

- **NOTAT OM HÅNDHÆVELSE AF ARBEJDS-
KLAUSULER**

1. **INDLEDNING**

Fagligt Fælles Forbud (herefter "3F") har anmodet om et notat, der beskriver muligheden for at etablere en ordening, hvorefter faglige organisationers krav kan håndhæves via en arbejdsklausul, såfremt kravet er fastslået i en fagretslig kendelse eller forlig (herefter samlet "Fagretslig Afgørelse").

3F ønsker herunder en vurdering af, om vederlag, der er tilbageholdt af en offentlig myndighed over for en leverandør med henvisning til en arbejdsklausul, kan anvendes til at fyldestgøre 3F's Krav mod leverandøren. Endvidere ønsker 3F en vurdering af, om ovenstående tilsvarende er muligt, såfremt 3F's krav består mod en underleverandør, mens vederlaget er tilbageholdt over for en hovedleverandør.

Notatet er afgrænset til at indeholde en aftaleretlig og en kommunalretlig vurdering af problemstillingen, og tager udgangspunkt i, at indkøberen er en kommune i Danmark. Vi har ikke taget stilling til klausulernes forenelighed med EU-retten.

I det følgende findes først en samlet opsummerende konklusion i afsnit 2. Herefter har vi i afsnit 3 foretaget en aftaleretlig vurdering af, hvordan en sådan ordening kan etableres i forlængelse af de almindeligt anvendte arbejdsklausuler, og i afsnit 4 har vi foretaget en vurdering af, om en kommune lovligt kan etablere en sådan ordening inden for kommunalfuldmagtens grænser. I afsnit 5 har vi beskrevet en supplerende præventiv ordening for overholdelse af arbejdsklausuler, og i afsnit 6 findes et forslag til, hvordan en tilføjelse til arbejdsklausulen konkret kan formuleres. Afslutningsvist findes i afsnit 7 en kort beskrivelse af en mulig praktisk fremgangsmåde for håndhævelse af klausulen.

2. OPSUMMERENDE KONKLUSION

Det er vores samlede vurdering, at det er muligt etablere en ordning, hvor efter faglige organisationers krav i henhold til en Fagretslig Afgørelse kan håndhæves via en arbejdsklausul.

Ordningen forudsætter, at den pågældende kommune anvender den i afsnit 6 anførte tilføjelse til kommunens arbejdsklausul, og at den faglige organisations krav i henhold til den fagretslige kendelse svarer til den forpligtelse, der pålægges leverandøren som følge af arbejdsklausulens krav til løn- og ansættelsesvilkår.

Det er endvidere vores vurdering, at kommunalfuldmagtsreglerne ikke er til hinder for etablering af den ønskede ordning.

3. KAN FAGLIGE ORGANISATIONERS KRAV HÅNDHÆVES VIA EN ARBEJDSKLASUL?

Der er væsentlige variationer i formuleringen af de arbejdsklausuler, som anvendes i offentlige kontrakter. Klausulerne indeholder dog almindeligvis både en regulering af de løn- og ansættelsesforhold, som leverandøren (og eventuelle underleverandører) skal tilbyde sine medarbejdere (herefter: "Forpligtelsen") og en regulering af, hvordan Forpligtelsen kan håndhæves (herefter: "Håndhævelsen"). Disse to forhold behandles i det følgende hver for sig.

For så vidt angår Forpligtelsen, følger det af de fleste ILO 94-inspirerede klausuler, at leverandør skal tilbyde sine medarbejdere løn- og ansættelsesforhold, der ikke er mindre gunstige end de løn- og ansættelsesforhold, som er gældende på den egn, hvor arbejdet udføres (herefter "Den egnsbestemte løn").

Beskæftigelsesministeriet har imidlertid i 2014 udstedt et nyt cirkulære med tilhørende vejledning¹ om arbejdsklausuler. Heri findes følgende eksempel på formulering af Forpligtelsen i en arbejdsklausul:

"Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Som det fremgår, er formuleringen om Den egnsbestemte løn i Beskæftigelsesministeriets skabelon skiftet ud med en henvisning til en kollektiv overenskomst, som gælder på hele det danske område, og som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark. Dette vil formentlig indebære, at lokalaftaler mv. ikke er omfattet af den klausulbestemte løn, idet lokalaftaler mv. i sagens natur ikke gælder på "hele det

¹ Vejledning af 12. juni 2014 til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

danske område". Modsat vil en lokalaftale formentlig være omfattet af Den egnsbestemte løn.

