


HORTEN

 økonomi og
indenrigsministeriet



SOCIALE KLAUSULER OG SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER

FORENINGEN FOR KOMMUNAL- OG FORVALTNINGSRET

Chefkonsulent Hanna Ege, Økonomi- og Indenrigsministeriet
Advokat Rikke Søgaard Berth, Horten

9. september 2014

AKTUALITET

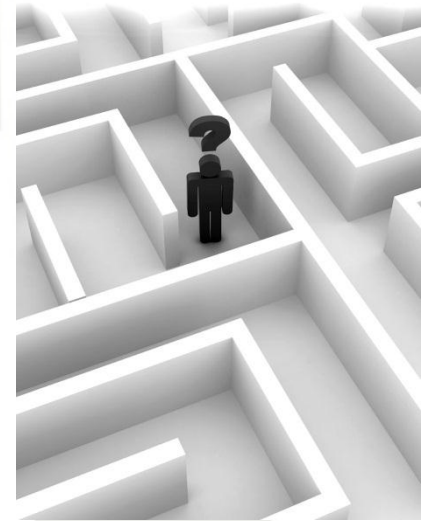
- Rådet for Samfundsansvar
- Lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd
- Regeringens handlingsplan "Ansvarlig vækst"
- "Den ansvarlige indkøber"
- Udvalget om modvirkning af social dumping
- Udvalget for Socialøkonomiske virksomheder

Aktuelle sager: fx kommunalvalget, Fair Trade og aktuelle udbud

SOCIALE KLAUSULER

JURAEN, HVOR ER VI?

- Et komplekst sammenspil mellem forvaltnings-, kommunal- og EU-ret (udbud og fri bevægelighed)
- Praksis giver en vis afklaring
 - Økonomi- og Indenrigsministeriets Fair Trade-udtalelse
 - Statsforvaltningens udtalelse om Københavns Kommunes arbejdsklausuler
- Dog stadig åbne spørgsmål
 - Hvor langt kan udtalelserne strækkes?



DEFINITIONER

- Sociale klausuler
 - Jf. EVM vejl. 2000 ”et krav i en udbudskontrakt om, at den der vinder opgaven, skal påtage sig en nærmere angivet social forpligtelse”
 - En samlebetegnelse for mange forskelligartede klausuler – hver må bedømmes for sig
- Arbejdsklausuler
 - Jf. cirkulære 9471/2014: ”at sikre , at ansatte [...]får sædvanlige løn- og arbejdsvilkår”
 - En særlig type social klausul – hvis der varetages et socialt formål
- Samfundsansvar
 - Jf. bem. til årsregnskabslovens § 99 ”at virksomheden frivilligt integrerer hensyn til blandt andet menneskerettigheder, sociale forhold, miljø- og klimamæssige forhold samt bekæmpelse af korruption i sin forretningsstrategi og sine aktiviteter.”
- **Forskellige hensyn -> forskellige retlige vurderinger**

EKSEMPLER PÅ KLAUSULER

- Løn-, ansættelses- og arbejdsvilkår
 - Krav om at leverandørens ansatte har vilkår svarende til de sædvanlige på egnen/på det danske område

- Praktikant-, elev-, og lærlingestillinger
 - Krav om at praktikanter, elever eller lærlinge skal udføre en nærmere fastsat del af opgaverne i kontrakten

- Langtidsledige, kontanthjælpsmodtagere mv.
 - Krav om at kontanthjælpsmodtagere, langtidsledige eller andre sårbare grupper skal udføre en del af opgaverne

- Grundlæggende arbejdstagerrettigheder
 - Forbud mod børnearbejde, krav om organisationsfrihed, sikkert arbejdsmiljø etc.

