen. Es fehlen klare gesetzliche Bestimmungen, daß die Unternehmen die Kosten für geeignet Schulungen und Dolmetscher zu übernehmen haben.

Für den Abschluß transnationaler Vereinbarungen durch betriebliche Interessenvertretungen und durch Gewerkschaften fehlen gegenwärtig die notwendigen rechtlichen Grundlagen. Es fehlen auch Bestimmungen, die das Unternehmen verpflichten, über bestimmte soziale Themen mit den Interessenvertretungen Vereinbarungen abzuschließen.

**Europäische Betriebsräte.** Erst seit dem Inkrafttreten der Europäischen Richtlinie für die Einrichtung von Europäischen Betriebsräten im Jahre 1994 wurde ein erster Ansatz europaweiter Interessenvertretungsstrukturen geschaffen. Inzwischen wurden in fast fünfhundert Unternehmen mit zentraler Leitung im Bereich der Europäischen Union Vereinbarungen zur Einrichtung von sogenannten Eurobetriebsräten abgeschlossen. 460 davon wurden noch vor dem Stichtag 22.9.1996 abgeschlossen, so daß die Richtlinie auf sie keine Anwendung findet.

Um die Finanzierung der nötigen transnationalen Treffen betrieblicher Interessenvertretungen und der notwendigen Schulungen abzusichern hat die Europäische Kommission entsprechende Budgets zur Verfügung gestellt.

Obwohl die Eurobetriebsräte nur sehr eingeschränkte Rechte haben, liefern sie den ArbeitnehmerInnen die Gelegenheit die Zusammenarbeit von Interessenvertretungen auf europäischem Niveau zu erproben. Noch in diesem Jahr soll die Richtlinie einer Revision unterzogen werden. Aus Sicht der Gewerkschaften erscheinen insbesondere folgende Punkte verbesserungsbedürftig:

- Die Unterrichtung und Konsultation muß rechtzeitig und umfassend sein, so daß der Euro-Betriebsrat die Möglichkeit hat, auf den Willensbildungsprozeß der zentralen Leitung oder einer anderen angemesseneren Leitungsebene Einfluß zu nehmen. Das Urteil des Berufungsgerichts von Versailles in Sachen Renault hat das nachhaltig unterstrichen. Zu oft sehen Unternehmensleitungen im Europäischen Betriebsrat ein Organ zur Legitimation schon gefaßter Beschlüsse.
- Der Europäische Betriebsrat muß autonom im Rahmen seiner erforderlichen Arbeit über Anzahl und Dauer seiner Sitzungstermine, einschließlich Vor- und Nachbesprechungen ebenso wie seine Ausschubarbeit bestimmen können. Die Mitglieder müssen einen eigenständigen Anspruch auf Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen haben.
- Das Recht der Gewerkschaften auf Teilnahme an den Sitzungen des besonderen Verhandlungsgremiums und des Eurobetriebsrats ist zu gewährleisten.
- Die Sanktionsmaßnahmen bei Verstößen der Unternehmen gegen die Richtlinie sollten wirksamer gestaltet werden.

Gegenwärtig sind Europäische Betriebsräte weit davon entfernt, Einflußmöglichkeiten auf unternehmerische Entscheidungen einzuräumen. Die Sitzungen finden in der Regel nur einmal jährlich statt. Die Informationen erfolgen in der Regel viel zu spät. Die Richtlinie und auch die abgeschlossenen Vereinbarungen sehen keine Mitbestimmungsrechte für den Europäischen Betriebsrat vor. Die Meinungen in den Gewerkschaften sind auch durchaus geteilt, ob für den Europäischen Betriebsrat Mitbestimmungsrechte geschaffen werden sollten.

**Europäische Aktiengesellschaft.** Das einzige andere aktuelle europäische Gesetzesprojekt, welches eine europaweite Interessenvertretungsstruktur ermöglichen soll, ist der Richtlinienentwurf über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der europäischen Aktiengesellschaft. In diesem neuen Typ einer europäischen Kapitalgesellschaft sollen die ArbeitnehmerInnen die Möglichkeit erhalten, Vertreter in das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan zu entsenden. Obwohl dieser Richtlinienentwurf für viele Länder eine interessante Ergänzung bestehender Interessenvertretungsstrukturen darstellt, stößt er auch auf Skepsis. Die deutschen Gewerkschaften befürchten zum Teil, daß die Richtlinie den deutschen multinationalen Unternehmensgruppen die Flucht aus der deutschen Mitbestimmung ermöglicht und darüber hinaus fusionsfördernd wirkt. Gewerkschaften anderer Länder befürchten zum Teil eine Kollision mit bewährten gewerkschaftlichen Interessenvertretungsstrukturen.

**Europäische Tarifpolitik.** Grundsätzlich bedarf gewerkschaftliches Handeln auch im internationalen Bereich keiner gesetzlichen Regulierung. Zurecht befürchten Gewerkschaften vielmehr häufig, daß solche Regulierungen ihre Handlungsspielräume einschränken könnten. Notwendig ist für Gewerkschaften zunächst nur die Freiheit gewerkschaftlichen Handelns, einschließlich der Freiheit von Sanktionen. Diese Freiheit ist in den einzelnen Ländern allerdings unterschiedlich entwickelt. Darüber hinaus stellen sich spätestens beim Abschluß Kollektivvereinbarungen z.B. die Frage,

- wer am Abschluß auf Seite der Gewerkschaften und auf Seite der Arbeitgeber beteiligt sein muß, damit sie rechtlich wirksam sind und
  - für welchen räumlichen Geltungsbereich Vereinbarungen rechtswirksam abgeschlossen werden können.
- Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen in den Ländern Europas unterstützen nicht den Abschluß europaweiter oder internationaler Tarifverträge. Tarifverträge gelten deshalb nur innerhalb der jeweiligen nationalen Rechtssysteme. Häufig gelten sie nur für einzelne Betriebe und Regionen. Selten gelten sie für ganze Unternehmensgruppen innerhalb eines Landes oder für eine ganze Branche innerhalb eines Landes.

Um die Konkurrenz zwischen ArbeitnehmerInnen und ihren Gewerkschaften in verschiedenen Ländern zu reduzieren, wird es notwendig sein, einen gesetzlichen Rahmen für Tarifverträge auf europäischer und internationaler Ebene zu schaffen. Solche neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen könnten den Gewerkschaften die Gelegenheit geben, ihre Aktivitäten in Europa stärker zu koordinieren und Anstrengungen zu unternehmen, das Auseinanderdriften zwischen armen und reichen Regionen und Sektoren einzuschränken.

**Zusammenfassend** läßt sich folgendes feststellen:

Die nationalen gesetzlichen Bestimmungen liefern gegenwärtig völlig unzureichende Handlungsoptionen für die Interessenvertretungen im europäischen und internationalen Raum. Auch auf europäischer und internationaler Ebene fehlen die notwendigen gesetzlichen Bestimmungen für ein transnationales Agieren der Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen. Auch außerhalb von Konferenzen und Schulungen müssen Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen aus verschiedenen Ländern die Möglichkeit haben sich zu treffen. Solche Treffen müssen auch während der Arbeitszeit und bei Fortzahlung der Gehälter stattfinden können. Die Unternehmen muß verpflichtet werden, zu bestimmten sozialen Themen mit den Interessenvertretungen Vereinbarungen abzuschließen.

Während die gegenwärtigen nationalen, europäischen und internationalen Bestimmungen ein internationales Agieren der Unternehmen durchaus begünstigen, hat das Fehlen entsprechender gesetzlicher Bestimmungen für die ArbeitnehmerInnen zu einer Verschiebung des Kräftegleichgewichts zulasten der ArbeitnehmerInnen und ihrer Interessenvertretungen geführt. Das künftige europäische Arbeitsrecht muß deshalb zugunsten der ArbeitnehmerInnen den notwendigen Ausgleich schaffen.

<b>FORUM 3: Labour Law and international Trade and Financial Relations</b>
--

**Labour rights, the international trading regime and the multilateral institutions - a broad view,**  
*Stephen Gibbons<sup>83</sup>, Great Britain*

**Abstract**

*The globalisation of national economies has led to many fears about the effect on basic labour standards. Many international institutions, such as the World Trade Organisation and the Organisation for Economic Co-operation and Development seek to promote free trade throughout the world and the multilateral institutions such as the World Bank and the International Monetary Fund try to get companies to change their labour markets and public sector finances through programmes of structural adjustment. There is a clear economic trend against promoting labour and trade union rights.*

*There is some sign of change, however. Trade union and citizen-led campaigns for the changing of international trade rules to reflect concern for labour rights is beginning to make some headway. In this presentation Steve Gibbons will look at the nature of the present legal framework and operating rules of institutions and treaties such as the OECD's proposed Multilateral Agreement on Investment, the World Trade Organisation, the World Bank and the EU's Generalised System of Preferences for trade with Developing Countries. The presentation will look to see what scope there is for political or legal action to ensure some compliance with labour rights by reference to these international developments. The presentation will also briefly set the scene on some of the issues that are arising from the implementation of company codes on conduct, particularly by reference to UK and US corporations and consider whether there is a role for Government action to ensure that companies compel their suppliers.*

**Labour rights, the international trading regime and the multilateral institutions - a broad view**

The question of globalisation and its effect on labour rights is a very difficult and complex one. There are many views on the way in which national labour legislation or trade union bargaining can respond in the face of global pressures. Some Governments of the Right and Centre will argue, as does the Blair Government in the UK, that there is a limit to how much protection can be afforded to workers in the modern economy because of the global pressures that are placed on labour costs. To the surprise of some however, much of the reliable empirical evidence on the subject – including studies by the OECD and the World Bank – suggests that it is not necessarily the case that the implementation of labour and trade union rights has a detrimental effect on jobs or investment flows<sup>84</sup>.

