

# **Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter**

Om forholdet mellem ILO 94, EU-retten og  
praksis hos danske myndigheder

*Labour clauses in public contracts*

*The relationship between ILO 94, EU law and the use of  
labour clauses by Danish authorities*

af CHRISTIAN ANDERSEN-MØLGAARD

*Formålet med dette speciale er, at belyse hvorvidt danske myndigheders praksis med indførelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i henhold til ILO konvention nr. 94 (ILO 94) er i overensstemmelse med EU-retten og hvilke konsekvenser et evt. regelsammenstød mellem ILO 94 og EU-retten vil medføre i Danmark.*

*Der argumenteres for, at Rüffert-dommen fra EU-domstolen indebærer, at danske myndigheder over for udenlandske virksomheder alene kan stille krav om overholdelse af overenskomstvilkår i henhold til de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative parter i Danmark og som gælder på hele det danske område. Arbejdsklausuler, der henviser til regionale eller lokale overenskomster, må anses for at være i strid med EU-retten. Dermed konkluderes, at praksis hos danske myndigheder ikke er i overensstemmelse med EU-retten og ikke kan opretholdes. Den udbredte praksis i Danmark for anvendelse af arbejdsklausuler skal herefter revurderes på ad hoc basis i henhold til EU-retten.*

*Videre konkluderes, at der ikke findes et entydigt svar på, hvorvidt der er et regelsammenstød mellem ILO 94 og EU-retten. Svaret afhænger bl.a. af den måde, hvorpå de medlemsstater, der har ratificeret ILO 94, har implementeret udstationeringsdirektivet. Konsekvenserne af et eventuelt regelsammenstød vil være, at Danmark vil være forpligtet til at ændre eller udtræde af ILO 94, hvilket næste gang er muligt i september 2012. Det vurderes dog, at Danmark på nuværende tidspunkt ikke er forpligtet til at udtræde af konventionen.*

*Endelig konkluderes, at en evt. kommende retssag ved EFTA-domstolen mod Norge med baggrund i Norges implementering af ILO 94 formentlig vil skabe større klarhed på området og at de svenske konkurrencemyndigheders kommende vejledning om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter formentlig vil kunne bruges som rettesnor af danske myndigheder.*

*The purpose of this master thesis is to discuss whether Danish authorities' practice of imposing labour clauses in public contracts in accordance with ILO Convention No. 94 is in line with EU law and to look into the consequences of a possible conflict or contradiction between ILO 94 and EU law.*

*It is argued that the decision of the European Court of Justice in the Rüffert case April 3<sup>rd</sup> 2008 means that the Danish authorities in labour clauses can only impose on foreign companies to give their workers working conditions pursuant to collective agreements which are concluded by the most representative partners in Denmark and which are applied throughout the Danish territory. Labour clauses that refer to regional or local agreements must be considered contrary to EU law. Practices among Danish authorities are thus not in compliance with EU law and cannot be maintained. The widespread use of labour clauses in public contracts in Denmark must therefore be reassessed on an ad hoc basis under EU law.*

*It is further concluded that there is no clear answer as to whether there is a contradiction between ILO 94 and EU law. The answer depends upon the way the EU Member States which have ratified ILO 94 have implemented the Posted Workers Directive 96/71/EC into national law. The consequences of a possible conflict will be that Denmark will be required to modify or withdraw from ILO 94, which is not possible until September 2012. It is concluded, however, that Denmark is currently not required to withdraw from the convention.*

*Finally it is concluded that a possible upcoming trial before the EFTA Court against Norway with a background in Norway's implementation of the ILO 94 is likely to create a greater knowledge about the legal situation in the area. It is further concluded that the Swedish competition authorities' forthcoming guidance on labour clauses in public contracts can probably be used as a directional guide for Danish authorities using labour clauses.*

## **Indholdsfortegnelse**

<b>Kap. 1: Introduktion .....</b>	<b>4</b>
1.1. Indledning .....	4
1.2. Problemformulering .....	4
1.3. Afgrænsning og begrebsafklaring .....	4
1.4. Metode .....	6
<b>Kap. 2: Anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i Danmark .....</b>	<b>7</b>
2.1. Praksis hos danske myndigheder .....	7
2.2. Eksempel fra det statslige niveau: Naturstyrelsen, Miljøministeriet .....	7
2.3. Eksempel fra det regionale niveau: Region Syddanmark .....	8
2.4. Eksempel fra det kommunale niveau: Aarhus Kommune .....	9
<b>Kap. 3: Retsgrundlaget for og reguleringen af arbejdsklausuler .....</b>	<b>11</b>
3.1. Indledning .....	11
3.2. Reguleringen i international ret .....	12
3.2.1. International Labour Organisation (ILO) .....	12
3.2.2. ILO konvention nr. 94 .....	12
3.2.3. Konventionens forhold til national ret .....	13
3.2.4. Konventionens betydning i dansk ret. Er konventionen inkorporeret? .....	14

3.3. Reguleringen i EU-retten.....	16
3.3.1. Indledning.....	16
3.3.2. Primærretten .....	16
3.3.2.1. Betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.....	17
3.3.3. Sekundærretten .....	17
3.3.3.1. Udbudsdirektiverne .....	17
3.3.3.1.2. Implementeringen af udbudsdirektiverne i dansk ret .....	18
3.3.3.1.3. Betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.....	19
3.3.3.2. Udstationeringsdirektivet.....	21
3.3.3.2.1. Implementeringen af udstationeringsdirektivet: Udstationeringsloven.....	22
3.3.3.2.2. Betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.....	22
<b>Kap. 4: Regelsammenstød og konsekvens .....</b>	<b>23</b>
4.1. Baggrund .....	23
4.2. Rüffert-dommen .....	24
4.2.1 Indledning.....	24
4.2.2. Sagens faktuelle omstændigheder .....	24
4.2.3. Generaladvokat Y. Bots ”Forslag til afgørelse” .....	24
4.2.4. EU-domstolens dom af 3. april 2008 – C-346/06.....	25
4.3. Arbejdsretlige reaktioner på Rüffert-dommen .....	26
4.3.1. Juridiske vurderinger .....	26
4.3.2. EU-Kommissionen .....	29
4.3.3. Den danske centraladministration .....	30
4.3.4. Arbejdsmarkedets parter.....	33
4.4. Samlet vurdering af Rüffert-dommens betydning i Danmark .....	34
4.4.1. EU-domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet .....	34
4.4.1.1. Offentlige myndigheders brug af arbejdsklausuler .....	34
4.4.1.2. Forholdet mellem ILO 94 og udstationeringsdirektivet .....	39
4.4.2. EU-domstolens fortolkning af art. 56 TEUF .....	40
4.4.2.1. Offentlige myndigheders brug af arbejdsklausuler .....	40
4.4.2.2. Forholdet mellem ILO 94 og TEUF art. 56.....	40
4.4.3. Yderligere kommentarer til dommens betydning i Danmark.....	41
4.5. Konsekvenser for Danmark ved regelsammenstød .....	41
4.6. Udsyn: Skandinavisk perspektiv .....	43
4.6.1. Sverige .....	44
4.6.2. Norge .....	45
<b>Kap. 5: Konklusion.....</b>	<b>48</b>

5.1. Konklusion .....	48
5.2. Litteraturliste: .....	50

## **Kap. 1: Introduktion**

### **1.1. Indledning**

De senere år har forholdet mellem den offentlige og private sektor tiltrukket sig stor opmærksomhed. Flere opgaver, som traditionelt er blevet varetaget i offentligt regi, er flyttet over i den private sektor<sup>1</sup>. Udviklingen har ført til et øget fokus på udbudsprocessen og måden hvorpå offentlige myndigheder indgår kontrakter med private aktører<sup>2</sup>. EU-udbudsdirektiverne fra 2004 og den efterfølgende danske implementering spiller her en central rolle. Tilsvarende gør reglerne om udstationering af arbejdstagere idet offentlige kontrakter ofte involverer udenlandske tilbudsgivere.

På politisk niveau har der været et betydeligt ønske at sikre danske arbejdspladser og undgå social dumping. Social dumping kan defineres som det forhold, at virksomheder, der udfører tjenesteydelser i et andet land, medbringer eget personale, hvis ansættelsesvilkår er på et lavere niveau end i det land, hvor arbejdet udføres<sup>3</sup>. Ønsket om at undgå social dumping har medført, at danske myndigheder i stigende omfang skriver kontraktkrav vedrørende arbejdstagernes rettigheder, såkaldte arbejdsklausuler<sup>4</sup>, ind i offentlige kontrakter. Som ofte set er den praktiske virkelighed et skridt foran den juridiske. Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter har hidtil ikke tiltrukket sig stor opmærksomhed i retslitteraturen, til trods for klausulernes store rolle i det praktiske retsliv.

Specialet tager konsekvent højde for de ændringer, som Lissabon-Traktaten medførte<sup>5</sup>. I fodnoterne anvendes forkortelser for *retslitteratur*. Denne specificeres i litteraturlisten.

### **1.2. Problemformulering**

Det ønskes belyst, hvorvidt danske myndigheders praksis med indførelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i henhold til ILO konvention nr. 94 er i overensstemmelse med EU-retten og hvilke konsekvenser et eventuelt regelsammenstød mellem ILO 94 og EU-retten vil medføre i Danmark.

### **1.3. Afgrænsning og begrebsafklaring**

Betegnelsen ”*arbejdsklausul*” kan forekomme misvisende i dansk sammenhæng. Betegnelsen stammer fra ILO 94<sup>6</sup> og benyttes om en kontraktbestemmelse hvorefter en medkontrahent skal

---

<sup>1</sup> Gammelgaard, kap. 6-8

<sup>2</sup> Udbudsrådet (1) og K.L. 2010 (1)

<sup>3</sup> FT 1999-2000, tillæg A, s. 1218 og Hansen (1)

<sup>4</sup> Begrebet ”*arbejdsklausul*” forklares i afsnit 1.4

<sup>5</sup> Det betyder blandt andet, at betegnelsen EU-domstolen vil blive benyttet, selv om domstolen frem til 1. december 2009 blev kaldt for EF-domstolen, også selv om der skrives om retspraksis fra domstolen før denne dato. Tilsvarende benyttes betegnelsen EU-retten og ikke den tidligere anvendte betegnelse fællesskabsretten.

<sup>6</sup> Betænkning (2)

sikre de medarbejdere, der skal udføre en given kontrakt, arbejdsvilkår, som mindst svarer til de overenskomster eller love, som generelt gælder inden for det pågældende område. Sprogligt havde det været mere korrekt at bruge betegnelsen ”arbejdsvilkårsklausul” om disse klausuler, men eftersom betegnelsen *arbejdsklausul* er udbredt og generelt accepteret i dansk sammenhæng, er denne betegnelse anvendt her. Tilsvarende anvendes i Norge betegnelsen ”*arbejdsklausul*”, selv om det er gjort gældende, at betegnelsen ”*klausuler om løns- og arbejdsvilkår*” er mere betegnende<sup>7</sup>.

Fokus i opgaven vil være arbejdsklausuler om overholdelse af en bestemt *mindsteløn* i henhold til en kollektiv overenskomst. Det skyldes, at øvrige væsentlige arbejdsvilkår, som f.eks. arbejdsmiljø, ligeløn, ligebehandling mv. er reguleret ved lovgivning og derfor uden videre kan kræves overholdt af udenlandske virksomheder i Danmark, jf. udstationeringslovens § 5 (se afsnit 3.3.3.2.).

I retslitteraturen rubriceres *arbejdsklausuler* hos enkelte forfattere under det overordnede tema ”*sociale klausuler*”<sup>8</sup>. Sociale klausuler kan ud over arbejdsklausuler være kontraktkrav om, at medkontrahenten skal beskæftige et bestemt antal lærlinge, miljøkrav eller krav om integration af andre etniske grupper på arbejdsmarkedet. Disse øvrige klausultyper er udførligt behandlet i retslitteraturen og vil ikke blive undersøgt nærmere her<sup>9</sup>. Dog vil inddragelsen af de overordnede principper for lovligheden af sociale klausuler blive inddraget, idet disse principper i et vist omfang er styrende for arbejdsklausulernes lovlighed i henhold til EU-retten. Kun arbejdsklausuler i offentlige kontrakter med *grænseoverskridende* interesse vil blive belyst.

Såfremt en udenlandsk virksomhed vinder udbuddet af en offentlig kontrakt i Danmark, er virksomheden underlagt de regler, der gælder på det danske arbejdsmarked, tilsvarende danske virksomheder. Fagforeninger kan udøve kollektive kampskridt mod den udenlandske virksomhed med henblik på at opnå overenskomst. Reglerne herom, *konfliktrettens grænser*, har tilkaldt sig betydelig europæisk opmærksomhed de senere år, særligt efter afgørelserne i Viking og Laval-sagerne ved EU-domstolen. Det er ikke formålet at behandle denne problemstilling yderligere<sup>10</sup>.

Relationen mellem de udenlandske arbejdstagere og den udenlandske virksomhed, herunder lovvalgsreglerne i Rom I (EU-kontraktkonventionen), vil ikke blive belyst<sup>11</sup>. Dog skal påpeges, at i relation til temaet i dette speciale er en *afledt* problemstilling, hvilke regler der gælder for udenlandske arbejdstagere, såfremt en udenlandsk virksomhed i en arbejdsklausul i en kontrakt med en offentlig myndighed har forpligtet sig til at overholde en dansk overenskomsts arbejds- og lønvilkår og virksomheden *ikke* opfylder forpligtelsen i arbejdsklausulen overfor arbejdstagerne. Idet den udenlandske virksomhed alene har forpligtet sig overfor den offentlige myndighed, til at overholde overenskomstens bestemmelser, vil de udstationerede ansatte næppe inter partes over for arbejdsgiveren kunne påberåbe sig en afsmittende effekt i lighed med den formodningsregel, som kommer til udtryk

---

<sup>7</sup> *Karlsen og Evju*, s. 6

<sup>8</sup> *Bercussen og Bruun (1)* s. 99, *Nielsen og Rehof*, s. 259 ff.

<sup>9</sup> *Poulsen mf.* s. 290 ff., *Naundrup Olesen*, s. 141 ff.

<sup>10</sup> *Hasselbalch (1)*, afsnit IX.

<sup>11</sup> En gennemgang af konventionen findes hos *Hansen*, s. 28 ff.

i U 2005.3332 H<sup>12</sup>. Det kan således næppe antages, at formodningsreglen inter partes mellem den ansatte og den udenlandske arbejdsgiver kan udstrækkes til situationer, hvor arbejdsgiveren slet ikke har indgået en kollektiv aftale, men alene har forpligtet sig til at overholde overenskomstens vilkår overfor en offentlig myndighed. Spørgsmålet er ikke afklaret i retspraksis.

#### 1.4. Metode

Specialet vil primært benytte den retsdogmatiske metode. Metoden blev grundlagt af Anders Ørsted i slutningen af 1800-tallet og videreudviklet af nordmanden Anton Sweigaard, som kaldte metoden for empirisk-analytisk. Retsdogmatikken har til opgave at afdække, hvilke regler der gælder i samfundet, og hvad indholdet af disse regler er<sup>13</sup>. Det sker ved at beskrive, analysere og fortolke gældende ret<sup>14</sup>. Retsdogmatisk metode benytter de juridiske retskilder til at beskrive og systematisere gældende ret inden for et bestemt område<sup>15</sup>.

Ved hjælp af den retsdogmatiske metode vil gældende ret (*de lege lata*) på området for arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blive beskrevet, analyseret og fortolket. Dette vil ske ved at beskrive og analysere de relevante retskilder på området, som primært er af EU-retlig og folkeretlig karakter. Retskildetypernes nærmere betydning for specialets problemstilling og deres betydning i dansk ret vil blive uddybet i forbindelse med, at de inddrages i opgaven.

I retsteorien har Struer Lauridsen anført, at retspolitik og retsdogmatik hænger sammen i den juridiske metode<sup>16</sup>, mens Ross har argumenteret for en adskillelse. Tilsvarende Ross anser jeg retsdogmatik og retspolitik for adskilt. Hvor retspolitik bl.a. er spørgsmålet om en analogisk udvidelse af allerede gældende reglers anvendelsesområde, er retsdogmatik alene en beskrivelse af gældende ret<sup>17</sup>. Det er dog efter min opfattelse ikke *altid* muligt at holde retspolitikken adskilt fra retsdogmatikken, fordi visse områder af gældende ret ikke indeholder tydelige konklusioner. På disse områder vil jeg inddrage dele af retspolitikken og overveje, hvordan retsstillingen bør betragtes.

Hvad afgrænser videnskabelig fra ikke-videnskabelig viden? Lidt forenklet er svaret: Metoden. En god metode består i at tvinge sig selv til at stille spørgsmål til de omstændigheder, der omgiver et retsproblem, der fremstår som fjernt og ubegribeligt.<sup>18</sup>

Tilsvarende citatet er det min opfattelse, at retsvidenskabens opgave er at forholde sig kritisk til såvel retsteorien som til retspraksis. Særligt afsnit 4.4. indeholder en sådan kritisk stilling-

---

<sup>12</sup> I U 2005.3332 H lagde Højesteret til grund, at der måtte gælde en formodning for, at uorganiserede ansatte på en virksomhed, der var overenskomstdækket, var omfattet af overenskomstens bestemmelser. Formodningsreglen omfatter dog ikke situationer, hvor den udenforstående lønmodtager og arbejdsgiveren - udtrykkeligt eller stiltiende - har aftalt ringere vilkår end de i overenskomsten aftalte, jf. AR 1120, hvor den udenforstående lønmodtager ikke havde krav på mere, end han selv havde aftalt individuelt, uanset at den med arbejdsgiveren aftalte løn var lavere end overenskomsten.

<sup>13</sup> Bryde Andersen, s. 23

<sup>14</sup> Fleischer, s. 211

<sup>15</sup> Eyben, s. 114

<sup>16</sup> Lauridsen, s. 53

<sup>17</sup> Blume s. 161, Nielsen og Tvarnø, s. 431

<sup>18</sup> Evald og Schaumburg, s. 207

tagen til retspraksis fra EU-domstolen og til teoretiske udsagn, fra bl.a. Justitsministeriet, om gældende ret.

Egentlig komparative metode, som beskrevet af Hasselbalch<sup>19</sup>, vil ikke blive anvendt, men specialet vil afslutningsvist indeholde en *retssammenlignende* beskrivelse af *udvalgte* aspekter af den tilsvarende problemstilling i svensk og norsk ret. Disse lande er valgt af hensyn til arbejds-markedernes lighed med det danske og fordi ”*retssammenlignende virksomhed vil have sin største styrke, når den udøves inden for områder, der er geografisk og kulturelt nærtliggende*”<sup>20</sup>. Formålet hermed er at sætte opgavens problemstilling ind i en større skandinavisk-europæisk kontekst.

## **Kap. 2: Anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i Danmark**

### **2.1. Praksis hos danske myndigheder**

I Danmark er der en lang tradition for at skrive arbejdsklausuler ind i *statslige* bygge- og anlægs samt tjenesteydelseskontrakter. For 100 år siden var spørgsmålet, om der burde lovgives om arbejdsvilkårene ved offentlige licitationer, genstand for debat i Rigsdagen. Diskussionen førte ikke til lovgivning, idet man overlod reguleringen til en konkret vurdering og til arbejdsmarkedets parter<sup>21</sup>. Der udmøntede sig i årene efter anden verdenskrig en fast praksis i Danmark med indførelse af arbejdsklausuler i *statslige* kontrakter. I 1966 blev det pålagt statslige myndigheder at indføre klausulerne ved cirkulære, jf. afsnit 3.2.4. De senere år er *kommuner* og *regioner* også i stigende omfang begyndt at indskrive arbejdsklausuler i offentlige kontrakter<sup>22</sup>.

Samfundsøkonomisk har offentlige kontrakter en betydelig værdi. Offentlige myndigheder indgår hver eneste dag kontrakter om anskaffelse af varer og tjenesteydelser og udførelse af bygge- og anlægsarbejde. Værdien af myndighedernes anskaffelser er meget betydelig og udgør en væsentlig del af den samlede produktion i Danmark og i EU. I EU havde markedet for offentlige indkøb en værdi i 2007 på 1.800 mia. euro<sup>23</sup>. I Danmark fordelte de offentlige indkøb sig i 2008 på 20 mia. kr. i staten, 40 mia. kr. i regionerne og 100 mia. kr. i kommunerne<sup>24</sup>. Det kan tilføjes, at udlændinge i 2010 estimeret udfører det, der svarer til mellem 150.000-200.000 fuldtidsstillinger i Danmark<sup>25</sup>. Der findes ingen oversigt over, hvor mange udlændinge, der arbejder på offentlige kontrakter.

### **2.2. Eksempel fra det statslige niveau: Naturstyrelsen, Miljøministeriet**

Naturstyrelsen (NTS) er en organisation under Miljømiljøministeriet, som årligt indgår kontrakter med private leverandører inden for styrelsens områder. Til brug for disse kontrakter

---

<sup>19</sup> Hasselbalch (1), afsnit IX, samt Lando, Ole ”Komparativ ret i juridiske afhandlinger” i Hasselbalch (3)

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> Nielsen (1), s. 56

<sup>22</sup> Se bl.a. Aalborg Kommune, Silkeborg Kommune, Frederiksberg Kommune, Viborg Kommune, Skanderborg Kommune, Langeland Kommune, Slagelse Kommune, Københavns Kommune, Odense Kommune, Århus Kommune *mf.*

<sup>23</sup> SEC (2008)2193

<sup>24</sup> Udbudsrådet, side 4

<sup>25</sup> Andersen, 2010, s. 5

har NTS udarbejdet en standard arbejdsklausul om løn- og arbejdsvilkår. Klausulen blev udarbejdet af NTS, efter at der i 2005 var rejst flere § 20 spørgsmål i Folketinget omkring underbetaling af udenlandske arbejdstagere på styrelsens område<sup>26</sup>. Af arbejdsklausulen fremgår det, at:

Naturstyrelsen er i medfør af ILO 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter forpligtet til at sikre, at entrepriseindehaver (entreprenøren og dennes underentreprenører) tilsikrer arbejdstagere løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i henhold til kollektiv overenskomst, voldgiftskendelse, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art indenfor vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres<sup>27</sup>

Af styrelsens vejledning til arbejdsklausulen fremgår det, at kravet er baseret på ILO 94 og skal imødegå problemer med underbetalt arbejdskraft hos udenlandske virksomheder, der løser opgaver for styrelsen. Vejledningen henviser videre til, at arbejdsmarkedets parter kan give nærmere oplysninger om, hvad der er sædvanlige vilkår på de forskellige overenskomst-områder:

Tilbudsgiver henvises til arbejdsmarkedets organisationer mhp. oplysninger om danske løn- og arbejdsforhold i relation til en uddybning af arbejdsklausulens krav om sædvanlige løn- og ansættelsesforhold. Adresser på relevante organisationer kan ses på NTS' hjemmeside<sup>28</sup>

NTS betinger indgåelse af en kontrakt af, at entreprisehaver anerkender NTS' arbejdsklausul. Ved tilbudsafgivelsen skal vedlægges en særlig entrepriseindehavererklæring, hvor tilbudsgiver anerkender NTS' arbejdsklausul<sup>29</sup>. NTS kræver dokumentation, såfremt entrepriseindehaver og eventuelle underentreprenører har tiltrådt eller indgået en dansk overenskomst. Er dette ikke tilfældet, kræver NTS, at der før arbejdets påbegyndelse indgives en særskilt arbejdstagererklæring for hver arbejdstager, som skal underskrives af både entrepriseindehaver og arbejdstager. Overtrædelse af arbejdsklausulen giver NTS ret til at ophæve kontrakten med øjeblikkelig virkning. Ligeledes kan kontrakten ophæves, såfremt relevant dokumentation ikke fremskaffes rettidigt.