EKSEMPLER PÅ KLAUSULER, FORTSAT

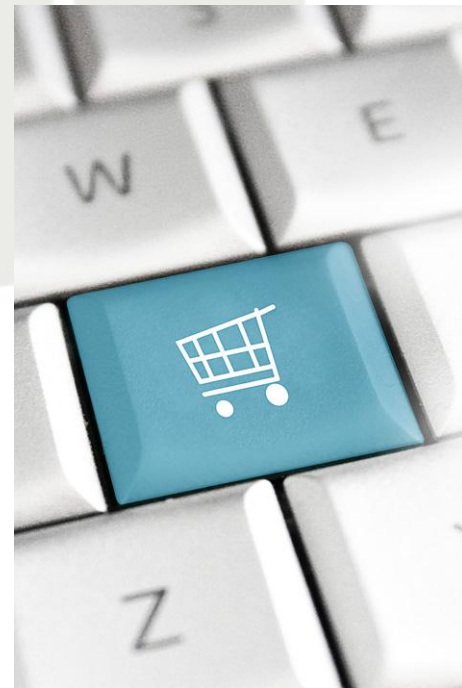
- Ansattes boligforhold
 - Krav til medarbejdernes indkvartering
- Grøn og bæredygtig indkøbspolitik
 - Krav om at leverandøren skal leve op til kommunens vedtagne politikker
- Effektiv anvendelse af ressourcer
 - Krav om at eksempelvis vand og el anvendes effektivt ved udførelsen af opgaven
- Krav om miljømærkning og –certificering
 - Krav om materialer lever op til nærmere definerede standarder
- Fair Trade-klausuler
 - Krav om indkøb af Fair-Trade varer

GENERELT OM KOMMUNEN SOM INDKØBER

Kommunalfuldmagts udgangspunkt:

- Kommunen kan forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser til kommunale opgaver
- Skal være økonomisk ansvarlig – men pris ej det eneste parameter

Hvad er det sagligt at lægge vægt på?



NOTORISK SAGLIGE HENSYN

- a) Interesser, der er forbundet med den kommunale interesse i kerneydelsen – **pris, kvalitet, leveringsbetingelser**

- b) Særlige lovhjemlede hensyn, f.eks. miljøbeskyttelsesloven § 6 ”skal virke for lovens formål” (= **miljøhensyn**)

NOTORISK IKKE-SAGLIGE HENSYN

- a) **Partipolitiske hensyn**
- b) **Religiøse interesser**
- c) **Fagforeningsinteresser**
- d) **Organisationsmæssige interesser**

Vedr. c og d: Se Indenrigsministeriets udtalelse af 1. juli 1999 og embedsmandsrapporten fra april 2003 om almindelige betingelser for serviceydelser (ABService-rapporten, se Bilag 1, side 33-34)

ANDRE SAGLIGE HENSYN?

Se til illustration webværktøjet "Den ansvarlige indkøber": Det skal være nemmere at stille krav om samfundsansvar i offentlige indkøb, så som

- a) **Etiske krav**
- b) **Sociale krav**
- c) **Arbejdsklausuler**
- d) **Miljøkrav**

Hvilke hvilket omfang er det sagligt at varetage disse hensyn i kommunens indkøb?

HENSYN TIL ANSATTES LØN- OG ARBEJDSVILKÅR?

- ILO konvention 94 + implementering i DK
- Arbejdsministeriets cirkulære fra 1990
 - Henstilling til kommuner om anvendelse af arbejdsklausuler, jf. ILO konvention 94
- Indenrigsministeriets udtalelse af 14. februar 1996:
 - Kommunen kan lægge vægt på arbejdsmiljø, personale- og ledelsesmæssige forhold hos tilbudsgiver + sikre, at overførte medarbejderes løn- og ansættelsesvilkår ikke forringes i en overgangsperiode
- Indenrigsministeriets udtalelse af 1. juli 1999:
 - Udgangspunkt: Ej lovligt at varetage hensyn til løn- og ansættelsesvilkår hos ansatte.
 - Modifikation: Hensyn til opgavevaretagelse kan efter en konkret vurdering indebære, at arbejdsklausuler er sagligt at fastsætte. Nævner arbejdsklausulcirkulære, men diskuterer betydning af henstilling om brug af arbejdsklausuler
- Gentaget i ABSERVICE-rapporten i 2003
 - Arbejdsklausuler er ikkeudtrykkeligt nævnt, men de overordnede betragtninger fra 1999-udtalelsen er

HENSYN TIL ANSATTES LØN- OG ARBEJDSVILKÅR?

- I 2003 var status altså:
 - Arbejdsklausuler o.lign., kan kun anvendes, hvis hensynet til opgavevaretagelsen kan begrunde det.
- Men ak - kommunalfuldmagtsreglerne er jo dynamiske....