However, it is clear that the pressure of globalisation is used as a political tool to force governments and other political actors into actions which are contrary to labour standards and to place economic pressure on workers to accept lower pay and more detrimental conditions. Further, in some geographical and product sectors – one only need think of the Maquiladora<sup>85</sup> factories operating in the free trade zones of México and Central America and the textile & clothing industry – there is clear evidence of anti-union and anti-worker activities by footloose international capital in the name of international competitiveness. In short, we cannot deny that the increases in international trade flows and foreign direct investment have both a economic and political effect on labour rights.

<sup>83</sup> Steve Gibbons is Head of Employment Law Services at the independent research organisation, IDS, in London. He is a member of ICTUR's British Committee and Deputy Editor of the journal International Union Rights. His E-mail address is [steve@incomesdata.co.uk](mailto:steve@incomesdata.co.uk).

<sup>84</sup> see Lee, Globalisation and Employment is Anxiety Justified? (1996) 135 International Labour Review 485. Lee, Globalisation and Labour Standards: a Review of the Issues. (1997) 136 International Labour Review 173. Wood, North-South trade, employment and inequality: Changing fortunes in a skill-driven world. Clarendon Press, 1994. OECD, Trade, employment and labour standards: A study of core workers' rights and international trade. OECD, Paris 1996. OECD, Trade and labour standards: A review of the issues. Study prepared by Gary Fields. OECD, Paris, 1995.

<sup>85</sup>

The aim of this paper is to consider legal and quasi-legal initiatives that are currently aimed at conditioning trade and the actions of major economic actors like the World Bank by reference to labour standards. Much of what I will say today is inevitably an overview of the main issues and I apologise if I cannot go into as much depth on some of the issues as I would like, but I feel it is important for us to get a general picture of all of the current debates in various forums on the question of labour rights and trade and I hope that we can develop the debate in discussions and contributions during the rest of the session and tomorrow.

### **The World Trade Organisation**

The arguments around the conditioning of trade arrangements by reference to labour standards have been raging for many years<sup>86</sup> Particularly since the late 1980s, however, a large amount of energy has been expounded on the part of the trade union and NGO sector on lobbying for the inclusion of a social clause within the framework of the World Trade Organisation.

The trade union movement and some countries in the North sought for a number of years to have the trade benefits afforded to members of the WTO conditional upon respect for labour rights. The disagreements between various governments were over a number of issues, including: the appropriateness of the WTO as a forum for adjudication of labour rights issues; whether the move represented a neo-colonial attempt by 'western' nations to undermine the competitive advantage of the developing nations; and whether it was appropriate to impose western standards on such issues as child labour onto developing countries.

I am not going to discuss the arguments around any potential WTO social clause in depth now because, despite the arguments of the union movement that it was necessary to introduce a social clause into the WTO mechanism to provide some human dimension into what is otherwise is a move to relatively unregulated free trade, the final communication of the first Ministerial Meeting of the WTO - held in Singapore in December 1996 - falls short of including a social clause in the WTO, but does recognise the importance of the key ILO conventions. The relevant part states:

*'We renew our commitment to the observance of internationally recognised core labour standards. The International Labour Organisation (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalisation contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration.'*<sup>87</sup>

The communication after the second ministerial conference in May 1998 had no direct reference to labour rights. However, there has been a wide ranging debate on the question of the enforcement of international labour rights since the Singapore declaration, nowhere more so than in the ILO and the failure to agree a social clause in the WTO has at least given impetus to the process that eventually led to the adoption of the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up at the 86<sup>th</sup> Session of the International Labour Conference 1998.

However, the next stage in the process must be for pressure to be applied to ensure that the question of labour rights is placed firmly on the agenda for the next negotiating round of the WTO. Finally, I would like to point out that one of the most difficult questions that would have to be addressed if we were to make progress on the introduction of a social clause in the WTO would be the appropriate forum for the adjudication of disputes in relation to any such clause. To place the question starkly, there are questions whether the WTO disputes panel mechanism – more used to dealing with issues such as the 'banana wars' about to be launched by the USA, cheered on by the United Fruit Company, in its modern incarnation the Chiquita corporation – is the capable of dealing with labour rights questions given that the absolute prime focus of the panel, and the WTO itself, is free trade The alternative is to determine whether a specialist agency such as the ILO would be better placed to take an independent view on labour-related matters. There are also concerns about the WTO, and much of the labour rights conditioning of trade, being used as a new form of economic imperialism.

<sup>86</sup> Charnovitz, The Influence of International Labour Standards on the World Trade Regime: A Historical Overview (1987) 126 International Labour Review 566.

<sup>87</sup> paragraph 4 of the Singapore Ministerial Declaration WT/MIN(96)/DEC/W. 13 December 1996 (96-5315)

### **The Multilateral Agreement on Investment (MAI)**

The first thing that must be said in relation to the Multilateral Agreement on Investment (MAI) is that we must speak of it in the past tense. I must stress at the outset that, fortunately, it is now almost certain that this proposed measure will not be agreed by the member states of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). However, it is worth briefly noting the suggested content of the agreement, the proposed relationship with labour rights and the important political developments that took place to thwart the attempt to put the MAI in place.

While I know that it will not do justice to the complexity of the proposals, the MAI would have meant that multinational companies and other international investors would have been given a basic anti-discrimination right. The so-called National Treatment principle would have meant that there should not be discrimination between domestic investors and their investments, and foreign investors. It was feared that the MAI would have a number of seriously detrimental effects on a national government's ability to manage public services and support domestic industry. Further, there were many problems with the nature of the MAI and the proposed enforcement mechanism, including: the absence of developing countries from the negotiations, even though they were the eventual 'targets' of the treaty; a lack of social and environmental assessment of the impact of the MAI; exclusive emphasis on investor protection and private property rights, without comparable attention to establishing legally-binding investor obligations and accountability; rigid interpretation of the non-discrimination (national treatment) principle that could lead to foreign investors being treated not only as favourable as, but better than, domestic investors; blanket prohibition of foreign investment controls and screening by governments – unless exceptions were specifically negotiated.

On the specific issue of labour rights in the MAI, the trade union bodies lobbying the negotiators, led by the Trade Union Advisory Committee to the OECD (TUAC) pressed for five particular points:

- a forceful reference in the Preamble of the MAI in which governments affirmed their support for both core labour standards and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises;
- the annexing of the full Guidelines to the MAI itself;
- the establishment of National Contact Points to enforce the Guidelines, which should be a legally binding element of the Agreement for all Parties without exception;
- the wording of the text so that non-members acceding to the MAI would automatically adopt the Guidelines;
- the inclusion of a binding clause in the MAI, subject to dispute settlement, such that governments would not seek to attract investment by suppressing domestic labour standards or by violating internationally recognised core workers' rights. This clause would also encompass environmental standards.

During the course of the negotiations some progress was being made on the conditioning of MAI with regard to labour standards, however many civil groups and trade unions took a directly hostile view of the MAI, campaigning against its implementation regardless of any conditionality that could be achieved. In the face of this pressure, and wary of the likely effect of the treaty on national sovereignty some governments started to get cold feet. Ultimately the Jospin Government announced that France would withdraw from the talks and, on 3 December 1998, there was an official announcement that talks on the MAI were no longer taking place. While the MAI may have gone away in the context of OECD, there is still a review of the OECD Guidelines on Multinational enterprises underway and there is scope here to ensure that the nature of the guidelines and, in particular, their effectiveness is strengthened. Further the lessons of the MAI can be taken to other debates on trade treaties to ensure that such neo-liberal proposals and either defeated or, if they cannot be, they are conditioned by reference to clear respect for labour standards.

### **EU Generalised System of Preferences**

The EU has just launched what is effectively a mini social clause. From 1 January 1998 the European Union's Generalised System of Preferences for trade with developing countries has been subject to a system whereby countries can be rewarded where they demonstrate compliance with certain key labour standards. The Community's Generalised System of Preferences (GSP) scheme is an autonomous, development-oriented trade policy instrument that offers developing countries more favourable tariffs designed to give their exports an edge over industrialised competitors on the Community market. Its specific purpose is therefore to help developing countries industrialise, diversify their export base and increase export earnings.

The basic Regulations setting up the GSP system for industrial and agricultural goods<sup>88</sup> provide that GSP benefits may be temporarily withdrawn in part or whole in relation to countries which allow forced labour or slavery or the export of goods made by prison labour<sup>89</sup>. In late 1996 and early 1997 - after the appropriate procedure, which involves the Commission undertaking an investigation into the matter and included hearings in Brussels - GSP was withdrawn in respect of first industrial and then agricultural products originating in Burma. This followed a complaint to the Commission from the ICFTU and ETUC over the use of forced labour in the country. The Commission found that the evidence supported the claim that the use of forced labour is widespread in Burma. The Commission accordingly found that withdrawal of the country's GSP preferences was justified and proposed that the Council suspend entitlement until such time as it finds the offending practices have been discontinued. The latest version of the Regulations on the special incentive scheme specifically refers to this decision in the preamble.<sup>90</sup>

Further, and perhaps more controversially in the longer term, both sets of Regulations provide that preferential treatment may be given to those countries apply for such treatment and 'provide proof that they have adopted and actually apply domestic legal provisions incorporating the substance of standards laid down in ILO Conventions Nos 87 and 98 concerning the application of the principles of the right to organise and to bargain collectively and ILO Convention No 138 concerning the minimum age for admission to employment'<sup>91</sup>. The scope of the preferential treatment and the mechanism for determination of whether a country complies with the requirements was left for consideration in the light of ILO, WTO and OECD work on these issues and, at the conclusion of 1997 the Commission came forward with a proposal<sup>92</sup> which was adopted with minor amendments by the Parliament on 16 December 1997 and was finally adopted by the Council of Ministers on 25 May 1998.