Der er tillige en generelt usikkerhed knyttet til spørgsmål om, hvornår en overenskomst "*gælder på hele det danske område*". I førnævnte vejledning beskrives det dog, at flere overenskomster, der er indgået med samme arbejdsgiverforening og under samme lønmodtagerorganisation og med vilkår, der må anses for ensartede og som samlet er landsdækkende, i denne forbindelse også må anses som én overenskomst, som gælder på hele det danske område.

Som det fremgår af ovenstående, kan der være forskel på indholdet af Forpligtelsen, afhængigt af hvordan arbejdsklausulen er formuleret. Spørgsmålet er herefter, om en faglig organisation på baggrund af leverandørens overtrædelse af arbejdsklausulen, kan håndhæve organisationens krav for overtrædelse af overenskomsten via de misligholdelsesbeføjelser, som arbejdsklausulen giver.

Såfremt 3F skal have mulighed for dette, er det en betingelse, at kravet i henhold til den fagretslige kendelse svarer til indholdet af Forpligtelsen i den konkrete klausul. Denne betingelse vil formentlig være opfyldt i langt de fleste tilfælde, hvor sagen vedrører de samme medarbejdere og de samme arbejder.

Vi bemærker, at leverandøren hermed opnår sikkerhed for, at leverandøren ikke påføres en ringere retstilling, end leverandøren opnår efter en traditionel arbejdsklausul. Som det fremgår af nedenstående, sker der alene en ændring af, hvordan kommunen kan disponere over de penge, som tilbageholdes fra leverandøren. Modsat sker der *ikke* en ændring af, i hvilke tilfælde kommunen kan tilbageholde midler fra leverandøren, og hvor mange penge kommunen kan tilbageholde. Tilbageholder kommunen eksempelvis 100.000 kr. fra leverandøren, stilles leverandøren hverken værre eller bedre af, om kommunen udbetaler beløbet til leverandørens ansatte eller til en faglig organisation.

For så vidt angår Håndhævelse, kan arbejdsklausuler indeholde forskellige misligholdelsesbeføjelser såsom adgang til ophævelse af kontrakten, pålæggelse af bod og tilbageholdelse af vederlag.

Det er alene tilbageholdelse af vederlag, som er relevant for 3F, idet en kommune ikke lovligt kan disponere over bodsbeløb til fordel for tredje-mand. I mange arbejdsklausuler er denne beføjelse formuleret som en variant af følgende, der er hentet fra Beskæftigelsesministeriet førmtalte vejledning om arbejdsklausuler fra 2014:

"Hvis leverandøren ikke overholder sine forpligtelser i medfør af arbejdsklausulen, og hvis dette medfører et berettiget krav på yderligere løn fra arbejdstagerne kan ordregiver tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese sådanne krav."

Hensigten med denne bestemmelse er, at myndigheden kan give leverandøren incitament til at overholde arbejdsklausulen ved at sikre mulighed for tvangsmæssig naturalopfyldelse af klausulen, hvorved den pågældende

leverandør bliver stillet som om arbejdsklausulen var blevet opfyldt frivilligt.

Spørgsmålet er herefter om en faglig organisation, som interessevaretager for arbejdstagerne, er omfattet af den citerede bestemmelse, således at også organisations krav kan håndhæves efter bestemmelsen. Dette må dog formentlig afvises, da den faglige organisation ikke (nødvendigvis) handler på vegne af de konkrete arbejdstagere, som refereres til i klausulen. De pågældende arbejdstagere eksempelvis kan stå uden for en faglig organisation eller være organiseret i en anden faglig organisation.

Det forhold, at en faglig organisation ikke er omfattet af klauslen, kan imidlertid søges løst ved følgende tilføjelse til arbejdsklausulen (herefter "Tilføjelsen"):

"Såfremt leverandøren eller underleverandøren er part i en overenskomst svarende til forpligtelsen i stk. 1, og ved udførsel af nærværende kontrakt ikke overholder sine forpligtelser i henhold til pågældende overenskomst, kan tilbageholdt vederlag endvidere anvendes til at tilgodese krav for overtrædelse af overenskomsten fastslået ved fagretslig kendelse eller forlig."

