

Statsforvaltningen Afdeling Odense
Mogensensvej 24 C, 1.
5000 Odense C

Horten
Philip Heymans Allé 7
2900 Hellerup
Tlf +45 3334 4000
Fax +45 3334 4001
www.horten.dk

Andreas Christensen
Dir +45 3334 4226
Mob +45 5234 4226
ac@horten.dk
Sekretær Jette Nim Larsen
Dir +45 3334 4197
jnl@horten.dk

J.nr. 169041

25. november 2015

- **ANMODNING OM EN VEJLEDENDE UDTAL-
TELSE OM HÅNDHÆVELSE AF ARBEJDS-
KLAUSULER I ODENSE KOMMUNE**

HORTEN

1. Baggrund

På vegne af Odense Kommune (herefter "Kommunen") anmodes Statsforvaltningen Afdeling Odense (herefter "Statsforvaltningen") om at afgive en udtalelse om, hvorvidt Kommunen lovligt i tjenesteydelses-, drifts- og bygge- og anlægskontrakter kan anvende den nedenfor beskrevne model for håndhævelse af arbejdsklausuler.

Kommunen har et ønske om at leve op til sit ansvar som modelarbejdsgiver, og benytter i den sammenhæng arbejdsklausuler ved udbud af større opgaver. Dog har der været konkrete udfordringer med at håndhæve arbejdsklausulerne på en effektiv måde, og uden at Kommunen bliver part i konflikter på arbejdsmarkedet. Med udsigten til forsat vækst i Kommunen og store anlægsprojekter, forudser Kommunen, at der vil komme flere konkrete udfordringer i fremtiden. Det er Kommunens vurdering, at den nedenfor beskrevne model på flere punkter kan imødekomme disse udfordringer.

Modellen har tre formål. Dels skal modellen sikre *effektiv* håndhævelse af Kommunens arbejdsklausuler, og dels skal modellen sikre *ligebehandling* mellem de af Kommunens leverandører, der har indgået en overenskomst, og de leverandører, der ikke har indgået en sådan. Samtidig er modellen med til at fritage Kommunen for en *standpunktsrisiko*, og vil sikre, at udbetaling af tilbagehold sker på et objektivt grundlag efter retslig prøvelse.

Modellen giver Kommunen en særlig adgang til *effektiv* håndhævelse af arbejdsklausulen i de tilfælde, hvor Kommunens leverandører er forpligtet til at yde sine ansatte visse løn- og ansættelsesvilkår både efter Kommunens arbejdsklausul og efter en overenskomstaftale, som leverandøren har påtaget sig. Kommunen vurderer, at denne konstellation er til stede i en væsentlig del af kommunens leverandørforhold.

I det omfang forpligtelsen efter arbejdsklausulen svarer til forpligtelsen efter overenskomsten, har den nedenfor beskrevne model konkret til formål at etablere et effektivt samspil mellem 1) håndhævelse af arbejdsklausulen i det aftaleretlige forhold mellem Kommunen og leverandøren, og 2) håndhævelse af overenskomsten i det fagretlige system. Dette samspil benævnes i det følgende "Håndhævelsesmodellen".

Nedenfor i afsnit 2 findes en uddybende beskrivelse af Håndhævelsesmodellen.

I afsnit 3 findes en retlig vurdering af en kommunal anvendelse af Håndhævelsesmodellen under henvisning til formålet om at sikre effektiv håndhævelse af arbejdsklausulen og ligebehandling af kommunale leverandører.

2. Håndhævelsesmodellen

HORTEN

Håndhævelsesmodellen tager udgangspunkt i Beskæftigelsesministeriets forslag til formulering af en arbejdsklausul. Forslaget findes i Vejledning af 30. juni 2014 til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter (vedlagt som bilag 1).

