

NOTAT

Kan en kommune stille krav om at følge danske overenskomster?

April 2011

1/7

Dette notat handler om, hvorvidt en kommune i forbindelse med et udbud kan stille krav om, at leverandøren skal følge danske overenskomster. Notatet er udarbejdet af KL's Juridiske Kontor, og lanceres af Udbudsportalen.dk.

Ved vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt det i forbindelse med et udbud er lovligt at fastsætte kontraktvilkår om at følge danske overenskomster er følgende lovgivning/retsgrundlag særligt relevant: EU-traktatretlige principper, ILO-konvention nr. 94, lov om udstationering af lønmodtagere samt offentligretlige grundsætninger.

Det bemærkes, at et sådant kontraktvilkår vil gælde for både udenlandske og danske tilbudsgivere.

1. EU-traktatretlige principper

Indgåelse af offentlige aftaler er et af de områder, der er reguleret i EU-retligt regi. EU-retten regulerer aftaleindgåelsen på to niveauer. For det første er offentlige aftaler reguleret af Traktatens bestemmelser, og for det andet er disse aftaler reguleret af udbudsdirektivet.

Det bemærkes dog, at hverken udbudsdirektivet eller den danske tilbudslov regulerer spørgsmålet om løn- og ansættelsesvilkår for medarbejdere, der udfører en given opgave for en kommune i Danmark.

I det tilfælde, hvor udbudsdirektivet finder anvendelse, skal kommunen følge en række proceduremæssige regler i henhold hertil.

EF-traktaten indeholder bestemmelser om tjenesteydelsernes og arbejdskraftens frie bevægelighed.

Det antages, at generelle EU-traktatretlige principper er udtryk for så vigtige og grundlæggende forhold, at det på områder, som er EU-retligt reguleret, ikke vil være korrekt at fravige dem, blot fordi man befinder sig under en bestemt økonomisk grænse, jf. EU-domstolens afgørelse C-59/00. Disse principper finder således også anvendelse ved udbud efter de nationale regler.

Af særlig relevans for spørgsmålet om, hvorvidt et krav om, at leverandøren skal følge danske overenskomster, kan anses for lovligt, er ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og proportionalitetsprincippet.

Begrebsmæssigt betyder *ligebehandlingsprincippet*, at tilbudsgiverne skal behandles lige. Der er i princippet ikke nogen referenceramme for, hvad der skal danne grundlag for vurderingen af, om tilbudsgiverne forskelsbehandles. Det formodes derfor, at al forskelsbehandling af tilbudsgivere i udbudsprocessen potentielt kan være i strid med ligebehandlingsprincippet.

EU-traktaten indeholder et almindeligt *forbud mod forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet*. I relation hertil skal ses traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer, arbejdskraft og tjenesteydelser. Generelt kan det anføres, at krav eller foranstaltninger, som hæmmer udøvelsen af traktatens frihedsrettigheder, eller gør udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal anvendes uden forskelsbehandling og være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn.

Begrebsmæssigt betyder *proportionalitetsprincippet*, at udbyder ikke må fastsætte et vilkår, der er mere byrdefuldt for en leverandør, hvis et mindre byrdefuldt vilkår kan opfylde det (saglige) formål, som udbyderen forfølger. Vilkåret skal endvidere være egnet til at opnå formålet.

Ovenstående betragtninger om de EU-traktatretlige grundsætninger vil naturligvis også gælde, når opgaver ligger inden for udbudsdirektivets rammer.

2. ILO-konvention nr. 94

Danmark har i 1957 ratificeret ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. ILO-konventionen er senest gennemført ved cirkulære nr. 115 af 27. juni 1990 fra Beskæftigelsesministeriet om arbejdsklausuler i *offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde*.

Ifølge cirkulæret pålægges alle statslige myndigheder at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde, hvorefter le-

leverandørerne skal sikre de ansatte en 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.

Endvidere henstilles det til kommuner at indsætte arbejdsklausuler i alle offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder efter samme retningslinjer, som gælder for statslige kontrakter. Det fremgår videre af cirkulæret, at arbejdsklausuler kan begrænses til at finde anvendelse på kontrakter over en vis værdi.

ILO-konvention nr. 94 og cirkulære nr. 115 forpligter således ikke umiddelbart kommuner til ved udbud af opgaver at stille krav om arbejdsklausuler.

Omvendt vil det i forlængelse af konventionen og det statslige cirkulære være sagligt for en kommune at pålægge leverandørerne at sikre de ansatte en 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.

3. Rüffert-dommen i relation til Danmarks håndhævelse af ILO-konvention nr. 94

Den 3. april 2008 afsagde EU-domstolen dom i sagen C 346/06, Dirk Rüffert mod Land Niedersachsen.