(Se arbejdsklausulen og Tilføjelsen i sammenhæng i afsnit 6 nedenfor.)

Tilføjelsen medfører, at en leverandør har en aftaleretlig forpligtelse til at acceptere, at myndigheden i tilfælde af, at arbejdsklausulen overtrædes, kan tilbageholde vederlag fra leverandøren, og anvende dette vederlag til at fyldestgøre en faglig organisations krav fastslået ved Fagretslig Afgørelse.

Dette gælder uanset, om den fagretslige kendelse vedrører hovedleverandøren eller underleverandøren, dog at kravet kan henføres til hoved- eller underleverandørens udførsel af den pågældende kontrakt.

Ved anvendelse af Tilføjelsen er det herefter op til kommunen at vælge mellem de muligheder, som klausulen giver. Kommunen kan således vælge at udbetale beløbet direkte til medarbejderne eller til den fagligere organisation eller en kombination heraf.

Betalingen sker ved anvendelse af Tilføjelsen med frigørende virkning for kommunen uanset, hvilken af de to fremgangsmåder kommunen benytter, blot betingelserne for at tilbageholde vederlaget er opfyldte. Betingelserne for at tilbageholde vederlag fremgår af klausulteksten, og er omtalt som "Forpligtelsen" tidligere i dette afsnit.

Efter kommunen har foretaget udbetalingen, er det i mangel af nærmere aftale op til henholdsvis arbejdstagerne eller den faglig organisation at disponere over beløbet. Kommunen kan dog vælge at betinge sig, at udbetalingen til den faglige organisation sker med henblik på viderebetaling til de pågældende arbejdstagere. En sådan aftaleretlig øremærkning af udbetalingen kan endvidere tage højde for, at ikke alle arbejdstagere opgør et "lønkrav" på samme tidspunkt, og at der efterfølgende kan blive fremsat yderligere "lønkrav". Er tilbageholdet ikke stort nok til at dække alle lønkrav, vil der normalt ske en forholdsmæssig dækning af kravene.

Erfaringsmæssigt har opgaven med at opgøre og efterprøve lønkrav et ikke uvæsentligt omfang. En aftaleretlig øremærkning af beløbet kan derfor tage højde for, at den faglige organisation afholder visse begrænsede udgifter hertil. Størrelsen af dette beløb bør i så fald være begrænset, og kan eksempelvis fastsættes til maksimalt at udgøre et beløb svarende til den kontingentsats, som den fagligere organisation normalt betinger sig for at bistå sine medlemmer for den periode, som lønkravet vedrører.

Opgørelse og efterprøvelse af lønkrav vil endvidere være en opgave, som en faglig organisation i mange tilfælde vil have et større erfarings- og kompetencegrundlag for at løfte, end kommuner, der kun sjældent løser sådanne opgaver.

Omkostningerne til opgørelse og efterprøvelse af lønkrav dækkes ifølge arbejdsklausulen i afsnit 6 af leverandøren, idet klausulen giver hjemmel til at tilbageholde og modregne omkostninger hertil i leverandørens vederlag.

Spørgsmålet er herefter, om en offentlig myndighed retteligt kan indsætte en sådan forpligtelse, som er beskrevet i afsnit 3, i offentlige kontrakter. Dette behandles i det følgende.

4. KOMMUNALFULDMAGTEN

I dette afsnit foretages først en vurdering af, på hvilken baggrund en kommune har hjemmel til at anvende arbejdsklausuler, dvs. om arbejdsklausuler varetager et hensyn, som en kommune lovligt kan forfølge. Herefter foretages en kommunalretlig vurdering af Tilføjelsen beskrevet i afsnit 3.

Idet spørgsmålet ikke er reguleret i skreven ret, skal problemstillingen vurderes efter de uskrevne grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse – de såkaldte kommunalfuldmagtsregler.

Kommunalfuldmagtens grundsætninger om lovlige kommunale hensyn indebærer bl.a., at en kommune ved indgåelse af aftaler alene kan varetage hensyn, som er saglige i forhold til den eller de opgaver, som den pågældende aftale vedrører, eller – for så vidt det ikke strider mod magtfordrejningsgrundsætningen – saglige i forhold til andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage.

Det beror således som udgangspunkt på en konkret vurdering, hvilke krav en kommune lovligt kan stille til en leverandør, og kommunens krav skal være begrundet i varetagelsen af en saglig kommunal interesse.