Article 3(1) of the implementing regulations provides that countries wishing to take advantage of the new special incentive scheme will have to apply in writing to the Commission giving details of:

- their domestic legislation incorporating the substance of the standards laid down in ILO Conventions 87, 98 and 138; the full text of such legislation must be attached, together with an official translation into one of the Community languages,
- the measures taken to implement and monitor these provisions effectively, any sectoral limits on their application, any breaches observed and a breakdown of such breaches by production sector,
- a commitment by the government of the country in question to take full responsibility for monitoring application of the special arrangements and the relevant administrative co-operation procedures.<sup>93</sup>

The Commission will then publish a note of any such applications in the Official Journal and invite any interested parties to provide any relevant information. The Commission may then carry out investigations - including in-country research - into the substance of the application - Article 4. The Commission - after consulting the Generalised Preferences Committee - may then decide to apply the special incentive arrangements to products originating in the country on condition that the monitoring and administrative co-operation arrangements defined in Articles 7 and 8<sup>94</sup>. In the alternative, the Commission may, if it considers that the requesting country's legislation does not effectively incorporate all or some of the substance of Conventions 87, 98 and 138 apply the special incentive arrangements only to certain products originating in the country in question.

It should be noted that the poorest nations - the 'least developed countries' (LDCs) - already have no tariffs levied on goods imported in order to facilitate development. Consequently, in relation to these countries - some of whom have seen substantial assaults on trade union rights - the labour related initiatives under the GSP scheme are of little value as a lever as there is no further possible 'reward' in relation to traded goods. Some, including the ETUC, have suggested that those countries which fall within the LDC category who demonstrate that they comply with the key ILO standards should be accorded additional European Union co-operation funding for social development programmes.

<sup>88</sup> Originally found in Council Regulation No 3281/94 of 19 December 1994 and Council Regulation No 1256/96 of 20 June 1996. Now found in Council Regulation No 2820/98 of 21 December 1998.

<sup>89</sup> Article 9 of Council Regulation No 3281/94 and Article 9 of Council Regulation No 1256/96.

<sup>90</sup> Paragraph 34 of the preamble to Regulation No 2820/98.

<sup>91</sup> Article 7(1) of Council Regulation No 3281/94 and Article 7(1) of Council Regulation No 1256/96.

<sup>92</sup> COM(97) 534 - published in the Official Journal OJ No C 360/97 at p.9.

<sup>93</sup> Article 3(1) of Council Regulation No 3281/94 and Article 3(1) of Council Regulation No 1256/96.

<sup>94</sup> Article 6 provides that any products to be imported into the European Union subject to any special preference must be accompanied by a statement by the relevant authorities of the country in question stating that the goods have been produced under conditions conforming to the domestic legislation referred to in the first indent of Article 3(1).

Taking the lessons of the US GSP into account (which I will come onto in a moment) one of the most important things that may come out of the GSP regime for trade unionists, labour lawyers and NGOs advocating workers rights is the possibility of using the mechanism to formally register objections in relation to countries that systematically violate the key labour rights and to use the political stage that the GSP programme presents to publicise those labour rights violations. While it is still too early to judge, it is hoped that the EU's social clause will be a positive example of the benefits of linking trade with labour standards.

### **The US GSP**

The USA has operated a labour-rights-related GSP clause for some period of time. Under the terms of section 502(b) of the Trade and Tariff Act 1984 countries can have GSP benefits removed if they are not 'taking steps to afford workers internationally-recognised workers rights'. The system operates on the basis of unions, NGOs and other petitioning the US Trade Representative to place countries under review and, if necessary, remove them from the system. Under the Regan administration there was one general review which, by some accounts, was carried out with great reluctance and barely concealed hostility. In an act which clearly reflected political considerations, only Nicaragua and Romania were excluded from the GSP on labour rights grounds at this stage.

Since 1988, however, there has been an annual review and since the election of the Clinton administration the programme appears to have been operated with at least some degree of impartiality and objectivity. While wary of the possible use of the GSP programme for foreign policy means, leading labour rights campaigners see it as having some potential, Pharis Harvey from the International Labor Rights Fund, puts it as follows:

*'As long as countries perceive the possibility of sanctions, however remote or minor the economic impact might be, they tend to react in positive ways to a review. Repeatedly we have been told by trade unionists in countries under review that the government had responded to the criticism in the GSP petition more seriously than they had ever reacted to a negative judgment by the ILO's Committee on Freedom of Association or Committee of Experts. In Peru, for example, the filing of a petition in 1992 led the government of President Fujimori to open a dialogue with trade unions for the first time in his administration's history. Unfortunately, before promised legal reforms in Peru could be sealed by law, the review ended on the basis of a "commitment" to reform. Then, the review was out of the way, labour rights violations increased and the reforms were put on hold. Now the situation in Peru has deteriorated sufficiently that the ILO has singled it out for special attention. The possible leverage of the GSP program, however, has been squandered.'*<sup>95</sup>

One of the key factors to note about the way in which a majority of those NGOs and unions who have lodged petition operate the system is their sensitivity to national views and events. Without the agreement of workers representatives in the country in question, petitions do not go ahead. This is important to ensure that the program is operated in order to improve workers rights and is not merely seen - as it is often portrayed by governments and business in the relevant countries - as a neo-colonialist or protectionist device.

I now turn to consider two issues that are not specifically related to trade legislation, but have a major impact on labour rights throughout the world – the activities of the World Bank and the IMF and the policies of multinational companies and their suppliers and sub-contractors.

### **The World Bank and the IMF**

According to the World Bank/IMF Development Committee the primary role of the World Bank was to help eliminate poverty and improve social well-being, in line with international development goals. However, there is clear evidence that various programmes of the Bank and the Fund have detrimental effects on labour standards. In short, the rigid application of structural adjustment programmes with their emphasis on the deregulation of many labour markets, privatisation of state industries and a reduction in social spending by the state has had disastrous consequences for many workers and their families throughout the world. More particularly, the number of Bank projects with a specific focus on labour markets is increasing. While five years ago less than one in twelve Bank projects had a labour market component, now the ratio is one in three<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> US GSP Labour Rights Conditionality: 'Aggressive Unilateralism' or a Forerunner to a Multilateral Social Clause? Pharis J Harvey, ILRF, Washington DC.

<sup>96</sup> A. Dar and Z. Tzannatos (1998) World Bank Lending for Labour Markets 1991-1996. Social Protection Working Papers Series No. 9801

Like the international trading regime, however, even the Bank is not immune from the growing pressure for respect for international labour rights at the end of the nineties. There have been campaigns against structural adjustment programmes by trade unions across the world and the debate has finally found its way formally into the confines of the institution itself. There are clear statements that support the argument that there are dangers flowing from a rigid application of structural adjustment with no concern for the core labour standards. The Bank itself has recognised that trade unions are essential components of democratic development, even in the context of the Bank's own conception of what constitutes an 'efficient' labour market, stating in the 1995 World Development Report that:

*'the probability of governments passing inefficient labour legislation may be higher when workers' right to representation is not protected. Empirical analysis finds that political liberties, which almost always go hand in hand with the freedom of unions to organise, are associated with less dualism in labour markets and a larger formal sector'<sup>97</sup>.*

In a study for the ILO on structural adjustment John Toye stated that:

*'Labour market deregulation which fails to encompass safeguards for the free association of labour gives evidence of a partial and asymmetric liberalism. It also defers indefinitely the start of any real social dialogue, which is the best route to achieving compatibility between the evolving macroeconomic reality which a country faces and the welfare and productivity of its labour force'<sup>98</sup>.*

So, we have a situation that even those who speak in the World Bank and IMF language of liberalisation, deregulation and structural adjustment feel that something should be done about the promotion of labour standards in the multilateral lending institutions. The creeping labourism is even spreading to the highest levels of the Bank and Fund. The meeting of the World Bank / IMF Development Committee on 5 October 1998 agreed to encourage 'the World Bank to work with the United Nations, the Fund and other partners to develop general principles of good practice in structural and social policies (including labour standards)'. While on a superficial level the argument for the need to condition the Bank's policies by reference to the core ILO standards has been won, and we should take some heart from this, what sort of mechanism can be applied to achieve some results? What should new Bank guidelines for its staff and programmes seek to achieve?

A good starting point would be the goals of social development policy agreed at the 1995 Copenhagen Social Summit are eradication of poverty, creation of employment and building social solidarity. Bank programmes should therefore address both the quality of government programmes and the resources, both national and international, devoted to these priorities. Emergency assistance should contribute to the establishment of a medium to long term strategy with clearly defined goals. One of the key questions is the design of social safety nets to prevent those unable to find productive employment from becoming trapped in a cycle of poverty.

More specifically, the Bank's operating rules and procedures could be amended by reference to the following:

- The promotion of the core ILO standards by: a) requiring that the core labour standards are respected in relation to all Bank projects, which could be accomplished by requiring contractors to make a binding commitment to meet or exceed all local labour laws, as well as the core labour standards. On-site monitoring of compliance could be done as part of other routine inspections by the Bank; b) entering into a dialogue with funded countries about the way in which they ensure that their labour legislation complies with core ILO standards, as well as discussing structural adjustment issues.
- Encourage greater participation in World Bank project decisions by trade unions and NGOs.
- Develop programmes to deal with the specific problems of migrant workers.
- Implement a child labour programme. This is one of the areas where the Bank is already making some progress, having issued a policy paper in 1997<sup>99</sup>, but real progress is slow to be demonstrated.

<sup>97</sup> World Development Report 1995: Workers in an Integrating World. OUP, 1995.

<sup>98</sup> Structural adjustment & employment policy – issues and experience. John Toye, ILO, Geneva, 1995.

<sup>99</sup> P. Fallon and Zafiris Tzannatos. Child Labor: Issues and Directions for the World Bank. World Bank 1997.

- Address the unemployment effects of privatisation

These are just one a few issues that could be taken up by the Bank, but while it's primary aim is to push through rigid structural adjustment and privatisation programme with little or no transparency or democracy, then any measures which deal specifically with labour rights will merely tinkering at the edges.

### **Private Sector codes of conduct**

It is outside the scope of my presentation today to deal in any depth with the question of so-called voluntary codes of conduct applying to labour standards in suppliers and subsidiaries of companies in the more developed countries. However, this is such a fast moving area that it is worthy of note at this point. While I do not wish to look at the private sector codes in detail, I would like to briefly touch on three institutional developments whereby Governmental institutions are themselves getting involved in the question of codes of conduct. I shall take them in chronological order.