### **2.3. Eksempel fra det regionale niveau: Region Syddanmark**

Region Syddanmark (RS) er én af de fem danske regioner, som blev oprettet i 2007 efter kommunalreformen i 2005. De fem regioner styres hver især af et regionsråd, som er en folkevalgt administrativ enhed med ansvar for regionens anliggender. RS's væsentligste opgave er, at drive det syddanske sundhedsvæsen. RS udgør den største arbejdsplads i regionen med 27.000 ansatte.

RS vedtog i 2007 en udbudspolitik for indkøb af varer og tjenesteydelser<sup>30</sup>. Udbudspolitikken indeholder Regionsrådets holdninger til, hvordan udbud i regionen skal gribes an. Formålet med udbudspolitikken er at sikre, at de opgaver, som regionen har ansvaret for, udføres med

<sup>26</sup> FT 2006-2007, spgm. 786, af 20. november 2006, j.nr. SNS-201-00045

<sup>27</sup> NTS (1), pkt. 1

<sup>28</sup> NTS (1), pkt. 11

<sup>29</sup> NTS (2)

<sup>30</sup> RS (1)



den størst mulige effektivitet og kvalitet inden for RS' økonomiske rammer. Det fremgår af udbudspolitikens afsnit 7.6, at RS' kontrakter skal indeholde arbejdsklausuler i følgende situationer:

Regionens kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, som overstiger EU-tærskelværdien skal indeholde en arbejdsklausul, som sikrer 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 i Danmark (ILO konventionen nr. 94).

I en kontrakt mellem RS og en privat leverandør om pasning af grønne områder fremgår det, at RS har indsat en arbejdsklausul i kontrakten<sup>31</sup>. Det er værd at hæfte sig ved, at der er tale om en *tjenesteydelseskontrakt*, og at RS således ikke kun benytter arbejdsklausuler for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder. Af kontrakten fremgår det, at

Leverandøren skal sikre, at de ansatte, som Leverandøren og eventuelle underleverandører beskæftiger med henblik på Kontraktens opfyldelse, har løn og ansættelsesforhold, der ikke er mindre gunstige end de løn- og arbejdsvilkår, som i henhold til kollektiv overenskomst, lovgivning eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet skal udføres. Kunden kan til enhver til udbede sig dokumentation for, at løn- og arbejdsvilkår lever op til forpligtelsen.[..]. Relevant dokumentation kan f.eks. være lønsedler, lønregnskab, eller ansættelsesbeviser<sup>32</sup>

Arbejdsklausulens ordlyd er en direkte gengivelse af de krav til løn og ansættelsesvilkår, der følger af ILO 94. En nærmere gennemgang heraf foretages i kap. 3, afsnit 2.

#### **2.4. Eksempel fra det kommunale niveau: Aarhus Kommune**

Aarhus Kommune vedtog allerede i 1994 retningslinjer for udbud og udlicitering af driftsopgaver<sup>33</sup>. I 2005 besluttede Aarhus Byråd, at der i forbindelse med udbud af bygge- og anlægsopgaver i Aarhus Kommune *skal* indsættes arbejdsklausuler i kontrakterne<sup>34</sup>. Ajourføringen i 2008 førte til vedtagelse af en tilføjelse om særlige bestemmelser vedr. løn- og arbejdsvilkår. I forhold til anvendelsen af arbejdsklausuler anføres det herefter i retningslinjerne, at:

Aarhus Kommune stiller på baggrund af en konkret vurdering krav til leverandøren om at denne i hele kontraktperioden giver de overdragne medarbejdere løn- og arbejdsvilkår svarende til den kommunale overenskomst på området<sup>35</sup>.

Videre følger det af retningslinjerne, at der skal ske en kontraktopfølgning i forhold til arbejdsklausuler om løn- og arbejdsvilkår<sup>36</sup>. Om selve kontraktindgåelsen fremgår det, at den bør indeholde en etik om leverandørens sociale ansvar, og at kommunen skal iværksætte sanktioner i tilfælde af misligholdelse af kontrakten<sup>37</sup>. Det anføres, at:

---

<sup>31</sup> RS (2)

<sup>32</sup> Id. s. 2

<sup>33</sup> AK(1)

<sup>34</sup> Id. pkt. 4.1.4.

<sup>35</sup> Id. s. 47 "Arbejdsklausul"

<sup>36</sup> Id. s. 7

<sup>37</sup> Id. s. 18

Der skal ske en kontraktopfølgning i forhold til de sociale klausuler på lige fod med andre kontraktvilkår, herunder opfølgning i forhold til underleverandører. Kontraktopfølgningen skal gøres til genstand for øget fokus ved, at der løbende sikres status og dokumentation for opfølgning og evt. sanktioner<sup>38</sup>.

Anvendelsen af arbejdsklausuler har givet anledning til store problemer i Aarhus Kommune. I forbindelse med opførelsen af kunstværket ”*Your Rainbow Panorama*”, populært kaldet ”*Regnbuen*” på kunstmuseet AROS, blev der i forskellige dagblade bragt en række artikler, hvor fagforbundet 3F kritiserede Aarhus Kommune for ikke at bruge danske håndværkere, men tværtimod benytte underbetalte tyske håndværkere<sup>39</sup>:

Det er dybt uansvarligt, at man som kommune ikke forholder sig til den enormt høje arbejdsløshed blandt håndværkere i kommunen. Det bomber det danske overenskomstsystem, og det burde kommunen holde sig for god til. Kommunen er moralsk på kant med ILO 94<sup>40</sup>

Reaktionen fra 3F kom, efter at fagforeningen forgæves havde forsøgt at presse det tyske firma, som havde indgået kontrakten med Aarhus Kommune, til at indgå dansk overenskomst. Ifølge 3F blev de tyske arbejdere, som arbejdede på *Regnbuen*, ikke aflønnet tilsvarende den danske overenskomst på området. De tyske arbejdere fik således 94 kr. i timen, hvilket ifølge 3F var 50 % under den løn en tilsvarende dansk håndværker ville have fået.

Aarhus Kommune udbad advokatvirksomheden Norrbom Vinding om at udarbejde et notat med en juridisk stillingtagen til de anførte problemer. Til brug for dette speciale er notatet udleveret af Aarhus Kommune i medfør af offentlighedslovens regler om aktindsigt. Notatet er dateret 18. februar 2011. I notatet vurderer Norrbom Vinding, at kontrakten alene vedrører Aarhus Kommune og underentreprenøren og ikke de faglige organisationer, hvilket indebærer, at de faglige organisationer ikke kan påtale, om kontrakten overholdes. Norrbom Vinding anfører videre, at Aarhus Kommune som kontraktpart har ret og pligt til selv at tage stilling til, om kommunen mener, at underentreprenøren overholder den indgåede aftale.

Norrbom Vinding går ikke ind i en nærmere redegørelse af retsstillingen omkring anvendelsen af arbejdsklausuler, eller de generelle spørgsmål ILO 94 giver anledning til at overveje. I stedet konstaterer Norrbom Vinding blot, at ILO 94 i den konkrete sag er overholdt, eftersom der også skal tages højde for de yderligere betalinger, som finder sted lokalt i medarbejderens hjemland.

Sidst i notatet vurderer Norrbom Vinding, hvilke muligheder en dansk fagforening har, såfremt den er uenig i kommunens forståelse af ILO 94 og mener denne er krænket. Norrbom Vinding anfører, at eftersom ILO 94 ikke som sådan er implementeret i dansk ret og eftersom fagforeningerne ikke er part i den kontrakt, som kommunen har indgået om udførelsen af arbejdet, er der ikke mulighed for, at fagforeningerne selvstændigt kan tage initiativ ved danske domstole. Danske fagforeninger kan ifølge Norrbom Vinding alene klage til et af klageorganerne under ILO, hvis afgørelser ikke er juridisk bindende, hvorfor kommunen ikke kan blive pålagt at betale erstatning eller andet til fagforeningerne.

---

<sup>38</sup> *Id. s. 32*

<sup>39</sup> *Aarhus Stiftstidende*

<sup>40</sup> *Politikken*

Med vurderingen fra Norrbom Vinding blev sagen afsluttet juridisk i Aarhus Kommune. Aarhus Kommune gav udtryk for, at man på baggrund af en konkret vurdering anså ILO 94 for overholdt i den konkrete sag. Fagforbundet 3F forsøger fortsat at forfølge sagen politisk<sup>41</sup>. Det skal tilføjes, at notatet fra Norrbom Vinding *ikke* forholder sig til den EU-retlige problematik omkring arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, som er genstand for behandling i dette speciale<sup>42</sup>.

I det følgende vil der, med henblik på opgavens problemformulering og formål blive givet en beskrivelse af retsgrundlaget for og reguleringen af arbejdsklausuler med henblik på at identificere og diskutere problemer med danske myndigheders anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

## **Kap. 3: Retsgrundlaget for og reguleringen af arbejdsklausuler**

### **3.1. Indledning**

Der har historisk set været en stor international opmærksomhed om og regulering af staternes indgåelse af kontrakter med private leverandører ("*offentlige kontrakter*")<sup>43</sup>. Den intensive internationale, interregionale (EU) og nationale regulering har medført, at retsområdet i dag fremstår som særdeles komplekst. I en svensk rapport fra 2010 skriver to forskere på området, at:

Det skäl understrykas att reguleringen av offentlig upphandling är ett gott exempel på en komplex och svåröverskådlig regulering på flera nivåer<sup>44</sup>

Særlig komplekst er samspillet mellem de udbudsretlige regler (*EU-udbudsdirektiverne*), reglerne for fri bevægelighed (*Lissabon-Traktaten*) og reglerne for udstationering af arbejdskraft (*udstationeringsdirektivet*), jf. afsnit 3.3. Billedet kompliceres yderligere for de stater, heriblandt Danmark, som folkeretligt har forpligtet sig til at overholde materielle regler om offentlige kontrakter i ILO regi, jf. afsnit 3.2. Formålet i de følgende afsnit er at belyse de forskellige retlige regimers betydning for danske myndigheders adgang til at benytte sig af arbejdsklausuler.

---

<sup>41</sup> 3F (1)

<sup>42</sup> Det skal tilføjes, at en anden af Aarhus Kommunes juridiske rådgivere, Holst Advokater, i et notat til kommunen om sociale klausuler, dateret 17. marts 2010, slet ikke behandler muligheden for anvendelse af arbejdsklausuler i kommunens kontrakter.

<sup>43</sup> Nielsen og Rehof, s. 259

<sup>44</sup> Ahlberg og Bruun, s.111

## 3.2. Reguleringen i international ret<sup>45</sup>

### 3.2.1. International Labour Organisation (ILO)

Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO) blev oprettet i 1919 med det formål at fremme social retfærdighed og at arbejde for en forbedring af arbejdsforholdene i verden. I 1946 blev ILO underlagt FN-systemet som en særorganisation ("*specialized agency*")<sup>46</sup>. I 2011 har 183 medlemslande tilsluttet sig organisationen. ILO fungerer med en særegen organisationsstruktur (trepartsstruktur) bestående af medlemslande samt repræsentanter for arbejdere og arbejdsgivere<sup>47</sup>.

Den Internationale Arbejdskonference (DIA) holdes hver juni og her deltager samtlige medlemslande. DIA er det øverste organ i ILO og har bl.a. mandat til at vedtage internationale arbejdsstandarder i form af konventioner og henstillinger. Siden oprettelsen i 1919 har ILO vedtaget 188 konventioner samt over 200 henstillinger. Danmark har været medlem af ILO siden 1919 og har foreløbigt ratificeret 71 ILO-konventioner, herunder ILO 94.

### 3.2.2. ILO konvention nr. 94

ILO konvention nr. 94 (ILO 94) om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blev vedtaget på den 32. Internationale Arbejdskonference (DIA), som blev afholdt i Genève i 1949. Efter konventionen skal der i (visse) offentlige kontrakter indsættes særlige kontraktvilkår ("*arbejdsklausuler*"), der forpligter den private kontraktpartner til at sikre sine ansatte arbejdsvilkår, der mindst svarer til det, der gælder for lokal arbejdskraft i pågældende erhverv. Aftaleretligt forpligtes private virksomheder således til at pålægge sine ansatte løn- og arbejdsvilkår svarende til hvad der gælder for andre arbejdstagere i samme erhverv i området. Den centrale bestemmelse i konventionen, art. 2, lyder<sup>48</sup>:

#### Article 2:

Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on:

(a) by collective agreement or other recognized machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or

(b) by arbitration award; or

(c) by national laws or regulations.

Betegnelsen "*including allowances*" i art. 2, stk. 1, medfører, at *alle* tillæg og yderligere goder af aflønningen er omfattet<sup>49</sup>. Kun statslige myndigheder er obligatorisk omfattet af konventio-

---

<sup>45</sup> Specialet vil ikke behandle det interstatslige samarbejde GATT. I dette regi er vedtaget "*Government Procurement Agreement*" (GPA) i 1979<sup>45</sup>. FN's retningslinjer for udbudsprocessen, *UNICTRAL's Model Law on Public Procurement*, vil heller ikke blive inddraget, idet disse retningslinjer ikke har betydning for retsstillingen i Danmark.

<sup>46</sup> *ILO (1)*

<sup>47</sup> *Notat 4, s. 44*

<sup>48</sup> Ifølge konventionens artikel 19 er den engelske og franske version lige gyldige. I den danske bekendtgørelse oversættes "*labour clauses*" til "*arbejdsklausuler*", jf. BEK nr. 1 af 4. januar 1957

<sup>49</sup> *ILO (2) side 265.*

nen. Regionale og lokale myndigheders anvendelse af arbejdsklausuler er således fakultativ jf. art. 1, stk. 2, hvilket vil sige, at de ratificerende stater selv kan vælge, hvorvidt konventionen skal udstrækkes til også at omfatte disse myndigheder. Hvorvidt offentligretlige organer er omfattet er tvivlsomt<sup>50</sup>.

Formålet med konventionen er, at arbejdsvilkår *ikke* skal bruges som et konkurrenceelement i offentlige kontrakter og at offentlige kontrakter ikke udøves på en måde, som har en negativ effekt på løn- og arbejdsvilkår. På den måde skal staten optræde som modelarbejdsgiver. Rationalet bag konventionen er beskrevet i forbindelse med ILO's arbejdskonference i 2008:

The rationale behind the adoption of Convention No. 94 lies in the desire to prevent public authorities from entering into contracts involving the employment of workers – whether for construction of public works, manufacture of goods or supply of services – at conditions below an acceptable level of social protection, and moreover to encourage public authorities to raise the bar and act as model employers<sup>51</sup>.

Foruden hovedbestemmelsen i artikel 2 indeholder konventionen en række yderligere krav til de ratificerende stater. Underentreprenører skal således også forpligtes til at overholde konventionen, jf. art. 1, stk. 3. Derudover er det et krav, at de ansatte informeres om arbejdsklausulerne, jf. artikel 4, bl.a. ved at de ansatte ved opslag på arbejdspladsen orienteres om arbejdsklausulerne. Endelig følger det af konventionens art. 5, stk. 1, at staten skal sanktionere overtrædelse effektivt.

Den konkrete udmøntning af effektive sanktioner er overladt til staterne. ILO's ekspertkomite har udtalt, at effektiv håndhævelse forudsætter, at der i offentlige kontrakter indsættes kontraktbestemmelser om sanktioner for manglende overholdelse af arbejdsklausulerne, f.eks. i form af konventionalbod og i grovere tilfælde ophævelse af kontrakten.

### 3.2.3. Konventionens forhold til national ret

Tilsvarende øvrige folkeretlige konventioner er ILO-konventioner kun bindende for de medlemslande, der ratificerer dem. En folkeretlig forpligtelse binder kun staten og ikke dens borgere<sup>52</sup>. Af folkeretten følger, at traktatretlige forpligtelser skal efterleves af staterne i god tro, jf. det hævdundne princip, *pacta sunt servanda*, som er kodificeret i Wienerkonventionen om traktatretten, artikel 26. Der stilles ikke krav efter folkeretten om en bestemt inkorporering i national ret af folkeretlige forpligtelser. Staten har et frit skøn. Folkeretten stiller alene krav om, at de samlede folkeretlige forpligtelser overholdes af staten. Folkerettens gennemslagskraft i national ret beror således på national ret og administrativ praksis i staten<sup>53</sup>.

Efter ILO-statuttens art. 19, stk. 5, litra a følger det, at ILO-medlemsstaterne efter ratifikation af en ILO-konvention er forpligtet til at tage alle nødvendige skridt for at sikre effektiv overholdelse af konventionen. ILO 94 angiver, at inkorporering kan ske ved lov, administrative bestemmelser eller andre forskrifter, jf. artikel 4, stk. 1. Hertil har ILO's Ekspertkomité påpeget, at en inkorporering af konventionen ved lov ikke i sig selv er et tilstrækkeligt opfyldel-

<sup>50</sup> For så vidt angår offentligretlige organer, se note 51, særligt Nielsen og Rehof, side 262.

<sup>51</sup> ILO (3)

<sup>52</sup> Evald og Schaumburg, side 331, Tvarnøe og Nielsen, s 132 ff., Blume, s. 42 ff.

<sup>53</sup> Spiermann, s. 150

sesskridt<sup>54</sup>. Art. 2 i ILO 94 medfører ifølge Ekspertkomiteen en *policy-forpligtelse*, som indebærer, at de ratificerende stater er forpligtet til at sikre, at konventionen overholdes i praksis<sup>55</sup>.

### 3.2.4. Konventionens betydning i dansk ret. Er konventionen inkorporeret?

Danmark ratificerede ILO 94 i 1955. Ratifikationen blev kundgjort ved en bekendtgørelse i 1957<sup>56</sup>. For så vidt angår ILO-konventioner er det den danske stats faste praksis kun at ratificere disse, såfremt dansk ret i forvejen er i overensstemmelse med konventionen, således at Danmark kan opfylde sin folkeretlige forpligtelse, uden at dansk ret skal ændres<sup>57</sup>. Tilsvarende betragtning gjorde sig gældende ved den danske beslutning om at ratificere ILO 94, idet regeringen vurderede, at ratificeringen ikke ville medføre behov for inkorporering i form af lovændringer<sup>58</sup>.

I 1958 påpegede ILO's Ekspertkomite overfor den danske regering, at Danmark ikke levede op til forpligtelserne efter ILO 94. Kritikken førte til, at Arbejdsministeriet udsendte et cirkulære i 1966, som pålagde alle statslige myndigheder at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i henhold til konventionens krav. Ved fornyelsen af cirkulæret i 1990 blev der henstillet til samtlige kommunale myndigheder om at overholde ILO 94. I den forbindelse udtalte Arbejdsministeriet til Folketingets Boligudvalg, at cirkulære var at foretrække frem for lovgivning:

Aftalen med kommunerne er at foretrække frem for påbud, der indebærer indgreb fra lovgivningsmagten i overenskomstforhold<sup>59</sup>

Konventionen er således søgt gennemført i Danmark ved cirkulæreskrivelse af 1966<sup>60</sup> (senest cirkulære af 1990<sup>61</sup>). Det bemærkes, at Ruth Nielsen i sin lærebog om offentlige kontrakter skriver, at ”ILO 94 blev inkorporeret i dansk ret ved en cirkulæreskrivelse i 1966”<sup>62</sup>. ILO 94 er efter min opfattelse *ikke* inkorporeret i dansk ret, idet inkorporering ikke blev anset for nødvendigt henset til danske myndigheders praksis på området<sup>63</sup>. Efter cirkulæret fra 1990 har der to gange været fremsat folketingsbeslutning om, at inkorporere ILO 94 i dansk ret. Det nyeste af de to forslag lød:

Forslag til folketingsbeslutning om overholdelse af danske overenskomster og dansk lovgivning ved offentlige bygge- og anlægskontrakter. Folketinget opfordrer regeringen til at fremsætte lovforslag [...] så det præciseres, at alle myndigheder [...] ved alle udbud, som går i EF-licitation, pålægges at indføre i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne som minimum, i overensstemmelse med ILO 94, skal overholde de betingelser for løn- og arbejdsvilkår, der er fastlagt i danske overenskomster og dansk lovgivning<sup>64</sup>

---

<sup>54</sup> Nielsen og Rehof, s. 267

<sup>55</sup> Id. side 11.

<sup>56</sup> BKG nr. 1 af 4. januar 1957 (gældende)

<sup>57</sup> Pedersen

<sup>58</sup> Nielsen og Rehof, s. 103 ff. og 269 ff., Nielsen (1) s. 337 ff.

<sup>59</sup> FT B 1989-1990, spalte 1742.

<sup>60</sup> Arbejdsministeriets cirkulære nr. 114/1966

<sup>61</sup> Arbejdsministeriets cirkulære nr. 115/1990

<sup>62</sup> Nielsen, Ruth: *Offentlige kontrakter*, side 337

<sup>63</sup> Se tilsvarende synspunkt hos Nielsen og Rehof, s. 267.

<sup>64</sup> FT 1989-1990 A, spalte 1097-1098.

Begge forslag blev forkastet<sup>65</sup>, og der er ikke siden sket inkorporering af ILO 94 i dansk ret. Dog skal bemærkes, at det nuværende regeringsparti, Socialistisk Folkeparti, på ny fremsatte en folketingsbeslutning om obligatorisk anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, mens partiet var i opposition i 2008. Heller ikke dette forslag blev vedtaget<sup>66</sup>. Hvorvidt den nye politiske situation i Danmark efter valget den 15. september 2011 medfører fornyet lovgivningsmæssig interesse må foreløbig stå som uafklaret. Meget peger dog i retning af den politiske vilje er til stede. Regeringen indgik således den 10. november 2011 en aftale med Enhedslisten mod social dumping, der ud over 65 mio. kr. til øget kontrol med udenlandsk arbejdskraft i Danmark, indeholder en hensigtserklæring om, at ”Aftalepartierne er enige om at fremme brugen af arbejdsklausuler og sociale klausuler i det offentlige”<sup>67</sup>. Aftalen er en del af finansloven for 2012.

