

• **BORTFORPAGTNING AF CAFÉDRIFT**

GRUNDLAGET OG RAMMERNE FOR BORTFORPAGTNINGEN AF CAFÉDRIFT I KØBENHAVNS KOMMUNES INSTITUTIONER

1. INDLEDNING

Københavns Kommune har bedt Horten om at udarbejde et notat om grundlaget og rammerne for bortforpagtning af cafédrift i kommunens institutioner.

Københavns Kommune har således anmodet os om følgende:

1. En redegørelse for grundlaget og rammerne for bortforpagtning af cafédriften, herunder muligheden for at undtage cafédrift fra bortforpagtning. Problemstillingen behandles nedenfor under **pkt. 3.**
2. En redegørelse for de vilkår, der lovligt kan gøres gældende over for en forpagter i relation til forpagterens ansættelsesvilkår for sine medarbejdere, herunder navnlig om der f.eks. kan stilles krav om, at forpagteren har indgået kollektiv overenskomst, eller om der kan stilles krav om, at forpagterens medarbejdere skal være ansat på overenskomstlignende vilkår. Problemstillingen behandles nedenfor under **pkt. 4.**

Københavns Kommune ønsker i den forbindelse en vurdering af, om kommunen i forpagtningsaftaler kan stille krav om, at forpagteren ved synlig skiltning i cafeen skal oplyse, om forpagteren har indgået kollektiv overenskomst, der dækker forpagterens ansatte (mærkningsordning). Denne problemstilling og vores overvejelser om alternative muligheder er behandlet i **pkt. 5** nedenfor.

3. I det omfang, der kan stilles krav, ønskes det vurderet, om der da er forskel på de vilkår, der kan stilles vedrørende de medarbejdere, der måtte være overført fra kommunen til forpagteren i forbindelse med bortforpagtningen, og de medarbejdere, forpagteren selv ansætter. Dette behandles under **pkt. 6.**

4. En redegørelse for eventuelle forskelle på de krav Københavns Kommune kan stille vedrørende løn- og ansættelsesvilkår til henholdsvis en forpagter af en café og til en leverandør af f.eks. rengøringsydelse eller bygge- og anlægsopgaver. Denne problemstilling behandles i forbindelse med behandlingen af spørgsmål 2 ovenfor.

Da der ikke er tale om indkøb fra kommunens side, er udbudsreglerne ikke relevante for vurderingen, og disse regler er derfor ikke behandlet i notatet. Herudover har vi i notatet lagt til grund, at der ikke er risiko for samhandelspåvirkning ved Københavns Kommunes bortforpagtning af cafédrift. Derfor omfatter vores vurderinger i dette notat ikke de regler og forpligtelser, der følger af tilbudsloven, udbudsdirektivet og uskrevne EU-retlige grundsætninger om ligebehandling og gennemsigtighed.

2. SAMMENFATNING

Det er sammenfattende vores vurdering, at kommunen ikke kan undlade at søge at bortforpagte cafédrift, jf. udgangspunktet om, at accessorisk virksomhed skal forsøges bortforpagtet. Kommunen kan alene varetage driften af en café, hvis det ikke er muligt at bortforpagte den.

Det er desuden vores vurdering, at kommunen ikke kan stille krav til en forpagter om, at vedkommende har indgået en kollektiv overenskomst eller har indgået en bestemt kollektiv overenskomst.

Kommunen kan dog efter vores vurdering i en forpagtningsaftale stille proportionale krav om, at forpagteren skal sikre sine medarbejdere løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres. Kravet om proportionalitet skal vurderes konkret i forhold til den enkelte kontrakt.

Der er efter vores vurdering ikke tilstrækkeligt saglige hensyn, som kan begrunde et krav om skiltning om overenskomstforhold eller om løn- og ansættelsesforhold, i det omfang kommunen ikke sagligt kan stille vilkår til disse forhold i forpagtningsaftalen. I det omfang kommunen sagligt og proportionalt kan stille krav om, at forpagteren tilbyder løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen, kan kommunen efter vores vurdering tillige stille krav om, at forpagteren skilter hermed.