### **The Apparel Industry Partnership (AIP)**

The AIP was launched in August 1996, by President Clinton, the U.S. Secretary of Labor, and a 20-member working group of companies, unions and NGOs. The aim was to come up with a code that, albeit voluntary, would set standards for the apparel industry and meet the concerns of labour, religious and human rights activists. During 1997/98, AIP members embarked on a programme to establish a formal non-profit association, the task of which was to be to establish the institutional continuity of the AIP and implement a standards and monitoring code, with a particular focus on external verification.

However, there was evident difficulty in holding the initiative together over the 18 months of negotiations on the tasks of the association. Two particular problems eventually caused a breakdown in the initial set of relationships around which the AIP was constructed – the definition and quantification of 'a living wage' and monitoring and verification .

In November 1998, agreement was reached on the establishment of a 'Fair Labor Association'. Under the agreement, companies will monitor their own facilities but must agree to allow outside monitors in to 30 per cent of plants covered within three years of a company agreeing to apply a code of conduct. There would also be outside annual inspection of 10 per cent of plants annually. However, the agreement was not supported by the unions in the AIP and one NGO on the grounds that the code did not hold out the prospect of payment of a 'living wage', did not protect the right to union organisation, and offered, in the union's view, an unsatisfactory inspection and monitoring regime. The future development of the AIP is now uncertain and the prospects of any progressive change coming out of the project without any input from organised labour must be bleak.

### **The Ethical Trading Initiative**

The Ethical Trading Initiative (ETI) was established in January 1998 in the UK to develop ways of designing and implementing ethical trading policies that have a positive impact on the lives and rights of producers, suppliers and workers in developing countries. The ETI, which is supported by the British government, is an alliance of companies, NGOs and trade union organisations that are committed to working together to identify and promote good practice in this area.

The first steps for the ETI have been to negotiate and draw up a model code of conduct – 'the ETI Base Code' – which reflects internationally agreed labour and social standards, primarily those set by the International Labour Organisation (ILO) among its provisions. Accompanying the Base Code are a set of implementation principles which ETI members believe will lead to best practice in the implementation of codes. Companies joining the ETI are expected to apply the Base Code to at least one part of their supply chain or product range and to experiment with different systems of monitoring and verification by participating in a pilot project.

The ETI has really only just come into being and in many ways shows promise for future developments. However, from a lawyer's perspective, there are a number of key issues that are already coming to light, in particular the corporate side are very wary of having any form of binding code that will require them to ensure that their supply chain is absolutely free of exploitative labour practices and there are already emerging difficulties over the question of independent verification.

### **An EU Code of Conduct?**

Finally, in relation to institutional efforts to force companies to adopt and adhere to codes of conduct, it is worth noting that there is a project underway to produce a regulatory instrument at a European Union level forcing all companies to introduce and implement a code of conduct.

On 15 January 1999 the European parliament adopted a resolution on EU standards for European Enterprises operating in developing countries towards a European Code of Conduct. This is a wide ranging resolution that requests the Commission and Council take various actions towards establishing a code of conduct based on key ILO standards, including the Fundamental Declaration of 1998. What may be of interest, particularly in the light of the problems over verification identified above, is that the Resolution calls

on the Commission to consider establishing a 'European Monitoring Platform' to carry out some of the verification. It is suggested that the European Monitoring Platform is professional, independent and is formed on the basis of wide-ranging consultation. Further, the Resolution proposes that special rapporteurs should be appointed for a period of one year and annual hearings are held in the European Parliament, inviting the social partners and NGOs from the South and the North, until such time as a European Monitoring Platform is established by DG V of the Commission. While it is too early to judge whether the proposals put forward by the Parliament will come to fruition, we should take them seriously and participate in any debates and hearings in the next few months.

### **Conclusions**

The dynamic nature of codes of conduct and the way in which they have been used to force action from large multinational companies – such as Nike and Walt Disney, two of the most perfect examples of economic and cultural imperialism in the late 20<sup>th</sup> Century – shows how they must be taken seriously. The growth in campaigning around codes of conduct also shows how wider political actors than merely the trade union movement can have a bearing on the development of labour rights issues. However, codes of conduct on specific company level, like the social clauses and trade agreements at a higher level, are just one part of a growing range of measures that can be relied upon to try to force international capital to take its responsibilities seriously and to force governments that are hostile to labour rights and trade unionism to guarantee basic right in national legislation.

Whatever new forms of action - legal, trade union, citizen or political - are developed in the coming years, whether they be linking trade to labour rights, placing pressure on the world bank to ensure its projects don't lead to the violation of labour rights, the enforcement of codes of conduct, social labelling or enforcement ILO standards against all governments, the importance of putting freedom of association and the right to collective bargaining at the heart of things cannot be underestimated.

Without genuine worker representatives on the ground in the countries concerned it is unlikely that we will even know about abuses, let alone document them and remove them. In many cases, whether it be Guatemalan contractors making garments for Philips Van Heusen or Vietnamese factories manufacturing running shoes for Nike, the above mechanisms will not in themselves secure ongoing and lasting improvement for conditions of work, it is only the workers in those counties themselves who can do this and the most we can do, as an international community, is to use what devices we can to assist them. I hope that we can take up the points I have raised and develop them further in contributions and discussions. Thank you.

<b>Forum 4: Proposals for a European and International Labour Law</b>
---

<b>R o u n d T a b l e</b>
----------------------------

*Jean-Michel Dolivo, Switzerland*

*Abstract*

**1. Nécessité d'un état des lieux : conséquences de la crise et du chômage de masse sur les rapports de travail**

*Le chômage de masse – selon les chiffres officiels fournis par les Etats membres de l'Union européenne (UE), vingt millions de chômeurs et cinquante millions de pauvres - constitue un élément déterminant dans le rapport de force, explicatif du degré de subordination et de corvéabilité accrues des salarié-e-s. L'objectif des employeurs est d'ajuster les conditions de travail aux « impératifs de la concurrence et de la globalisation ». Le chômage représente de ce point de vue un levier puissant pour précariser le statut des salarié-e-s en emploi. Dans la plupart des pays industrialisés, en Suisse également, cette politique se mène sous le drapeau de la flexibilité. Elle implique une augmentation très nette du travail à temps partiel, une annualisation de la durée du travail, une baisse du nombre d'heures supplémentaires payées, le recours de plus en plus fréquent à des agences de travail temporaire, une extension des horaires incompatibles avec une vie sociale et familiale, comme le travail de nuit, du soir au-delà de 20 heures ou du week-end et l'utilisation massive du travail sur appel et en équipe. Bref, l'extension d'un travail atypique, soit un emploi qui n'est pas à plein temps, qui n'est pas sous contrat à durée indéterminée, qui n'a pas d'horaires fixes et réguliers. Ce travail atypique existe certes depuis longtemps, mais il était en quelque sorte « réservé » aux catégories les plus vulnérables des salarié-e-s (les femmes, les immigrés, les non qualifiés). Depuis le début de la crise, il a donc très sérieusement débordé de ses limites « traditionnelles ».*

*Une des tendances les plus lourdes de ce processus de flexibilisation du marché du travail, c'est l'explosion du travail intérimaire. Ainsi, en Suisse, à l'instar du temps partiel et des contrats à durée déterminée, le nombre de personnes engagées par une agence de travail temporaire a presque doublé entre 1992 et 1997 (+ 75 %). Le travail intérimaire est particulièrement précaire, dans la mesure où il permet de contourner un certain nombre d'obligations légales ou conventionnelles et de ne conserver qu'un nombre minimum d'emplois fixes dans certaines branches.*

**2. Déréglementation, bouleversement de la hiérarchie des normes juridiques et diminution de la densité normative des réglementations de droit public, nationales ou européennes**

*Dans cette situation, le droit du travail est de plus en plus subordonné aux objectifs de rentabilité de l'entreprise et de maximalisation des profits. Cela se manifeste pour une érosion du droit public du travail. Des modifications y sont systématiquement introduites pour limiter la portée des normes de protection (multiplication de dérogations possible, introduction des critères tels que les besoins urgents de l'entreprise). Ce recul du droit public du travail entérine en fait le pouvoir accru des employeurs dans l'entreprise. Le mouvement ouvrier s'était battu pour faire sortir le travail du seul espace privé de l'employeur, et donc de son seul pouvoir, et pour permettre une intervention extérieure, à savoir celle de normes de protections étatiques. De telles normes sont mises en œuvre de l'extérieur de l'entreprise, car considérées d'intérêt public (inspectorat du travail par exemple). La Directive communautaire concernant l'aménagement du temps de travail (Directive 93/104 du 23 novembre 1993) illustre bien cette tendance. Elle prévoit une durée maximale hebdomadaire du travail de 48 heures, y compris les heures supplémentaires. Toutefois ces prescriptions sont très largement modulables. Ainsi par exemple les Etats membres peuvent prévoir pour la durée hebdomadaire de travail une période de référence de quatre mois au plus. Mais surtout des dérogations sont possibles (cf articles 17 et 18 de la directive). La volonté de flexibilisation conduit à admettre des possibilités de dérogations qui doivent être aménagées, par voie législative ou conventionnelle, par les Etats membres. De surcroît, des dérogations pour la durée maximale hebdomadaire sont possibles, selon la directive, dès lors que l'employeur obtient l'accord du travailleur pour dépasser la limite de 48 heures de travail en moyenne par semaine et que l'employeur tient un registre des travailleurs soumis à ce dépassement, registre mis à disposition des autorités compétentes.*

*Sur le plan des conventions collectives, l'annualisation de la durée du travail s'est largement développée. On assiste également à une individualisation croissante du salaire, les négociations salariales n'ayant plus lieu au niveau de la branche mais au niveau de l'entreprise. De plus, la plupart des conventions collectives excluent de leur champ d'application les travailleur-euse-s en emploi temporaire ou au bénéfice d'un contrat de durée déterminée. La multiplication de contrats de sous-traitance permet également aux entreprises signataires de conventions collectives de travail d'échapper à leurs obligations dans des secteurs entiers qui sont sous-traités.*