Retskildemæssigt giver konstruktionen med at gennemføre de folkeretlige forpligtelser efter ILO 94 ved cirkulærereform anledning til visse betænkeligheder. Særligt virker det tvivlsomt, hvorvidt man efter dansk ret kan gennemføre en folkeretlig traktat med et cirkulære<sup>68</sup>. Retslitteraturen synes ikke at angive et klart svar på situationen, idet det generelt antages, at der kræves lovhjemmel<sup>69</sup>. Såfremt konstruktionen ikke er gyldig, kan det overvejes, hvorvidt cirkulæret er uden virkning grundet manglende hjemmel. En udførlig diskussion af problemstillingen er undladt her, allerede fordi de statslige myndigheder er forpligtede til at overholde ILO 94 i kraft af ”instruktionsreglen”.

Instruktionsreglen er udviklet i den folkeretlige teori i bl.a. Ole Espersens disputats om folkerettens virkning i Danmark fra 1970. Espersen anførte, at instruktionsreglen medfører, at en indgået folkeretlig forpligtelse udgør en tjenestebefaling (eller instruktion) til myndighederne om at medvirke til opfyldelsen af den indgæede traktat<sup>70</sup>. Instruktionsreglen retter sig ifølge Espersen mod administrationen, og ikke til domstolene<sup>71</sup>. På baggrund af instruktionsreglen, er *statslige* myndigheder i Danmark forpligtede til at overholde ILO 94. Retslitteraturen synes i øvrigt generelt at tilslutte sig instruktionsreglen, som i nærværende kontekst medfører, at ratificeringen af ILO 94 forpligter forvaltningen umiddelbart<sup>72</sup>.

Retstilstanden i Danmark er herefter, at *statslige* myndigheder, efter folke- og forvaltningsretlig teori, er umiddelbart forpligtede af Danmarks folkeretlige forpligtelse efter ILO 94, mens *regionale* og *kommunale* myndigheder grundet den manglende inkorporering i dansk ret ikke er forpligtede til at overholde konventionen. Sondringen er vigtig, fordi den indebærer, at kommunale og regionale myndigheder, herunder Aarhus Kommune og Region Syddanmark,

---

<sup>65</sup> FT 1988-1989 A spalte 4835 ff. og FT 1989-1990 A spalte 1097 ff.

<sup>66</sup> B 73 Forslag til folketingsbeslutning om ordentlige løn- og arbejdsforhold for alle arbejdere, der udfører offentlige bygge- og anlægsopgaver. Fremsat 16. december 2008, forkastet 14. april 2009.

<sup>67</sup> [www.bm.dk/Aktuelt/Nyheder/Pressemeddelelser/Arkiv/2011/11/Social%20dumping%20skal%20stoppes.ap](http://www.bm.dk/Aktuelt/Nyheder/Pressemeddelelser/Arkiv/2011/11/Social%20dumping%20skal%20stoppes.ap)

<sup>68</sup> Betænkning (2)

<sup>69</sup> Spiermann, s. 169, Germer (1), s. 80 og Nielsen (3) s. 138

<sup>70</sup> Espersen, s. 240

<sup>71</sup> Evald og Schaumburg, s. 333

<sup>72</sup> Se Juristen 1995, s. 207, Rehof og Nielsen, s. 267, Espensen, 381-387, Spiermann, s. 162. Dog betvivles retstillingen enkelte steder i litteraturen, bl.a. hos Peter Germer, der anfører, at ”det retskildemæssige grundlag stadig er spinkelt”, Germer, s. 60

ikke er berettiget til at bruge arbejdsklausuler i henhold til ILO 94, såfremt denne er i strid med EU-retten<sup>73</sup>.

Endelig skal bemærkes, at Højesteret i U 2006.770 H fastslog, at traktater ikke er direkte anvendelige i dansk ret i den forstand, at de kan føre til tilsidesættelse af dansk lovgivning. Hermed begrænses instruktionsreglen, i det omfang der findes sikre nationale retskilder på området, som administrationen er forpligtet til at følge forud for de folkeretlige forpligtelser. Dette fører over i en analyse af, hvilke øvrige retsregler, der er gældende for på området i Danmark.

### 3.3. Reguleringen i EU-retten

#### 3.3.1. Indledning

Formålet med at regulere offentlige kontrakter i EU er en del af EU's bestræbelser på at skabe et velfungerende indre marked, hvor der er fri bevægelighed for blandt andet varer og tjenesteydelser, og hvor konkurrencen er effektiv<sup>74</sup>. Regulering skal sikre, at virksomheder fra de forskellige medlemslande behandles lige og sikres adgang til at få tildelt en offentlig kontrakt.

#### 3.3.2. Primærretten

Primærretten omfatter bestemmelser af traktatrang i henhold til Lissabon-Traktaten (TEU, TEUF og Charteret om grundlæggende rettigheder, som ved Lissabon-Traktatens vedtagelse fik traktatrang) samt endelig de almindelige retsprincipper udledt af EU-domstolens praksis<sup>75</sup>.

Traktaten om den europæiske union (TEU) indeholder bestemmelser om oprettelsen af den Europæiske Union. Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde (TEUF) indeholder bestemmelser vedrørende det indre marked, herunder regler om tjenesteydelse og arbejdskraftens frie bevægelighed. De vigtigste regler på området for offentlige kontrakter er art. 18 om forbud mod diskriminering pga. nationalitet, art. 49 om etableringsfriheden, art. 56 om tjenesteydelse og art. 63 om kapitalens fri bevægelighed<sup>76</sup>. Enhver foranstaltning som hindrer den fri bevægelighed udgør en restriktion, som alene kan begrundes i alment tvingende hensyn.

Videre følger det af de almindelige EU-retlige principper, udledt af EU-domstolens retspraksis, herunder ligebehandlingsprincippet, som indebærer et generelt forbud mod forskelsbe-

---

<sup>73</sup> Kommunerne vil muligvis kunne anføre, at et såfremt der skulle opstå en erstatningssag mod en kommune for brug af arbejdsklausuler i henhold til ILO 94 i strid med EU-retten, vil kommunen kunne vælge erstatningskravet over på staten, idet staten ved den i afsnit 2.2 omtalte cirkulæreskrivelse har henstillet kommunerne til at bruge arbejdsklausuler i henhold til ILO 94. Hermed vil staten formentlig have pådraget sig et rådgiveransvar, hvilket begrundes i almindelige forvaltningsretlige regler, herunder officialprincippet og statens tilsynspligt med kommunerne i medfør af kommunestyrelseslovens § 43. Det falder uden for specialets pladsmæssige begrænsninger at behandle problemstillingen nærmere. Her skal blot konstateres, at kommunen i første omgang vil kunne ifalde erstatningsansvar overfor udenlandske virksomheder, såfremt kommunen uretmæssigt håndhæver arbejdsklausuler i strid med EU-retten.

<sup>74</sup> Bercussen og Bruun, side 97

<sup>75</sup> Nielsen (2) s. 26 og Bugge, Elholm, Starup og Steinicke, s. 141

<sup>76</sup> Notat (6), s. 1



handling af aktuelle og potentielle tilbudsgivere<sup>77</sup>. Gennemsigtighedsprincippet medfører krav om, at tildelingen af offentlige kontrakter, selve udbudsprocessen, foregår på en transparent og åben måde, og at kontraktkrav, evt. i form af arbejdsklausuler, ikke diskriminerer udenlandske tilbudsgivere<sup>78</sup>.

Ved tildelingen af en offentlig kontrakt stiller effektivitetsprincippet krav om, at udbuddet gennemføres og håndhæves på en måde, der effektivt sikrer opfyldelse af udbudsdirektivernes formål<sup>79</sup>. Proportionalitetsprincippet indebærer, at de foranstaltninger, der sættes i værk, skal være forholdsmæssige i forhold til de mål, der ønskes opnået<sup>80</sup>. Gensidighedsprincippet medfører krav om anerkendelse af andre landes godkendelsesordninger mv.<sup>81</sup>. Disse EU-retlige principper finder også anvendelse ved tildeling af offentlige kontrakter under udbudsdirektivernes tærskelværdier<sup>82</sup>.

### 3.3.2.1. Betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

EU-traktatretlige bestemmelser har forrang frem for national ret, såfremt de er præcise og ubetingede. Det er tidligt fastslået i EU-domstolens praksis<sup>83</sup>. Offentlige myndigheder er efter art. 106 TEUF forpligtede til at overholde traktaternes bestemmelser og almindelige retsprincipper udledt af EU-domstolens retspraksis. Anvendelse af arbejdsklausuler ved kontraktindgåelse med en udenlandsk privat leverandør skal således generelt overholde EU-retten. Kontraktkrav som hæmmer udøvelsen af traktatens frihedsrettigheder, eller gør udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal anvendes uden forskelsbehandling og være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn.

### 3.3.3. Sekundærretten

Sekundærretten består af den regulering, der udspringer af primærretten. Denne afledte regulering omfatter direktiver, forordninger, afgørelser og beslutninger. Af sekundærretten er navnlig udstationeringsdirektivet fra 1999 og udbudsdirektiverne fra 2004 af betydning for offentlige myndigheders adgang til at anvende arbejdsklausuler i offentlige kontrakter<sup>84</sup>.

#### 3.3.3.1. Udbudsdirektiverne

De to EU-retlige udbudsdirektiver er *udbudsdirektivet*<sup>85</sup> og *forsyningsvirksomhedsdirektivet*<sup>86</sup>. Direktiverne indeholder inden for hvert deres afgrænsede område regler om den fremgangsmåde, offentlige ordregivere skal følge, når de ønsker at indgå kontrakt med en privat leverandør. Formålet med direktiverne er, at skabe et indre marked for offentlige kontrakter, som samtlige virksomheder i EU-medlemsstaterne kan byde på, samt at fjerne foranstaltninger der

---

<sup>77</sup> C-243/89, C-324/98, C-513/99, C-59/00, og C-458/03

<sup>78</sup> Poulsen, mf., s.

<sup>79</sup> Klagenævn for Udbud kendelse af 27. juni 2008 (Danske arkitektvirksomheder)

<sup>80</sup> C-513/99

<sup>81</sup> Dir. 2004/18/EF art. 23, 46 og 50

<sup>82</sup> KOMM (2006)

<sup>83</sup> Case 6/64 Costa v. ENEL

<sup>84</sup> Nielsen (3), s. 58 ff.

<sup>85</sup> Dir. 2004/18/EF

<sup>86</sup> Dir. 2004/17/EF

giver indenlandsk bydende virksomheder en fortrinsstilling<sup>87</sup>. Det primære sigte med reglerne er således, at et offentligt finansieret organ *kun* skal lade sig lede af økonomiske og saglige hensyn ved indgåelse af kontrakter (altså en økonomisk baseret kontraktindgåelsesfilosofi). Herved sikres en optimal konkurrence på offentlige indkøb og opfyldelsen af målsætningen om ét fælles marked.

Direktiverne indeholder regler om udvælgelse af kvalificerede tilbudsgivere og om at tildelingen af en offentlig kontrakt skal gives efter et udvælgelseskriterium, som *skal* være enten det *økonomisk mest fordelagtige tilbud*<sup>88</sup> eller som den *laveste pris*<sup>89</sup>. Udbudsprocessen forløber i tre faser<sup>90</sup>:

- 1) Forberedelsesfasen, hvor der sker en fastlæggelse af kontraktgenstanden, udformning af kravspecifikationer og opstilling af kontraktvilkår,
- 2) Indgåelsesfasen, hvor udbuddet gennemføres i henhold til procedurereglerne i udbudsdirektiverne, herunder udvælgelse af kontraktpart og tildeling af kontrakt
- 3) Udførelsesfasen, hvor kontrakten skal føres ud i livet i form af levering af varer, eller udførelse af tjenesteydelser eller gennemførelse af arbejder.

Der er bred enighed i retslitteraturen og hos de udbudsretlige aktører om, at sociale hensyn, herunder arbejdsklausuler der varetager hensyn til arbejdstagere, kun kan ske i selve kontrakten (udførelsesfasen) – og ikke i forbindelse med udbudsprocessens udvælgelses- og tildelingsfaser<sup>91</sup>. For specialets problemstilling er det derfor relevant at belyse, hvilke kontraktvilkår, herunder arbejdsklausuler, en offentlig myndighed kan kræve i forbindelse med *udførelsesfasen*. Gennemgangen foretages efter en kort beskrivelse af den danske implementering af direktiverne.

### 3.3.3.1.2. Implementeringen af udbudsdirektiverne i dansk ret

Danmark implementerede udbudsdirektiverne den 1. januar 2005. Implementeringen skete i form af en bekendtgørelse om udbudsdirektivet<sup>92</sup> og en bekendtgørelse om forsyningsvirksomheds-direktivet<sup>93</sup>. Bekendtgørelserne fastslår, at offentlige ordregivere skal overholde EU-udbudsdirektiverne. Bekendtgørelserne er udstedt med hjemmel i lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb<sup>94</sup>. Implementeringen er således foretaget ved hjælp af *henvisningsmetoden*, hvorved udbudsdirektiverne gøres til dansk ret.

---

<sup>87</sup> Arrowsmith, s. 26 ff.

<sup>88</sup> Art. 53, stk. 1, litra a i direktiv 2004/18/EF

<sup>89</sup> Art. 53, stk. 1, litra b i direktiv 2004/18/EF

<sup>90</sup> Poulsen mf. s. 295

<sup>91</sup> KOMM(2009), Nielsen (1), s. 351 og Steiniche s. 297

<sup>92</sup> BEK nr. 712 af 15. juni 2011

<sup>93</sup> BEK nr. 936 af 16. september 2004, senest ændret ved BEK nr. 894 af 17. august 2011

<sup>94</sup> LKB nr. 600 af 30. juni 1992

Det kan videre anføres, at direktiverne efter EU-domstolens retspraksis i et vist omfang har direkte virkning i medlemsstaterne<sup>95</sup>. I Danmark har man oprettet et særligt organ, Klagenævn for Udbud, til at sikre håndhævelse af udbudsreglerne. Klagenævnet har i sine kendelser ofte henvist til EU-retlige principper, herunder gennemsigtighedsprincippet, proportionalitetsprincippet og ikke-forskelsbehandlingsprincippet, men nævnet har endnu ikke fået forelagt eller taget stilling til spørgsmålet om arbejdsklausulers forenelighed med EU-retten.

Foruden de EU-retlige udbudsdirektiver er i dansk ret gennemført en særlig tilbudslov, som finder anvendelse på kontrakter, som falder under tærskelværdierne i EU-udbudsdirektiverne<sup>96</sup>. Tilbudsloven antages at indeholde samme principper og tankesæt som er gældende i EU-udbudsdirektiverne. Da dette speciale alene behandler arbejdsklausuler i offentlige kontrakter med *grænseoverskridende* interesse, er en nærmere gennemgang af tilbudsloven undladt her<sup>97</sup>.

### 3.3.3.1.3. Betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

I det følgende foretages en vurdering af offentlige myndigheders muligheder for at benytte arbejdsklausuler i henhold til udbudsdirektivet. Kun udbudsdirektivet behandles, eftersom de fleste offentlige kontrakter omfattes af dette direktiv. Forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder kun inden for særlige sektorområder, herunder vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.<sup>98</sup>

Arbejdsklausuler er ikke direkte omtalt i direktivet. Derimod indeholder direktivet en bestemmelse om *betingelser* vedrørende kontraktens udførelse. Af artikel 26 fremgår således:

De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med EU-retten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.

Det følger således af bestemmelsen, at ordregivende myndigheder kan fastsætte visse krav vedrørende kontraktens udførelse. Det er navnlig værd at hæfte sig ved, at kravene skal være *forenelige* med EU-retten og at kravene skal være anført i udbudsbetingelserne. Videre i udbudsdirektivets artikel 27 fremgår det, at ordregivere i udbudsmaterialet kan oplyse tilbudsgivere om nationale forpligtelser vedr. bl.a. arbejdsforhold:

Den ordregivende myndighed kan i udbudsbetingelserne oplyse [...] hos hvilket eller hvilke organer ansøgerne eller tilbudsgiverne kan få relevante oplysninger om forpligtelser vedrørende skatter og afgifter, miljøbeskyttelse og forpligtelser i henhold til gældende bestemmelser med hensyn til beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrigt i den medlemsstat eller region eller på det sted, hvor ydelserne skal præsteres, og som finder anvendelse på arbejdets udførelse på byggepladsen eller på de leverede tjenesteydelser under kontraktens opfyldelse

---

<sup>95</sup> C-31/87 og C-103/88

<sup>96</sup> Tærskelværdierne reguleres hvert andet år. For 2010-2011 værdier, se Kommissionens forordning nr. 1177/2009 af 30. november 2009, eller Poulsen *mf.*, s. 208.

<sup>97</sup> Der henvises til Kaltoft og Pedersen samt Werlauf

<sup>98</sup> BEK nr. 936 af 16. september 2004, § 1, stk. 2

Af betragtning 33 i præamblen til direktivet fremgår, at kontraktkrav ikke må være diskriminerende:

Vilkårene for udførelsen af en kontrakt er i overensstemmelse med dette direktiv, hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende, og hvis de er anført i udbudsbeholdningen eller i udbudsbetingelserne. Vilkårene kan bl.a. have til formål at fremme efteruddannelse på arbejdspladsen, skaffe beskæftigelse til personer med særlige integrationsproblemer, bekæmpe arbejdsløshed eller beskytte miljøet.

Af betragtning 34 i præamblen til direktivet fremgår det, at:

De love, administrative bestemmelser og kollektive overenskomster, der gælder i de enkelte medlemsstater eller i Fællesskabet for så vidt angår arbejdsforhold og sikkerhed på arbejdspladsen, finder anvendelse ved udførelsen af en offentlig kontrakt, hvis sådanne bestemmelser og deres anvendelse er i overensstemmelse med EU-retten.

Herefter fastslås det i betragtning 34, at *udstationeringsdirektivet* skal overholdes, såfremt kontrakten medfører levering af tjenesteydelser af arbejdstagere fra en anden medlemsstat:

I tilfælde af grænseoverskridende aktiviteter, hvor en medlemsstats arbejdstagere leverer tjenesteydelser i en anden medlemsstat for at udføre en offentlig kontrakt, indeholder Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser de mindstekrav, der skal opfyldes i modtagerlandet over for de udstationerede arbejdstagere.

Udbudsretligt stilles således en række krav til anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Kravene følger af en række principper, primært:

- *Gennemsigtighedsprincippet* stiller bl.a. krav om offentliggørelse, hvilket medfører, at arbejdsklausulerne skal fremgå klart og tydeligt af udbudsmaterialet.
- *Ligebehandlingsprincippet* betyder, at udenlandske tilbudsgivere ikke må stilles ringere end danske tilbudsgivere (forbud mod indirekte eller direkte diskrimination)<sup>99</sup>. En klausul kan være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet på to måder. Enten hvis det viser sig, at den kun kan overholdes af nationale virksomheder, eller hvis det vil være vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemsstater at overholde og efterleve klausulen<sup>100</sup>.
- *Proportionalitetsprincippet* indebærer, at de krav der stilles, f.eks. i en arbejdsklausul, skal være rimelige i forhold til det mål, der ønskes varetaget med klausulen.

Principperne indebærer, at det *ikke* er lovligt for en offentlig myndighed at kræve af sine private medkontrahenter, at de tilslutter sig en dansk kollektiv overenskomst. Dette ville være i strid med princippet om den fri bevægelighed af tjenesteydelser og være nationalitetsdiskriminerende<sup>101</sup>:

---

<sup>99</sup> C-31/87

<sup>100</sup> KOM(89)400, KOM(2001)566 og KOMM(2010)

<sup>101</sup> Tilsvarende synspunkt findes hos Konkurrence- og Forbrugerestyrelsen, jf. KS (1).

Det må antages, at der er mulighed for inden for rammerne af udbudsdirektiverne at lade lønmodtagerhensyn indgå som selvstændige hensyn ved en udbudsforretning. [...] Et egentligt krav fra ordregiveren om, at den antagne leverandør skal være omfattet af kollektiv overenskomst, kan ikke anses for sagligt<sup>102</sup>.

Derefter er spørgsmålet, hvorvidt en offentlig myndighed lovligt kan kræve, at de (udenlandske) medarbejdere, der skal udføre en offentlig kontrakt får løn- og arbejdsvilkår, der svarer til mindst niveauet i den danske overenskomst, der gælder på det pågældende område. I henhold til udbudsreglerne er det legitimt for danske myndigheder at stille sådanne krav i arbejdsklausuler, såfremt de EU-retlige principper overholdes og EU-retten *generelt* bliver overholdt. Dermed kan påpeges, at der ikke er regelsammenstød mellem ILO 94 og udbudsdirektiverne. Samme konklusion nåede ILO's Ekspertkomite i 2008, idet komiteen anførte:

The two EU directives does not prevent EU Member States from requiring contractors through national laws to ensure to workers engaged in the execution of contracts wages which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on by the methods set out in the Convention. There is no contradiction between the requirements of ILO Convention No. 94 and the principles set out in the two EU public procurement directives<sup>103</sup>

Endelig skal dog anføres, at de udbudsretlige regler som nævnt specifikt henviser til, at reglerne om *udstationering* af arbejdstagere skal være overholdt. Med henblik på at besvare specialets problemstilling fører de udbudsretlige retskilder dermed over i en analyse af reglerne om udstationering af arbejdstagere (udstationeringsdirektivet).

### 3.3.3.2. Udstationeringsdirektivet

Direktivet om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser<sup>104</sup> finder anvendelse på virksomheder, som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på en medlemsstats område<sup>105</sup>. Formålet med direktivet er, at imødekomme to modsatrettede hensyn: På den ene side at sikre de grundlæggende rettigheder i traktaten omkring det indre marked og den fri bevægelighed af tjenesteydelser, og på den anden side at sikre fair konkurrence og sikre mod social dumping (arbejdstagernes rettigheder)<sup>106</sup>.

Direktivet indeholder en fortegnelse over regler for den minimumsbeskyttelse, som arbejdsgivere, der udstationerer arbejdstagere, skal overholde. Værtslandets regler om arbejdstid, arbejdsmiljø, ferie og mindsteløn gøres med direktivet internationalt præceptive. Medlemsstaterne er forpligtede til at sikre direktivets overholdelse. Spørgsmålet om direktivets forenelighed med ILO 94 er ikke reguleret nærmere. I præamblen til det første udkast til forslaget til direktivet (EFT 1993 C 178/5) var der en henvisning til ILO 94, men denne henvisning kom ikke med i det vedtagne direktiv<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> Schaumburg og Werlauff, s. 114

<sup>103</sup> Labour clauses in public contracts, ILO 2008, p. 85

<sup>104</sup> Direktiv 92/71/EF, artikel 1, stk. 1

<sup>105</sup> Niensen, Ruth: EU-Arbejdsret, 2006

<sup>106</sup> Direktivet blev til efter EU-domstolens afgørelse i Rush Portuguesa-sagen (C-113/89), jf. KOM(2003)458

<sup>107</sup> Proposal for a Council Directive concerning the posting of workers, 17. Juni 1991.