Beskæftigelsesministeriets forslag til arbejdsklausul er struktureret således, at stk. 1 indeholder en forpligtelse for leverandøren til at yde sine ansatte visse løn- og ansættelsesvilkår. I stk. 2 er beskrevet en række kontrolforanstaltninger, der kan hjælpe den pågældende ordregiver med at vurdere, om leverandøren overholder forpligtelser efter stk. 1, og i stk. 3 er beskrevet et forslag til håndhævelsesordning for forpligtelsen efter stk. 1.

I praksis har Beskæftigelsesministeriets klausul imidlertid vist sig vanskelig at håndhæve over for leverandører, der ikke overholder forpligtelsen. Det skyldes især væsentlige udfordringer med at opgøre de relevante lønkrav i relation til fx identifikation af de relevante medarbejdere (eventuelt bosiddende i udlandet), dokumentation for hvor og hvornår de pågældende medarbejdere har ydet en arbejdsindsats på den pågældende kontrakt for beregning af fx overtidsbetaling, modregning af ikke-dokumenterede (kontante) aconto-betalinger i forskellige valuta, oversættelse mellem dansk og medarbejdernes sprog osv. Det er disse udfordringer, der har afstedkommet ønsket om en klausul, der kan håndhæves simpelt og effektivt.

Håndhævelsesmodellen indebærer alene en tilpasning af formuleringen om håndhævelse i stk. 3, mens forpligtelsen efter stk. 1 og kontrolforanstaltningerne efter stk. 2 anvendes præcis som foreslået af Beskæftigelsesministeriet.

Nedenfor findes den samlede arbejdsklausul med den nævnte tilpasning af stk. 3. Tilpasningerne er markeret med rød tekst, mens den sorte tekst svarer til Beskæftigelsesministeriets forslag til arbejdsklausul. Gennemstregning af tekst markerer tekst fra Beskæftigelsesministeriets forslag, der er slettet.

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, og hvis dette medfører et berettiget krav på yderligere løn fra arbejdstagerne kan ordregiver tilbageholde og modregne vederlag med henblik på at tilgodese sådanne krav 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 compensation 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.

Den tilpasning, som Kommunen anmoder Statsforvaltningen om at tage stilling til er følgende passus. Det er denne del af arbejdsklausulen, som i dette brev refereres til som "Håndhævelsesmodellen":

"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."

Beskæftigelsesministeriets forslag til arbejdsklausul lægger op til, at tilbageholdt vederlag kan udbetales til de medarbejdere, der ikke har opnået løn- og ansættelsesvilkår efter arbejdsklausulen. Bestemmelsen er formuleret således:

"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."

HORTEN

Hensigten med denne ordning er formentlig, at ordregiveren kan give leverandøren incitament til at overholde arbejdsklausulen ved at sikre mulighed for gennemtvunge naturalopfyldelse af klausulen, hvorved parterne bliver stillet på samme måde, som hvis arbejdsklausulen blev opfyldt frivilligt.

Håndhævelsesmodellen supplerer denne ordning med muligheden for, at det tilbageholdte beløb også kan bruges til at honorere en faglig organisations krav mod leverandøren for overtrædelse af en overenskomstforpligtelse. Det er dog en forudsætning, at overtrædelsen sker under udførsel af den pågældende kontrakt for Kommunen.

Håndhævelsesmodellen medfører, at en leverandør har en aftaleretlig forpligtelse til at acceptere, at Kommunen 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 kendelse eller forlig.

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 med Kommunen. Et tilsvarende kædeansvar for underleverandører gælder i øvrigt tillige efter Beskæftigelsesministeriets forslag til arbejdsklausul.

Ved anvendelse af Håndhævelsesmodellen 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 relevante faglige organisation eller en kombination heraf.

Betalingen sker ved anvendelse af Håndhævelsesmodellen med frigørende virkning for Kommunen uanset, hvilken af de to fremgangsmåder Kommunen benytter, blot betingelserne for at tilbageholde vederlaget er opfyldte – dvs. at leverandøren har overtrådt forpligtelsen til at yde sine ansatte løn- og ansættelsesvilkår svarende til arbejdsklausulen.