### **3. Le mouvement de privatisation des services publics déstabilise également le droit du travail**

*La privatisation en Europe des postes, des communications et des chemins de fer, avec la remise en cause des statuts qu'elle implique, constitue aussi une forte dé-législation des rapports de travail. Les salarié-e-s de la fonction publique avaient obtenu des conditions de travail et de salaire souvent supérieures à celles du secteur privé. Elles constituaient une sorte de « référence » pour entraîner vers le haut les conditions de travail moins favorables des salarié-e-s du privé. Ce mécanisme est sur le fond remis en question par les privatisations. Et, dans le service public, on assiste à la déstabilisation des salarié-e-s, une limitation drastique des « droits acquis » et un développement extrêmement important de la sous-traitance. Cette tendance va de pair avec une remise en question des prestations des services publics.*

### **4. Quelles propositions pour un droit européen, voire international, du travail ?**

*Dans ce contexte, il est certain que pour contrer ce processus de juridicisation de la précarité, il est nécessaire que les salarié-e-s et leurs organisations syndicales développent, sur le plan européen, voire international, des mouvements coordonnés afin d'imposer des normes de protection, par des conventions collectives de branches ou des normes de droit public, en matière de durée du travail, d'horaires de travail et de santé au travail. Il en va de même des salaires minimaux qui doivent être garantis dans les secteurs où agissent des entreprises multinationales. La mise en place de telles normes internationales implique la création en parallèle d'autorités judiciaires pour en garantir l'application. A défaut de tribunaux ad hoc, cette réglementation internationale est au mieux une louable pétition de principe, au pire une hypocrisie. C'est également indispensable pour contrecarrer le chantage à la délocalisation et les tentatives de dumping salarial. Bien évidemment un tel projet est directement tributaire du rapport de force social, à l'échelle européenne et mondiale. De ce point de vue, les syndicats ont pris un retard important face au grand marché unique européen, à la politique libérale mise en œuvre et au redéploiement, sur le plan mondial, des multinationales (fusions, restructurations, transferts de production). En Europe, la réglementation en matière de droit du travail s'est faite pour l'essentiel dans l'objectif d'éviter les distorsions de concurrence. Cette orientation a conduit à réduire les normes édictées au plus petit dénominateur commun. Un véritable droit du travail européen ou international devra se fonder sur les droits et besoins des salarié-e-s. C'est le défi à relever aujourd'hui.*

## Propositions pour un droit du travail européen et international

*Professor Martine Le Friant, France*

### Abstract

*La mondialisation, entendue d'une tendance à la substitution aux marchés nationaux d'un marché mondial, crée un cadre propice à la concurrence par le droit, même si l'ampleur ce phénomène est difficile à évaluer. La globalisation, en tant que stratégie des firmes, est une dimension de la mondialisation. Dans ce contexte, les opérateurs économiques, comme les Etats soucieux d'attirer les investisseurs, agissent dans un espace toujours divisé par des obstacles qui sont cependant affaiblis et se trouvent dans une situation de concurrence où les coûts et les rigidités induits par les droits sociaux sont un élément d'implantation des unités de production.*

*Les systèmes de droit du travail se sont construits sans prendre en compte cette dimension et la diversité des standards sociaux offerts par les différents Etats est devenue un enjeu. La mondialisation a ainsi été évoquée pour justifier une mise en question du droit du travail, une contestation de nombre de garanties au travers de revendications véhiculées par des termes au sens incertain, tels que « flexibilité », « déréglementation », « d'régulation »,...*

*Le droit international et le droit communautaire peuvent contribuer à assurer tout à la fois une certaine protection des travailleurs (entendues largement, en dépassant peut-être le cadre du travail salarié, subordonné) et les conditions d'une concurrence entre entreprises et entre Etats qui ne passe pas par une trop forte altération de nos modèles sociaux,.*

*On peut envisager trois types de techniques juridiques (cf.: Antoine Jeammaud, Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, Vers un code européen de la consommation, sous la dir. F. Osman, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 35-55) destinées à réagir à la pluralité d'ordres juridiques et à tendre à une coordination ou à une intégration plus au moins poussée de ces ordres.*

- *»L'unification s'entend de la substitution, à des droits formellement distincts ou à des corps de règles distincts, d'un droit unique de dispositions ».*
- *« L'uniformisation doit s'entendre de l'insertion, dans des droits nationaux qui demeurent distincts sur la matière concernée et dont la compétence ne subit aucun retranchement, de règles identiques et non uniques puisqu'elles sont incorporées à chacun de ces droits ».*
- *Nous définirons l'harmonisation comme la réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des règles nationales, ou plus précisément d'une équivalence des coûts et avantages socio-économiques ou des situations juridiques (équivalence des droits et obligations, des facultés et des contraintes) résultant de leur application ».*

*Même si les interventions internationales et communautaires s'avèrent globalement insuffisantes, voire impuissantes, à juguler les attaques et les remises en cause des systèmes sociaux, les incidences, notamment du droit social communautaire (directives, règlements, mais également décisions de la CJCE) engendrent des modifications des droits étatiques, par exemple en matière de comité d'entreprise européen, mais elles font aussi obstacle à certaines tentatives de « flexibilisation », par exemple en matière de licenciement.*

*Le développement d'une véritable négociation collective de niveau communautaire laisse également entrevoir des possibilités de résistance et de prise de conscience de la nécessité d'une solidarité transfrontalière (de manière à ce que ne se multiplie pas « l'affaire Hoover »).*

*Le débats relatifs à la « clause sociale » ont été relancés depuis la mise en place de l'Organisation mondiale du commerce. Diverses modalités sont évoquées pour assurer le respect de normes du travail fondamentales. l'actualité (affaire Benetton) a également semé le doute sur l'efficacité des « codes de conduite » adoptés par certaines firmes dans un but sans doute essentiellement publicitaire.*

## El derecho del trabajo y la globalización económica.

José Fernando Lousada Arochena, Spain

SUMARIO: I. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SU IMPACTO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES. II. EL SENTIDO ACTUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO: ¿INSTRUMENTO DE COMPETITIVIDAD O DE JUSTICIA SOCIAL?

### LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SU IMPACTO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES.

Los mecanismos de intervención de las autoridades nacionales sobre el comercio internacional -vg. aranceles, determinación oficial del cambio de la moneda nacional-, que hasta los años setenta, se utilizaban para salvaguardar el mercado interior, se han eliminado progresivamente, desde los años ochenta, con el impulso de las corrientes políticas neoliberales, lo que, en el momento actual, permite hablar de un mercado globalizado, esto es, de dimensión mundial, sometido exclusivamente a la ley de la oferta y la demanda. Conviene reiterar que, la globalización económica *<<(es) una realidad presente y no sólo un sentido de evolución ... no se trata de que marchemos hacia un mercado global ... estamos ya, por el contrario, en ese mercado global>>*<sup>100</sup>.

El mercado globalizado obliga a las empresas a una competencia mundial y, en consecuencia, a ofrecer los mejores productos al mejor precio. La mejora de la competitividad las lleva a adoptar drásticas medidas: *<<downsizing>>*, *<<outsourcing>>*, *<<reorganizing>>*, o, lo que es lo mismo, reducir-desplazar-reorganizar. Únase a ello la contención salarial. Resultado, *<<(una) nueva fábrica ... ligera, ágil, mínima>>* que, *<<para obtener esa envidiable silueta, sufre una dieta de adelgazamiento que se traduce en el aligeramiento de las plantillas y la reducción de efectivos>>*<sup>101</sup>.

*<<Un corolario de la importancia creciente de la empresa como factor que determina el nivel de prosperidad económica de un país>>* es que, *<<el nivel de negociaciones colectivas ha descendido hasta el nivel de la empresa o a menudo hasta el nivel del lugar de trabajo. Así, se puede decir que ha habido una descentralización de las negociaciones colectivas, y de las relaciones laborales en general, en los países europeos>>*<sup>102</sup>. La globalización económica produce, en consecuencia, la atomización de las unidades negociales y la diversificación particularizada de las normas colectivas.

Si la libre competencia internacional es, de por sí, dura, su dureza la incrementa un dato adicional: los países en vías de desarrollo utilizan, en no pocas ocasiones, la explotación laboral y la devastación ecológica como instrumentos de competitividad. Ciertamente, determinadas formas de *<<dumping social>>* no son reprochables y se derivan solamente del menor nivel de vida de algunos países -p. ej. los salarios bajos, comparados con los de los países ricos, pero que, en un país pobre, sean adecuados-. El problema surge con la explotación laboral: trabajo forzoso o semiforzoso, utilización de niños, malas condiciones de salud laboral, criminalización de los sindicatos, salarios de hambre, jornadas agotadoras.

Para evitar el desmantelamiento industrial y el castigo de los inversores internacionales, las autoridades nacionales, desprovistas de los tradicionales mecanismos de intervención, se limitan a facilitar la competitividad de las empresas, haciéndolo también con drásticas medidas: reducción de impuestos y de cotizaciones sociales, recorte de las prestaciones de seguridad social, privatización de las empresas públicas, flexibilización del mercado de trabajo. Hagamos hincapié en estos último. La flexibilización del mercado de trabajo opera en varios aspectos:

a) Se puede hablar de flexibilización vertical o segmentación del trabajo, cuando las leyes permiten la prestación de servicios por cuenta ajena a través de fórmulas jurídicas extrañas al contrato de trabajo: trabajadores autónomos, arrendamientos de servicios. También cuando las leyes, sin acudir a fórmulas jurídicas extrañas al contrato de trabajo, permiten la degradación de algunas modalidades de contratos de trabajo: contratos temporales, a tiempo parcial, trabajo a domicilio, empresas de trabajo temporal.

<sup>100</sup>Federico Durán López. "Globalización y relaciones de trabajo". Revista Española de Derecho del Trabajo. Número 92. Noviembre-diciembre. 1998. Página 869. Passim.

<sup>101</sup>Antonio Baylos Grau. "Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo". Revista de Derecho Social. Número 1. Página 22.