Det skal anføres hertil, at en række juridiske eksperter i et komparativt studie af juridiske aspekter af udstationeringsdirektivet i marts 2011 har givet følgende anbefaling til Kommissionen:

***Recommendation 5:***

To take away legal uncertainty with regard to the scope for Member States to include social clauses in public procurement contracts, this issue should be clarified not only in the light of the Rüffert judgment, but also taking into account the Public Procurement Directives which explicitly leave the Member States free to decide on how to integrate social policy requirements into public procurement procedures and ILO Convention No. 94<sup>108</sup>.

Hvorvidt anbefalingen fører til lovgivningsmæssige tiltag i relation til udstationeringsdirektivet er foreløbigt uvist. Foreløbigt har Kommissionen ikke taget sådanne tiltag.

***3.3.3.2.1. Implementeringen af udstationeringsdirektivet: Udstationeringsloven***

Udstationeringsdirektivet er implementeret i Danmark ved lov om udstationering af lønmodtagere i 1999<sup>109</sup>. Loven finder anvendelse i situationer, hvor virksomheder i forbindelse med levering af tjenesteydelser udstationerer lønmodtagere til Danmark, jf. § 1, stk. 1.

En lønmodtager i et ansættelsesforhold hos en udenlandsk arbejdsgiver, der udstationerer den ansatte til Danmark, vil som udgangspunkt ikke kunne påberåbe sig dansk arbejdsret over for den udenlandske arbejdsgiver. Konsekvensen af dette vil kunne være social dumping, og at den udstationerede ansatte undergives ringere arbejdsvilkår sammenlignet med danske standarder for retsbeskyttelsen af lønmodtagere. Udstationeringsloven udgør et direktivbaseret undtagelseskatalog til dette med visse minimumsrettigheder, herunder arbejdsmiljø-, ligebehandlings-, ligeløns og forskelsbehandlingslov, funktionærlovens § 7 samt visse bestemmelser i ferieloven, jf. lovens § 7. Danske myndigheder kan uden videre kræve disse regler overholdt af en udenlandsk virksomhed, som udfører en offentlig kontrakt i Danmark, idet udstationerede lønmodtagere qua loven kan påberåbe sig rettighederne direkte overfor den udenlandske virksomhed.

Derimod implementerer udstationeringsloven ikke den del af det underliggende EU-direktiv, som angår minimumsløn. Denne del er fortsat op til arbejdsmarkedets parter selv at regulere<sup>110</sup>. Den manglende implementering giver anledning til usikkerhed i forhold til, hvilke krav offentlige myndigheder kan stille til udenlandske virksomheder for så vidt angår mindsteløn. Spørgsmålet er overladt til EU-domstolen (jf. kap. 4).

***3.3.3.2.2. Betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter***

Ved implementeringen af udstationeringsdirektivet i Danmark blev der forsøgt taget højde for forholdet til Danmarks folkeretlige forpligtelse efter ILO 94. Der er således indsat en be-

---

<sup>108</sup> *Komparativt studie*, s. 305

<sup>109</sup> *LBK nr. 933 af 15. december 1999. Gældende udstationeringslov er LBK nr. 256 af 25. marts 2011*

<sup>110</sup> *Se for betydningen af denne manglende implementering afsnit XX*

stemmelse i lovens § 2, hvorefter loven ikke berører anvendelsen af arbejdsklausuler efter ILO 94:

§ 2 Denne lov berører ikke anvendelsen af ILO 94 af 1949 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter<sup>111</sup>.

Ifølge forarbejderne til bestemmelsen er konsekvensen heraf er, at *begge* regelsæt principielt kan finde anvendelse samtidigt. Det er i forarbejderne beskrevet således

Hvis f.eks. 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 konvention 94 (og det statslige cirkulære) har betinget sig, at den udenlandske virksomhed skal sikre medarbejderne vilkår svarende til de danske<sup>112</sup>.

Det har altså ikke været tilsigtet med den danske implementering af direktivet at ændre eller i det hele taget tage stilling til brugen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Hverken loven eller forarbejderne tager stilling til, hvorvidt der er konflikt mellem Danmarks folkeretlige forpligtelser i henhold til ILO 94 og udstationeringsdirektivet. Problemet er som nævnt heller ikke reguleret i selve udstationeringsdirektivet. Dermed er det overladt til nationale domstole<sup>113</sup> og i sidste instans EU-domstolen at besvare spørgsmålet<sup>114</sup>. En uddybning følger i næste kapitel.

## **Kap. 4: Regelsammenstød og konsekvens**

### **4.1. Baggrund**

Den endelige fortolkning af EU-retten varetages af EU-domstolen, som er kendt for en dynamisk fortolkningsstil<sup>115</sup>. Forud for domstolens afgørelser afgiver en af de europæiske generaladvokater et forslag til sagens afgørelse. Retskildeværdien af disse forslag er tvivlsom<sup>116</sup>. Domstolen har endnu ikke taget udtrykkelig stilling til, hvorvidt visse EU-medlemsstaters folkeretlige forpligtelser efter ILO 94 er forenelige med EU-retten. Rüffert-dommen fra 2008 er første gang domstolen har taget stilling til foreneligheden af en arbejdsklausul i en offentlig kontrakt med EU-retten. Analyse og vurdering af dommen er derfor central for besvarelsen af specialets problemformulering.

---

<sup>111</sup> LBK nr. 256 af 25/03/2011 § 2

<sup>112</sup> Bemærkningerne til lovforslagets § 2, L 47, Folketingstidende 1999-2000, Tillæg A, s. 1214 ff.

<sup>113</sup> Spørgsmålet har – undertegnede bekendt – endnu ikke foreligget for en dansk domstol.

<sup>114</sup> Det følger af EU-domstolens retspraksis, at nationale domstole har pligt til at rette sig efter EU-domstolens fortolkning af EU-retten i nationale sager om anvendelse af EU-retten, jf. fx C-465/93 (Atlanta).

<sup>115</sup> Engsig og Runge, s. 43, Bugge, Elholm, Starup og Steinicke, s 39 ff., Nielsen (2), 114 ff.

<sup>116</sup> Nielsen (2), s. 158

## 4.2. Rüffert-dommen<sup>117</sup>

### 4.2.1 Indledning

I det følgende gives en kort redegørelse af de faktiske omstændigheder i sagen. Herefter følger en gennemgang af generaladvokat Y. Bots ”*Forslag til en afgørelse*” af 20. september 2007 og af EU-domstolens dom af 4. april 2008. Afsnit 4.3. indeholder en udførlig gennemgang af juridiske og arbejdsretlige reaktioner på dommens betydning i Danmark, efterfulgt af et afsnit med min samlede vurdering på baggrund af domsanalysen og de arbejdsretlige reaktioner.

### 4.2.2. Sagens faktuelle omstændigheder

Den tyske delstat Land Niedersachsen havde i efteråret 2003, efter gennemførelsen af et offentligt udbud, tildelt den tyske virksomhed Objekt und Bauregie [OUB] en kontrakt på opførelse af et fængsel til en værdi af 8.493.331 euro. Kontrakten indeholdt en klausul om, at OUB og dets underentreprenører skulle overholde overenskomstmæssige bestemmelser, herunder mindsteløn, der var gældende på udførelsesstedet i henhold til den regionale kollektive overenskomst.

OUB antog en polsk underentreprenør, som i 2004 kom under mistanke for at have betalt lavere løn til arbejdstagerne end den regionale kollektive overenskomst<sup>118</sup>. Herefter opsagde Land Niedersachsen kontrakten med OUB. OUB gik konkurs, hvorefter kurator Dirk Rüffert anlagde sag mod Land Niedersachsen med krav på betaling af entreprisevederlaget grundet uretmæssig opsigelse. Den tyske domstol fandt, at tvistens afgørelse afhang af, hvorvidt delstatsloven var uforenelig med den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til TEUF art. 56 [art 49 EF]. På den baggrund stillede retten følgende præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen:

Udgør den omstændighed, at en offentlig ordregiver ved lov er pålagt kun at give kontrakter for byggeleverancer til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftligt har forpligtet sig til ved udførelsen af denne levering mindst at betale sine ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn, en ubegrundet hindring for den fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til EF-Traktaten [TEUF art. 56]?

### 4.2.3. Generaladvokat Y. Bots ”*Forslag til afgørelse*”<sup>119</sup>

Ifølge Bot handler det præjudicielle spørgsmål om, hvorvidt EU-retten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning om udbud af offentlige kontrakter, som pålægger de vindende virksomheder og deres underleverandører mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på udførelsesstedet. Dette er ifølge Bot ikke tilfældet. I sin argumentation for dette resultat går Bot ind i en nærmere analyse af *udstationeringsdirektivet* og *TEUF art. 56*.

---

<sup>117</sup> Sag C-346/06

<sup>118</sup> Holst Christensen, s. 120

<sup>119</sup> Generaladvokat Y. Bot afgav forslag til afgørelse den 20. september 2007



I forhold til udstationeringsdirektivet anfører Bot, at direktivet efter hans opfattelse *ikke* skal fortolkes således, at det er til hinder for at en national lovgivning, som pålægger ordremodtageren og dennes underentreprenører, at betale udstationerede arbejdstagere den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på udførelsesstedet, selv om denne overenskomst ikke er erklæret almindeligt gældende i henhold til direktivets artikel 3, stk. 8, første afsnit (para. 65-66). Til støtte herfor henviser Bot til, at hverken formålet med udstationeringsdirektivet (para. 67-68) eller retspraksis fra EU-domstolen (para. 69) er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller kollektive overenskomster gælde for alle, som arbejder på statens område (para. 70).

I forhold til art. 56 TEUF om tjenesteydelse fri bevægelighed anfører Bot, at bestemmelsen ikke er til hinder for en national lovgivning som den tyske, der indeholder krav om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. EU-domstolens retspraksis medfører ifølge Bot, at enhver forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grund af dennes nationalitet skal ophæves (para 100-101). Bot anfører, at der i sagen er tale om en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser (para 102-103), men at den er begrundet i beskyttelsen af arbejdstagere, som udgør et tvingende alment hensyn (para. 105).

Bot konkluderer, at idet bestemmelserne i den tyske delstatslov anvendes uden forskelsbehandling på tilbudsgivere og er begrundet i hensynet til at forebygge social dumping, er de ikke i strid med traktatens bestemmelse om fri udveksling af tjenesteydelser. Ved bedømmelsen lægger Bot vægt på, at de pågældende bestemmelser objektivt set sikrer beskyttelsen af udstationerede arbejdstagere (para 119). På baggrund af denne argumentationskæde når Bot frem til, at:

[Udstationeringsdirektivet] fortolkes således, at det ikke er til hinder for en national lovgivning [...] som pålægger ordremodtageren og indirekte dennes underentreprenører mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, under trussel om sanktioner, der kan gå så langt som til opsigelse af kontrakten, hvis den kollektive overenskomst som denne lovgivning henviser til, ikke er erklæret alment gældende.

#### 4.2.4. EU-domstolens dom af 3. april 2008 – C-346/06

Domstolen undersøger, hvorvidt det krav om mindsteløn, som Land Niedersachsen kræver iagttaget ved indførelse af en arbejdsklausul i kontrakten med OUB, lever op til udstationeringsdirektivets bestemmelser i art. 3 om mindsteløn. Hertil konstaterer domstolen, at Tyskland på forbunds-statsniveau – den tyske udstationeringslov – har udvidet anvendelsesområdet for bestemmelser vedrørende mindsteløn i kollektive aftaler, som finder generel anvendelse i Tyskland. Denne implementering af udstationeringsdirektivet er i overensstemmelse med art. 3, stk. 8, første afsnit. Domstolen konstaterer herefter, at den kollektive overenskomst, som kontrakten henviser til, ikke udgør en kollektiv aftale i henhold til forbundsstatsloven (para.. 26).

Derefter anfører domstolen, at udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 8, andet afsnit kun finder anvendelse, hvis der *ikke* findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler finder generel anvendelse (para. 27). Videre anfører domstolen, at den kollektive overenskomst kontrakten henviste til, kun var bindende for en del af byggesektoren i det berørte geografiske

område. Den kollektive overenskomst i sagen dækkede således kun en del af byggebranchen i det geografiske område, idet den ikke omfattede private, men alene offentligt ansatte (para 29):

Nævnte bestemmelse kan især ikke fortolkes således, at bestemmelsen gør det muligt for værtsmedlemsstaten at betinge gennemførelsen af levering af tjenesteydelser på sit område af overholdelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der går videre end de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse. [...] En sådan fortolkning ville berøve direktivet sin effektive virkning

Denne fortolkning fik domstolen til at konstatere, at det beskyttelsesniveau medlemsstaterne kan kræve er begrænset til det, der er fastsat i art. 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g). (para 34). Fortolkningen indebar, at Land Niedersachsen derfor ikke var berettiget til ved delstatslov at pålægge virksomheder i andre medlemsstater en lønsats som den, der er fastsat i den kollektive overenskomst i delstaten Land Niedersachsen (para 35).

Afslutningsvist sluttede domstolen med nogle overordnede betragtninger om TEUF art. 56. Ifølge domstolen udgjorde foranstaltningen (kravet om indførelsen af arbejdsklausuler) en restriktion efter art. 56 TEUF, som ikke i sagen var berettiget af et tvingende alment hensyn, idet lønsatsen i delstatsloven kun fandt anvendelse på offentlige kontrakter og ikke private kontrakter, og idet den kollektive overenskomst, som der henvistes til i delstatsloven, ikke fandt generel anvendelse. (para. 39-40). Herefter konkluderede domstolen, at:

[Udstationeringsdirektivet] sammenholdt med artikel 49 EF [TEUF art. 56], 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

Domstolen kom dermed frem til det modsatte resultat af generaladvokat Bot. Tilbage står herfter at vurdere, om dommen får konsekvenser for *danske* myndigheders adgang til at anvende arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Herom er meningene delte, jf. følgende afsnit.

### **4.3. Arbejdsretlige reaktioner på Rüffert-dommen**

I det følgende præsenteres forskellige vurderinger af Rüffert-dommens betydning for anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Først gennemgås en række juridiske vurderinger. Dernæst gennemgås EU-Kommissionens holdning efterfulgt den danske centraladministrations vurdering. Videre gennemgås arbejdsmarkedets parter (DA og LO) reaktioner på dommen, og derefter følger i næste afsnit min vurdering af retstilstanden i Danmark efter Rüffert-dommen.

#### **4.3.1. Juridiske vurderinger**

Ifølge professor i EU- og Folkeret Jens Hartig Danielsen, indebærer Rüffert-dommen, at det ikke længere er lovligt for statslige institutioner og kommuner at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter med krav om overholdelse af overenskomstmæssige vilkår. Danielsen anfører bl.a., at:

Dommen er i høj grad gældende for Danmark. [...]. Rüffert-sagen betyder rimeligt sikkert, uden at dommen siger det udtrykkeligt, at Danmarks forpligtelser i henhold til ILO 94 strider mod de EU-retlige regler. [...]. Dermed følger, at Danmark er forpligtet til at søge ILO 94 genforhandlet eller til at opsig konventionen <sup>120</sup>

Ifølge Danielsen følger det af retspraksis fra EF-Domstolen, at medlemsstaterne af EU i sidste ende er forpligtet til at udtræde af en ILO-konvention, såfremt der er uoverensstemmelse mellem konventionen og EU-retten. Danielsen henviser bl.a. til en tidligere kendelse fra EU-domstolen, hvor domstolen fastslog, at Østrig var forpligtet til at opsig sine forpligtelser i henhold til en ILO konvention<sup>121</sup>. På den baggrund vurderer Danielsen, at Danmark ikke længere kan kræve, at ansatte i virksomheder som indgår kontrakter med offentlige myndigheder skal betales en overenskomstmæssig løn<sup>122</sup>, idet en sådan praksis må anses for uforenelig med EU-retten.

Professor i EU- og Arbejdsret, Ruth Nielsen vurderede før dommens afsigelse, at dommen havde stor betydning for Danmark, og at det var usandsynligt, at domstolen ville nå frem til, at den tyske ordning var i strid med EU-retten:

This case [Rüffert] is of direct relevance to Sweden and Denmark where collective agreements never have *erga omnes* effect. ILO Convention 94 on Labour Clauses is not mentioned in the Rüffert case. If the ECJ comes to the opposite conclusion of the one reached by the Advocate General the Convention is incompatible with EU law. In my view, it is unlikely that the ECJ will arrive at such a conclusion.<sup>123</sup>

Efter dommens afsigelse, som nåede frem til det modsatte resultat, anfører Nielsen i forskellige artikler, at dommen har begrænset præjudikatværdi, fordi den er afsagt af et femmandskammer og ikke af storkammeret ved EU-domstolen. Derudover anfører Nielsen, at dommen virker meget bundet til den tyske situation, idet den handler om samspil mellem mindsteløn og almenyldig kollektiv overenskomst på forbundsstatsplan og delstatslovgivning om lokal mindsteløn:

I lande som Sverige og Danmark, der ikke har almenyldige kollektive overenskomster, er det også et argument for at anse dommen for mindre relevant for disse lande. Ikke mindst i Danmark, Norge og Finland, der har ratificeret ILO 94 er det nærliggende at spørge om Rüffert-dommen kan anses for et præjudikat for, at denne konvention strider mod art 49 EF og udstationeringsdirektivet <sup>124</sup>.

Videre anfører Nielsen, at ILO 94 ikke er nævnt i Rüffert-dommen, og at Tyskland ikke har ratificeret konventionen. På den baggrund vurderer Nielsen dommens betydning for Danmark:

I lande, der benytter lovbestemt mindsteløn eller almenyldige kollektive overenskomster, synes forpligtelserne efter ILO 94 i sager vedrørende udstationering inden for EU vanskeligt forenelige med art. 49 EF [art. 56 TEUF] og udstationeringsdirektivet, som

---

<sup>120</sup> *Danmarks Radio (1)*

<sup>121</sup> *C-203/03*

<sup>122</sup> *Danmarks Radio (1)*

<sup>123</sup> *Nielsen (5), s. 215*

<sup>124</sup> *Nielsen (6), s. 61 ff.*

EU-domstolen fortolker dem i Rüffert-sagen. [...]. I Danmark, der hverken benytter lovbestemt mindsteløn eller almengyldige overenskomster, har Rüffert-dommen næppe betydning<sup>125</sup>.

Endelig anfører Nielsen, at hun ”ikke tør udtale sig om, hvad der gælder for Norge”<sup>126</sup>. En kort redegørelse af situationen i Norge følger i nærværende speciales afsnit 4.6.2.

Adjunkt, ph.d., Catherine Jaqueson, har i en artikel i *Juristen* behandlet spørgsmålet om social dumping i EU. I relation til Rüffert-dommen vurderer hun, at:

[...] konsekvenserne af Rüffert-dommen på området for offentlige udbud er svære at overskue. Man kan dog fastslå, at nationale myndigheder i udbudssituationer kun i begrænset omfang kan benytte sig af såkaldte sociale klausuler, i hvert fald hvad angår fastlæggelsen af lønniveauet. Med andre ord kan ordregiveren ikke indsætte en klausul i et udbud, som sikrer en løn, der går videre end mindstelønnen som fastsat efter direktivets artikel 3, medmindre det kan retfærdiggøres i alment tvingende hensyn<sup>127</sup>.

På den baggrund konkluderer Jaqueson, at Rüffert-dommen er i strid mod ILO 94.

[Rüffert-dommen] forhindrer staterne i at bekæmpe de negative følger af den internationale konkurrence med hensyn til lønomkostningsniveauet. Ligeledes synes Rüffert at gå imod EF-Domstolens tidligere retspraksis, som nu er stadfæstet i artikel 26 i direktiv 2004/18, der giver medlemsstaterne mulighed for at integrere sociale krav i offentlige udbud. Rüffert synes også at stride med den tankegang, der ligger bag ILO-konvention nr. 94 om offentlige kontrakter<sup>128</sup>

Den norske professor i arbejdsret, Stein Evju, har i flere sammenhænge beskæftiget sig med konsekvenserne af Rüffert-dommen. Evju ser dommen som en fortsættelse af Viking- og Lavalafgørelserne<sup>129</sup>, som fortolker udstationeringsdirektivet som et maksimumsdirektiv, hvorfor det ikke er tilladt for medlemsstaterne at kræve højere beskyttelsesniveau for arbejdstagerne end det følger af direktivet. Evju finder at Rüffert-dommen er uforenelig med ILO konvention 94:

The ‘human rights dilemma’ lies therein, that the Court’s stance on industrial action is clearly at variance with public international law standards. Just to add to this, the Court’s stance in Rüffert is not consonant with ILO Convention No. 94 on labour clauses in public contracts<sup>130</sup>.

Ifølge professor Niklas Bruun, professor Antoine Jacobs og lektor Marlene Schmidt er der identitet mellem lovgivningen i Land Niedersachsen (§ 3) og forpligtelsen i ILO konvention 94 (art. 2). Bruun, Jacobs og Schmidh vurderer, at de juridiske konsekvenser af Rüffert-dommen vil variere fra medlemsstat til medlemsstat. De medlemsstater, som har ratificeret

---

<sup>125</sup> Nielsen (6), s. 64 ff.

<sup>126</sup> Nielsen (7), s. 8

<sup>127</sup> Jaqueson, s. 10

<sup>128</sup> Id. s. 10.

<sup>129</sup> C-438/05 og C-341/05

<sup>130</sup> Evju (1), s. 8

konventionen før de tiltrådte fællesskabet, kan fortsat anvende konventionen i det mindste i en overgangsperiode, indtil disse stater skal udtræde af konventionen<sup>131</sup>.