3. GRUNDLAGET OG RAMMERNE FOR BORTFORPAGTNING AF CAFÉDRIFT

Afgrænsningen af, hvilke opgaver kommunen lovligt kan varetage og eventuelle rammer for kommunens opgavevaretagelse, er i vidt omfang reguleret i den skrevne lovgivning.

Herudover er kommunernes opgavevaretagelse reguleret af de uskrevne kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (de såkaldte kommunalfuldmagtsregler), som beskrives nedenfor. Grundlæg-

gende kan en kommune kun udføre eller støtte aktiviteter, i det omfang der er en kommunal interesse deri (almennytteskriteriet).¹

Der er ikke skrevne regler om kommuners adgang til at udøve café- og restaurationsdrift. Kommunens hjemmel til at udøve cafédrift skal derfor findes i kommunalfuldmagtsreglerne.

Som hovedregel er kommuner afskåret fra at udøve **erhvervsvirksomhed**. Der findes dog enkelte, afgrænsede undtagelser hertil, f.eks. hvor hensynet til at undgå værdispild (afsætning af overkapacitet) eller tilsvarende hensyn kan begrunde det, f.eks. når der er tale om varetagelse af såkaldte accessoriske opgaver. Det vil sige opgaver, der i princippet ikke er kommunale, men som knytter sig naturligt og tæt til varetagelsen af kommunale opgaver. Et typisk eksempel er etablering af en restaurant i et kommunalt musikhus eller lignende.²

Aktiviteten skal i så fald udøves på markedsvilkår for at sikre private aktører mod urimelig konkurrence. En kommune må ikke drive eller deltage i en aktivitet med det formål at opnå profit.

Kommunernes adgang til at udøve accessorisk virksomhed kan ikke gå længere, end formålet tilsiger. Det betyder, at en kommune kan etablere en restaurant i et kommunalt musikhus. Kommunen kan dog ikke drive restauranten selv, men er forpligtiget til at søge at bortforpagte driften på markedsvilkår.

Fra tilsynspraksis kan der f.eks. henvises til Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 6. juni 2011 om Harboøre Centret. Her fandt statsforvaltningen bl.a., at et solcenter ikke kunne anses som accessorisk virksomhed, mens en café kunne. Desuden kan der henvises til Statsforvaltningen Hovedstadens udtalelse af 29. april 2009 om Rungsted Havn, hvor restauranter og tøjbutikker samt en frisør og en shippingvirksomhed blev anset for accessorisk virksomhed i relation til en kommunal havn.

Såfremt **bortforpagtning ikke er mulig**, kan kommunen selv drive restauranten, men er forpligtiget til løbende at undersøge mulighederne for bortforpagtning.³

Det er vores anbefaling, at der i et sådant tilfælde sikres dokumentation for, at bortforpagtning er forsøgt uden held.

Fra tilsynspraksis kan der i den forbindelse henvises til *Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 22. juli 2008* vedrørende drift af et kurbad i en kommunal svømmehal. Statsforvaltningen udtalte i den forbindelse, at der kunne drives et kurbad (af begrænset omfang) i forbindelse med en kommunal svømmehal, men at kommunen kun selv kunne drive kurbadet, såfremt driften heraf ikke lod sig bortforpagte. Statsforvaltningen Midtjylland fastslog i en *udtalelse af 17. september 2008*, at Holstebro Kommune kunne yde støtte til driften af en restaurant, som lå i tilknytning til et kul-

¹ Se f.eks. Jens Garde og Karsten Revsbech: *Kommunalret*, 2011, s. 18ff.

² Se f.eks. Jens Garde og Karsten Revsbech: *Kommunalret*, 2011, s. 57.