De nærmere rammer herfor kan bl.a. udledes af tilsynsmyndighedernes praksis på området:

Fagforenings- og organisationsmæssige interesser

Det følger af det tidligere Indenrigsministeriums udtalelse af 1. juli 1999, at en kommune efter de offentligretlige retsgrundsætninger og kommunalfuldmagtsreglerne ikke lovligt kan varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser.

Herudover følger det af udtalelsen, at en kommune heller ikke kan stille krav til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunens leverandører af varer og tjenesteydelser, hvis dette sker ud fra hensynet til de ansatte.

Indenrigsministeriet fandt samtidig, at det i det konkrete tilfælde kunne være sagligt, at kommunen lagde vægt på, at ansættelsesvilkårene for kontraktpartens ansatte ikke var mindre gunstige, end hvad der i almindelighed ville gælde inden for den pågældende virksomhed eller industri. Det skulle i så fald være sagligt begrundet, f.eks. i hensynet til at sikre leverandørens opfyldelse af kontrakten.

Det kan således være sagligt, at en kommune lægger vægt på eksempelvis arbejdsmiljø og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren, hvis dette konkret er af betydning for leverandørens mulighed for at udføre den pågældende opgave, herunder for at sikre kvalitet, pris eller overholdelse af en leveringsfrist.

Ministeriet udtalte dog, at en kommune ikke lovligt kunne varetage sådanne saglige hensyn, ved – som betingelse for at den private aktør kunne udføre opgaver for kommunen – at stille et generelt krav om eller på anden måde generelt forudsætte, at leverandøren havde indgået overenskomst med en arbejdstagerorganisation.

Hensynet til pris, kvalitet og leveringssikkerhed

Under ledelse af det daværende Økonomi- og Erhvervsministerium blev der i april 2003 afgivet en embedsmandsrapport om almindelige betingelser for serviceydelser, ofte kaldet ABS-rapporten.

Bilag 1 til rapporten vedrører udvalgte problemstillinger vedrørende medarbejderforhold, herunder kommunernes rammer for at fastsætte krav til løn- og ansættelsesforhold, når opgaver varetages af private aktører. På side 33-34 i bilag 1 fremgår, at det ikke vil være sagligt, hvis en kommune fastsætter krav om visse løn- og ansættelsesvilkår ud fra et ønske om at varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller ud fra hensynet til de ansatte hos kommunernes leverandører.

Derimod vil hensyn til leverandørens mulighed for at kunne udføre opgaven eller hensyn til kvalitet i ydelsen kunne udgøre en saglig begrundelse for at fastsætte sådanne krav. Det må vurderes for den enkelte kontrakt, om disse hensyn er relevante i den givne situation.

Indholdet af rapporten svarer således til de rammer, der følger af Indenrigsministeriets udtalelse fra 1999, jf. ovenfor.

Varetagelse af andre almene hensyn

Økonomi- og Indenrigsministeriet har ved en senere udtalelse af 3. maj 2013 taget stilling til kommuners mulighed for at varetage bredere samfundsmæssige hensyn i sin opgavevaretagelse.

Sagen handler om Aarhus Kommunes status som Fair Trade-by. Ministeriet udtalte, at Aarhus Kommune lovligt kan varetage Fair Trade-hensyn i

sin opgavevaretagelse, herunder i forbindelse med indkøb og informationsindsats.

Ministeriet lagde herved vægt på, at det i såvel internationale som i danske sammenhænge antages, at virksomheder bør tage et samfundsansvar i deres aktiviteter. Dette har fundet udtryk i en række såvel internationale som nationale initiativer, som ifølge ministeriet er udtryk for en generel forudsætning om, at både private virksomheder og offentlige myndigheder, der har mulighed for det, bør tage et samfundsansvar. Det følger således af ministeriets udtalelse, at en kommune inden for kommunalfuldmagtens rammer kan påtage sig et samfundsansvar og lægge vægt på andre forhold end varens pris – herunder eksempelvis Fair Trade-hensyn.