Konklusionen på dommen er følgende:

”Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, sammenholdt med artikel 49 EF, er i en situation som den i hovedsagen foreliggende til hinder for, at en myndighed i en medlemsstat vedtager en lovgivningsmæssig foranstaltning, hvorved det pålægges den ordregivende myndighed kun at give kontrakter for byggeleverancer til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftligt har forpligtet sig til ved udførelsen af leveringerne mindst at betale deres ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn.”

Den foranstaltning, som Niedersachsen havde indført, har flere lighedstegn med den, som Danmark praktiserer for at leve op til ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

Det blev derfor gjort gældende, at dansk praksis muligvis var i strid med udstationeringsdirektivet, og at Danmark derfor kunne være nødsaget til at opsiges ILO-konvention nr. 94.

Beskæftigelsesministeriet foretog på den baggrund vurdering af Rüffert-dommen i relation til Danmarks håndhævelse af ILO-konvention nr. 94. I ministeriets notat fra september 2008 konkluderes, at Domstolen i sagen ikke har taget stilling til ILO-konvention nr. 94, da det ikke var relevant i den konkrete sag, og at der således på baggrund af denne sag intet belæg var for, at Danmarks praksis vedrørende ILO-konvention nr. 94 ikke kan fortsætte uændret.

Endelig anføres i notatet, at Danmark håndhæver ILO-konvention nr. 94 ikke alene på grund af den internationale forpligtelse i sig selv, men på grund af det bagvedliggende formål, som der med Rüffert-dommen ikke er taget direkte stilling til: Formålet er, at det offentlige skal optræde som "modelarbejdsgivere" og ikke bør medvirke til at presse løn- og arbejdsvilkår. I Danmark er der en lang tradition for, at løn- og arbejdsvilkår reguleres af arbejdsmarkedets parter, og det er en del af flexicuritymodellen i Danmark. Det ville rykke balancen, såfremt det offentlige kunne undergrave overenskomster ved at aflønne under overenskomstens niveau.

4. Lov om udstationering af lønmodtagere

Lov om udstationering af lønmodtagere (jf. lovbekendtgørelse nr. 849 af 21. juli 2006) har til formål at sikre fair konkurrence, og at arbejdsgivernes rettigheder respekteres ved udstationering af medarbejdere i en anden medlemsstat.

Udstationeringsloven finder anvendelse i situationer, hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser udstationerer lønmodtagere til Danmark, jf. § 1, stk. 1. Begrebet tjenesteydelser skal her forstås bredt.

En virksomhed anses for at udstationere lønmodtagere til Danmark, når virksomheden for egen regning og under egen ledelse udstationerer lønmodtagere i forbindelse med udførelse af en tjenesteydelse for en modtager af denne i Danmark, jf. § 4, stk. 1, nr. 1. Bestemmelsen omfatter fx bygge-entrepriser, hvor en entreprenør i forbindelse med et byggearbejde her i landet medbringer sit eget personale.

Loven fastsætter, at arbejdstagere, der er udstationeret til Danmark af en virksomhed, omfattes af den danske arbejdsmiljø-, ligebehandlings-, ligeløns- og forskelsbehandlingslov, funktionærlovens § 7 samt visse bestemmelser i ferieloven. Udstationeringsloven implementerer – efter enighed mellem arbejdsmarkedets parter – imidlertid ikke den del af det underlig-

gende EU-direktiv, som angår minimumsløn. Denne del er herefter op til arbejdsmarkedets parter selv at regulere.

Udstationeringsloven hjemler således ikke en adgang for en offentlig ordregiver til at stille krav om anvendelse af kollektive overenskomster.

Arbejdsgiveren er på de i lovens nævnte områder forpligtet til at sikre arbejdstageren arbejds- og ansættelsesvilkår, der mindst svarer til de vilkår, der er gældende for arbejdstagere i Danmark.

Der findes ikke i dansk lovgivning bestemmelser om mindsteløn. Danmark har valgt ikke at anvende lovgivningen til at bestemme, at kollektive overenskomster skal finde generel anvendelse, således at de dækker en bredere kreds end overenskomstens parter, fx en sektor, en erhvervsgren eller et geografisk område. Udstationerede arbejdstagere vil således som udgangspunkt kun være sikret en vis mindsteløn under sit arbejde i Danmark i det tilfælde, hvor danske fagforeninger opnår en overenskomst med den udenlandske arbejdsgiver om bl.a. mindsteløn. Opnås en sådan overenskomst ikke, vil en faglig organisation lovligt kunne iværksætte sympatikonflikt og blokade, hvilket kan forsinke arbejdet.