<sup>102</sup>Muneto Ozaki. "Relaciones laborales y globalización". Relaciones Laborales. Número 1. 1999. Páginas 73 y 74.

b) Se puede hablar de flexibilización horizontal o desregulación del trabajo, cuando las leyes, respecto a la relación laboral típica, esto es, indefinida a tiempo completo, eliminan sus rigideces, bien en el acceso al empleo -flexibilidad de entrada-, bien durante el contrato -flexibilidad de contenido-, bien al término del contrato -flexibilidad de salida-. Ejemplos de desregulación: una permisiva amplitud del período de prueba, el incremento de ius variandi empresarial, la eliminación de los salarios mínimos legales o la erosión de exigencias para el despido del trabajador.

Ocasionalmente, además, se generan, al margen de la legalidad, importantes contingentes de <<trabajo negro>>. Los teóricos del mercado lo consideran una natural consecuencia de las rigideces normativas, y, en consecuencia, un argumento para nuevas flexibilizaciones. Acaso <<desregular limitadamente este mercado de trabajo secundario ... supondría paradójicamente una regularización del mismo>>. Pero, en todo caso, la cuestión es de <<límites>><sup>103</sup>.

Añádase, ahora, la incidencia del progreso teórico, sobre todo en las ciencias de la información, que, de un lado, facilita determinadas exigencias del proceso de globalización económica -p. ej. la externalización de servicios mediante el teletrabajo-, y, de otro lado, actúa directamente sobre la relación laboral -p. ej. los controles audiovisuales del centro de trabajo o la utilización de datos laborales automatizados-.

No resulta difícil, a la vista de lo expuesto, individualizar a los trabajadores por cuenta ajena como uno de los colectivos más perjudicados por el proceso de globalización económica. El ejemplo norteamericano puede ser interesante: de 1973 a 1995, el 80% de los empleados han visto reducido en más de un 10% su salario por hora trabajada. Que se convierte en un 25% menos para el tercio inferior de la pirámide de ingresos. Por el contrario, desde 1979, el 20% restante ha absorbido todos los incrementos salariales y un asombroso 64% de esos incrementos ha sido para el 1% más rico<sup>104</sup>. Algo diferente es el ejemplo europeo continental, ya que, si bien se mantiene el poder adquisitivo de los salarios, el nivel de desempleo es mucho mayor<sup>105</sup>.

Toma forma, a lo que parece, la Sociedad 20:80. Mecenas norteamericanos financiaron, en 1995, una reunión, en el Hotel Fairmont de San Francisco, en la que, a invitación de M. Gorbachov, acudieron 500 políticos de primera línea, líderes económicos y científicos de los cinco continentes. Un <<braintrust global>> que, durante 3 días, examinó el camino hacia el Siglo XXI: <<el 20% de la población activa bastará para mantener en marcha la economía mundial>>, <<el 80% de los dispuestos a trabajar que no tengan empleo ... tendrá grandes problemas ... en el futuro, la cuestión será ... comer o ser comido>>, <<el buen humor de la frustrada población del mundo podría mantenerse con una mezcla de entretenimiento aturdidor y alimentación suficiente>>. Así lo cuenta uno de los participantes en la reunión<sup>106</sup>.

Dicho ahora con palabras de nuestra doctrina laboral más autorizada<sup>107</sup>, <<la globalización amenaza los equilibrios sociales logrados por las políticas nacionales de redistribución>>. Aparecen nuevas formas de pobreza: <<las personas con posiciones marginales o precarias en el mercado de trabajo quedan fuera de las redes de la protección contributiva y la garantía de mínimos propia de la cobertura asistencial es demasiado reducida para dar una protección real frente a la pobreza>>.

ii. el sentido actual del derecho del trabajo: ¿instrumento de competitividad o de justicia social?

Ante la realidad del mercado global, el Derecho del Trabajo se ha plegado a sus exigencias, cosa que, realmente, no debe extrañar, ya que, el Derecho del Trabajo instrumenta jurídicamente las relaciones de producción en el sistema capitalista. Si se modifican las relaciones de producción, el Derecho del Trabajo no puede resistirse al cambio. No en vano, es un <<ordenamiento inestable, sometido a constante evolución en virtud de los cambios tecnológicos, los conflictos ideológicos y, en último término, la presión que sobre él ejerce la política económica>><sup>108</sup>. La infraestructura, a la postre, determina la superestructura.

<sup>103</sup> Tomás Sala Franco - Ignacio Albiol Montesinos - Luis Camps Ruiz - Ignacio García Ninet - Juan López Gandía. "Derecho del Trabajo". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. Página 50.

<sup>104</sup> Lester Thurow. "El futuro del capitalismo". Editorial Ariel. Barcelona. Página 10.

<sup>105</sup> Como recuerdan Juan Molins García-Atance y Mercedes Terrer Baquero. "Globalización económica y flexibilidad laboral: el denominado contrato de inserción". Aranzadi Social. Tomo V. 1997. Página 95.

<sup>106</sup> Hans Peter Martin en "La trampa de la globalización", coescrito con Harold Schumann. Editorial Taurus. Madrid. 1998. Páginas 7 a 11.

<sup>107</sup> Aurelio Desdentado Bonete. "La nostalgia del sistema: Reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis", en el libro "Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1997. Página 382. También publicado en Relaciones Laborales. Número 7. 1996.

<sup>108</sup> Juan Manuel Ramírez - Jesús García Ortega - Tomás Sala Franco. "Curso de Derecho del Trabajo". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Página 36.

El Derecho del Trabajo evoluciona, así las cosas, en tres líneas diferentes: a) <<la exigencia de una mayor flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo ... (la cual) no puede ser sólo de contenidos reguladores sino también de instrumentos normativos>>; b) <<un papel cada vez más relevante a la formación>>; c) <<potenciar el juego de los mecanismos de participación y de colaboración en el ámbito de las relaciones laborales>><sup>109</sup>.

Respecto a esto último, se dice que, <<un sistema de relaciones laborales en la época de globalización tendrá que contener un mecanismo que permita a los empresarios y a los trabajadores dialogar de manera continua y cooperativa, en busca de soluciones a los problemas que surgen en la economía o en el lugar de trabajo>><sup>110</sup>.

Dicho resumidamente, el Derecho del Trabajo se considera, en la época de la globalización, un instrumento de competitividad. Su validez metajurídica parece depender exclusivamente de si facilita o no la competitividad. Tal planteamiento es, a nuestro juicio, simplista. Como lo es el contrario de negarse a admitir la influencia de la Economía en el Derecho del Trabajo.

Históricamente, el Derecho del Trabajo ha sido una síntesis de la economía capitalista -tesis- y de las ideologías sociales -antítesis-. A la par, satisface, recíprocamente limitados, los intereses empresariales y los de los trabajadores, en <<oposición inevitable>><sup>111</sup>. Tal combinación del elemento económico y social es la que, sin duda alguna, ha determinado el éxito, como medio de paz social y como disciplina jurídica, del Derecho del Trabajo: <<(es) un derecho en constante expansión>>, a través de <<la inclusión en el ordenamiento laboral de zonas grises entre el trabajo subordinado y el autónomo>> y de <<la exportación a otros sectores laborales ... de (sus) instituciones y garantías típicas>><sup>112</sup>.

Las exigencias de justicia social, sin embargo, no se sitúan actualmente en las mismas trincheras. Ya no es factible la defensa de normas proteccionistas, o, mejor dicho, de normas excesivamente proteccionistas. Ahora las nuevas trincheras de la justicia social se sitúan, básicamente, en el ámbito de los derechos fundamentales del trabajador, garantizando un trabajo digno. Trabajo flexible, pero digno, se podría considerar el lema del nuevo Derecho del Trabajo.

Una somera enumeración de los derechos fundamentales con incidencia en la relación laboral resulta de interés:

- a) Los derechos de libertad sindical y de huelga, derechos fundamentales específicamente laborales, cuya importancia es trascendental, ya que, a través de su ejercicio, los trabajadores luchan por sus propios intereses.
- b) La tutela antidiscriminatoria en todas sus manifestaciones -raza, sexo, edad, nacionalidad, ideología, orientación sexual...-.
- c) El derecho a la vida y a la integridad física y moral del trabajador, a preservar mediante una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo.
- d) La libertad de trabajo con todas sus consecuencias: prohibición del trabajo forzoso o semi-forzoso, protección de los menores, erradicación del empleo sumergido-.
- e) El derecho a la intimidad del trabajador con sus viejos problemas -vigilancia extralaboral, controles médicos, test de embarazo- y sus nuevos problemas -controles audiovisuales, tratamiento automatizado de datos obtenidos con ocasión de la relación laboral, test VIH-.
- f) La protección frente a represalias por el ejercicio de derechos, la libertad de expresión del trabajador, la acomodación del trabajo a los imperativos de conciencia, el acoso sexual, el derecho de reunión en los centros de trabajo, la cláusula de conciencia de los profesionales de la información ... y, en general, la totalidad de los derechos fundamentales con incidencia en la relación laboral.

No con lo dicho estamos diciendo que, el trabajo digno se alcance exclusivamente con la protección de los derechos fundamentales del trabajador. Una cierta dosis de normas no excesivamente proteccionistas es absolutamente necesaria para no caer en una éticamente indefendible desestructuración social. La tendencia general a la estabilidad en el empleo, un salario adecuado, la causalización del ius variandi empresarial, o las garantías frente al despido, entrarían en la enumeración, evidentemente no exhaustiva.

<sup>109</sup>Federico Durán López. Obra citada. Páginas 874 a 888. Passim.

<sup>110</sup>Muneto Ozaki. Obra citada. Página 76.

<sup>111</sup>Juan Manuel Ramírez Martínez - Jesús García Ortega - Tomás Sala Franco. Obra citada. Misma página.

<sup>112</sup>Juan Manuel Ramírez Martínez - Jesús García Ortega - Tomás Sala Franco. Obra citada. Página 37. Esta y las dos citas anteriores de estos autores conforman los tres caracteres que, según Camerlynck y Lyon - Caen, configuran el Derecho del Trabajo: es un ordenamiento inestable, con contradicciones internas y en constante expansión.