Følgende fremgår af udtalelsen vedrørende saglige hensyn og arbejdsklausuler:

"Efter praksis kan kommuner endvidere i udbudskontrakter indsætte en såkaldt arbejdsklausul. En arbejdsklausul indebærer, at leverandøren skal sikre arbejderne løn- og arbejdsvilkår, der ikke er mindre gunstige end dem, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres. Praksis har baggrund i ILO-konvention 94 (fra 1949 og ratificeret af Danmark i 1955) om arbejdsklausuler, som forpligter statslige myndigheder – men ikke kommuner – til at indsætte arbejdsklausuler. Formålet med konventionen er at imødegå social dumping ved arbejde, der udføres for det offentlige samtidig med, at den understreger statens forpligtelse som "modelarbejdsgiver" for så vidt angår løn- og arbejdsvilkår.

Økonomi- og Indenrigsministeriet finder, at det forhold, at det offentlige, herunder kommuner, i varierende omfang kan påtage sig et samfundsansvar, jf. ovenfor under pkt. 3, blandt andet gør sig gældende i forhold til de varer, som kommunen indkøber, og at det således er lovligt, at en kommune udnytter sin mulighed for at efterspørge varer og ydelser, der er produceret under ansvarlige forhold.

Ministeriet finder således, at det må lægges til grund, at kommuner i deres indkøbspolitik kan fastsætte, at de ønsker at leve op til internationale anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, herunder at indkøbspolitikken lever op til en række forskellige hensyn, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet, jf. pkt. 2 c: Sikring af ordentlige arbejdsvilkår, rimelige sociale forhold, overholdelse af menneskerettigheder, en økonomisk og miljømæssig bæredygtig produktion mv."

Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse er således et udtryk for, at ministeriet finder, at kommunerne inden for kommunalfuldmagtens rammer i et vist omfang kan påtage sig et samfundsansvar som "modelarbejdsgiver", herunder sikring af ordentlige arbejdsvilkår.

I forlængelse af Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse og Fair Trade anmodede Københavns Kommune Statsforvaltningen om at tage stilling til, om kommunen lovligt i alle tjenesteydelses-, drifts- og bygge- og anlægskontrakter kan anvende arbejdsklausuler. Københavns Kommune oplyste, at arbejdsklausulen vil blive anvendt som et standardvilkår i de kon-

trakter om anlægsopgaver og tjenesteydelser med en værdi på over 1 mio. kr.

I brev af 22. oktober 2013 udtalte Statsforvaltning følgende til Københavns Kommune:

"Økonomi- og Indenrigsministeriet udtalte sig den 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes anvendelse af Fairtrade-klausuler i indkøbskontrakter mv. Der var tale om en retningsgivende udtalelse, som på visse punkter redefinerede og præciserede kommunalfuldmagtens grænser.

[...]

Statsforvaltningen må henholde sig til denne retsopfattelse og har således ikke grundlag for at anse arbejdsklausuler som dem, Københavns Kommune ønsker at benytte, for ulovlige, idet klausulerne svarer til indholdet af den citerede tekst."

Sammenfattende kommunalretlig vurdering af arbejdsklausuler generelt

Med henvisning til Statsforvaltningens udtalelse af 22. oktober 2013 og Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 er det vores vurdering, at kommunalretten ikke er til hinder for, at en kommune anvender arbejdsklausuler.

En kommune vil herefter kunne henvise til pris, kvalitet, leveringssikkerhed og ansvaret som "modelarbejdsgiver", som en samlet begrundelse for anvendelse af arbejdsklausuler i kommunens kontrakter, idet de forskellige hensyn vil fremtræde med skiftende vægt i forskellige kontrakter.

Kommunalretlig vurdering af Tilføjelsen

Det forhold, at kommunalretten ikke er til hinder for, at en kommune anvender arbejdsklausuler, er dog ikke ensbetydende med, at en kommune er berettiget til at anvende den under afsnit 3 beskrevne Tilføjelse om adgang til at anvende tilbageholdt vederlag til at fyldestgøre en faglig organisations krav fastslået ved Fagretslig Afgørelse.

Som beskrevet ovenfor, er en kommune *ikke* berettiget til at varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser. Spørgsmålet er herefter, om Tilføjelsen ligesom resten af arbejdsklausulen kan antages at varetage modelarbejdsgiverhensynet, eller andre hensyn, som en kommune lovligt kan varetage, og herunder om anvendelse af Tilføjelsen er saglig og proportional.

Ligestilling af leverandører med og uden overenskomst via Tilføjelsen

Opmærksomheden kan i denne forbindelse henledes på, at Tilføjelsen ikke indebærer en pligt for leverandøren eller underleverandøren til at indgå en overenskomst. Tilføjelsen vedrører således alene den situation, hvor leverandøren eller underleverandøren uafhængigt af den pågældende kontrakt selv har accepteret at blive part i en overenskomst.