#### 4.3.2. EU-Kommissionen

Forud for vedtagelsen af udstationeringsdirektivet i 1997 vurderede en arbejdsgruppe under Kommissionen, at der ikke var modstrid mellem direktivet og ILO 94. Arbejdsgruppen udtalte:

Hence, we consider that the two systems – that of the Directive and that of the Convention – are both different and compatible because they have similar effects in regard to their respective scopes (public contracts)<sup>132</sup>

I Kommissionens vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb fra 2010 fremgår det, at udbudsdirektiverne ikke forhindrer arbejdsklausuler vedr. kontraktens udførelse. Dog skal øvrig EU-lovgivning, herunder udstationeringsdirektivet, overholdes:

I nogle tilfælde har medlemsstaternes tilgang til dette emne [regulering af arbejdsvilkår] været omstridte internt i medlemsstaterne. Et eksempel er Rüffert-sagen. Det skal påpeges, at selv om denne dom blev afsagt i forbindelse med en offentlig indkøbskontrakt, påvirker den ikke mulighederne i udbudsdirektiverne for at medtage sociale hensyn ved offentlige indkøb. Den præciserer blot, at sociale hensyn (i forbindelse med offentlige indkøb) med hensyn til udstationerede arbejdstagere også skal være i overensstemmelse med EU-lovgivningen og især direktivet om udstationering af arbejdstagere<sup>133</sup>

Under Rüffert-sagen afgav Kommissionen indlæg i sagen. I indlægget lagde Kommissionen vægt på, at det var udstationeringsdirektivet, der var det centrale regelsæt i sagen. Kommissionen konkluderede i sit skriftlige indlæg, pkt. 44, at hvis en medlemsstat opererer med almengørelse af overenskomster ved lov, jf. udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8, så kan medlemsstaten kun kræve denne almengjorte overenskomst gældende i arbejdsklausuler<sup>134</sup>.

Efter Rüffert-dommen kom Kommissionen med en henstilling i forhold til en mulig revision af udstationeringsdirektivet<sup>135</sup>. Henstillingen er blevet udlagt som en konsekvens af Rüffert-dommen. I en erklæring fra Kommissionens formand, José Manuel Barroso, fastslog denne, at:

Vi ser i stigende grad udviklingen af et europæisk arbejdsmarked. For at sikre både retfærdighed og konkurrencedygtighed har vi brug for et arbejdsmarked med lige vilkår. Dette gælder især serviceudbydere og deres udstationerede arbejdstagere. Sociale aspekter og konkurrencedygtighed skal begge tages lige alvorligt, for at vore samfund og økonomier kan blomstre<sup>136</sup>.

Efterfølgende har den tyske parlamentspolitiker, Sahra Wagenknecht, i en skriftlig henvendelse til Kommissionen spurgt, hvorvidt Kommissionen er af den opfattelse, at der er en konflikt

---

<sup>131</sup> Se afsnit 4.5 for uddybning af synspunktet.

<sup>132</sup> FT 2007-2008 (2 samling) Arbejdsmarkedetsudvalget, alm. Del – bilag 194

<sup>133</sup> KOMM(2010) s. 46

<sup>134</sup> Notat 4, s. 187

<sup>135</sup> Henstilling (1)

<sup>136</sup> Erklæring (1)

mellem ILO 94 og EU-retten. Hertil svarede kommissæren for det indre marked, Charlie McCreevy, at:

ILO 94 was adopted in 1949 by the International Labour Organisation and has been ratified by 10 EU Member States. However, bearing in mind the fact that Germany has not ratified ILO 94, the Court did not have to address the question of the significance of the ILO 94, if any<sup>137</sup>

Opsamlende kan det konstateres, at Kommissionen forud for udstationeringsdirektivet ikke vurderede, at der var konflikt mellem direktivet og ILO 94. Kommissionens indlæg i Rüffert-sagen må vurderes at være et udtryk for Kommissionens stillingtagen til den konkrete tyske ordning. Der er således intet der tyder på, at Kommissionen er af den opfattelse, at der generelt er modstrid mellem EU-retten og ILO 94. Tværtimod peger udtalelserne fra Kommissionen i retning af, at hensynet mod social dumping bør være et legitimt hensyn i EU-retten.

#### 4.3.3. Den danske centraladministration

Den følgende gennemgang af den danske centraladministrations holdning bygger på opfattelsen, som den er kommet til udtryk ved **a)** den danske regerings skriftlige og mundtlige indlæg i Rüffert-sagen og **b)** et efterfølgende notat om Rüffert-dommens betydning for Danmark, udarbejdet af Beskæftigelsesministeriet i samarbejde med Justitsministeriet og Udenrigsministeriet.

##### a) Den danske regerings indlæg i Rüffert<sup>138</sup>

I regeringens skriftlige indlæg anføres hvorfor, at sagen har betydning for Danmark:

Sagen har principiel betydning for Danmark, fordi sagen grundlæggende handler om regulering af løn, herunder spørgsmålet om hvorvidt et krav om overenskomstmæssig løn i offentlige kontrakter forvrider vilkårene for den frie bevægelighed af tjenesteydelser<sup>139</sup>

Det anføres videre i indlægget, at den danske regering finder det afgørende, at EU-retten respekterer, at medlemsstaterne har forskellige traditioner på arbejdsmarkedet, og at landene har valgt forskellige modeller til regulering af løn og arbejdsvilkår. Det danske arbejdsmarked er således ifølge indlægget kendetegnet ved, at arbejdsmarkedets parter har autonomi og frihed til gennem aftale at regulere løn- og arbejdsvilkår uden indblanding fra staten.

Indlægget gennemgår herefter implementeringen af udstationeringsdirektivet i dansk ret, som skete ved udstationeringsloven i 1999. Loven fastsætter ikke krav om, hvilken mindsteløn en udenlandsk arbejdsgiver skal betale sine ansatte, når de udstationeres til Danmark. Dette er ifølge indlægget i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> *Sahra Wagenknecht (1)*

<sup>138</sup> *Notat 4, s. 170 ff.*

<sup>139</sup> *Id. s. 171*

<sup>140</sup> *Id. s. 172*

Dernæst gennemgår indlægget ILO 94 og konventionens betydning i dansk ret. Heraf fremgår, at Danmark ratificerede konventionen i 1955, og at konventionen på samme måde som udstationeringsdirektivet har til formål at beskytte arbejdstagerne og undgå social dumping<sup>141</sup>.

Afslutningsvist i indlægget følger den danske regerings konklusion. Heraf fremgår, at retten til at regulere løn efter regeringens opfattelse ikke er omfattet af EU-retten og at den tyske ordning efter den danske regerings opfattelse ikke er i strid med TEUF-artikel 56. Det konkluderes, at:

Det er regeringens opfattelse, at et krav i offentlige udbudskontrakter som det, der er omtvistet i den forelagte sag, ikke strider mod Traktatens artikel 49 [TEUF art. 56]. Regeringen begrundet sin opfattelse med, at et sådant krav ikke udgør en hindring af tjenesteydernes fri bevægelighed, subsidiært at et sådant krav kan begrundes med tvungne almene hensyn samt at det ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde dets målsætning.<sup>142</sup>

Det skriftlige indlæg blev efterfølgende fulgt op af et mundtligt indlæg, som repræsentanten for den danske regering fremkom med under sagens hovedforhandling den 7. juli 2007<sup>143</sup>. I det mundtligt indlæg anføres, at det er første gang, at domstolen skal tage stilling til spørgsmålet om arbejdsklausulers forenelighed med EU-retten. Videre anførtes det, at en tredjedel af EU's medlemsstater har tiltrådt ILO 94, og at sagen derfor har principiel karakter:

Det er derfor en principiel sag, når en national domstol, som det sker i denne sag, med kritisk fortegn rejser spørgsmål om foreneligheden af arbejdsklausuler med EU-retten<sup>144</sup>

Herefter fastslås det, at det efter den danske regerings opfattelse er foreneligt med EU-retten at indføre arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, med særlige krav til løn, der går ud over, hvad der ellers følger af landets evt. minimumsregler om løn. Generelt om arbejdsklausulers forenelighed med EU-retten anføres det, at:

Det er klart, at vi skal undgå konkurrencefordrejning. Men så længe arbejdsklausuler, i overensstemmelse med de almindelige EU-udbudsregler, er transparent og ikke-diskriminerende og har den fornødne saglige sammenhæng til opgaven, opstår der ikke en konflikt i forhold til EU-retten<sup>145</sup>

Samlet anfører den danske regering i såvel det skriftlige såvel som det mundtligt indlæg i Ruffert-sagen, at Tyskland skal frifindes i sagen, og at det er foreneligt med EU-retten at lovgivningsmagten pålægger offentlige myndigheder at indføre arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

#### b) Centraladministrationens vurdering af Ruffert-dommen

---

<sup>141</sup> Notat 4, s. 170 ff.

<sup>142</sup> Id., s. 170

<sup>143</sup> Id., s. 180

<sup>144</sup> Id. s. 181

<sup>145</sup> Id. s. 185

På baggrund af en række § 20 spørgsmål i Folketinget udarbejdede Beskæftigelsesministeriet (BM) i samarbejde med Justitsministeriet (JM) og Udenrigsministeriet (UM) en juridisk vurdering af Rüffert-dommen i relation til Danmarks håndhævelse af ILO 94<sup>146</sup>.

I notatet analyserer BM, JM og UM dommens centrale præmisser for at vurdere dommen i relation til dansk praksis<sup>147</sup>. Herefter gennemgår ministerierne den konkrete situation i Tyskland, og redegør for den tyske implementering af udstationeringsdirektivet. Notatet fastslår, at direktivet udtømmende regulerer det beskyttelsesniveau, der skal garanteres over for udstationerede arbejdstagere på værtsmedlemsstatens område. På den baggrund konkluderes:

Konklusion på Rüffert sammenholdt med Laval er derfor: Hvis en medlemsstat har alment erklærede overenskomster, der foreskriver en mindsteløn, er det i princippet kun denne mindsteløn, som udenlandske tjenesteydere kan pålægges at betale sine udstationerede medarbejdere, hvilket bevirker, at der ikke ved en supplerende foranstaltning kan pålægges tjenesteydere at betale en højere løn. Med tilføjelsen ”i princippet” har Domstolen ikke helt udelukket muligheden for, at en medlemsstat undtagelsesvist i en konkret situation kan argumentere for en højere løn begrundet i hensynet til arbejdstagernes beskyttelse, men såfremt denne højere løn ikke er sikret alle arbejdstagere i den pågældende sektor, afkræftes formodningen for, at hensynet til arbejdstagernes beskyttelse er bærende<sup>148</sup>

På dette grundlag behandles spørgsmålet om, hvorvidt Danmark kan fortsætte sin praksis med arbejds-klausuler i henhold til ILO 94. Det anføres, at der i forbindelse med forhandlingerne om udstationeringsdirektivet og i den efterfølgende arbejdsgruppe nedsat af EU-Kommissionen var enighed om, at direktivet og ILO 94 var indbyrdes forenelige. Ministerierne vurderer derfor, at det kan betragtes som forudsat ved vedtagelsen af direktivet, at forpligtelser i henhold til ILO 94 kan opfyldes, uden at medlemsstaten derved kommer i konflikt med direktivet. Ud fra denne argumentationskæde konkluderes det i notatet:

Endelig kan det anføres, at Danmark håndhæver ILO 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. Det ville rykke balancen, såfremt det offentlige kunne undergrave overenskomster ved at aflønne under overenskomstens niveau. I Rüffert-sagen undlader Domstolen at tage stilling til ILO 94, da det ikke var relevant i den konkrete sag, og der er således på baggrund af denne sag intet belæg for, at Danmarks praksis vedr. ILO-konvention 94 ikke kan fortsætte uændret<sup>149</sup>.

Endelig kan det anføres, at det af Beskæftigelsesministeriets mandatnotits til brug ved ILO’s 97. arbejds-konference i Genève 2008 fremgår, at den danske regering understregede vigtigheden af ILO 94 til bekæmpelse af social dumping og sikring af ordentlige løn- og arbejdsvilkår i forbindelse med offentlige udbud<sup>150</sup>. Samlet kan det således konkluderes, at den danske centraladministration vurderer, at ILO 94 og EU-retten er forenelige og at danske myndigheder

---

<sup>146</sup> BM, JM og UM (1)

<sup>147</sup> BM, JM og UM (1), s. 1

<sup>148</sup> Id. S. 5

<sup>149</sup> Id. s. 6

<sup>150</sup> Mandatnotits (1), s. 11



derfor uændret kan fortsætte deres praksis med anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

#### 4.3.4. Arbejdsmarkedets parter

Dansk Arbejdsgiverforening vurderer i et kortfattet notat, at Rüffert-sagen ikke får betydning for danske forhold. Ansættelsesretschef Flemming Dreesen skriver i notatet, at:

Afgørelsen bidrager ikke med nyt i forhold til domstolens afgørelse i Laval-sagen. Domstolen underkender en tysk delstatslovgivning, der pålægger løn og arbejdsvilkår, der ligger ud over det, som den tyske stat via deres udstationeringslovgivning har fastsat som national standard. [...]. Der er klare forskelle på danske og tyske forhold. Dommen har derfor ikke nogen direkte indflydelse på de overvejelser, som pågår i Danmark<sup>151</sup>

LO, hovedorganisation for fagforeninger, vurderede kort efter Rüffert-dommens afsigelse i et kort notat, at Rüffert-dommen ikke får konsekvenser for den danske model. Dog anførte LO, at Rüffert-dommen er en kompleks dom, der kræver yderligere analyse. Det anføres i notatet, at

LO vurderer ikke umiddelbart, at dommen har indvirkning på de mere generelle spørgsmål om den danske models forenelighed med EU-retten. Det skyldes, at dommen er begrundet i nogle specifikke tyske forhold, som ikke er gældende i Danmark<sup>152</sup>

Efterfølgende nedsatte LO i 2009 en ad hoc arbejdsgruppe, som skulle arbejde med spørgsmål vedrørende social dumping i EU. Arbejdsgruppen fremlagde en rapport om social dumping i februar 2011. Rapporten indeholder en udførlig vurdering af Rüffert-dommen, hvoraf fremgår, at:

EU-domstolens ræsonneren antyder, at man ikke kan 'fastsætte særlige betingelser vedrørende offentlige kontrakter', da disse betingelser ikke ville finde samme anvendelse i den private sektor. Dette strider naturligvis imod EU-lovgivningen om offentlige indkøb og ILO konvention 94. [...] Der er gode grunde til helt enkelt at anse afgørelsen i Rüffert-sagen som forkert, idet den tilsidesætter adskillige medlemsstaters forpligtelser under bindende international ret allerede før, de blev medlemmer af EU<sup>153</sup>

Opsamlende kan det siges, at LO har bevæget sig fra en neutral til en meget kritisk vurdering af Rüffert-dommens betydning i Danmark. Med den seneste udmelding antager LO således, at EU-retten med Rüffert-dommen er i konflikt med ILO 94. Dansk Arbejdsgiverforening har ikke ændret opfattelse af sagen. På en forespørgsel oktober 2011 fra undertegnede har Flemming Dreesen oplyst, at "*DA generelt arbejder imod anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter*".

---

<sup>151</sup> *da.dk (1)*

<sup>152</sup> *lo.dk (1)*

<sup>153</sup> *Rapport (1)*

#### 4.4. Samlet vurdering af Rüffert-dommens betydning i Danmark

Efter min opfattelse forudsætter en vurdering af dommens betydning i Danmark både en vurdering af domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet og af TEUF art. 56. Min samlede vurdering af dommen er derfor opbygget således, at jeg først vurderer domstolens fortolkning af *udstationeringsdirektivet* i forhold til offentlige myndigheders brug af arbejdsklausuler (4.4.1.1.) og derefter fortolkningens betydning for forholdet mellem ILO 94 og udstationeringsdirektivet (4.4.1.2.). Dernæst vurderes domstolens fortolkning af *TEUF art. 56* i forhold til offentlige myndigheders brug af arbejdsklausuler (4.4.2.1.) og endeligt fortolkningens betydning for relationen mellem ILO 94 og TEUF art. 56 (4.4.2.2.).

##### 4.4.1. EU-domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet

###### 4.4.1.1. Offentlige myndigheders brug af arbejdsklausuler

Udstationeringsdirektivets betydning for offentlige myndigheders adgang til at bruge arbejdsklausuler i offentlige kontrakter nødvendiggør sammenligning af den tyske implementering af direktivets bestemmelse om mindsteløn med den danske implementeringsmodel.

I Tyskland er der et system, hvor overenskomstbestemmelser ved lovgivning kan udstrækkes til at gælde de arbejdstagere inden for den pågældende sektor, der ikke er direkte omfattet af overenskomsten. I retslitteraturen betegner man dette fænomen som *udbredelse/ almengørelse af overenskomster ved lov*. I henhold til den tyske implementeringslov af udstationeringsdirektivet, er virksomheder inden for byggesektoren, der udstationerer medarbejdere til Tyskland, omfattet af regler om ferie og mindsteløn i overenskomster, der er blevet gjort alment gældende. Denne implementering er i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, som fastslår:

Medlemsstaterne påser, at [...] virksomheder, [...], på de nedennævnte områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:

- ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller
- ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter [byggesektoren]

Kollektive aftaler, der finder generel anvendelse, defineres i direktivets § 3 stk. 8, første afsnit, som:

Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgrænse i det pågældende geografiske område.

I Rüffert-sagen krævede Land Niedersachsen i en arbejdsklausul en regional overenskomst overholdt. Det blev oplyst i sagen, at denne overenskomst ikke var almengjort. Tværtimod var der fastsat en højere mindsteløn i den regionale overenskomst, end den overenskomst, som var almengjort i Tyskland på forbundsniveau. Domstolen fandt, at direktivet var til hinder for brug af en arbejdsklausul, der pålagde udenlandske virksomheder at overholde arbejdsvilkårene i en anden (regional) overenskomst end den overenskomst, som var gjort alment gældende på forbundsniveau. Domstolen lagde vægt på, at Tyskland havde implementeret direktivets

regler om mindsteløn. Fortolkningen indebærer, at offentlige myndigheder i Tyskland ikke kan kræve et højere beskyttelsesniveau end det minimumsniveau, som følger af den tyske implementeringslov.

I modsætning til Tyskland har Danmark ikke et generelt system med almengørelse af overenskomster ved lovgivning. Som påpeget af Hasselbalch er ordningen dog ikke aldeles ukendt i dansk ret, idet der findes eksempler på almengørelse af overenskomster ved lovgivning<sup>154</sup>. Disse enkelte områder er ikke tilstrækkelige til, at Danmark har et sådant generelt system i udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 1, jf. stk. 8, første ledes forstand. Der findes heller ikke generelt lovgivning i Danmark, som fastsætter en bestemt minimumsløn<sup>155</sup>. Ved implementeringen af udstationeringsdirektivet i 1999 blev spørgsmålet om implementeringen af direktivets bestemmelser om mindsteløn forelagt arbejdsmarkedets parter. Der var på dette tidspunkt – som siden hen – enighed om *ikke* at implementere reglerne om mindsteløn i Danmark:

Mindesteløn er ikke reguleret ved lov og i Danmark kendes et system med almenyldige kollektive aftaler ikke. Spørgsmålet, om der skulle fastsættes en mindsteløn, blev drøftet med arbejdsmarkedets parter forud for implementeringen i 1999, og der var enighed om ikke at anvende muligheden på dette tidspunkt. Til gengæld blev revisionsbestemmelsen i § 11 indsat, så man på baggrund af senere erfaringer kunne få lejlighed til at genoverveje muligheden<sup>156</sup>

Udstationeringsloven fastsætter dermed ingen mindsteløn i forbindelse med udstationerede arbejdstagere i Danmark. Rüffert-dommen kan derfor ikke overføres direkte på danske forhold, eftersom den danske og tyske implementering af udstationeringsdirektivet for så vidt angår mindsteløn er forskellig. Spørgsmålet er herefter, hvilke konsekvenser den manglende danske implementering af direktivets mindstelønsbestemmelser i lyset af Rüffert-dommen har for offentlige myndigheders adgang til at stille krav om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter – herunder kræve en bestemt mindsteløn overholdt i henhold til en dansk overenskomst.

Den danske implementeringsmodel indebærer, at udstationerede arbejdstagere kun er sikret en minimumsløn i det omfang, 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 kollektive kampskridt. Der er lovgivningsmæssigt opstillet nogle krav, som skal være opfyldt, før der kan iværksættes kollektive kampskridt.

Det er min opfattelse, at offentlige myndigheder i arbejdsklausuler *kun* kan stille de samme krav til udenlandske virksomheder, som danske fagforeninger kan stille, når de iværksætter kollektive kampskridt mod en udenlandsk virksomhed med henblik på opnåelse af en overenskomst. Hermed kan Justitsministeriets vurdering, hvorefter den danske praksis kan fortsætte uændret, ikke tiltrædes. Min opfattelse bygger tankemæssigt på en form for overført rets anvendelse ud fra begrundelsen om ”årsagernes lighed”, jf. Hasselbalch<sup>157</sup>. Argumentation herfor er som følger:

---

<sup>154</sup> Hasselbalch, kap. X, afsnit 1.1.

<sup>155</sup> Dreesen, s. 2, Kristiansen (3), s. 4, ”Arbejde i Danmark”, s. 4, Notat 7 (FAOS), s. 38 ff.

<sup>156</sup> Lovbemærkninger (1)

<sup>157</sup> Hasselbalch, kap. VI, afsnit 4.2.2.2.

Overordnet betragtet må der foretages en vurdering af, hvilke generelle krav til mindsteløn der i medlemsstaterne kan stilles til udenlandske virksomheder, som udstationerer medarbejdere til Danmark. Eftersom Danmark ikke har implementeret bestemmelsen om mindsteløn i direktivet, følger det af EU-domstolens praksis, at der kun kan stilles krav om mindsteløn over for en udenlandsk tjenesteyder, der udfører arbejde i Danmark, i henhold til de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område til grund, jf. udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8, 2. afsnit.

I Laval-dommen fra 2007 tog EU-domstolen stilling til forståelsen af denne implementeringsmodel, som tilsvarende Danmark også er benyttet i Sverige. Sagen vedrørte svenske fagforeningers mulighed for at iværksætte kollektive kampskridt mod en udenlandsk virksomhed (*Laval un Partneri Ltd*), der opererede i Sverige. EU-domstolen anførte i præmis 66, at det er en forudsætning for anvendelsen af den i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8 angivne mulighed for at regulere mindstelønnen ved kollektive overenskomster, at ligebehandlingsprincippet iagttages. Herved fastslog domstolen, at udenlandske virksomheder skal behandles på samme måde som indenlandske virksomheder, før at der er tale om ligebehandling i direktivets artikel 3, stk. 8's forstand<sup>158</sup>.

Laval-dommen medførte, at der i Danmark blev nedsat en arbejdsgruppe til at vurdere dommens betydning i Danmark. Arbejdsgruppen fremkom i den forbindelse med en betænkning, hvori det bl.a. blev anført, at bestemmelser om mindsteløn skal være tilstrækkeligt præcise og tilgængelige til, at det ikke i praksis gøres umuligt eller urimeligt vanskeligt for en udenlandsk virksomhed at få klarhed over, hvilke forpligtelser virksomheden skal overholde.

Laval-betænkningen konkluderede herefter, at Danmark ved at indsætte en bestemmelse i udstationeringsloven om, at de kollektive aftaler, der indgås af de *mest repræsentative arbejdsmarkedsparter* i Danmark, og som gælder på *hele det danske område*, skal lægges til grund for fastlæggelse af mindsteløn, kunne opnå en overholdelse af direktivet, samtidig med at muligheden for at anvende kollektive kampskridt til støtte for et krav om indgåelse af overenskomst med krav om en mindsteløn, kunne opretholdes<sup>159</sup>. Følgende bestemmelse blev indsat i loven:

§ 6 a. Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan der på samme måde, som over for danske arbejdsgivere, anvendes kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere til støtte for et krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt, som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.