Hay dos cuestiones en las que, de modo íntimo, se entrelazan derechos fundamentales y normas proteccionistas. Su interés radica en que, con ellas, se intentan resolver algunas consecuencias negativas de la globalización económica. Por lo tanto, se puede afirmar su carácter novedoso. Tales cuestiones son:

a) La potenciación de la acción sindical y de la negociación colectiva a niveles nacional e internacional para evitar la atomización de las unidades negociales y la diversificación particularizada de las normas colectivas.

b) La protección de las relaciones laborales atípicas -contratos temporales, a tiempo parcial, trabajo a domicilio, empresas de trabajo temporal-, para evitar la segmentación de las relaciones laborales.

Si algo se puede concluir de lo dicho, es que, en los últimos años y en los años próximos, la flexibilidad de las relaciones laborales es un imperativo económico que aniquila el tradicional entendimiento del elemento social en la configuración del Derecho del Trabajo. Dicho elemento se debe situar principalmente en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, con su doble función<sup>113</sup> unificadora, en cuanto se aplican a la totalidad de los trabajadores, sean indefinidos a tiempo completo o sean atípicos, e innovadora, en cuanto con su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales se recrean los derechos y obligaciones de las partes -p. ej. el desistimiento empresarial en período de prueba, considerado libérrimo, se ve limitado si es discriminatorio; los controles médicos del trabajador, tradicionalmente obligatorios, se consideran hoy día voluntarios; la ruptura del principio <<cumple y recurre>> para admitir el <<ius resistentiae>> del trabajador a las órdenes de la empresa vulneradoras de derechos fundamentales-. Resumiendo, la <<constitucionalización>> del Derecho del Trabajo, entendida como <<el impacto de la Constitución en las relaciones laborales>>, es, y va a seguir siendo, una línea evolutiva del nuevo Derecho del Trabajo

---

<sup>113</sup>Salvador Del Rey Guanter. "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general". Relaciones Laborales. Número 3. 1995. Páginas 38 y 39.

## Vorschläge für ein europäisches und internationales Arbeitsrecht

*Professor Ulrich Zachert, Hamburg*

Ausgangspunkt des Beitrags sollen „Europäische Tarifverträge“ oder - vorsichtiger formuliert - „kollektive Vereinbarungen auf europäischer Ebene“ sein. Davon ausgehend will ich versuchen, Elemente einer umfassenderen Konzeption zu skizzieren, so daß vielleicht die Konturen des Gesamtbildes eines europ. und internationalen Arbeitsrecht erkennbar wären.

Durch das Protokoll über die Sozialpolitik von Maastricht vom Juli 1992 wurden die Möglichkeiten der „europ. Sozialpartner“ zum Abschluß von kollektiven Vereinbarungen auf europ. Ebene nicht unerheblich erweitert. Dank der neuen „Labour - Regierung“ sind diese Bestimmungen nunmehr Bestandteil des Betrages über die Europ. Union (EU - V). In der Fassung der Vereinbarung von Amsterdam vom Oktober 1997 finden sie sich im Kapitel über die Sozialvorschriften, vor allem in Art. 139 über den sogenannten „Sozialen Dialog“.

Ich gehe nicht auf die technischen Details dieser Bestimmungen ein, rufe vielmehr lediglich die Ergebnisse in Erinnerung, die auf der Grundlage dieser neuen Regelung erzielt wurden. Hierbei handelt es sich um eine

- Vereinbarung über Elternurlaub, alternativ 3 Monate für beide Elternteile und
- eine sehr allgemeine Vereinbarung über Teilzeitarbeit.

Gescheitert ist eine Vereinbarung über die Begrenzung der Arbeitszeit von LKW-Fahrern auf 48 Stunden. Gescheitert ist eine Vereinbarung über die Anhörung und Konsultation von Arbeitnehmern bei unternehmerischen Entscheidungen, die Nachteile für die Beschäftigten zur Folge haben können. In allen diesen Fällen will die europ. Kommission nun einen eigenen Richtlinienvorschlag erarbeiten.

Dies ist aus meiner Sicht ein eher bescheidenes Resultat. Im übrigen betonte Madame Odile Quintin, die Abteilungsleiterin der Generaldirektion V der Europ. Kommission, die für Arbeitsrecht zuständig ist, Ende November 1998, daß die Kommission einen Dialog der Sozialpartner über folgende Themen zustande bringen will:

- Arbeitszeitkonten für Freistellungen zu Bildungszwecken,
- Vereinbarungen zum Abbau von Überstunden und
- Vereinbarungen über eine Jahresarbeitszeit.

Ich halte dies alles für außerordentlich wichtig, jedoch fehlt mir der Optimismus, daß der soziale Dialog gerade zu den letzten drei Themen (Arbeitszeitkonten, Überstunden, Jahresarbeitszeit) in der Lage ist, tatsächlich Ergebnisse zustande zu bringen.

Wenn das richtig ist, stellt sich die Frage, was tun? Hier bietet sich zunächst an, den institutionellen Rahmen, also die Grundlage der einschlägigen Bestimmungen des Vertrages über die europ. Union zu verbessern, um das Verfahren über den sozialen Dialog effizienter zu gestalten. Ich will mich hier sehr kurz fassen. Martine Le Friant und ich haben zusammen mit einem halben Dutzend anderer Wissenschaftler aus verschiedenen Ländern nach zwei bis dreijähriger Arbeit hierzu Vorschläge entwickelt. Anm.1). Die Chancen jedoch, daß die Überlegungen z.B. unter Federführung des deutschen Arbeitsministers Walter Riester im Rahmen der Verhandlungen über die „Agenda 2000“ in den EU- Vertrag aufgenommen werden, scheinen eher gering. Nur soviel: Von einem europ. Tarifstatut, das die Voraussetzung für europ. Tarifverträge im eigentlichen Sinne wäre, sind wir noch meilenweit entfernt. Es müsste vor allem folgend Aspekte regeln .

- Wer ist Partei des Tarifvertrages?
- Für wen gilt der Tarifvertrag ?
- Gilt er nur beschränkt für die Mitglieder der Tarifparteien oder für alle Arbeitnehmer/Unternehmen unabhängig von der Mitgliedschaft in einem Verband ( erga omnes)?
- Hat der Tarifvertrag eine normative oder nur eine schuldrechtliche Wirkung?
- Ist mit dem Tarifvertrag eine Friedenspflicht verbunden?

Sicherlich wären auch Zwischenschritte dorthin denkbar und wir können uns insoweit vieles ausdenken -, der wirkliche Hebel für den Fortschritt im Bereich „europ. Kollektivvereinbarungen“ oder „europ. Tarifverträge“ liegt jedoch bei den Tarifparteien selbst. Auch heute gilt, was ein französischer Arbeitsrechtler bereits in den 70 er Jahren formulierte: Einer Fortentwicklung europäischer Tarifvereinbarungen stehen weniger rechtliche als tatsächliche Hindernisse entgegen. Anm2) Die Tarifparteien sind nämlich nicht gehindert länderübergreifende auch europ. Kollektivvereinbarungen zu schließen. Auch die Probleme der Umsetzung in den jeweiligen Ländern sind meines Erachtens nach überwindbar. Die Gewerkschaften müssen dies jedoch wollen und sie müssen vor allem einen Partner hierzu finden- zum Tango gehören bekanntlich zwei -.

Hier gibt es vor allem auf Gewerkschaftsseite einige ermutigende Hinweise.

Patrick Itschert hat uns ein anschauliches Beispiel aus der Textilbranche genannt, wo die Jahrzehnte dauernde Krise, die „Sozialpartner“ zusammenrücken ließ und wo demnächst sogar das sensible Thema des Lohnes Gegenstand von Tarifvereinbarungen sein soll. Im Metallbereich ist der Metallgewerkschaftsbund im Begriff seinen „Tarifpolitischen Ausschuß“ von einem Informationsgremium zu einem Koordinierungsgremium aufzuwerten. Es werden Ziele formuliert , und man bemüht sich, diese Ziele auch einzuhalten: 35 Stunden Woche, eine Jahresarbeitszeit von 1750 Stunden und maximal 100 Überstunden pro Jahr.

Dies Beispiele ließen sich um weitere ergänzen. An ihnen wird zugleich deutlich, wo ich die entscheidenden räumliche Ebene für einen Fortschritt sehe.

Es sind dies die jeweiligen Branchen.

Aber auch in den Grenzregionen scheint hier einiges in Bewegung zu kommen , -endlich ! So sind in NRW, Holland und Teile Belgiens fast so etwas wie ein einheitlicher Wirtschaftsraum. Die IG Metall will im Norden mit der dänischen Bruder-bzw. Schwestergewerkschaft einen Tarifvertrag gemeinsam abstimmen und unterzeichnen. Ähnliches könnte man sich in Grenzregionen von Schwaben , dem Kanton Basel und dem Elsaß oder bspw. im Baskenland zwischen Spanien und Frankreich vorstellen. Genug der Beispiele . Alles die sind noch erste Schritte , sicherlich viel zu wenig, aber sie zeigen, der Tanker „Europäische Tarifverträge“ bewegt sich. Vor allem gibt es genügend rechtliche Spielräume, um sich zu bewegen.