Tilsvarende stilles ingen leverandører i en ringere position over for kommunen som følge af Tilføjelsen, idet kommunen kan tilbageholde vederlag fra leverandøren ved overtrædelse af arbejdsklausulen, uanset om vederlaget anvendes til at tilgodese de pågældende medarbejdere eller et krav fra en faglig organisation.

Tilføjelsen indebærer endvidere en ligestilling af leverandører (og underleverandører), der *har* indgået overenskomst, med leverandører (og underleverandører), der *ikke har* indgået overenskomst. Derimod vil en kommune, som anvender en arbejdsklausul *uden* Tilføjelsen forskelsbehandle leverandører med eller uden overenskomst.

En leverandør, der *har* indgået overenskomst, som overtræder arbejdsklausulen, kan blive forpligtet til at betale for overtrædelsen *både* til den faglige organisation via det fagretlige system *og* til kommunen/medarbejderne via arbejdsklausulen. Modsat vil en leverandør, der *ikke* har indgået overenskomst, men som også overtræder arbejdsklausulen, alene risikere at betale for overtrædelsen én gang – nemlig til kommunen/medarbejderne via arbejdsklausulen.

Såfremt Tilføjelsen anvendes i arbejdsklausulen, og det tilbageholdte vederlag anvendes til at tilgodese kravet fra den faglige organisation, vil en leverandør, der har indgået overenskomst alene betale for overtrædelsen én gang – nemlig til kommunen, der derefter viderebetaler beløbet til den faglige organisation. Dette kan illustreres således:

	Arbejdsklausul <u>med</u> Tilføjelsen	Arbejdsklausul <u>uden</u> Tilføjelsen
Leverandør/underleverandør <u>med</u> overenskomst	1 x betaling for overtrædelse (til kommune, der viderebetaler til faglig organisation)	2 x betaling for overtrædelse (til kommune <u>og</u> til faglig organisation)
Leverandør/underleverandør <u>uden</u> overenskomst	1 x betaling for overtrædelse (til kommune)	1 x betaling for overtrædelse (til kommune)

Den danske model er baseret på, at arbejdsmarkedets parter kan vælge at indgå overenskomstaftaler med hinanden, der håndhæves af parterne selv. Det synes at være i overensstemmelse med det forvaltningsretlige lighedsprincip, at en kommune som modelarbejdsgiver indretter sine indkøb, så leverandører med og uden overenskomst får samme vilkår, snarere end en model, der tilgodeser leverandører uden overenskomst.

Den ligestilling, som kommunen giver leverandørerne via Tilføjelsen, kan efter omstændighederne også medvirke til at fremme konkurrencen blandt mulige leverandører, der herefter har ensartede vilkår som følge af arbejdsklausulen. Disse betragtninger kan samlet anføres som argumenter for at anvendelse af Tilføjelsen understøtter kommunens position som modelarbejdsgiver.

Der kan imidlertid også anføres argumenter for det modsatte synspunkt, idet en betaling til en faglig organisation erstatter en betaling til de pågældende medarbejdere. Dette kan efter omstændighederne fremstå som en fravigelse af princippet om en modelarbejdsgiver, idet kommunen ikke har kendskab, til, om den faglige organisation vælger at viderebetale (en del) af pengene de pågældende medarbejdere. I visse tilfælde er det endvidere ikke alle medarbejderne, der er dækket af den pågældende overenskomst, hvorefter kommunen må tage stilling til, hvordan beløbet eventuelt skal fordeles. Især hvis der ikke er dækning for det fulde krav, kan dette være en udfordring.

Modelarbejdsgiversynspunktet kan dog næppe udstrækkes til, at en kommune enten er berettiget eller forpligtet til at varetage hensyn til den enkelte medarbejder, ligesom kommunen ikke sagligt kan varetage hensyn til en faglig organisation.

Også i det perspektiv synes det i lige høj grad at tilgodese modelarbejdsgiverhensynet at tilbageholde vederlag med henblik på at udbetale til medarbejderne, og at tilbageholde vederlag med henblik på at udbetale til en faglig organisation, idet det overordnede hensyn om at incitamentspåvirke leverandøren til opfyldelse af arbejdsklausulen er fælles for de to muligheder.