ANDRE SOCIALE KLAUSULER

- Erhvervsministeriets vejledning fra september 2000
 - Def.: ”påtage sig en nærmere angivet social forpligtelse”
 - Lægger vægt på mulighederne for at fremme ansættelse af personer på særlige vilkår eller skabe bedre muligheder for at aktivere ledige
 - Tager udgangspunkt i skreven lov:
 - Lov om forbud mod forskelsbehandling -> der kan stilles krav om etnisk/religiøs/sexuel ligebehandling
 - Lov om aktiv arbejdsmarkedspolitik & lov om aktiv socialpolitik -> der kan varetages aktiveringshensyn med afgrænsning af persongruppe efter de to love

KOMMUNALFULDMAGTEN - BESKÆFTIGELSESHENSYN

- Indenrigsministeriets udtalelse af 7. juli 1982
 - Almindeligt hensyn til at fremme beskæftigelsen kan varetages ved indkøb: ”næppe ulovligt, at der i kommunernes udbud af arbejde stilles krav om ansættelse af langtidsledige.”
- Bet. 1153/1988 om kommunerne og erhvervspolitikken:
 - ”en kommune [kan] vedrørende bygge- og anlægsarbejder lovligt stille krav om, at der ved arbejdets udførelse ekstraordinært beskæftiges elever under erhvervsmæssig uddannelse eller lærlinge når dette er muligt.”
- Hvilke hensyn kan varetages?
 - Hensynet til den enkelte, der søger job/elevplads?
 - Et bredere samfundsmæssigt hensyn i at sikre beskæftigelse?

FAIR TRADE-UDTALELSEN

- Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes Fair Trade-politik
- Omhandler en indkøbspolitik, der har til formål at "bidrage til at forbedre arbejds- og levevilkårene for nogle af verdens fattigste bønder og arbejdere i Afrika, Asien og Syd- og Mellemerika"
- Statsforvaltningen Midtjylland havde vendt tommelfingeren ned

FAIR TRADE-UDTALELSEN, FORTSAT

- > Hvad er Fair Trade?
- > Fair priser til bønder og fair aflønning af plantagearbejdere i 3. verdenslande for deres råvarer samt en fælles bonus, som de investerer i bedre levevilkår og arbejdsforhold. Dertil kommer, at begrebet i et vist omfang omfatter bæredygtig miljøforvaltning, understøttelse af menneskerettigheder og forbud mod børnearbejde

FAIR TRADE-UDTALELSEN, FORTSAT

- > Den skrevne lovgivning
- > *Miljøbeskyttelseslovens § 6* – kommunal pligt til at virke for lovens formål via indkøb. Kun hjemmel for så vidt angår miljø.
- > *Lov om mæglings- og klageinstitution for ansvarlig virksomhedsadfærd* – Mæglings- og klageinstitutionen kan behandle klager over, at private og offentlige myndigheder, herunder kommuner, ikke overholder OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder om ansvarlig virksomhedsadfærd. Indeholder ikke i sig selv hjemmel til varetagelse af Fair Trade hensyn.
- > Da ej hjemmel i den skrevne lovgivning = spørgsmålet skal afgøres efter kommunalfuldmagtsregler

FAIR TRADE-UDTALELSEN, FORTSAT

- > "Almennyttekriteriet" = disposition skal komme det kommunale fællesskab til gode
- > Økonomi- og Indenrigsministeriet lagde vægt på, at det i såvel internationale som i danske sammenhænge antages, at private virksomheder bør tage et samfundsansvar i deres aktiviteter. Initiativerne er efter Økonomi- og Indenrigsministeriets opfattelse udtryk for en generel forudsætning om, at aktører, der har mulighed for det, bør tage et samfundsansvar, og at det gælder såvel private virksomheder som offentlige myndigheder.
- > Hertil kommer, at det af den nævnte lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd følger, at kommuner indgår i den kreds af aktører, som kan blive indbragt for institutionen for ikke at have overholdt OECD's retningslinjer for Multinationale virksomheder.
- *Konklusion:* En kommune har en saglig, kommunal interesse i at varetage deres opgaver på en sådan måde, at kommunen heri inddrager de ovennævnte hensyn, dvs "Sikring af ordentlige arbejdsvilkår, rimelige sociale forhold, overholdelse af menneskerettigheder, en økonomisk og miljømæssig bæredygtig produktion mv.