Ved bestemmelsen indføres det således i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8, 2. afsnit, 2. led, at der ved lov fastsættes minimumsbetingelser i forhold til

---

<sup>158</sup> *Betænkning (1)*

<sup>159</sup> *Betænkning (1)*, s. 13

det, en udstationerende virksomhed kan blive mødt med krav om at skulle betale til sine udstationerede arbejdstagere. Herved defineres begrebet mindsteløn i overensstemmelse med praksis i Danmark, som overlader mindstelønsvilkår til forhandling hos arbejdsmarkedets parter. Den danske udstationeringslovs § 6 a, stk. 2 fastsætter altså de betingelser, der skal være opfyldte for, at en udenlandsk tjenesteyder kan mødes med krav om lønvilkår i henhold til en dansk overenskomst.

Efter lovens forarbejder skal det fremgå, *hvilke* overenskomstbestemmelser der henvises til, *hvilken* overenskomst der er tale om, *hvem* parterne i den pågældende overenskomst er, og *hvor længe* den pågældende overenskomst er i kraft. Efter ligebehandlingsprincippet må der være krav om, at den udenlandske virksomhed får udleveret den pågældende overenskomst, idet overenskomstvilkårene ellers ikke kan siges at være tilgængelige og klare for den virksomheden. Kravet iagttages ikke af offentlige myndigheder i Danmark, som blot henviser til arbejdsmarkedets parter, jf. afsnit 2.2.

Det er ikke en hvilken som helst overenskomst, kan kræves overholdt af en udenlandsk virksomhed, der udstationerer arbejdstagere til Danmark. De kollektive aftaler, hvis bestemmelser, der henvises til, må således alene være indgået af de mest *repræsentative* parter i Danmark, ligesom de skal være gældende på *hele* det danske område. I et spørgsmål fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg blev beskæftigelsesministeren ved lovændringen bedt om at forklare, hvad der forstås ved ”*kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative i Danmark og som gælder på hele det danske område*”. Hertil lød svaret, at:

Af udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 8, 2. afsnit fremgår, at hvis der ikke findes en ordning med almenlydige overenskomster, kan en medlemsstat beslutte at lægge de kollektive aftaler til grund, som indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område. [...] det vil være Arbejdsretten, som i konkrete tilfælde kan tage stilling til, om der er tale om overenskomster indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter og som gælder på hele det danske område.<sup>160</sup>

Svaret er meget uklart, og hverken Laval-betænkningen eller lovens forarbejder tager stilling til spørgsmålet. Af forarbejderne til loven følger det således kun, at:

Hvem der på et bestemt ansættelsesområde skal betragtes som de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter fastlægges efter en konkret vurdering [*af Arbejdsretten*]<sup>161</sup>

Hvem der kan anses for at være mest repræsentative arbejdsmarkedsparter er uklart og spørgsmålet er overladt Arbejdsretten for nærmere klarificering<sup>162</sup>. Der vil i en vurdering af spørgsmålet ved Arbejdsretten formentlig kunne drages en parallel til Højesterets praksis om hvilke faglige organisationer, der som ”*repræsentative*” er forhandlingsberettigede, jf. U

---

<sup>160</sup> Beskæftigelsesministerens svar på spgm. 12 under behandling af L 36, Folketingstidende 2008-09, Tillæg A s. 948 ff

<sup>161</sup> Forarbejder (2), s. 12

<sup>162</sup> Det er således Arbejdsretten, der er det kompetente organ, når det skal tages stilling til, hvorvidt betingelserne i § 6 a, stk. 2 er opfyldte. Det fremgår af Arbejdsretslovens (Lovbekendtgørelse af 26. februar 2008 om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter) § 9, stk. 1, nr. 5, at sager om lovligheden af anvendelse af kollektive kampskridt til støtte for krav om overenskomst på områder, hvor kollektiv overenskomst ikke er indgået, kan indbringes for Arbejdsretten.

1959.306 H, U 2000.321 H og U 2009. 2134 H<sup>163</sup>. Arbejdsretten kan forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, jf. TEUF art. 267. På den baggrund vil EU-domstolen kunne blive forelagt spørgsmål om anvendelse af kollektive kampskridt over for en udenlandsk tjenesteyder i Danmark.

Der må forventes et betydeligt antal sager ved Arbejdsretten om spørgsmålet i fremtiden<sup>164</sup>. Hvorvidt det er en hensigtsmæssig måde at lovgive på skal ikke behandles nærmere her<sup>165</sup>. Det skal blot konstateres, at retsstillingen som *minimum* indebærer, at en række kollektive overenskomster og aftaler *ikke* vil kunne komme i betragtning som reference i relation til den udenlandske tjenesteyder. Ifølge forarbejderne er der tale om følgende overenskomster:

Virksomhedsoverenskomster og lokale eller regionale aftaler vil en lønmodtagerorganisation således ikke kunne henvise til, da sådanne overenskomster og aftaler ikke nødvendigvis vil udgøre et retvisende grundlag for at fastlægge det lønniveau, der kan anvendes kollektive kampskridt for at opnå<sup>166</sup>.

Dertil kommer, at overenskomstbestemmelser om lokal forhandling af løn og løntillæg ikke kan kræves iagttaget af en udenlandsk virksomhed. Dette indebærer et brud med den autonomi, som er tillagt arbejdsmarkedets parter i Danmark. Hensynet til udenlandske virksomheders mulighed for at beregne lønomkostninger tillægges større betydning. Udstationeringsdirektivet griber dermed ind i de nationale arbejdslivsrelationer og etablerede nationale løsnin-  
ger for lønfastsættelse i Danmark<sup>167</sup>.

Endelig kræves der ifølge § 6 a, stk. 2, at det fremgår med den fornødne klarhed hvilken løn, der efter den relevante overenskomst skal betales. Der kan ifølge forarbejderne godt være tale om overenskomstbestemmelser om arbejde i akkord, resultatløn eller lignende, hvis bare de pågældende bestemmelser er udformet klart<sup>168</sup>. Tilsvarende gælder ifølge forarbejderne overenskomstbestemmelser, der ikke direkte angiver en lønsats, men hvor der henvises til statistisk materiale og fagretlig praksis som grundlag for fastlæggelse af lønniveauet. Afgørende er, at det er muligt uden hindringer for den udenlandske virksomhed at gennemskue, hvad der kræves som mindsteløn<sup>169</sup>.

Fortolkningen af udstationeringsdirektivet i Rüffert-dommen *har* således afgørende betydning for danske myndigheders praksis med indførelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Dommen må i forlængelse af Laval-dommen forstås således, at offentlige myndigheder ved arbejdsklausuler kun kan kræve arbejds- og ansættelsesvilkår, herunder krav om mindsteløn, svarende til de krav danske fagforeninger kan stille til indgåelse af en kollektiv overenskomst i henhold til udstationeringslovens § 6 a, stk. 2. Kun mindsteløn i henhold til de overenskomster, der fremgår af § 6 a, stk. 2, og som er beskrevet ovenfor, kan herefter kræves overholdt i offentlige kontrakter.

---

<sup>163</sup> Hasselbalch, Kap. IV, afsnit. 1.2.1.1.

<sup>164</sup> Dette gælder efter min opfattelse både sager vedr. kollektive kampskridt mod udenlandske virksomheder og sager vedr. arbejdsklausuler i offentlige kontrakter med udenlandske virksomheder.

<sup>165</sup> Frandsen, Gram Jensen og Evald og Schaumburg-Müller, s. 265 ff.

<sup>166</sup> Bemærkningerne til L 36, Folketingstidende 2008-09, Tillæg A s. 948 ff

<sup>167</sup> Karlsen og Evju, s. 96

<sup>168</sup> Forarbejder (2), s. 13

<sup>169</sup> FT 2008-09 (5)

#### 4.4.1.2. Forholdet mellem ILO 94 og udstationeringsdirektivet

10 medlemsstater af EU har ratificeret ILO 94. Domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet medfører efter min opfattelse, at der må foretages en konkret vurdering fra stat til stat af hvorvidt statens implementering af direktivet medfører, at staten kan overholde sine folkeretlige forpligtelser i henhold til ILO 94. Et tilsvarende synspunkt findes hos Bruun, Schmidth og Jacobs<sup>170</sup> og hos Nielsen, som anfører, at for de lande der benytter lovbestemt mindsteløn eller almengjorte overenskomster, synes forpligtelserne efter ILO 94 vanskeligt forenelige med direktivet<sup>171</sup>.

For Danmarks vedkommende medfører udstationeringslovens § 6 a, stk. 2 efter min opfattelse, at offentlige myndigheder alene i arbejdsklausuler kan kræve overenskomstvilkår i henhold til *”landsdækkende overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område”*.

Der kan argumenteres for, at dette harmonerer med forpligtelsen efter ILO art. 2 a, som taler om lønvilkår i henhold til en *”kollektiv overenskomst, der repræsenterer en væsentlig del af henholdsvis arbejdsgiverne og arbejderne i vedkommende fag eller industri”*. I henhold til denne fortolkning kan der argumenteres for, at der med indførelsen af § 6 a, stk. 2 ikke er konflikt mellem Danmarks folkeretlige forpligtelser efter ILO 94 og Danmarks forpligtelser efter udstationeringsdirektivet.

Modsat kunne der argumenteres for, at ILO 94 art. 2 henviser til løn- og arbejdsvilkår på den egn *”district”* hvor arbejdet udføres, og at regionale og lokale overenskomster dermed skal overholdes. Denne forståelse medfører, at der er regelsammenstød mellem Danmarks folkeretlige forpligtelser efter ILO 94 og Danmarks forpligtelser efter udstationeringsdirektivet<sup>172</sup>.

I modsætning til EU-retten findes ingen autoritative fortolkninger af ILO 94. ILO har ingen domstol og muligheden for at forelægge fortolkningsspørgsmål for den internationale domstol i Haag anvendes i praksis ikke<sup>173</sup>. ILO 94 er tiltænkt et globalt anvendelsesområde, og ordlyden tager hensyn til, at der gør sig forskellige retstraditioner gældende. Til trods for, at ILO's to fagkomiteer fortolker ILO-konventionernes rækkevidde og indhold er det min opfattelse, at det i stort omfang er op til de ratificerende stater at fortolke konventionen. I Danmark vil myndighederne således kunne argumentere for, at ILO 94 er forenelig med implementeringen af direktivet i Danmark<sup>174</sup>.

Afslutningsvist skal knyttes et par kommentarer til hvorvidt Danmark med § 2 i udstationeringsloven har fejlimplementeret direktivet. Hasselbalch anfører, at udstationeringslovens § 2 er indsat i loven for at løse det eventuelle regelsammenstød mellem EU-retten og ILO 94:

---

<sup>170</sup> Bruun, Jacobs og Schmidth, s. 478

<sup>171</sup> Nielsen (3) s. 73

<sup>172</sup> Karlsen og Evju, s. 92

<sup>173</sup> Id., s. 12

<sup>174</sup> Se tilsvarende synspunkt i en komparativ analyse udarbejdet til EU-Kommissionen i marts, 2011, hvoraf fremgår, at *”At the moment, the exact interpretation of ILO 94 is not completely clear”*, Komparativ Analyse, s. 303.

Da Danmark tiltrådte konventionen før tilslutningen til EF, har konventionen principielt forrang, når sådanne sammenstødsproblemer opstår, jf. EF-traktatens artikel 207. ILO-konventionen er imidlertid alene implementeret ved cirkulære, og derfor har udstationeringsloven efter den interne danske retsorden førsteprioritet i forhold til konventionen. Følgelig har det været nødvendigt udtrykkeligt i loven at bestemme, at den ikke berører anvendelsen af konventionen<sup>175</sup>.

Efter min opfattelse er danske myndigheders adgang til at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter begrænset i henhold til udstationeringslovens § 6 a, stk. 2 (jf. afsnit 4.4.). Denne vurdering medfører, at lovens § 2 på *nuværende* tidspunkt ikke kan fastholdes, idet loven faktisk berører anvendelsen af arbejdsklausuler. Udstationeringslovens § 2 bør således fjernes eller ændres, så den kommer i overensstemmelse med EU-domstolens fortolkning af direktivet i Rüffert-dommen.

#### 4.4.2. EU-domstolens fortolkning af art. 56 TEUF

##### 4.4.2.1. Offentlige myndigheders brug af arbejdsklausuler

I henhold til TEUF-traktatens art. 56 fandt domstolen, at en arbejdsklausul i en offentlig kontrakt som udgangspunkt udgør en restriktion af den fri bevægelighed af tjenesteydelser. I modsætning til generaladvokaten nåede domstolen til det resultat, at denne restriktion *ikke* i den konkrete sag var berettiget af formålet om arbejdstageres beskyttelse. Domstolens begrundelse herfor var, at den overenskomst som arbejdsklausulen henviser til *kun* gælder på det offentlige og ikke det private område. Domstolens fortolkning af art. 56 TEUF om fri udveksling af tjenesteydelser medfører efter min opfattelse, at der i offentlige kontrakter *aldrig* kan stilles krav om overholdelse af vilkårene i en offentlig overenskomst, men alene krav om overholdelse af løn- og arbejdsvilkår i henhold til den tilsvarende private overenskomst, som traditionelt i Danmark giver arbejdstagerne dårligere løn- og arbejdsvilkår end den private.

##### 4.4.2.2. Forholdet mellem ILO 94 og TEUF art. 56

Domstolens fortolkning af art. 56 TEUF indebærer, at der højst sandsynligt er normkonflikt mellem ILO 94 og TEUF art. 56. Denne restriktion kan ud fra EU-domstolens fortolkning i Rüffert-dommen ikke legitimeres ud fra alment tvingende hensyn, herunder hensynet til arbejdstageres rettigheder<sup>176</sup>. Tilsvarende synspunkt er anført af Bruun, Jacobs og Schmidh, som anfører, at Rüffert-dommen må fortolkes således, at arbejdsklausuler indsat i offentlige kontrakter i henhold til ILO 94 udgør en restriktion af fri bevægelighed af tjenesteydelser.

When it comes to posted workers the Land legislation is not applicable when it prescribes an obligation to apply regional collective agreements. This not only contradicts ILO 94, but also restricts the freedom for Member States to decide on how to integrate social policy requirements into the public procurement procedure [...]. This [the Judgment] not only contradicts ILO Convention No. 94, but also restricts the freedom for Member States to decide how to integrate social policy requirements into the public procurement procedure<sup>177</sup>.

<sup>175</sup> Hasselbalch, kap. IX, afsnit 2.3.2.2.

<sup>176</sup> Rüffert-dommen para.36-38, jf. afsnit 4.2.4. i *specialet*.

<sup>177</sup> Bruun, Jacobs og Schmidh, s. 8



Hensynet bag ILO 94 er som beskrevet, at offentlige myndigheder skal optræde som modelarbejdsgivere. Dette hensyn synes uforeneligt med EU-domstolens fortolkning af art. 56, hvorefter alene overenskomstlignende vilkår i henhold til overenskomster, som finder generel anvendelse kan indskrives som kontraktkrav i offentlige kontrakter. Dermed må det antages at være uforeneligt med art. 56 såfremt offentlige myndigheder agerer som modelarbejdsgivere. Indtil EU-domstolen har taget endelig stilling til spørgsmålet må retsstillingen dog anses for uafklaret<sup>178</sup>.

#### 4.4.3. Yderligere kommentarer til dommens betydning i Danmark

Det skal bemærkes, at dommen er afsagt af et 5-mands kammer og ikke ved store kammer ved EU-domstolen, hvor der deltager 13 dommere. Dette medfører ifølge Ruth Nielsen, at dommen har begrænset præjudikatværdi. Hertil skal bemærkes, at dommens præmisser i det hele følger EU-domstolens tidligere retspraksis, herunder Laval-dommen fra 2007, som blev afgjort af 13 dommere. Nielsens synspunkt forekommer i det hele taget også lidt spektakulært, idet antallet af dommere formelt ikke har nogen betydning for sagens bindende betydning<sup>179</sup>.

Endelig kan det overvejes, hvorvidt udenlandske arbejdstagere i Danmark, som ikke får de løn- og arbejdsvilkår de er berettigede til efter ILO 94, kan gøre et erstatningskrav gældende mod de danske myndigheder på baggrund af de rettigheder, de tillægges i konventionen. Ole Spiermann anfører:

På nuværende tidspunkt vil det kræve yderligere retsudvikling, forinden en retstilstand kan hævdes, hvorefter manglende opfyldelse af Danmarks folkeretlige forpligtelser over for individer i almindelighed efter dansk ret kan begrunde krav på erstatning over for offentlige myndigheder. En sådan retsudvikling ses dog ikke at være udelukket<sup>180</sup>.

Ud fra dansk erstatningsret må det betegnes som folkeretlig ønsketænkning, at private skulle kunne gøre et erstatningsansvar gældende i Danmark mod danske myndigheder på baggrund af ILO 94. Det er udelukket, at udenlandske arbejdstagere kan anlægge sag mod danske myndigheder for manglende overholdelse af ILO 94<sup>181</sup>.

#### 4.5. Konsekvenser for Danmark ved regelsammenstød

Det skal her vurderes, hvilke konsekvenser det vil få for Danmark, såfremt ILO 94 antages at være i strid med EU-retten. Som gennemgangen af Rüffert-dommen viser, tyder EU-domstolens fortolkning af TEUF art. 56 på, at der er en normkonflikt mellem bestemmelsen og ILO 94. Indtil EU-domstolen har taget endelig stilling til spørgsmålet, må retsstillingen

---

<sup>178</sup> . Det falder uden for de pladmæssige rammer at give en indføring af EU-domstolens retspraksis vedr. art. 56, herunder hvornår restriktioner kan begrundes i alment tvingende hensyn. Der henvises til speciallitteratur på området, herunder *Karlsen og Evju, Bücker samt Warneck, Broberg og Christensen og Neergaard og Nielsen*.

<sup>179</sup> For egen regning kan tilføjes, at det er problematisk, at dissens af politiske grunde ikke fremgår af EU-domstolens afgørelser, idet dommerne ved EU-domstolen udpeges af medlemsstaterne. Det er derfor hemmeligt, hvor mange forskellige meninger om et retsspørgsmål, der kommer til udtryk i en EU-dom, og hvilke dommere der mener hvad. Dette er efter min opfattelse kritisabelt. Det er af afgørende betydning at få indblik i dissenterende dommers vurderinger. Hensynet til dommers politiske uafhængighed burde i stedet sikres ved en politisk uafhængig dommerudvælgelsesprocedure, som det kendes i Danmark.

<sup>180</sup> *Spiermann, s. 168*

<sup>181</sup> *Se tilsvarende Germer, s.80 ff. og Rehof og Nielsen, s. 23 ff.*

dog anses for uafklaret. Formålet med dette afsnit er at vurdere, de retlige konsekvenser et regelsammenstød vil medføre.

Det overordnede spørgsmål om uforeneligheden af EU-medlemsstaters forpligtelser efter internationale konventioners med EU-retten er reguleret i art. 351 TEUF:

### Artikel 351

#### *Konventioner indgået forud for nye medlemsstaters tiltrædelse*

De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i traktaterne.

I det omfang, disse konventioner er uforenelige med traktaterne, bringer den eller de pågældende medlemsstater alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser<sup>182</sup>.

Det følger således af artikel 351, 1. afsnit, at de EU-medlemsstaternes rettigheder og forpligtelser i henhold til internationale konventioner, som er indgået før den 1. januar 1958, eller før statens tiltrædelse af fællesmarkedet, ikke bliver påvirket af statens indmeldelse i fællesmarkedet. Danmark ratificerede ILO 94 i 1955, hvilket var forud for Danmarks indmeldelse i EU, som skete i 1972. ILO 94 er en konvention i artikel 351, 1. afsnits forstand, hvilket betyder, at Danmark ikke kan blive mødt med et traktatbrudsspørgsmål for brud på EU-traktaten<sup>183</sup>. Dette til trods for om der skulle findes at være modstrid mellem EU-retten og ILO 94:

Member States cannot be blamed for infringing EU law when they are fulfilling their treaty obligations arising from ILO Convention No. 94, even if it collided with EU law<sup>184</sup>

Denne model til løsning af konflikter mellem på den ene side EU-Traktaten og på den anden side medlemsstaternes forpligtelser og rettigheder i henhold til tidligere internationale konventioner er i overensstemmelse med et generelt princip i folkeretten, jf. art. 30(4)(b) i *Vienna Convention on the Law of Treaties* fra 1969<sup>185</sup>, hvorefter tidligere internationale forpligtelser skal respekteres.

Det følger dog videre af artikel 351, 2. afsnit, at i det omfang disse konventioner er uforenelige med traktaterne, skal den pågældende medlemsstat *bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser*. EU-domstolen har tidligere fortolket indholdet i denne bestemmelse nærmere. I sag C-203/03, Kommissionen mod Østrig, tog EU-domstolen, stilling til, hvilke konsekvenser det havde, at Østrig var forpligtet folkeretligt ILO konvention nr. 45, som var i strid med EU-retten. Domstolen udtalte følgende (para. 42):

Ganske vist kan Republikken Østrig i denne situation i princippet påberåbe sig artikel 307, stk. 1, EF til støtte for at opretholde nationale bestemmelser, der gennemfører de

<sup>182</sup> Lissabon-Traktatens art. 351

<sup>183</sup> Bugge, Elholm, Starup og Steinicke, s 309

<sup>184</sup> Bruun, Schmidh og Jacobs, s. 4

<sup>185</sup> Wienerkonventionen (1)

nævnte forpligtelser, men det fremgår tillige af samme artikels stk. 2, at i det omfang tidligere konventioner som omhandlet i stk. 1 er uforenelige med traktaten, staten bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser. [...] en opsigelse af den pågældende konvention [er] et af de egnede midler til at fjerne en sådan uoverensstemmelse. Det skal tilføjes, at den næste lejlighed til at opsiges ILO's konvention nr. 45 for Republikken Østrig, vil foreligge ved udløbet af en ny tiårsperiode fra den 30. maj 1997

I henhold til denne retspraksis fra EU-domstolen vil Danmark ved regelsammenstød være forpligtet til at få ændret ILO 94, eller såfremt dette ikke er muligt at udtræde af konventionen. Udtrædelsen skal ifølge EU-domstolens fortolkning ske hurtigst muligt – dvs. ved først givne lejlighed herfor<sup>186</sup>.

Efter artikel 14 i ILO 94 har tiltrådte stater mulighed for at udmelde sig af konventionen. Der er mulighed for udmeldelse hvert 10. år efter at konventionen trådte i kraft. Eftersom konventionen trådte i kraft den 20. september 1952 betyder det, at næste mulighed for at udtræde af konventionen er 20. september 2012. Ellers foreligger muligheden først igen i 2022.