Kan Tilføjjelsen understøtte effektiv håndhævelse?

Det fremgår af Beskæftigelsesministeriets Vejledning af 12. juni 2014 til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, at:

"For ordregiver vil det være et indicium for arbejdsklausulens overholdelse, hvis leverandøren er omfattet af en af de overenskomster, der henvises til i § 4. Det skyldes bl.a., at overenskomstdækkede virksomheder er omfattet af det arbejdsretlige system, som hurtigt og effektivt håndterer spørgsmål om manglende overholdelse af en overenskomstbestemmelse."

Det synes således forudsat af Beskæftigelsesministeriet, at det faglige system er et hurtigt og effektivt system til at sikre overholdelse af en forpligtelse svarende til forpligtelsen efter arbejdsklausulen.

Under henvisning til denne betragtning kan det anføres, at Tilføjjelsen således indebærer en effektiv og omkostningsfri håndhævelse af netop forpligtelsen efter arbejdsklausulen, der understøtter kommunens position som modelarbejdsgiver. Kommunens fordel består blandt andet i, at kommunen efter en simpel model, og på et objektivi grundlag kan udbetale det tilbageholdte vederlag uden at skulle tage en standpunktsrisiko ved at fordele vederlaget mellem en række medarbejdere, der ikke har fået sine krav efterprøvet.

Er Tilføjjelsen saglig og proportionel?

Der kan på baggrund af ovenstående anføres en række argumenter for, at Tilføjjelsen varetager hensyn til kommunen som modelarbejdsgiver, hvilket er et sagligt hensyn for en kommune at varetage.

Tilføjjelsen synes endvidere *egnet* til at understøtte hensynet, idet der med Tilføjjelsen sker en ligestilling af leverandører henholdsvis med og uden overenskomst, og en mere effektiv håndhævelse af arbejdsklausulen til gavn for kommunens position som modelarbejdsgiver.

Tilføjjelsen er endvidere *nødvendig* for at opnå det ønskede mål om blandt andet ligestilling og effektiv håndhævelse, ligesom Tilføjjelsen står i *et rimeligt forhold* til formålet. I relation til sidstnævnte bemærkes, at Tilføjjelsen ikke indebærer en udvidelse af hvor stort et vederlag, der kan tilbageholdes fra leverandøren, ligesom Tilføjjelsen ikke udvider betingelserne for, hvornår kommunen kan tilbageholde vederlag over for leverandøren. En-reprenørens retstilling forringes således ikke som følge af Tilføjjelsen.

Sammenfattende kommunalretlig vurdering af Tilføjjelsen

Det er vores samlede vurdering, at anvendelse af Tilføjjelsen formentlig er i overensstemmelse med kommunalfuldmagtsreglerne. Der eksisterer dog alene begrænset retspraksis om anvendelse af arbejdsklausuler i Danmark, og vores vurdering er derfor forbundet med en usikkerhed.

Samlet set synes det dog mest sandsynligt, at kommunalfuldmagtsreglerne ikke er til hinder for anvendelse af Tilføjjelsen.

5. SUPPLERENDE PRÆVENTIV ORDNING TIL OVERHOLDELSE AF ARBEJDSKLAUSULER

Den ovenfor beskrevne Tilføjjelse til arbejdsklausulen kan tænkes suppleret af en løsning, hvorefter en leverandør allerede i udbudsprocessen skal redegøre for, hvordan leverandøren vil overholde arbejdsklausulen, såfremt leverandøren bliver tildelt kontrakten. Hvis leverandøren ikke kan beskrive, hvordan klausulen overholdes, kan dette føre til, at udbuddet ikke kan tages i betragtning.

Hensigten er, at fokus på arbejdsklausulen vil have en præventiv virkning, der begrænser risikoen for, at klausulen overtrædes. Dels kan det måske afholde leverandører, der ikke kan overholde klausulen fra at afgive et tilbud, og dels placeres ansvaret og initiativet for at finde en kontraktmæssig løsning mere entydigt hos leverandøren.

Dette kan eksempelvis ske ved, at leverandøren i sit tilbud skal beskrive, hvilke vilkår leverandøren vil tilbyde sine medarbejdere (eventuelt ved henvisning til en overenskomst), og hvordan leverandøren i sin kontrakt med eventuelle underleverandører vil forpligte disse til at overholde klausulen.