Wiederum stellt sich die Frage, welche Vorschläge vorstellbar sind, um dem noch langsamen Schiff mehr Fahrt zu geben? Meine Antwort lautet: alles ist wichtig und nützlich , was die Voraussetzungen und die Infrastruktur dafür verbessert , um hauptamtliche und vor allen Dingen ehrenamtliche Interessenvertreter/innen konkret zusammenzuführen. Hier sehe ich- unabhängig von den Informations- und Konsultationsrechten - eine große Chance Europäische Betriebsräte , die hoffentlich genutzt und nicht verschenkt wird. Es reicht selbstverständlich nicht, einmal im Jahr einen Betriebsausflug zum Beispiel vom regnerischen Hamburg in die sonnige Provence oder in das sonnige Spanien zu machen. Die Fremdsprachenkompetenz der betrieblichen und gewerkschaftlichen Interessenvertreter ist in diesem Zusammenhang ein ganz entscheidender Faktor, wenn nicht sogar der Schlüssel zu jedem weiteren Fortschritt.-

Zu den Inhalten, die auf den Nägeln brennen, waren schon einige Stichworte - vor allem zur Arbeitszeit - genannt. Im übrige ist das Thema eines Sachverständigen- Berichtes , den der ehemalige österreichische Ministerpräsident Bruno Kreisky im Jahr 1989 veröffentlichte , leider auch im Jahr 1999 noch hoch aktuell. Er lautet: „Europa- 20 Millionen suchen Arbeit“. Eine kluge Arbeitszeitpolitik ist sicher keine Wunderwaffe, kann aber dazu beitragen, Arbeitslosigkeit zu reduzieren. Hier sehe ich aktuell in vielen europ. Ländern ermutigende Ansätze, die ausgebaut werden können.

Ich will mit einem Hinweis schließen, der wieder stärker in jur. Bereiche führt. Ich teile die Auffassung von vielen , das die Aufnahme sozialer Grundrechte in den EU-Vertrag sinnvoll wäre. Ich meine , dies hätte nicht nur eine symbolische Bedeutung als Signal zu einer sozial verpflichtenden Wirtschaftsordnung, sondern könnte auch den Zusammenhang zwischen Tarifverhandlungen und Arbeitskampf deutlich machen und zugleich ein europ. Streikrecht garantieren.

Ich bin ebenso altmodisch wie unser Bundesarbeitsgericht, das in einer Grundsatzentscheidung des Jahres 1980 formulierte: „ Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Arbeitskampf sind nicht anderes als kollektives Betteln.“ Anm.3) . Ein solcher Katalog von sozialen Grundrechten könnte auch einer Gefahr entgegenwirken, die ich aktuell sehe, das nämlich versucht wird , Spielräume autonomer Vereinbarungen oder autonomer Aktionen zunehmend durch wettbewerbsrechtliche Grundsätze zu beschränken.

Anm. 1) Lettieri /Romagnoni (Hrsg.), La contrattzione Collettiva in Europa, 1998; auch unter Zachert Europ. Tarifverträge-von korporatistischer zu autonomer Normsetzung ?, FS Schaub,1998, S.811ff.

Anm. 2) Gérard Lyon- Caen, Négotiation et convention collective au niveau européen, Revue trimesterelle de Droit Européen 4/1973 und 1/1974.

Anm.3) BAG 10.06.1980 , AP Nr. 64-66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

<b>The Speakers – Die ReferentInnen – Les Rapporteurs</b>
---

**Professor Steven ANDERMANN**

University of Essex, Department of Law, Wivenhoe Park, UK – Colchester CO4 3SQ

Current position: Birkett Long Professor of Law at the University of Essex  
 In diverse Editorships and Advisory Boards since 1970's till present.  
 Government Adviser on Labour Legislation  
 Various publications.

**Prof. Dr. Ninon COLNERIC**

President of the Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Deliusstr. 22, D – 24114 Kiel

Professor Dr. Ninon Colneric is the president of the Landesarbeitsgericht (Labour Appeal Court) Schleswig-Holstein, Kiel, since 1989. She is also an honorary professor at the University of Bremen since 1996.

As an academic writer, she focussed on the law of industrial conflict, the rights of foreign workers and equality of women and men. She is one of the co-editors of the „Handbuch zur Frauenerwerbstätigkeit: Arbeitsrecht/Sozialrecht/Frauenförderung“ (Handbook on Women in Employment: Labour Law/Social Security Law/Furtherance of Women“) and of the “Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht“ (Information Service European Labour and Social Security Law).

**Jean-Michel DOLIVO**

Av. Ruchonnet 45, Case Postale 255, CH – Lausanne 17

Actuellement avocat aux barreaux de Vaud et Genève, Suisse. Spécialisé en matière de droit du travail, du bail et du droit des étrangers.

Mandaté par le Syndicat Industrie et Bâtiment (SIB) de canton de Vaud pour les conflits du travail.

Engagement associatif et syndical.

Actuellement secrétaire politique cantonal de l'Union syndicale vaudoise (USV) à Lausanne (Suisse), membre du Comité des Juristes progressistes vaudois (JPV), membre du Groupe de soutien des saisonniers de l'ex-Yougoslavie sans papiers.

**Steve GIBBONS**

Incomes Data Service, 10 Albion Terrac, GB – London E8 4ER

Steve Gibbons is a writer and researcher on labour law based in London. He is head of Employment Law Services at IDS, the independent research group, and editor of IDS Brief, a leading UK employment law journal. He is currently a member of a team that is carrying out a special review for UK Government backed Ethical Trading Initiative on the progress of the implementation of codes of conduct on international labour standards in selected leading UK companies. Steve Gibbons is a member of the British Committee of the International Union Rights. For a number of years he was the chair of the Employment Law Committee of the Haldane Society of Socialist Lawyers. He was also a member of the management board of the Central America Human Rights Committees and is still on the Editorial Board of the magazine « Central America Report ». He has published a number of articles, books and monographs on various aspects of UK, European and International employment law. His most recent relevant publication is « International Labour Rights – New Methods of Enforcement » (Institute for Employment Rights, 1998).

**John HENDY QC**

607 Seddon House, Barbican, GB – London EC2Y 8BX

John Hendy is a practising barrister and one of the leading experts in the UK on trade union law. In the last 20 years he has appeared in many of the leading cases on industrial disputes as well as in many other aspects of employment law. He recently concluded the mineworkers vibration white finger litigation leading to the £ ½ billion settlement. He writes extensively and is author of „Every worker shall have the right to be represented at work by a trade union“ (1998) which analyses all aspects of trade union representation. He is Chair of the Institute of Employment Rights and Vice President of the International Centre for Trade Union Rights.

**Patrick ITSCHERT**

Secrétaire Général de la Fédération Syndicale, Européenne Textile, Habillement, Cuir  
8, rue Stevens, B – 1000 Bruxelles

Secrétaire Général de la Fédération Syndicale Européenne du Textile, de l'Habillement et du Cuir. La FES:THC regroupe 45 organisations émanant de 24 pays européens et représentant 1,5 mio de travailleurs en Europe.

**Prof. Martine LE FRIANT**

13, Chemin du Grand Roulet, F – 84300 LES VIGNERES (CAVAILLON)

Maître de conférences à l'Université d'Avignon (France)  
Membre du centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID) Univ. Saint-Etienne/CNRS.  
Rapporteur d'enseignement et de recherche: droit du travail français, droit du travail comparé, droit processuel, procédures d'exécution.

**Fernando LOUSADA AROCHENA**

C/Alfonso XIII, num. 11-5°C, E – PONTEVEDRA 36002

Fernando Lousada Arochena is judge on Social Court in Pontevedra City.  
Publications on Social Law questions (Sexual harassment at work, Health and Safety, Part-time).  
Contributions to scientific reviews about Social Law (Actualidad Laboral, Relaciones Laborales, Revista Española de Derecho del Trabajo, La Ley, Arancado Social, Poder Judicial, and others).

**Constance Ann THOMAS**

International Labour Office (ILO), 4, route des Morillons, CH – 1211 Genève

Co-ordinator, Equality and Co-ordination of Human Rights Branch in the Department of International Labour Standards of the International Labour Office (ILO).  
Admitted to the California (USA) Bar in 1981, engaged with the ILO since 1984. Responsibilities include secretariat co-ordination on application of fundamental labour rights with ILO supervisory bodies, promotion of ILO international labour standards, advisory technical assistance on national labour law drafting and reform, and liaison work with other UN human rights treaty bodies.

**Thomas SCHMIDT**

EJDM, Roßstr. 7, D – 40477 Düsseldorf

Trade union lawyer. Specialised on codetermination, supervisory boards, European works-councils, company law.  
Publications on supervisory boards, mergers, outsourcing. Secretary General of the EALDH.

**Vincent VIEILLE**

16 Inpasse St. Sébastien, F – 75011 Paris

Inspecteur du travail depuis 1981, puis directeur adjoint depuis 1991, il n'a jamais cessé de participer à des travaux de recherches et d'écriture sur les évolutions du travail humain, des relations sociales et des différents systèmes de régulation .

Articles dans les revues ACTES (revue juridique de la CFDT), DROIT SOCIAL, et PREVENTIQUE (avec A. HIDALGO et M. BENADON).

La contribution française au *rapport technologie et emploi productivité* de la direction de la science de la technologie et de l'industrie de l'OCDE en 1996 et 1997.

C'est au titre de ce dernier travail qu'il est amené à vous rendre compte de sa réflexion sur l'évolution technologique, la mondialisation des échanges et leurs incidences sur les systèmes de régulation sociale.

**Prof. Dr. Ulrich ZACHERT**

Hochschule für Wirtschaft und Politik, Von Melle Park 9, D – 20146 Hamburg

Seit 1981 Professor für Arbeitsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Politik in Hamburg.

Ehrenämter: Richter beim Bundesarbeitsgericht in Kassel und Stellvertreter im Großen Senat in diesem Gericht, Mitglied im Verbandsausschuß des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Vertrauensdozent der Hans-Böckler-Stiftung, Mitglied des Aufsichtsrats der Mannesmann Röhrenwerk AG, Mitglied der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht.

Wesentliche Arbeitsgebiete: Arbeitsrecht mit dem Schwerpunkt Tarifvertragsrecht, betriebliche Mitbestimmung, Unternehmensmitbestimmung, Arbeitskampfrecht, europäisches und internationales Arbeitsrecht, Rechtsvergleichung, industrielle Beziehungen.

Zahlreiche Buch- und Zeitschriftenveröffentlichungen im Arbeitsrecht, im Rechtsvergleich und Europäischen Arbeitsrecht sowie im Bereich der industriellen Beziehungen.

**Teilnehmerliste – List of Participants – Liste des Participants**