Lov om udstationering af lønmodtagere berører ikke anvendelse af ILO-konventionen. Det kan således forekomme, at begge regelsæt anvendes samtidigt. Hvis fx et udenlandsk firma, der udstationerer medarbejdere i Danmark, ikke giver medarbejderne ferie efter danske regler, er det for det første en overtrædelse af denne lov. For det andet er det kontraktbrud over for den offentlige myndighed, der i henhold til ILO-konventionen (og det statslige cirkulære) har betinget sig, at den udenlandske virksomhed skal sikre medarbejderne vilkår svarende til de danske.

5. Offentligretlige grundsætninger

Ud over ovennævnte regler er en kommune ved indgåelse af aftaler med private bundet af almindelige offentligretlige retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen, samt uskrevede kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (de såkaldte kommunalfuldmagtsregler).

Dette indebærer bl.a., at en kommune ved indgåelse af aftaler med private 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 på en konkret vurdering, hvilke krav en kommune lovligt kan stille.

Det antages, at en kommune efter de offentligretlige retsgrundsætninger (om bl.a. ligebehandling og saglighed) og kommunalfuldmagtsreglerne ikke lovligt kan varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunens leverandører.

Dette indebærer, at det som udgangspunkt ikke er en kommunal opgave at søge at forebygge eller bidrage til at løse en arbejdsretlig konflikt om, hvorvidt en leverandør som arbejdsgiver skal aflønne i henhold til en given mindsteløn eller indgå en kollektiv overenskomst med en lønmodtagerorganisation, fx ved på forhånd generelt at udelukke en bestemt gruppe af arbejdsgivere fra at afgive tilbud på udførelsen af kommunale opgaver.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har udtalt, at en kommune ikke lovligt, som betingelse for at kunne udføre opgaver for kommunen, kunne stille et generelt krav om eller på anden måde generelt forudsætte, at kommunens leverandører har indgået overenskomst med en arbejdstagerorganisation.

6. Hvad gælder så?

Det må lægges til grund, at et krav i forbindelse med et udbud om at følge danske overenskomster ikke må anvendes til at udelukke udenlandske virksomheder fra at deltage i danske udbudsforretninger. Kravet må heller ikke anvendes således, at det indebærer forskelsbehandling eller konkurrencebegrænsninger.

Ovennævnte udtalelse fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet er udtryk for, at det ikke vil være lovligt generelt at stille krav om, at kommunens leverandører er part i eller i forbindelse med kontraktindgåelsen med kommunen indtræder som part i (danske) kollektive overenskomster.

Spørgsmålet er herefter, om det vil være lovligt for en kommune at stille krav om, at leverandøren skal *følge* danske kollektive overenskomster.

Det må antages, at et *generelt* krav om, at leverandører *i det hele* skal følge danske overenskomster, vil være i strid med EU-traktatretlige samt offentligretlige retsgrundsætninger; særligt om proportionalitet og forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet.

Det må videre antages, at et generelt krav om, at leverandører i det hele skal følge danske overenskomster, vil kunne udgøre en forskelsbehandling af

leverandørerne i strid med EU-traktaten, idet de danske leverandører vil have lettere ved at opfylde betingelserne end de udenlandske.

Kravet om, at leverandøren i det hele skal følge danske overenskomster, må således antages at være mere byrdefuldt for den udenlandske leverandør end den danske.

I forhold til den praktiske anvendelse af arbejdsklausuler kan der henvises til nedenstående eksempel på klausul om arbejdsvilkår, som indholdsmæssigt svarer til bilag 1 i statens cirkulæreskrivelse nr. 114 af 18. maj 1966 om gennemførelse af ILO 94:

”Såfremt arbejdsforhold af den i nærværende kontrakt omhandlede art ikke på den egn, hvor arbejdet udføres, er omfattet af kollektiv overenskomst, må løn- og arbejdsvilkårene ikke være mindre gunstige end de vilkår, der inden for det fag eller den industri, i hvilken entreprenøren (leverandøren) har sin virksomhed, i almindelighed bydes under tilsvarende forhold.

Ansvar for, at denne bestemmelse overholdes, påhviler virksomhedens leder.

Tilsvarende gælder også arbejde, der udføres af underentreprenører (underleverandører) eller af personer, der har fået overdraget kontrakten til udførelse. I så tilfælde påhviler det lederen af den virksomhed, der står som hovedentreprenør (hovedleverandør), at påse, at bestemmelsen finder anvendelse.

Såfremt entreprenøren (leverandøren) ikke overholder bestemmelsen, er (red. kommunen) berettiget til at bestemme, at pågældende afskæres fra at opnå fremtidige kontrakter af den nævnte karakter, indtil det er dokumenteret, at det pågældende forhold er bragt i orden.”