Eventuel aftaleretlig binding på den videre anvendelse af det udbetalte beløb

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, kan der 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.

HORTEN

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 af leverandøren, idet klausulen giver hjemmel til at tilbageholde og modregne omkostninger hertil i leverandørens vederlag.

Leverandørens retstilling

Leverandøren opnår med Håndhævelsesmodellen sikkerhed for, at leverandøren ikke påføres en ringere retstilling, end leverandøren opnår efter en traditionel arbejdsklausul. Som det fremgår, 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, eller hvor mange penge kommunen kan tilbageholde. Tilbageholder Kommunen eksempelvis 100.000 kr. fra leverandøren, mister leverandøren de 100.000 kr. uanset, om Kommunen anvender de 100.000 kr. til selv at beregne og udbetale lønkomensation til de enkelte ansatte hos leverandøren, eller om Kommunen anvender de 100.000 kr. til at honorere krav for overtrædelse af overenskomsten fastslået ved fagretslig kendelse eller forlig.

3. Fortolkningsbidrag vedrørende kommunernes mulighed for at bidrage til at undgå social dumping

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 Håndhævelsesmodellen beskrevet i afsnit 2.

Indledningsvist bemærkes, at det følger af Cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter § 8, at: "*Det henstilles, at alle kommuner og regioner anvender arbejdsklausuler i bygge- og an-*

lægskontrakter efter retningslinjerne i dette cirkulære uanset kontraktens størrelse samt i øvrige kontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt."

Det fremgår endvidere af § 6 i samme cirkulære, at: *"Det skal fremgå af kontrakten, hvilke konsekvenser det har, hvis leverandøren og eventuelle underleverandører ikke overholder arbejdsklausulen eller ikke overholder dokumentationskravene. Sanktionen skal være effektiv, stå i forhold til overtrædelsens omfang og have en præventiv virkning."*

Cirkulæret opfordrer således entydigt til, at kommuner anvender arbejdsklausuler og sikrer effektiv håndhævelse af disse klausuler. Dette uddybes endvidere i Vejledning til det nævnte cirkulære, hvor det om § 6 er anført, at: *"Udover EU-rettens begrænsninger med hensyn til proportionalitet mv. er der aftalefrihed mellem ordregiver og leverandør med hensyn til håndhævelse."*

Vi bemærker i den forbindelse, at det fremgår af den nyligt afsagte dom fra EU-domstolen i sagen om RegioPost (C-115/14), at anvendelse af arbejdsklausuler kan ske i overensstemmelse med EU-retten, såfremt lønkravet i arbejdsklausulen er fastsat i overensstemmelse med reglerne i udstationeringsdirektivet og tydeligt fremgår af udbudsmaterialet (ved EU-udbud). Udstationeringsdirektivet stiller ikke betingelser for, hvordan et lønkrav i en arbejdsklausul håndhæves. Det er på den baggrund vores vurdering, at EU-retten ikke opstiller hindringer for en kommunal anvendelse af Håndhævelsesmodellen.

HORTEN

Som det fremgår i det følgende er det endvidere vores vurdering, at Håndhævelsesmodellen er proportionel og saglig. Det følger af Vejledningens tekst citeret ovenfor, at Kommunen herefter uden begrænsninger kan fastsætte en passende håndhævelsesordning.

Idet spørgsmålet om anvendelse og håndhævelse af arbejdsklausuler ikke i øvrigt er reguleret i skreven ret, har vi for god ordens skyld i det følgende uddybende vurderet forholdet 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 (vedlagt som bilag 2), at en kommune efter de offentligretlige retsgrund-

sætninger 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 (vedlagt som bilag 3) 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 (vedlagt som bilag 4) taget stilling til kommuners mulighed for at varetage bredere samfundsmæssige hensyn i sin opgavevaretagelse.