FAIR TRADE-UDTALELSEN, FORTSAT

- Nb!
- "Det nærmere indhold af det samfundsansvar, som en kommune uden hjemmel i den skrevne lovgivning kan påtage sig i forbindelse med sin opgavevaretagelse, lader sig næppe entydigt afgrænse"
- "må afgrænses under hensyntagen til, hvad der i øvrigt antages at gælde efter almindelige kommunalretlige grundsætning om kommuners opgavevaretagelse"
- "Afgrænsningen må endvidere ske under hensyn til internationalt anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet"

FAIR TRADE-UDTALELSEN, FORTSAT

- > Indkøbspolitik
- > En kommune skal handle økonomisk ansvarligt. men ok at lægge vægt på andet end prisen, fx kvalitet – og nu også varetagelse af samfundsansvar =
- > En kommune kan lovligt fastsætte i sin indkøbspolitik, at kommunen ønsker at prioritere indkøb af Fairtrade-mærkede varer, idet kommunen herved udnytter sin mulighed for at efterspørge varer og ydelser, der er produceret under ansvarlige forhold. Dermed påtager kommunen sig et samfundsansvar.
- > NB!
- > Ej tilskud (dermed må pris ej være over markedsprisen)
- > Ej udenrigspolitiske tilkendegivelser

SÅ HVAD VED VI NU?

- Nu er der praksis, der udtrykkeligt udvider kredsen af saglige hensyn til:
 - "Sikring af ordentlige arbejdsvilkår, rimelige sociale forhold, overholdelse af menneskerettigheder, en økonomisk og miljømæssig bæredygtig produktion mv."
- Og som fastholder, at et klassisk ikke-sagligt hensyn fortsat ikke er sagligt:
 - "tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner"
- Tilbage ved det grundlæggende spørgsmål: Hvad er hensynet bag arbejdsklausuler?
 - Sikring af "ordentlige arbejdsvilkår" eller sikring af de ansatte, der udfører arbejdet?
- Hvor mange andre situationer kan udtalelsen udstrækkes til afklare?

FAIR TRADE-UDTALELSEN – ARBEJDSKLAUSULER

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

FAIR TRADE-UDTALELSEN – ARBEJDSKLAUSULER, FORTSAT

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

Økonomi- og Indenrigsministeriet finder imidlertid ikke, at det vil være lovligt, at en kommunal indkøbspolitik indebærer, at der ydes tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner, ligesom en kommune ikke som led i sin indkøbspolitik lovligt kan fremsætte udenrigspolitiske standpunkter, jf. de ovenfor omtalte kommunalretlige grundsætninger herom.”

ARBEJDSKLAUSULER, IGEN

- Siden Fair Trade-sagen har Statsforvaltningen taget stilling til Københavns Kommunes klausuler
 - Statsforvaltningen henviser til Fair Trade
- Cirk. 9471/2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter med vejledning udsendt
 - Forpligter staten, det "henstilles" at kommuner og regioner anvender arbejdsklausuler efter samme retningslinjer
 - Arbejdsklausuler skal sikre vilkår, der ikke er mindre gunstige end den overenskomst på det pågældende område, der er indgået mellem de mest repræsentative parter, der gælder på hele det danske område
- Kan man nu anvende arbejdsklausuler generelt uden at vurdere de enkelte hensyn konkret?

LIDT OM HÅNDHÆVELSE

- Kædeansvar: Det store buzz-word
 - Medfører at også leverandørens underleverandører forpligtes til at overholde en arbejds klausul
 - Er det noget særligt – eller et almindeligt (entrepriseretligt) princip?
- Dokumentation og tilsyn
 - Kommunen må jf. kontrakten sikre sig mulighed for at kræve dokumentation for, og afsætte ressourcer til at føre tilsyn med, at klausuler overholdes
 - Der må dog kræves en vis rimelig frist til at fremskaffe dokumentation (særligt ved mange led)
- Hvis klausulen ikke overholdes?
 - Bod
 - Ophævelse?
 - Kan kommunen udbetale manglende løn til leverandørens ansatte?