³ Se Karsten Revsbech: *Kommunernes opgaver*, 2. udg. 2010, s. 142f. samt Indenrigsministeriets breve af 8. december 1999 og 27. april 2001 om restaurationsdrift på Læsøfærgen.

turcenter, som kommunen lovligt kunne drive. Statsforvaltningen lagde vægt på, at restauranten uden held var blevet forsøgt bortforpagtet. Kravet om, at bortforpagtning skal ske på markedsvilkår, kan i særlige tilfælde indebære, at kommunen kan yde støtte til forpagteren.⁴

Det er på den baggrund sammenfattende vores vurdering, at det ikke er muligt generelt at undtage cafédrift fra udgangspunktet om, at accessorisk virksomhed skal forsøges bortforpagtet på markedsvilkår, og at kommunen alene vil kunne varetage driften, hvis det konkret viser sig umuligt at bortforpagte driften.

4. MULIGHEDEN FOR AT STILLE VILKÅR TIL EN FORPAGTER

4.1 Generelle bemærkninger

Der findes ikke særlige regler, der generelt regulerer kommuners **udlejning eller bortforpagtning** af faciliteter til private, herunder bortforpagtning af cafédrift. Kommunen har imidlertid efter almindelige kommunalretlige principper, herunder grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning, pligt til at konkurrenceudsætte sådanne kontrakter for at sikre, at kontrakterne indgås på markedsvilkår.

Kommunens adgang til ved indgåelse af aftaler med private at varetage særlige hensyn afhænger af, om disse hensyn 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. Herudover skal de konkrete krav være proportionale i forhold til de hensyn, som kommunen ønsker at varetage og i forhold til den konkrete kontrakt.

En kommune skal altid iagttage almindelige offentligretlige retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen samt kommunalfuldmagtsreglerne, som er beskrevet ovenfor. Herudover gælder også den nævnte grundsætning om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Det beror således på en konkret vurdering, hvilke krav en kommune lovligt kan stille til en forpagter. Kommunens krav skal være begrundet i en saglig kommunal interesse.

4.1.1 *Saglig kommunal interesse*

Det daværende Indenrigsministerium tog i 1999 netop stilling til, om varetagelse af fagforenings- og organisationsmæssige interesser kunne anses som en saglig kommunal interesse. I *udtalelse af 1. juli 1999 antog ministeriet*, at en kommune efter de offentligretlige retsgrundsætninger og kommunalfuldmagtsreglerne ikke lovligt kunne varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunens leverandører af varer og tjenesteydelser.

⁴ Se ovennævnte breve om restaurationsdrift på Læsøfærgen.

Indenrigsministeriet udtalte, 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. 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 arbejds-tagerorganisation.

Et andet eksempel på tilsynsmyndighedernes praksis i forhold til kravet om, at kommuner alene kan stille krav til sine kontraktparter, som er begrundet i saglige kommunale interesser, kan vi også henvise til *Statsforvaltning Syddanmarks udtalelse af 9. april 2010* om Odense Kommunes krav om, at der skulle opføres Svanemærket byggeri på byggegrunde, som kommunen udbød til salg. Statsforvaltningen fastslog, at kommunen ikke havde en saglig kommunal interesse i at stille krav om, at der skulle bygges Svanemærkede huse på byggegrundene.

Den seneste, offentliggjort udtalelse, hvor de kommunale tilsynsmyndigheder har udtalt sig om indholdet af begrebet "saglig kommunal interesse", er *Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013* om Aarhus Kommunes mulighed for at varetage Fair Trade-hensyn,⁵ blandt andet ønskede Aarhus Kommune at stille krav om fair trade-mærkning af 10 % af kommunens indkøb mv. *Statsforvaltningen Midtjylland havde i sin udtalelse i sagen af 3. juli 2012* fundet, at kommunens interesse i at være med til at forbedre arbejdsvilkårene for fattige bønder i andre dele af verden ikke kunne tilsidesætte kommunens forpligtelse til at opfylde kommunens behov bedst og billigst.

Økonomi- og Indenrigsministeriet fandt imidlertid i sin udtalelse, at en kommune godt kan påtage sig samfundsansvar og varetage disse hensyn i forbindelse med sin opgavevaretagelse:

"Det nærmere indhold af det samfundsansvar, som en kommune uden hjemmel i den skrevne lovgivning kan påtage sig i forbindelse med sin opgavevaretagelse, lader sig næppe entydigt afgrænse.