HORTEN

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 efterstrøge 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 an-

lægskontrakter kan anvende arbejdsklausuler. Københavns Kommune oplyste, at arbejdsklausulen vil blive anvendt som et standardvilkår i de kontrakter om anlægsopgaver og tjenesteydelser med en værdi på over 1 mio. kr.

I brev af 22. oktober 2013 (vedlagt som bilag 5) 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."

HORTEN

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 kan fremtræde med skiftende vægt i forskellige kontrakter.

Kommunalretlig vurdering af Håndhævelsesmodellen

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 2 beskrevne Håndhævelsesmodel om adgang til at anvende tilbageholdt vederlag til at fyldestgøre en faglig organisations krav fastslået ved fagretslig kendelse eller forlig.

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

Ligestilling af leverandører med og uden overenskomst via Håndhævelsesmodellen

Opmærksomheden kan i denne forbindelse henledes på, at Håndhævelsesmodellen ikke indebærer en pligt for leverandøren eller underleverandøren til at *indgå* en overenskomst. Håndhævelsesmodellen vedrører så-

ledes 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 Håndhævelsesmodellen, 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.

Håndhævelsesmodellen indebærer endvidere en ligestilling af leverandører (og underleverandører), der *har* indgået overenskomst, med leverandører (og underleverandører), der *ikke har* indgået 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 Håndhævelsesmodellen 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> Håndhævelsesmodellen	Arbejdsklausul <u>uden</u> Håndhævelsesmodellen
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 tilgødeser leverandører uden overenskomst.

Den ligestilling, som kommunen giver leverandørerne via Håndhævelsesmodellen, kan efter omstændighederne også medvirke til at fremme konkurrencen blandt mulige leverandører, der herefter har ensartede vilkår

HORTEN

som følge af arbejdsklausulen. Disse betragtninger kan samlet anføres som argumenter for at anvendelse af Håndhævelsesmodellen understøtter kommunens position som modelarbejdsgiver.

I den forbindelse bør overvejes det forhold, at en betaling til en faglig organisation kan erstatte en betaling til de pågældende medarbejdere. Dette kan umiddelbart fremstå som en fravigelse af princippet om en modelarbejdsgiver, idet kommunen (i mangel af aftale herom) ikke har sikkerhed for, 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.

Modelarbejdsgiversynspunktet kan dog næppe udstrækkes til, at en kommune er berettiget endsiige forpligtet til at varetage hensyn til de enkelte medarbejdere, 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 Håndhævelsesmodellen 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. Kommunen deler Beskæftigelsesministeriets opfattelse.

Under henvisning til denne betragtning kan det anføres, at Håndhævelsesmodellen således indebærer en effektiv og omkostningsfri håndhævelse af forpligtelsen efter arbejdsklausulen, der understøtter kommunens position som modelarbejdsgiver. Kommunens fordel består blandt andet i, at kommunen efter en simpel model, og på et objektivt 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 Håndhævelsesmodellen saglig og proportionelt?

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

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

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

HORTEN

Sammenfattende kommunalretlig vurdering

Det er på baggrund af ovenstående vores vurdering, at kommunalretten ikke er til hinder for anvendelse af Håndhævelsesmodellen. Idet Kommunen lovligt kan anvende arbejdsklausuler, må det følgelig lægges til grund, at Kommunen ligeledes er berettiget til at håndhæve klausulerne, blot håndhævelsen er saglig og proportionel i forhold til det formål, som Kommunen forfølger med arbejdsklausulen. Som det fremgår af ovenstående er det vores vurdering, at dette er tilfældet med Håndhævelsesmodellen.

For en god ordens skyld nævnes, at Kommunens eventuelle anvendelse af Håndhævelsesmodellen vil ske i overensstemmelse med den uskrevne retsgrundsætning om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Odense Kommune deltager gerne på et møde med statsforvaltningen, hvis der måtte være behov herfor.

Med venlig hilsen

Andreas Christensen