EU-RETLIGE OVERVEJELSER - ARBEJDSKLAUSULER

- ”Advokatforbehold”
 - De EU-retlige problemstillinger er noget mere omfattende og komplekse, end det kommer til udtryk her.
- ILO konvention 94
 - Forpligter staten til at sikre leverandørens ansatte vilkår svarende til de, der gælder på ”egnen”
 - Er tiltrådt af DK før vi blev medlem af EU, og kan derfor (måske) videreføres
 - Kan konventionen give en afsmittende virkning på kommuner og regioner?
- Udstationeringsdirektivet
 - Udstationerede medarbejdere fra andre medlemsstater skal arbejde på de vilkår, der gælder for den medlemsstat, hvor arbejdet udføres hvis vilkårene er fastsat:
 - Ved lov eller administrative bestemmelser
 - Ved kollektive overenskomster eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse
 - Men hov: Den Danske Model...
- UfR2014B.198 af Sune Troels Poulsen: Der er ” betydelig usikkerhed om det retlige grundlag for arbejdsklausuler”
- Versendende sag ved EU-Domstolen, C-115/14, RegioPost, jf. også omtale i Berlingske den 31. august 2014

SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER

DEFINITIONER

- ”Private virksomheder, der driver erhverv med det formål gennem deres virke og indtjening at fremme særlige sociale formål”
- Virksomheder, der arbejder *for* en målgruppe/sag eller *med* en målgruppe
 - For en målgruppe/sag: Støtte til udsatte, sundhedsoplysning, oplysning eller konkrete tiltag om miljø eller økologi
 - Med en målgruppe: Kompetenceudvikling, uddannelsestiltag, aktivering etc. af udsatte grupper
- Kommunal støtte/deltagelse?
 - Samme vurdering som ved alle andre vurderinger af lovlige kommunale opgaver
 - Hjemmel i den skrevne lovgivning?
 - Hjemmel i kommunalfuldmagten?

KOMMUNAL STØTTE/DELTAGELSE

Kommunens deltagelse i eller støtte til socialøkonomiske virksomheder kan anskues på 4 måder:

1. En kommune kan som alternativ til selv at varetage en opgave, yde støtte til en privat, der varetager opgaven
 - Hvis virksomheden varetager både kommunale og ikke-kommunale opgaver, skal støtte øremærkes den kommunale opgave
 - At drive virksomhed med fortjeneste for øje er ikke en kommunal opgave – dvs. øremærkning
 - Husk omfattende særlovgivning (særligt hele beskæftigelsesområdet)

2. En kommune kan købe ydelser af en privat
 - Krav om aftaler på markedsvilkår
 - Kan der sagligt lægges vægt på at leverandøren er en socialøkonomisk virksomhed?
 - Reelt en social klausul – vurderes på samme måde
 - Hvad hvis også en anden socialøkonomisk virksomhed arbejde med det samme? Ligebehandling, udbudsregler etc.

KOMMUNAL STØTTE/DELTAGELSE, FORTSAT

3. En kommune kan selv udføre socialøkonomisk virksomhed
 - Hvis der er tale om lovlige kommunale opgaver

4. En kommune kan lade kommunale medarbejdere ”afknoppe” en del af den kommunale forvaltning og drive som socialøkonomisk virksomhed
 - Definition: ”En proces, hvor en kommune eller anden offentlig myndighed lader en eller flere ansatte danne et privat selskab med det formål at overtage en offentlig opgave.”
 - Som udgangspunkt ikke en kommunal opgave at støtte etablering af privat virksomhed
 - Udbudsregler?
 - EU statsstøtte-regler?
 - Udvalget for socialøkonomiske virksomheder har anbefalet en juridisk undersøgelse

SPØRGSMÅL?



Hanna Ege
Økonomi- og Indenrigsministeriet
ege@oim.dk
7228 2521

Rikke Søgaard Berth
Horten
rsb@horten.dk
3334 4279

Horten Advokatpartnerselskab
Philip Heymans Allé 7
DK-2900 Hellerup, Copenhagen

Tel. 3334 4000
Fax 3334 4001
info@horten.dk