I lyset af, at der ikke er hjemmel i den skrevne lovgivning til, at kommuner kan varetage disse hensyn, finder ministeriet, at spørgsmålet om, på hvilken måde de omhandlede hensyn kan varetages på forskellige kommunale opgaveområder, må afgrænses under hensyntagen til, hvad der i øvrigt antages at gælde efter almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse.

Afgrænsningen må endvidere ske under hensyn til internationalt anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet, jf. pkt. 2 c.

...

⁵ Udtalelse af 3. maj 2013 i sag nr. 2012-00470.

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."

Ministeriet fastslog således, at kommuner kan påtage sig samfundsansvar. Dette kan – som i Fair Trade-sagen – f.eks. ske ved, at kommunen i sine indkøb stiller krav om, at de indkøbte produkter er produceret under rimelige forhold, som kan anses for at leve op til almindelige standarder og principper for samfundsansvar.

Ud over, at der skal foreligge en saglig kommunal interesse i at fastsætte konkrete krav i forbindelse med en kommunes aftaleindgåelse, skal kommunen også iagttage proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen, jf. bemærkningerne herom ovenfor.

4.2 **Særligt om krav til ansættelsesvilkår mv.**

Spørgsmålet er herefter, om det vil være muligt specifikt i forhold til aftaler om bortforpagtning af cafédrift at stille særlige krav i relation til forpagterens ansættelsesvilkår.

4.2.1 *ILO-konvention nr. 94*

ILO-konvention nr. 94 er i 1990 tiltrådt af Danmark og er gennemført i dansk ret ved cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter⁶, herefter benævnt "Cirkulæret".

Efter Danmarks ratifikation af konventionen er alle statslige myndigheder ved Cirkulæret blevet pålagt at anvende en klausul i visse offentlige kontrakter med henblik på at sikre, at løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres. I Cirkulæret henstilles kommunerne til også at anvende en sådan klausul i forbindelse med indgåelse af aftaler om bygge- og anlægsarbejder.

Denne henstilling taler for, at det må kunne anses som et sagligt kommunalt hensyn at stille krav, som svarer til klausulerne beskrevet i Cirkulæret,

⁶ Cirkulære nr. 115 af 27. juni 1990 fra beskæftigelsesministeren om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde.

når der indgås aftaler på bygge- og anlægsområdet. Det skal dog være proportionalt i forhold til den konkrete kontrakt at stille sådanne krav.

Af den under afsnit 4.1.1 nævnte udtalelse af 1. juli 1999 fra det daværende Indenrigsministerium fremgår udtrykkeligt, at det i konkrete tilfælde kunne være sagligt, at kommunen lagde vægt på, at løn- og ansættelsesvilkår for kontraktpartens ansatte ikke var mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gjaldt inden for det fag eller den industri, hvor kontraktparten havde sin virksomhed. Indenrigsministeriet henviste i den forbindelse til Cirkulæret.⁷ I Fair Trade-udtalelsen henviser ministeriet også til, at formålet med ILO-konvention 94 blandt andet er at understrege statens forpligtelser som ”modelarbejdsgiver”.

4.2.2 *Rapporten om Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser (ABS-rapporten)*

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.⁸

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:

”I det omfang dette må anses at være sagligt begrundet i kommunens varetagelse af hensynet til udførelsen af den opgave, som aftalen vedrører eller i et vist omfang andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage, kan en kommune således ved indgåelse af en aftale med en privat om udførelse af opgaver for kommunen lægge vægt på, hvilke løn- og ansættelsesvilkår den privates ansatte har under udførelsen af opgaver for kommunen.

Fagforenings- og organisationsmæssige interesser og hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunernes leverandører af varer og tjenesteydelser er imidlertid ikke lovlige hensyn, som kommunerne kan varetage.

[...]