6. FORSLAG TIL FORMULERING AF KLAUSUL

Med udgangspunkt i Beskæftigelsesministeriets forslag til formulering af arbejdsklausul², har vi i stk. 3 tilføjjet en adgang til anvende tilbageholdt

² Vejledning af 12. juni 2014 til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, side 8f

vederlag til at tilgodese krav for overtrædelse af pågældende overenskomst fastslået ved Fagretslig Afgørelse (Tilføjelsen). Ændringerne er markeret med røde markeringer:

Stk. 1) Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører orienterer de ansatte om de gældende arbejdsvilkår.

Stk. 2) Ordregiver kan til enhver tid udbede sig relevant dokumentation for, at løn- og arbejdsvilkår for arbejdstagerne lever op til den forpligtelse, som arbejdsklausulen fastsætter. Ordregiver kan kræve, at leverandøren – efter skriftligt påkrav herom – inden for 10 arbejdsdage fremskaffer relevant dokumentation såsom løn- og timesedler, lønregnskab og ansættelseskontrakter fra såvel egne som eventuelle underleverandørers arbejdstagere. Ordregiver kan til brug for sin vurdering af, om leverandøren eller underleverandører har overholdt klausulen søge rådgivning hos relevante arbejdsgiver- og/eller arbejdstagerorganisationer.

[Eller]

Leverandøren er forpligtet til inden for 10 dage efter skriftlig anmodning at udlevere et udtræk pr. medarbejder fra E-indkomst, med en oversigt over leverandørens indbetalte A-skat for de pågældende medarbejdere. For personale, hvor oplysningerne indberettes til andre landes skattemyndigheder, skal tilsvarende oplysninger udleveres.

Stk. 3) Hvis leverandøren ikke overholder sine forpligtelser i medfør af arbejdsklausulen, kan ordregiver tilbageholde og modregne vederlag med henblik på at sikre arbejdstagerne løn- og ansættelsesvilkår efter stk. 1 i denne klausul. Beløbet som tilbageholdes og modregnes fra leverandøren kan tillige omfatte rimelige omkostninger til opgørelse, efterprøvelse og udbetaling af kompensation til arbejdstagerne. Såfremt leverandøren eller underleverandøren er part i en overenskomst svarende til forpligtelsen i stk. 1, og ved udførsel af nærværende kontrakt ikke overholder sine forpligtelser i henhold til pågældende overenskomst, kan tilbageholdt vederlag endvidere anvendes til at tilgodese krav for overtrædelse af overenskomsten fastslået ved fagretslig kendelse eller forlig.

Leverandøren kan endvidere pålægges at betale en bod på xx % af kontraktsummen til udbyder, hvis arbejdsklausulen ikke overholdes.

7. PRAKTISK FREMGANGSMÅDE

Indledningsvist må kommunen konstatere, at en leverandør eller en underleverandør formentlig har overtrådt Forpligtelsen i en arbejdsklausul.

Kommunen bør herefter anmode leverandøren om at dokumentere, at klausulen er overholdt.

Såfremt leverandøren ikke kan dokumentere dette inden den fastsatte frist på 10 dage, eller såfremt kommunen på andet grundlag kan konstatere, at leverandøren ikke har overholdt Forpligtelsen efter klausulen, kan kommunen tilbageholde et vederlag fra leverandøren svarende til overtrædelser, samt eventuelt rimelige omkostninger til opgørelse, efterprøvelse og udbetaling af kompensation til arbejdstagerne.

Herefter vil der ofte bestå en ikke uvæsentlig opgave med at opgøre, den præcise størrelse af kravet, samt fordelingen af lønkravene på de relevante arbejdstagere. Kommunen bør i den forbindelse høre både arbejdstagere og arbejdsgivere om oplysninger i sagen.

Såfremt der foreligger en Fagretslig Afgørelse eller anden autoritativ afgørelse om kravenes størrelse, vil der bestå en betydelig formodning for, at denne kan lægges til grund.

Kommunen kan vælge at udbetale det tilbageholdte vederlag til enten de pågældende medarbejdere eller til den faglige organisation, som har fået den pågældende Fagretslige Afgørelse. Som beskrevet i afsnit 3 kan kommunen ved udbetaling til en faglig organisation betinge sig, at beløbet videregives til de relevante arbejdstagere.

Horten, den 2. juli 2015



Andreas Christensen