Herefter rejser spørgsmålet sig om, hvorvidt Danmark på *nuværende* tidspunkt er forpligtet til at udtræde af konventionen 20. september 2012. EU-domstolen tog også i sagen C-203/03 stilling til spørgsmålet om, *hvornår* en medlemsstat er forpligtet til at opsiges en international konvention i strid med EU-retten. Domstolen udtalte:

På dette tidspunkt var uoverensstemmelsen mellem forbuddet i konventionen og bestemmelserne i direktiv 76/207 dog *ikke så klart fastslået*, at denne medlemsstat var forpligtet til at opsiges konventionen [min kursivering]

Det kan altså udledes, at medlemsstater kun er forpligtet til at udtræde af en konvention såfremt det ”*klart*” er fastslået, at der er modstrid mellem EU-Traktaten og den pågældende konvention. Som gennemgangen af de arbejdsretlige reaktioner på Rüffert-dommen viser (jf. afsnit 4.4) er det ikke klart, hvorvidt ILO 94 er i strid med EU-retten<sup>187</sup>. Det må derfor konkluderes, at Danmark på *nuværende* tidspunkt ikke er forpligtet til at udmelde sig af konventionen inden 12. september 2012.

#### **4.6. Udsyn: Skandinavisk perspektiv**

I modsætning til Danmark har Rüffert-dommen allerede givet anledning til store retlige problemer og lovgivningsmæssige tiltag i Sverige og Norge. Dette afsnit indeholder udvalgte *perspektiverende* betragtninger om retsstillingen i disse lande med henblik på at vise problemstillingens kompleksitet samt vise hvordan reaktionerne på Rüffert-dommen i Sverige og Norge kan føre til øget klarhed over mulige fremtidige løsninger på specialets problemstilling i Danmark. Hasselbalch anfører således i hovedværket om dansk arbejdsret, at ”*lysten til at tage ved lære af udlandet har været yderst behersket i dansk kollektiv arbejdsret gennem de sidste 100 år*”<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> Se sagerne: C-345/89 (Stoeckel), C-158/91 (Levy), C-13/93 (Minnie) og C-62/98 (Portugal)

<sup>187</sup> Bruun, Schmidh og Jacobs, s. 12

<sup>188</sup> Hasselbalch, afsnit IX, ”Isolationisme eller internationalisering”

#### 4.6.1. Sverige

Sverige blev medlem af EU i 1995 og er i kraft af medlemskabet bundet af de samme EU-retlige regler som Danmark, herunder primærretten og sekundærreguleringen, jf. kapitel 2, afsnit 2 og 3.

I modsætning til Danmark har Sverige valgt ikke at ratificere ILO 94. Repræsentanten for den svenske regering, Petra Herzfeld Olsson, anførte under ILO's årlige arbejdskonference i Genève i 2008, at der er forskellige årsager til, at Sverige ikke har ratificeret konventionen. Beslutningen om ikke at ratificere konventionen blev truffet af den svenske regering i 1950 og blev Olsson støttet af både arbejdsgivere og arbejdstagere i Sverige. Begrundelsen var, at man i Sverige anså, at de formål som konventionen varetager allerede blev varetaget i det svenske kollektivaftaleretlige system<sup>189</sup>.

Den svenske regering anførte videre, at overvejelserne fra 1950 fortsat er gældende og tilføjede at Ruffert-dommen endvidere har skabt uklarhed om foreneligheden med EU-retten, hvorfor den svenske regering ikke ønsker at ratificere konventionen. Hertil kan det tilføjes, at generaldirektoratet for det indre marked i 1998 advarede Sverige mod at tiltræde ILO 94, idet konventionen muligvis var i strid med EU-retten:

I en promemoria från generaldirektorat XV fick NOU (kommitteen Nämnden för offentlig upphandling) i höstas så besked om att konventionen på en rad punkter riskerar att krocka med direktiven om offentlig upphandling och om ustationering av arbetstagare, och at "en ratificering skulle kunna äventyra öppnandet av upphandlingsmarknaden". Regeringssidans representanter i ILO-kommittén förefaller nu att Sverige inte kan godkänna konventionen<sup>190</sup>.

Det kan således konstateres, at Sverige på nuværende tidspunkt ikke har ratificeret ILO 94, og at der har været stor usikkerhed i Sverige om, hvorvidt en ratifikation ville være i strid med EU-retten. En usikkerhed som kun er blevet forstærket af udmeldingerne fra forskellige EU-organer, herunder direktoratet for det indre marked. Videre kan nævnes, at Sverige i forbindelse med forhandlingerne om EU-udbudsdirektiverne i 2004 stillede et forslag om at indføre en bestemmelse i direktiverne, som fastslog, at direktiverne ikke var i strid med ILO 94. Forslaget havde følgende ordlyd:

Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av ILO:s konvention nr 94 om arbetstagar-klausuler i offentliga kontrakt. Direktivet hindrar inte en medlemsstat från att ratificera denna konvention<sup>191</sup>.

Forslaget blev ikke medtaget i de endelige direktiver. På den baggrund er det ikke uforståeligt, at de centrale myndigheder i Sverige har vurderet en vis risiko forbundet med at ratificere ILO 94.

Herefter er det interessant at se, hvordan svenske myndigheder varetager de interesser som ILO 94 beskytter, navnlig hensynet mod social dumping. Ifølge en rapport fra det svenske

---

<sup>189</sup> Ahlberg (2), s. 2

<sup>190</sup> Ahlberg (1), s. 1

<sup>191</sup> Rapport (1), s. 31

institut for europæiske studier har det tidligere været almindelig praksis hos svenske myndigheder at indsætte klausuler i offentlige kontrakter med krav om løn og arbejdsvilkår i overensstemmelse med tilsvarende kollektive overenskomster på området:

Trots att Sverige alltså inte förbundit sig att tillämpa konventionen har det varit en utbredd praxis bland svenska myndigheter att ställa som villkor att leverantörer betalar lön enligt gällande kollektivavtal<sup>192</sup>

Ifølge rapporten indledte de svenske konkurrencemyndigheder en række undersøgelser af denne praksis efter Rüffert-dommen. Undersøgelserne viste, at kontraktkrav om overholdelse af kollektive overenskomster fandtes i 41 procent af de undersøgte offentlige kontrakter i Sverige. De svenske konkurrencemyndigheder var meget kritiske overfor disse kontraktkrav, og retsusikkerheden medførte ifølge den svenske rapport, at mange svenske myndigheder herefter undlod at føre arbejdsklausuler ind i de offentlige kontrakter:

När upphandlingsdirektiven förhandlades fram mellan medlemsstaternas regeringar stred Sverige för att få in ett skäl i ingressen enligt vilket direktivet inte skulle påverka tillämpningen av ILO 94 om arbeidsklausuler i kontrakt och inte hindra medlemsstaterna från att ratificera denna. Efter domen i Rüffert har frågan varit politiskt död i Sverige, och i den allmänna debatten tycks domen uppfattas så att det är uteslutet att ställa några som helst krav på kollektivavtalsenlig lön vid upphandling om inte kollektivavtalen är allmängiltiga<sup>193</sup>

Forvirringen blev ifølge rapporten total, da den svenske konkurrencestyrelse i 2010 traf en afgørelse hvori det på uklar vis fremgik, at den svenske praksis formentlig var uforenelig med EU-retten<sup>194</sup>. Afgørelsen medførte stor debat i Sverige:

Också den omfattande debatten om huruvida Sverige som EU-medlem kan ratificera ILO-konventionen 94 kan ses som ett uttryck för den allmänna försiktighet som fått Sverige att avstå från att föreskriva krav på, möjliggöra eller att ens rekommendera upphandlande myndigheter att ta sociala hänsyn i samband med upphandling<sup>195</sup>

Debatten endte ud i, at de svenske konkurrencemyndigheder ændrede deres holdning og gav udtryk for, at udenlandske virksomheder fremtidigt kan blive mødt med krav om overholdelse af overenskomstlignende vilkår i arbejdsklausuler når de udfører offentlige kontrakter i Sverige. For tiden arbejder de svenske konkurrencemyndigheder på en vejledning om sociale klausuler i offentlige kontrakter. Konkurrencemyndighedernes endelige vurdering af retsstillingen og svenske myndigheders fremtidige praksis på området er således stadig uklar<sup>196</sup>.

#### 4.6.2. Norge

Norge er i modsætning til Danmark og Sverige ikke medlem af EU. Norge er derimod medlem af EØS-aftalen fra 1992. EØS-aftalen betyder, at de EU-retlige bestemmelser om det indre marked også gælder i disse lande. Dermed er Norge forpligtet til at overholde den EU-

<sup>192</sup> Ahlberg og Bruun (2010), s. 140

<sup>193</sup> Id. s. 108

<sup>194</sup> Konkurrensverkets beslut 2010-04-15

<sup>195</sup> Ahlberg og Bruun (2010), s. 13

<sup>196</sup> Id. s. 27

retlige primærret, jf. kap. 2, afsnit 2 og 3. Norges forpligtelser efter EØS-aftalen, herunder overholdelse af EU's regler for det indre marked, bliver kontrolleret af overvågningsorganet ESA, som i så henseende kan sammenlignes med EU-Kommissionen.

Norge ratificerede ILO 94 i 1996 og konventionen trådte i kraft i Norge den 12. februar 1997. Det er bemærkelsesværdigt, at Norge tiltrådte konventionen på dette sene tidspunkt, 45 år efter at konventionen trådte i kraft. Der er flere historiske årsager til Norges sene ratificering af konventionen. Disse vil ikke blive uddybet nærmere her<sup>197</sup>. Det skal blot bemærkes, at Norges sene ratificering af konventionen viser, at konventionen stadig er aktuel og har stor betydning.

Implementeringen af ILO 94 i norsk ret skete i flere etaper. I første omgang blev konventionen implementeret i form af en cirkulæreskrivelse til de relevante statslige myndigheder<sup>198</sup>. Dernæst blev konventionen i 2007 implementeret i Norge ved lov. Det skete med indførelsen af ny § 11 a i loven om offentlige anskaffelser<sup>199</sup>. Karlsen anfører, at det i forarbejderne til lovændringen fremgår, at ændringen er tvivlsom i forhold til EU-retten, men at forenelighed dog blev antaget eftersom flere EU-medlemsstater har ratificeret ILO 94. § 11 a er en bemyndigelsesbestemmelse, og der blev i medfør af bestemmelsen udstedt en bekendtgørelse, som trådte i kraft 1. marts 2008<sup>200</sup>. Med denne implementering blev samtlige offentlige myndigheder i Norge, herunder regionale og kommunale myndigheder, forpligtet til at indføje arbejds-klausuler i offentlige kontrakter i henhold til ILO 94.

Implementeringen af ILO 94 i Norge har tiltrukket sig betydelig opmærksomhed fra EFA, overvågningsorganet for EFTA-domstolen. Den 15. juli 2009 åbnede ESA således formelt sag mod Norge for krænkelse af EØS-samarbejdet på grund af implementeringen af ILO 94:

On 15. July 2009, the Authority [ESA] issued a letter of formal notice to Norway in which it [ESA] concluded that by maintaining in force Article 5(1) of Regulation 112/2008 on pay and working conditions in public contracts, Norway had failed to ensure compliance with Art. 36 of the EEA Agreement [EØS-Aftalen] and Directive 96/71/EC [Udstationeringsdirektivet]<sup>201</sup>

ESA's klageskrift mod Norge angår særligt tre punkter<sup>202</sup>:

- 1) Det er uklart hvilke nærmere specificerede løn- og arbejdsvilkår som kræves overholdt af udenlandske virksomheder, som byder på offentlige kontrakter.
- 2) De norske forskrifter er en barriere for den fri bevægelighed af tjenesteydelser, fordi de kun omfatter den offentlige sektor
- 3) Forskrifterne opfylder ikke et sagligt formål (fx beskyttelse af arbejdstagerne), eftersom de kun gælder den offentlige sektor.

ESA's klageskrift fik den norske regering til ved svarbrev til ESA af 15. oktober 2009 at anføre, at der ville ske en ændring af de retsforskrifter til implementering af ILO 94 i Norge.

<sup>197</sup> *Arbejdsret & arbejdsliv 2011*

<sup>198</sup> *Rapport (3)*

<sup>199</sup> *Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser: § 11 a blev tilføjet ved lov nr. 121 af 21. december 2007.*

<sup>200</sup> *Forskrift af 8. februar 2008 nr. 117 om lønns- og arbejdsvilkår ved offentlige kontrakter.*

<sup>201</sup> *ESA (1), s. 2*

<sup>202</sup> *ESA (1), s. 4*

Ændringen medfører, at Norge alene kræver overenskomstmæssige løn og arbejdsvilkår overholdt i bestemte brancher<sup>203</sup> og ikke på alle områder, som det oprindelige forslag gik på. Efter det norske svar om ændringerne i de norske retsforskrifter har ESA alligevel den 29. juni 2011 afsendt en ”*Reasoned Opinion*”, som er næste skridt på vejen mod en sag ved EFTA-domstolen. Af den ”*Reasoned Opinion*” fremgår det, at Norge har to måneder til at foretage yderligere ændringer. Ellers vil ESA indbringe sagen for EFTA-domstolen:

The EFTA Surveillance Authority [ESA] requires Norway to take the measures necessary to comply with this reasoned opinion within two months following notification thereof<sup>204</sup>

Det er i skrivende stund (okt./nov. 2011) endnu uklart hvorledes den norske regering forholder sig til den seneste udmelding fra ESA, ligesom det er uvist, hvorvidt ESA tager næste skridt og indbringer Norge for EFTA-domstolen. Til trods for, at EFTA-domstolens afgørelser ikke er bindende for EU-domstolen, må en afgørelse ved EFTA-domstolen forventes at kaste afgørende lys over området, herunder hvorvidt den danske praksis er i overensstemmelse med EU-retten. EU-domstolen har således tidligere ofte henvist til domme fra EFTA-domstolen<sup>205</sup>, hvis afgørelser således har betydelig retskildeværdi, uanset det formelle uafhængige retskildehieraki<sup>206</sup>. ESA's indsigelser mod den norske implementering af ILO 94 kan beskrives således:

The problem, as ESA saw it, was that these rules oblige contractors and subcontractors to give their employees pay and other working conditions at least as favourable as those provided for by “the applicable nationwide collective agreement or what is otherwise normal for the relevant place and profession”, i.e. all conditions in the collective agreement in question, irrespective of whether it had been declared generally applicable or not<sup>207</sup>

Sagen viser med al tydelighed, hvordan spørgsmålet om forholdet mellem EU-retten og ILO 94 må betragtes som særdeles uklar. Det er anført, at såfremt sagen kommer for EFTA-domstolen vil sagen kunne bringe klarhed over hvorvidt der er modstrid mellem EU-retten og ILO 94. Sagen kan derfor forventes at få betydning for den danske retstilstand på området:

I den saken kan det ligge an til at ikke bare spørgsmålet om motstrid med EØS/EU-retten, inkludert utstasjoneringdirektivet, blir sat på spissen, men også at forholdet til konvensjonen afgøres i realiteten<sup>208</sup>

Afslutningsvist står tilbage at tilføje, at flere jurister i Norge har vurderet, at den norske implementering af ILO 94 er i strid med EØS-retten, med den konsekvens, at private virksomheder, entreprenører og underentreprenører kan se bort fra bestemmelserne<sup>209</sup>.

---

<sup>203</sup> Følgende brancher omfattes: Rengøring, sundhed- og omsorg, hotel- og restauration, transport og bygge og anlæg.

<sup>204</sup> ESA (1), s. 17

<sup>205</sup> Jf. eksempelvis C-13/95 *Ayşe Süzem*

<sup>206</sup> *Schaumburg-Müller og Werlauf*, s. 18

<sup>207</sup> *Evju* (4), s. 16.

<sup>208</sup> *Karlsen og Evju*, s. 118

<sup>209</sup> *Weltzien*, s. 5

## Kap. 5: Konklusion

### 5.1. Konklusion

Det er blevet påvist, hvordan arbejdsklausuler i henhold til ILO 94 i offentlige kontrakter bliver brugt af danske myndigheder på både på statsligt (Naturstyrelsen), regionalt (Region Syddanmark) og kommunalt (Aarhus Kommune) niveau. Hermed kan konstateres, at der er et udbredt politisk ønske i Danmark om at overholde ILO 94. Et ønske, der senest har materialiseret sig ved, at regeringen, som en del af Finansloven for 2012, har indgået en aftale med Enhedslisten om at fremme brugen af arbejdsklausuler i det offentlige. Tilsammen med de konkrete problemer i Aarhus Kommune og Naturstyrelsen, samt den uklare retsstilling efter Rüffert-dommen, giver det et billede af nærværende speciales politiske og juridiske aktualitet samt problemstillingens praktiske relevans.

Der blev indledningsvist angivet følgende problemformulering for nærværende speciale:

*Det ønskes belyst, hvorvidt danske myndigheders praksis med indførelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i henhold til ILO konvention nr. 94 er i overensstemmelse med EU-retten og hvilke konsekvenser et eventuelt regelsammenstød mellem ILO 94 og EU-retten vil medføre i Danmark.*

I relation til problemformuleringens første del viste analysen, at regelgrundlaget, herunder ILO 94 og EU-retten, ikke i sig selv giver svar på, hvorvidt danske myndigheders praksis med indførelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter er i overensstemmelse med EU-retten. Hverken Klagenævnet for Udbud, de danske domstole eller EU-domstolen har taget direkte stilling til spørgsmålet.

I Rüffert-dommen tog EU-domstolen for første gang stilling til foreneligheden af en arbejdsklausul i en offentlig kontrakt med EU-retten. Dommen kan ikke overføres direkte på danske forhold, men det blev påvist, at domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet, i lyset af Laval-dommen, indebærer, at danske myndigheder over for udenlandske virksomheder alene kan kræve arbejds- og ansættelsesvilkår, herunder krav om mindsteløn, svarende til de krav danske fagforeninger kan stille til indgåelse af en kollektiv overenskomst i henhold til udstationeringslovens § 6 a, stk. 2.

Det betyder, at når offentlige myndigheder i Danmark indgår kontrakter med udenlandske virksomheder, kan der i arbejdsklausuler alene stilles kontraktkrav om overholdelse af overenskomstvilkår i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative parter i Danmark og som gælder på hele det danske område, jf. udstationeringslovens § 6 a, stk. 2. Hverken udstationeringsloven eller forarbejderne giver konkrete anvisninger på, hvilke overenskomster der er tale om, eller hvordan begrebet ”repræsentative arbejdsmarkedsparter” skal forstås. Lovgivningsmagten har bevist overladt denne vurdering til Arbejdsretten.

I hvilket omfang sådanne overenskomster eksisterer i Danmark, og hvorvidt de i øvrigt lever op til EU-rettens krav må anses for usikkert. Særligt relevant er spørgsmålet inden for brancheområder, som er særligt udsatte for konkurrence fra udenlandske arbejdstagere. Det er min opfattelse, at overenskomster på disse områder formentlig bliver nødt til at blive justeret,



så de lever op til kravene. På brancheområder hvor der ikke findes en kollektiv overenskomst, som lever op til kravene i § 6 a, stk. 2, kan offentlige myndigheder ikke længere stille krav om, hvilken løn leverandøren og underleverandører skal betale de udenlandske ansatte. På disse områder bliver danske myndigheder nødt til at ændre deres praksis med brug af arbejdsklausuler. Videre bør udstationeringslovens § 2, hvorefter loven ikke påvirker anvendelsen af ILO 94, fjernes eller ændres, idet lovens § 6 a, stk. 2, som påvist, *har* betydning for anvendelsen af arbejdsklausuler.

Det konkluderes, at praksis hos danske myndigheder *ikke* i fuldt omfang er i overensstemmelse med EU-retten og derfor ikke kan opretholdes. Konklusionen indebærer, at Justitsministeriets vurdering fra 2008 bør revurderes. Den udbredte praksis i Danmark for anvendelse af arbejdsklausuler skal revurderes på ad hoc basis i henhold til EU-retten. De standardiserede arbejdsklausuler, hos Naturstyrelsen, Region Syddanmark og Aarhus Kommune i henhold til ILO 94, kan således ikke anvendes generelt, som det sker i øjeblikket, idet det vil afhænge af en *konkret* vurdering fra kontrakt til kontrakt, hvorvidt der efter EU-retten kan stilles krav om overholdelse af overenskomstlignende vilkår. Arbejdsklausuler, der henviser til regionale eller lokale overenskomster, må anses for at være i strid med EU-retten. Aftaleretligt vil sådanne arbejdsklausuler i forholdet mellem den danske myndighed og den udenlandske virksomhed ikke kunne håndhæves, idet de er ugyldige i medfør af DL 1-5-2.

I relation til problemformuleringens anden del viste analysen, at der ikke findes et entydigt svar på, hvorvidt der er et regelsammenstød mellem ILO 94 og EU-retten. *Rüffert-dommen* indebærer, at der muligvis er et sammenstød mellem ILO 94 og udstationeringsdirektivet og mellem ILO 94 og TEUF art. 56.

For så vidt angår spørgsmålet om et regelsammenstød mellem *ILO 94 og udstationeringsdirektivet* afhænger svaret af den måde, hvorpå de medlemsstater, der har ratificeret ILO 94, har implementeret direktivet. Der skal således foretages en ad hoc vurdering fra land til land<sup>210</sup>.

For EU-lande, der har ratificeret ILO 94 og som i henhold til udstationeringsdirektivet enten benytter lovbestemt mindsteløn, som f.eks. Frankrig, Holland og Spanien eller benytter almengjorte overenskomster, som f.eks. Tyskland<sup>211</sup> og Norge<sup>212</sup>, synes forpligtelserne efter ILO 94 vanskeligt forenelige med direktivet<sup>213</sup>. Det skyldes, at myndighederne i disse lande i offentlige kontrakter alene kan kræve den lovgivningsmæssige mindsteløn eller mindstelønnen efter den almengjorte overenskomst, gældende over for udenlandske virksomhed. Hermed er landene efter EU-domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet ikke berettiget til at opfylde ILO 94 art. 2, hvorefter offentlige myndigheder er forpligtede til, at kræve lokale mindstelønsvilkår overholdt<sup>214</sup>.

For lande hvor mindsteløn ikke baseres på mindsteløn, men på forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter, herunder Danmark, Cypern og Sverige<sup>215</sup>, medfører EU-domstolens

---

<sup>210</sup> Tilsvarende synspunkt findes hos Bruun, Schmidh, Jacobs, s. 480 og delvist Nielsen og Evju, s. 98 ff., jf. afsnit 4.5.

<sup>211</sup> Dette følger af *Rüffert-dommen*, jf. afsnit 4.2.