Der kan som eksempler på hensyn, som kan være saglige, anføres, at en kommune – med henblik på at sikre at den private leverandør faktisk vil være i stand til at udføre den pågældende opgave i overensstemmelse med de krav til bl.a. kvaliteten i f.eks. borgerbetjeningen, pris og frister, som kommunen har fastsat – må antages lovligt at kunne lægge vægt på forhold som f.eks. arbejdsmiljø og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren. Det må derfor ofte anses at være sagligt for kommunen at lægge vægt på forhold, som (også)

⁷ For så vidt angår udbud henviser Økonomi- og Indenrigsministeriet i Fair Trade-udtalelsen af 3. maj 2013 til kommunernes praksis for at indsætte arbejdsklausuler i udbudskontrakter. De udbudsretlige forhold er som nævnt indledningsvis ikke belyst i dette notat, men Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en udtalelse vurderet dette spørgsmål.

⁸ <http://www.evm.dk/resources/oem/static/publikationer/html/abservice/index.htm>.

vedrører løn- og arbejdsvilkår for kontraktpartens ansatte. Sådanne forhold kan eksempelvis vedrøre løn, informationsprocedurer i forhold til medarbejderne, arbejdets tilrettelæggelse, etablering af samarbejdsorganer og procedurer på personaleområdet, medarbejdernes kvalifikationer og efteruddannelse.

Hvorvidt det i det enkelte tilfælde er sagligt, at kommunen i forbindelse med en aftale stiller et bestemt krav eller ved valget af leverandør lægger vægt på et bestemt kriterium vedrørende medarbejderforhold, afhænger imidlertid, som det fremgår af ovenstående, af en konkret vurdering af, hvorvidt hensynet til varetagelsen af den kommunale opgave – eller efter omstændighederne andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage – kan begrunde kravet eller kriteriet." (vores fremhævning)

Det vil således i henhold til rapporten ikke være sagligt, hvis Københavns 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.

4.2.3 *Lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd*⁹

Denne lov trådte i kraft den 1. november 2012. Formålet med loven er at oprette en ikke-retlig mæglings- og klageinstitution, som kan håndtere konflikter som følge af overtrædelse af internationale standarder og principper om global ansvarlig virksomhedsadfærd, jf. OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder. Retningslinjerne er tiltrådt af Danmark, men er ikke i sig selv juridisk forpligtende.

Ifølge lovens § 3 er kommuner blandt de aktører, som kan indbringes for institutionen for ikke at overholde retningslinjerne. Lovens forarbejder fastslår blandt andet følgende:

".. Forslaget er et led i udmøntningen af regeringens målsætning om, at Danmark er i front, når det gælder virksomheders globale ansvarlighed i relation til arbejdstager- og menneskerettigheder, internationale miljøstandarder og kampen mod korruption.

...

... Derfor skal danske offentlige virksomheder, statslige og regionale myndigheder og danske private og offentlige organisationer også efterleve retningslinjerne, fordi disse i mange situationer opererer i sammenlignelige situationer med private virksomheder."

⁹ Lov nr. 546 af 18. juni 2012 om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd.

Som nævnt ovenfor henviser Økonomi- og Indenrigsministeriet til denne lov til støtte for, at kommuner kan påtage sig et samfundsansvar, herunder stille krav om ”ordentlige arbejdsvilkår”.

Med henvisning til ministeriets udtalelse i Fair Trade-sagen må det også kunne anses som et sagligt hensyn, hvis kommunen med henvisning til varetagelse af kommunens samfundsansvar stiller krav om, at en forpagters medarbejdere skal have forhold, der sikrer, at de har ”ordentlige arbejdsvilkår”.

Ligesom i forhold til kommunens indkøb må det efter vores vurdering være sagligt, at kommunen stiller krav om, at forpagtere af kommunens cafeer mv. lever op til kommunens principper for samfundsansvar, jf. dog nedenfor om proportionalitetsprincippet.

4.3 **Sammenfattende om adgangen til at stille vilkår**

Det er på baggrund af ovenstående sammenfattende vores vurdering, at det ikke er muligt generelt for Københavns Kommune at stille krav til forpagtere om, at vedkommende skal tiltræde en kollektiv overenskomst.

Det er derimod vores vurdering, at Københavns Kommune efter en konkret vurdering kan stille krav om, at forpagterens ansatte skal tilbydes løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen. Det er i så fald en betingelse, at kommunen herved lægger vægt på hensyn, som en kommune sagligt kan varetage, f.eks. hensynet til at sikre driften af caféen, hensynet til kvalitet eller hensynet til kommunens ønske om at agere som ”modelarbejdsgiver” eller i denne situation som ”modelbortforpagter”. Herudover skal kravet være proportionalt i forhold til hensyn, kommunen ønsker at tilgodese.

Det kan ikke udelukkes at Statsforvaltningen eller Økonomi- og Indenrigsministeriet på et senere tidspunkt vil komme frem til, at det ikke er sagligt at stille krav om ”ordentlige arbejdsvilkår” for forpagterens medarbejdere i en forpagtningsaftale. I så fald må kommunen fjerne kravet herom for fremtiden.

5. **SÆRLIGT OM EN MÆRKNINGSORDNING – ANNONCERING AF OVERENSKOMSTFORHOLD**

Vi har ved vores vurdering af kommunens mulighed for at stille krav om, at forpagteren gennem skiltning oplyser, om virksomheden har overenskomst lagt til grund, at kravet om skiltning skulle anvendes i stedet for et krav om, at der indgås overenskomst, da kommunen som nævnt ovenfor ikke sagligt kan fastsætte sidstnævnte krav.

5.1 **Skiltning i de tilfælde, hvor kommunen ikke kan fastsætte krav om overenskomst**

Som nævnt ovenfor har tilsynsmyndighederne ikke anset det som saglig kommunal interesse at varetage fagforenings- og organisationsmæssige formål. Vi henviser til Indenrigsministeriets udtalelse af 1. juli 1999, som er gengivet i afsnit 4.1.1 ovenfor.

På baggrund af Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 i Fair Trade-sagen må det som nævnt kunne anses som et sagligt hensyn, hvis kommunen med henvisning til varetagelse af kommunens samfundsansvar stiller krav om, at en forpagters medarbejdere skal have forhold, der lever op til almindelige standarder og principper for samfundsansvar. Ved udformningen af kommunens krav til forpagteren, skal kommunen som ligeledes nævnt iagttage proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen, jf. bemærkningerne herom ovenfor.

Det er ikke nærmere oplyst af kommunen, hvilke hensyn der ligger bag ønsket om, at forpagteren skal skilte med, hvorvidt medarbejderne i caféen er omfattet af en overenskomst.

Ét formål med skiltning kan være at oplyse kunderne om, at denne café's medarbejdere er ansat på overenskomstmæssige vilkår. Derved vil skiltningen indgå som en del af caféernes markedsføring i bred forstand, og caféer, der ikke kan skilte med, at medarbejderne er omfattet af overenskomster, vil præsumptivt stå dårligt i konkurrencen med andre caféer.

Et krav om skiltning vil derfor udgøre et indirekte pres fra kommunens side for, at forpagteren skal tiltræde en overenskomst. Da kommunen jf. ovenfor ikke kan stille krav om, at forpagteren indgår overenskomst, kan kommunen efter vores vurdering heller ikke – gennem indirekte pres – sagligt opnå samme formål ved at stille krav om skiltning med, om der er indgået overenskomst.

Herudover ville det skulle vurderes i forhold til persondataloven, om der ved en sådan skiltning ville ske en videregivelse af medarbejdernes fagforeningstilknytning, hvilket i henhold til persondataloven er særligt følsomme oplysninger.¹⁰

5.2 **Krav om skiltning i de tilfælde, hvor der ikke kan fastsættes krav til løn- og ansættelsesvilkårene**

Som sammenfattet under pkt. 4.3 kan det efter en konkret vurdering være sagligt for kommunen at fastsætte krav i forpagtningsaftalen om, at forpagteren tilbyder løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen.