<sup>212</sup> Dette følger af ESA-s retlige skridt mod Norge, jf. afsnit 4.6.2.

<sup>213</sup> Nielsen (3) s. 73

<sup>214</sup> Se afsnit 3.2.2.

<sup>215</sup> Notat 7 (FAOS), s. 38-41

fortolkning af udstationeringsdirektivet i Laval- og Rüffert-dommene, at offentlige myndigheder i arbejdsklausuler alene kan kræve overenskomstvilkår i henhold til ”*de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område*”, jf. udstationeringsdirektivets art. 3, stk. 8, andet afsnit. Hvorvidt denne forpligtelse harmonerer med forpligtelsen efter ILO 94 er tvivlsom og afhænger af, hvordan ILO 94 fortolkes. Eftersom der ikke findes nogen autoritative fortolkninger af ILO 94, er det op til de ratificerende stater at fortolke konventionen. I Danmark vil myndighederne således kunne argumentere for, at ILO 94 er forenelig med implementeringen af direktivet i Danmark.

For så vidt angår spørgsmålet om et regelsammenstød mellem *ILO 94 og TEUF art. 56* indebærer Rüffert-dommen, at forpligtelserne efter ILO 94 må betragtes som en restriktion i henhold til TEUF art. 56, som ikke kan legitimeres i tvingende almene hensyn. Herefter må der antages at være regelsammenstød mellem ILO 94 og TEUF art. 56. Det konkluderes dog, at indtil EU-domstolen har taget endelig stilling til spørgsmålet, må retsstillingen anses for uafklaret.

Konsekvenserne af et regelsammenstød mellem ILO 94 og EU-retten vil være, at Danmark er forpligtet efter TEUF art. 351, 2. led til at ændre eller udtræde af ILO 94, hvilket næste gang er muligt i september 2012. Det konkluderes midlertidigt, at Danmark på nuværende tidspunkt ikke er forpligtet til at udtræde af konventionen. Medlemsstater er kun forpligtet til at udtræde af en konvention, såfremt det klart er fastslået ved EU-domstolen, at der er modstrid mellem EU-retten og den pågældende konvention, hvilket på nuværende tidspunkt ikke er gældende for ILO 94.

I specialets sidste del blev det påvist, at specialets problemstilling har givet anledning til retlige diskussioner og problemer i vores nabolande, Norge og Sverige. Det blev påvist, at ESA med udgangspunkt i Rüffert-dommens præmisser har taget retlige skridt mod Norge ved EFTA-domstolen for Norges implementering af ILO 94. Det konkluderes, at en evt. kommende retssag ved EFTA-domstolen formentlig vil skabe større klarhed på området. Videre konkluderes, at de svenske konkurrencemyndigheders kommende vejledning til brugen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter formentlig vil kunne bruges som rettesnor for danske myndigheder.

## 5.2. Litteraturliste:

### Bøger:

Arrowsmith	Arrowsmith, Sue: The law of public and utilities procurement, Sweet & Maxwell, 2005
Blume,	Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metodelære, Djøf, 2011
Bruun	Nielsen, Ole Bruun: Juraspecialet, Djøf, 2011
Broberg og Christensen	Broberg, Morten og Holst Christensen, Nina: Free movement in the European Union, Djøf, 2010

Bugge, Elholm, Starup og Steinicke	Bugge, Daniel, Elholm, Thomas, Starup, Peter og Steinicke, Michael: Grundlæggende EU-ret, EU efter Lissabon-traktaten, Djøf, 2011
Ditch	Ditch, John: Introduction to Social Security, Routledge, 1999
Engsig og Runge	Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul: EU-ret og international ret, Djøf, 2010
Engsig og Runge (1)	Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen: Europæiseringen af dansk ret, Djøf, 2008.
Espersen	Espersen, Ole: Indgåelse og opfyldelse af traktater, juristforbundets forlag, 1970.
Evald og Schaumburg-Müæær	Evald, Jens og Schaumburg-Müller, Sten: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, Djøf, 2004
Eyben 2004.	Eyben, Bo von: Juridisk Ordbog, Thomson Forlag, 12. udgave 2004.
Fabricius og Offersen:	Fabricius, Jesper og Offersen, René: EU-udbudsforretninger i praksis, Forlaget Thomson, 2003
Fejø og Terumer:	Fejø, Jens og Treumer, Steen: EU's udbudsregler, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2006
Fleischer	Fleischer, Carl August: Retskilder og Juridisk Metode, Gyldendal, Oslo, 1998.
Frandsen	Frandsen, Aage: Lovgivningsprocessen i praksis, Djøf, 2008.
Gammelgaard	Gammelgaard, Frederik: Kommunal erhvervsvirksomhed, Djøf, 2004
Germer	Germer, Peter: Introduktion til folkeretten, 4. udgave, 2010
Giovanoli og Decos	Mario Giovanoli and Diego Devos, International Monetary and Financial Law – Oxford University Press 2010.
Grabitz og Hilf:	Grabitz/Hilf/Nettesheim (ed.): Das Recht der Europäischen Union C.H. Beck, München 2011
Hansen	Hansen, Lone: Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion, Djøf, 2010
Hasselbalch (1)	Hasselbalch, Ole: Den danske arbejdsret I-III (seneste udgave, 2011, jf. databasen arbejdsret online, Djøf).
Holst-Christensen	Holst-Christensen, Nina og Broberg, Morten EU-domme med bemærkninger og spørgsmål, Djøf, 2009
Kaltoft og Pedersen	Kaltoft, Jesper og Pedersen, Claus Kaare: Tilbudsloven – Offentlige kontrakter, Thomson, 2008.
Kristiansen	Kristiansen, Jens: Kollektiv arbejdsret , Djøf, 2008
Kristiansen (2)	Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, Djøf, 2009

Krüger, Nielsen og Bruun:	Krüger, K, Nielsen, R. og Bruun, N.: European public contracts in a labour law perspective, Djøf, 1998
Lauridsen	Lauridsen, Preben Struer: Om ret og retsvidenskab, Gyldendal, 1992
Murray:	Murray, Jill: Transnational Labour Regulation: The ILO and EC compared, Kluwer Law International, 2001
Naundrup Olesen	Naundrup Olesen, Karsten: Offentlig opgave på kontrakt, Djøf 2011
Neergaard og Nielsen 2010	Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: EU-Ret, Thomson Reuters, 2010
Nielsen og Rehof:	Nielsen, Henrik Karl og Rehof, Lars: International arbejdsret , Djøf, 1998.
Nielsen og Rehof (1)	Henrik Karl og Rehof, Lars: International arbejdsret – dokumentarbind, Djøf, 1998.
Nielsen	Nielsen, Ruth: Udbud af offentlige kontrakter, Djøf, 2010.
Nielsen (1)	Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret 2006
Offendal og Bugsgang	Offendal, Nicole og Bugsgang, Arthur: Internationale ansættelsesforhold, Thomson Reuters, 2009
Pedersen	Pedersen, Axel H: Licitation, Gads Forlag, 1955
Poulsen mf.	Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers: EU- Udbudsretten, Djøf, 2011
Rasmussen	Rasmussen, Hjalte: EU-ret i kontekst, Djøf, 2006
Roseberry, Nielsen og Neergaard	Roseberry, Lynn, Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla: The Role of Courts in Developing a European Social Model, Djøf, 2010
Roseberry, Nielsen og Neergaard (1)	Roseberry, Lynn, Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla: European Legal Method, Djøf, 2011
Spiermann	Spiermann, Ole: Moderne Folkeret, Djøf, 2006
Schaumburg-Müller og Werlauff	Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: Udlicitering og medarbejdere, Djøf, 2011
Steinicke, Michael	Varenes fri bevægelighed og offentlige indkøb, Djøf, 2001
Treumer og Lichere	Treumer, Steen og Lichére, Francois: Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Djøf, 2011
Tvarnøe og Nielsen	Nielsen, Ruth: Retskilder og retsteorier, Djøf, 2011
Ølykke	Ølykke, Grith Skovgaard: Abnormally low tenders, DJØF Publishing , 2010

**Artikler:**

Ahlberg og Bruun	Ahlberg, K & Bruun, N: Upphandling och arbete i EU. (SIEPS 2010:3, Stockholm 2010).
Ahlberg (1),	Ahlberg, Kommissionens tjänstemän varnar för ratifikation ILO-konvention hindrar konkurrens, EU & arbetsrätt, Nr. 1, 1998.
Ahlberg (2)	Ahlberg, K.: Danmark och Norge försvarar arbetsklausuler i offentliga kontrakt, EU & arbetsrätt, Nr. 2 – 2008.
Adinolfi	Adinolfi, Adelina "The implementation of social policy directives through collective agreements", <i>Common Market Law Review</i> 1988
Bercussen og Bruun	Nielsen og Treumer (red): the new EU public procurement directives, <i>Djøf</i> 2005, side 97
Bruun og Jonsson	Niklas Bruun and Claes-Mikael Jonsson: Viking – Laval – Rüffert: Consequences and policy perspectives – report 111 ETUI, 2010.
Bücker og Warneck	Viking, Laval og Rüffert: Consequences and policy perspectives. Report 111, ETUI
Dreesen	Dreesen, Flemming: <i>Mindestlohn in Dänemark</i> , <i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i> 2009/103
Evju (1)	Evju, Stein: Implementing EU Law on Services: National Diversity and the Human Rights Dilemma, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, No. 2011-01
Evju (2)	Evju, Stein: Utstasjonering og social dumping – et skandinavisk perspektiv, <i>Arbidsrett</i> Vol 5, nr. 1, 2008, s. 1-20.
Evju (3)	Evju , Stein: Posting Past and Present, FORMULA, Working Paper, No. 8, 2009.
Evju (4)	Evju , Stein: Measures to Protect and Provide in the Context of the Posted Workers Directive – The Norwegian Experience, FORMULA, Working Paper, No. 17, 2010.
Franzen og Richter 2010	M. Franzen and C. Richter, <i>Common Market Law Review</i> , 2010
Gräs Lind	Martin Gräs Lind: Virksomheders kontrol af virksomheders løn- og arbejdsvilkår (U2010 B 1)
Hansen (2)	Hansen, Lone: Udstationerede lønmodtagere – er det hjemlandets eller værtslandets regler, der gælder? (U2005B.189)
Hasselbalch (2)	Hasselbalch, Ole: EU-implementeringsoverenskomster og lønmodtagernes personlige krav (U 2005B 106)
Hasselbalch (3)	Hasselbalch, Ole (red.): <i>Juridisk Forskning</i> , Djøf, 2002
Jaqueson:	Catherine Jacqueson: Social dumping i EU – på vej mod en social markedsøkonomi? <i>Juristen</i> , 5/6 2009

Karlsen og Evju	Karlsen, Joakum Augeli, Evju, Stein: Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon: ILO konvensjon nr. 94 og tjenestefriheten i EU/EØS, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 6, 2011.
Kristiansen (3)	Kristiansen, Jens: Laval, Viking og den danske model
Nielsen (4):	Ruth Nielsen: Udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser – Viking, Laval og Rüffert-sagerne.
Nielsen (5)	Nielsen, Ruth: EU Public Procurement Law and Nordic Labour Law, Scandinavian Studies in Law Volume 50, 2007
Nielsen (6)	Nielsen, Ruth: Arbeidsrett vol. 6, nr. 2, 2008
Nielsen (7)	Nielsen, Ruth: Public Procurement, International Labour Law and Free Movement in the EU, Buhmann, Roseberry & Morsing (red.), Corporate Social and Human Rights Responsibilities, 2010.
Krarup:	Krarup, Ole: Arbejdsmarkedets grundlov og EU arbejdsretlige betragtninger i statsretlig belysning”, Septemberforliget, Djøf, 1999.
Peijoe:	Taco van Peijoe: Collective labour law after Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg, International Journal of Comparative Law (2009)
Rasmussen	Rasmussen, Hjalte: EF-domstolen i det 21. århundrede, Juristen, 2008
Richard:	Giesen, Richard: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?, Common Market Law Review, 2003 (side 143-158)
Weltzien	Weltzien, Kurt: Et gravskrift og en spådom, Arbeidsrett, vol. V, nr. 4, 2009, side 220
<b>Notater:</b>	
Notat 1:	Norrbom Vinding: Til Århus Kommune. 18. februar 2011
Notat 2:	Holst Advokatfirma: Brug af sociale klausuler i udbudspligtige kontrakter, 17. marts 2010.
Notat 3:	Retningslinjer for udbud og udlicitering af driftsopgaver i Århus Kommune (2008). Tilgængeligt på: <a href="http://www.aarhus.dk/~media/Dokumenter/Borgmesterens-Afdeling/Indkoeb-og-Udbud/Retningslinier-for-udbud-af-driftsopgaver.ashx">http://www.aarhus.dk/~media/Dokumenter/Borgmesterens-Afdeling/Indkoeb-og-Udbud/Retningslinier-for-udbud-af-driftsopgaver.ashx</a> (sidst konsulteret 20. august 2011).
Notat 4:	Materialesamling vedrørende EF-Domstolens afgørelser i sagerne Viking Line, Laval og Rüffert. Tilgængelig på EU-Oplysningens hjemmeside under: <a href="http://www.eu-oplysnin-gen.dk/upload/application/pdf/4b116aa8/Materialesamling%20Bind%201+2.pdf">http://www.eu-oplysnin-gen.dk/upload/application/pdf/4b116aa8/Materialesamling%20Bind%201+2.pdf</a> (sidst konsulteret 15. november, 2011).

- Notat 5: ”Vurdering af Rüffert-dommens i relation til Danmarks håndhævelse af ILO konvention 94” Udarbejdet af Beskæftigelsesministeriet, Justitsministeriet og Udenrigsministeriet (2008). Tilgængeligt på Folketingets hjemmeside under: <http://www.ft.dk/samling/20072/almde/amu/bilag/298/595302.pdf> (sidst konsulteret 1. november 2011).
- Notat 6: Udbudsportalen: ”Kan en kommune stille krav om at følge danske overenskomter?”, april 2011. Tilgængeligt på: <http://www.udbudsportalen.dk/Documents/Udbudsportalen/Medarbejderh%C3%A5ndtering%202/Kan%20en%20kommune%20stille%20krav%20om%20at%20f%C3%B8lge%20danske%20overenskomster.pdf> (sidst konsulteret 15. august 2011).
- Notat 7: FAOS forskningsnotat 088, oktober 2007: Hansen, Bjørn og Andersen, Søren: ”Mindsteløn I Europa?”. Tilgængeligt på: [http://faos.ku.dk/pdf/forskningsnotater/forskningsnotater\\_2007/fnotat88.pdf/](http://faos.ku.dk/pdf/forskningsnotater/forskningsnotater_2007/fnotat88.pdf/) (sidst konsulteret 20. november 2011).
- Notat 8: Udbudsrådet: Analyse af barrierer for konkurrenceudsættelse i den offentlige sektor, 2010. Tilgængeligt på: [http://www.udbudsraadet.dk/fileadmin/user\\_upload/Rapporter/Barriereanalyse\\_2010/Analyse\\_af\\_barrierer\\_for\\_konkurrenceudsættelse\\_i\\_den\\_offentlige\\_sektor.pdf](http://www.udbudsraadet.dk/fileadmin/user_upload/Rapporter/Barriereanalyse_2010/Analyse_af_barrierer_for_konkurrenceudsættelse_i_den_offentlige_sektor.pdf) (sidst konsulteret 30. juli 2011).
- Notat 9: Kommunernes Landsforening: Seks modeller for offentlig-privat samarbejde – en guide til kommunerne, 2010.
- Notat 10: Arbejde i Danmark – en guide til det danske arbejdsmarked, Beskæftigelsesministeriet 2010
- Betænkninger:**
- Betænkning (1) 2008/1, BTL 36: Betænkning fra udregningsarbejdet om Laval-afgørelsen, Beskæftigelsesministeriet 2008.
- Betænkning (2) 1991/1, BTL 66: Betænkning over Forslag til lov om ændring af lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige indkøb m.v. (Udbud af bygge- og anlægsarbejder og indkøb inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation i De Europæiske Fællesskaber). Beskæftigelsesministeriet, 1991 <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=109345>
- Offentlige kilder (herunder internetkilder):**
- EU-Domstolen , EUR-LEX: EU-domstolens hjemmeside for retsvidenskabelige kommentarer til EU-domme, samt retsvidenskabelig litteratur om emnet. [http://www.euo.dk/dokumenter/efdomstolen/domme/anlaeggelse/2006/C346\\_06/](http://www.euo.dk/dokumenter/efdomstolen/domme/anlaeggelse/2006/C346_06/) (sidst konsulteret 30. juni 2011).
- DA og LO Aftale vedrørende udenlandske arbejdsgivere som udstationerer i Danmark. Tilgængelig på: <http://www.da.dk/bilag/Udstationering.htm> (sidst konsulteret 20. juni 2011).

Konkurrencestyrelsen	Vejledning om sociale hensyn ved offentlige indkøb, Konkurrencestyrelsen, 1. april 2004.
ESA (1)	ESA: Reasoned Opinion, af 29. Juni 2011, tilgængelig på: <a href="http://www.ks.no/PageFiles/18443/RDO%20-%20Labour%20clauses%20(2).pdf">http://www.ks.no/PageFiles/18443/RDO%20-%20Labour%20clauses%20(2).pdf</a> (sidst konsulteret 16. oktober 2011)
K.L. (1)	<i>Kommunernes Landsforening 2010: "Seks modeller for offentlig-privat samarbejde – en guide til kommunerne"</i> .
Lo.dk (2)	Rapport om social dumping, februar 2011: <a href="http://www.lo.dk/Nyheder/Nyhedsarkiv/2011/02/~~/media/LO/Aktu-elt/Nyheder_2011/PDFer/Rapport_social_dumping_2011.ashx">http://www.lo.dk/Nyheder/Nyhedsarkiv/2011/02/~~/media/LO/Aktu-elt/Nyheder_2011/PDFer/Rapport_social_dumping_2011.ashx</a> (Sidst konsulteret 18. november 2011).
Naturstyrelsen	<a href="http://www.naturstyrelsen.dk/NR/rdonlyres/FCAD7347-9303-4190-93E4-12C45DACFBA3/130852/Bilag_A_Arbejdsklausul_102011.pdf">http://www.naturstyrelsen.dk/NR/rdonlyres/FCAD7347-9303-4190-93E4-12C45DACFBA3/130852/Bilag_A_Arbejdsklausul_102011.pdf</a> (Sidst konsulteret 18. november 2011).
NTS (1)	<a href="http://www.naturstyrelsen.dk/annonceringer/udbud/ion_og_arbejdsvilkaar.htm">www.naturstyrelsen.dk/annonceringer/udbud/ion_og_arbejdsvilkaar.htm</a> . (sidst konsulteret, 18. november 2011).
NTS (2)	<a href="http://www.naturstyrelsen.dk/NR/rdonlyres/FCAD7347-9303-4190-93E4-12C45DACFBA3/130857/Bilag_B_Entrepriseindehaveroplysningsskema_102011.pdf">www.naturstyrelsen.dk/NR/rdonlyres/FCAD7347-9303-4190-93E4-12C45DACFBA3/130857/Bilag_B_Entrepriseindehaveroplysningsskema_102011.pdf</a> (Sidst konsulteret 12. november 2011).
Region Syddanmark	<a href="http://job.regionsyddanmark.dk/wm339909">http://job.regionsyddanmark.dk/wm339909</a> (Sidst konsulteret 18. november 2011).
Region Syddanmark (1)	Udbudspolitik for varer og tjenesteydelser i Region Syddanmark, juni 2007
Region Syddanmark (2)	<a href="http://www.regionsyddanmark.dk/dwn13079">www.regionsyddanmark.dk/dwn13079</a> (Sidst konsulteret 12. november 2011).
Aarhus Kommune (1)	"Retningslinjer for udbud og udlicitering af driftsopgaver i Aarhus Kommune", Notat, Borgmesterens Afdeling, Aarhus Kommune november 2008.
Aarhus Stifttidende	Aarhus Stifttidende d. 26. maj 2011, "Kritik: Underbetalte tyskere byggede regnbuen"
Politikken	<a href="http://politiken.dk/kultur/kunst/article1291663.ece">http://politiken.dk/kultur/kunst/article1291663.ece</a> (Sidst konsulteret 18. november 2011).
ILO (1)	<a href="http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-en/index.htm">http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-en/index.htm</a> (Sidst konsulteret 18. november 2011).



- ILO (2) ILC, 32nd session Geneva, 1949, Report VI(I), side 15, jf. International Arbejdsret, side 265.
- ILO (3) Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94): A practical guide, side 5.
- Danmarks Radio P1, d. 3. April 2008. Tilgængelig på:  
<http://www.dr.dk/P1/orientering/indslag/2008/04/03/181959.htm> (sidst konsulteret 23. september 2011)
- Sahra Wagenknecht (1) [http://www.sahra-wagenknecht.de/en/article/401.effects\\_of\\_the\\_european\\_court\\_of\\_justice\\_judgment\\_in\\_the\\_ruffert\\_case.html](http://www.sahra-wagenknecht.de/en/article/401.effects_of_the_european_court_of_justice_judgment_in_the_ruffert_case.html)

### **EU-Kommissionens meddelelser og henstillinger:**

- Komparativt studie Comparative study of the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, to the European Commission, 21. March 2011. Tilgængeligt på <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=en> (sidst konsulteret 23. november 2011).
- Henstilling (1) Kommissionens henstilling, Commission Recommendation: On enhanced administrative cooperation in the context of the posting of workers in the framework of the provision of services, Bruxelles, 3. April 2008.
- Erklæring (1) Erklæring fra kommissionsformand José Manuel Barroso og kommissær Vladimir Spidla – om vedtagelsen af henstillingen vedr. udstationering af arbejdstagere, Europaudvalget, Arbejdsmarkedsudvalget 2007-2008 (2. samling) EEU alm. del, Bilag 205, AMU alm. del. Tilgængelig på: <http://www.ft.dk/samling/20072/almdel/amu/bilag/157/index.htm>? (sidst konsulteret 30. september 2011)
- KOM(89)400 Kommissionens meddelelse om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter, KOM(89) 400, Bruxelles, 22. september 1989.
- KOM(2001)566 Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter, Bruxelles, d. 15. oktober 2001
- KOM(2002)441 Rapport fra kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet, Status over det indre marked for tjenester, Rapport om første fase af strategien for tjenester i det indre marked, Bruxelles, 30. juli 2002.
- KOM(2003)458 Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, Gennemførelse af direktiv 96/71/EF i medlemsstaterne, Bruxelles, 25. juli, 2003

KOM(2006)159	Meddelelse fra Kommissionen, Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, Bruxelles, 4. april, 2006.
KOM (2006)179	Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, Bruxelles, 1. august 2006.
KOMM(2010)	Kommissionens håndbog om ”Sociale hensyn ved indkøb – En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb”, Bruxelles, 1. oktober, 2010.