Hvis betingelserne for at fastsætte et sådant krav ikke er opfyldt, kan det overvejes, om kommunen *i stedet* kan stille krav om, at forpagteren skilte med, om medarbejderne er ansat på løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen. Det er i lighed med pkt. 5.1 vores vurdering, at kommunen ikke sagligt kan stille et krav om at skilte med forhold, som kommunen ikke sagligt kan kræve iagttages.

¹⁰ Hvis der ikke i forbindelse med skiltningen sker en elektronisk behandling af oplysningen, og at behandling heller ikke på anden måde omfattes af persondataloven, må det vurderes, om videregivelsen på anden måde er i strid med lovgivningen.

Krav om skiltning i de tilfælde, hvor der kan fastsættes krav til løn- og ansættelsesvilkårene

Hvis betingelserne er opfyldt for at fastsætte krav om, at forpagteren tilbyder løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen, kan det overvejes, om kommunen *tillige* kan stille krav om, at forpagteren skilter med, om medarbejderne er ansat på løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen.

Det giver efter vores opfattelse anledning til tvivl, om kommunen kan kræve, at forpagteren skilter med de vilkår, som medarbejderne er ansat på. Tvivlen skyldes, at det er vanskeligt at se, hvilket sagligt hensyn skiltningen skal imødekomme.

I det omfang skiltningen skal sikre, at medarbejderne er opmærksomme på, at de kan kræve løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end i branchen, kan skiltning evt. begrundes. Da dette formål efter vores opfattelse kan opnås ad mindre indgribende vej, f.eks. ved i forpagtningsaftalen at kræve, at medarbejderne gøres opmærksom på kravet, er det efter vores opfattelse ikke proportionalt at kræve skiltning.

Skiltningen må dog anses at bidrage til at fremme kommunens det overordnede ønske om at sikre rimelige løn- og ansættelsesvilkår. Dette sker ved at give kunder – og borgerne generelt – information om, at en given café giver sådanne vilkår. Kunderne får derved mulighed for at foretrække én café fremfor en anden under henvisning til de ansættelsesforhold, medarbejderne tilbydes.

I modsætning til f.eks. "Smiley-ordningen" – er der ikke et egentligt beskyttelseshensyn at tage på kundernes vegne. Ordningen skal derfor kunne begrundes i det mere overordnede samfundsmæssige ønske om at skabe bevidsthed om løn- og ansættelsesforhold og om kommunens tiltag for at fremme dette. Dette hensyn må i lyset af Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse om Fair Trade-sagen formentlig anses som sagligt. Skiltningen vil evt. tillige kunne anses som en del af kommunens branding, hvilket – dog med en begrænset vægt – understøtter, at kommunen sagligt kan stille et krav om skiltning.

Sammenfattende er det således vores vurdering, at et krav om skiltning med de løn- og ansættelsesforhold, som forpagteren i henhold til forpagtningsaftalen er forpligtet til at tilbyde, formentlig kan begrundes i hensynet til at fremme rimelige løn- og ansættelsesvilkår og til dels et ønske om at brande Københavns Kommune som ansvarlig i forhold til løn- og ansættelsesvilkår.

Selv hvis der måtte være sådanne saglige hensyn, der efter en konkret vurdering var proportionale i forhold til kravet, ville som nævnt ovenfor skiltningen skulle vurderes i forhold til reglerne om videregivelse af personfølsomme oplysninger.

6. MEDARBEJDERE, SOM VIRKSOMHEDSOVERDRAGES

● Side 12

For så vidt angår medarbejdere, der måtte blive overdraget fra en ansættelse i Københavns Kommune til at være ansat af forpagteren, vil forpagteren som følge af virksomhedsoverdragelsesloven være forpligtet til at tilbyde samme løn- og ansættelsesvilkår til de overdragne medarbejdere, som de har haft hos kommunen.

Virksomhedsoverdragelseslovens pligt til at tilbyde samme vilkår som hidtil vedrører ikke Københavns Kommunes mulighed for at stille selvstændige krav om løn- og ansættelsesvilkår hos forpagteren. Reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven beskrives derfor ikke nærmere her.

Hellerup, den 30. august 2013
Horten

Andreas Christensen