

# Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

## 1. Afhandlingens emne, formål og hovedtese

En arbejdsklausul er en bestemmelse i en privatretlig kontrakt mellem en offentlig ordregiver og en leverandør, der stiller krav til de løn- og ansættelsesvilkår, på hvilke leverandøren beskæftiger lønmodtagere i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten. Denne type bestemmelser i offentlige kontrakter, er afhandlingens *emne*. En arbejdsklausul indebærer forpligtelser *inter partes* mellem en offentlig ordregiver og en leverandør, men leverandørens opfyldelse finder sted i retsforholdet mellem leverandør og lønmodtager. Vilkårene for ansættelsesforholdet normeres dermed af en aftale, i hvilken lønmodtageren ikke er part og hvis realkreditor ikke er en af de aktører på lønmodtagerside, der kollektivt regulerer løn- og ansættelsesvilkår. Arbejdsklausuler fremstår som en indblanding i en voluntaristisk arbejdsmarkedsorden, hvor løn- og ansættelsesvilkår fastlægges ved aftale uden offentlig indblanding. Arbejdsklausuler fremstår også som en indskrænkning i leverandørens erhvervsfrihed, eftersom ordregiver *på den ene side* vælger at indkøbe en ydelse i stedet for at frembringe den selv og *på den anden side* regulerer vilkårene for kontraktspartens beskæftigelse af lønmodtagere. I en grænseoverskridende sammenhæng kan indblandingen i erhvervsfriheden være en restriktion for den fri udveksling af tjenesteydelser. Hvis arbejdsklausuler i offentlige kontrakter skal indpasses i en voluntaristisk arbejdsmarkedsretsorden og i en retsorden med erhvervsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, må man se på, *hvilket* indholdsmæssigt krav, som ordregiver med arbejdsklausulen stiller til leverandøren, og *hvorfor* ordregiver stiller kravet. Afhandlingens *hovedformål* er at

foretage en analytisk fastlæggelse af formålet med arbejdsklausuler i offentlige kontrakter og at analysere foreneligheden med de fælleseuropæiske retsgrundlag for fri udveksling af tjenesteydelser af offentlige ordregiveres anvendelse af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Det er afhandlingens *hovedtese*, at formålet med arbejdsklausuler er at fjerne lønsum som komparativt parameter i konkurrencen om offentlige kontrakter, og at arbejdsklausuler i offentlige kontrakter er forenelige med den fri udveksling af tjenesteydelser. Det er en præmis for hovedtesen, at der kan påvises ét formål med arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, hvilket skal ses i sammenhæng med afhandlingens afgrænsning af begrebet “arbejdsklausuler”, der er sammenfaldende med anvendelsesområdet for ILO-konvention nr. 94.

## 2. Begrebet “arbejdsklausul”

Begrebet “arbejdsklausul” eksisterer ikke officielt i det danske sprog.<sup>1</sup> “Arbejdsklausuler” er introduceret på dansk i 1955<sup>2</sup> med ratifikationen af ILO-konvention nr. 94 om Arbejdsklausuler i Offentlige Kontrakter.<sup>3</sup> Introduktionen i pluralis er en oversættelse af begreberne “labour clauses” og “clauses de travail” fra ILO-konventionens engelske og franske tekst.<sup>4</sup> Begrebet “arbejdsklausuler” blev i 1966 anvendt i Arbejdsministeriets cirkulæreskrivelse, der gennemførte ILO-konventionen i dansk ret.<sup>5</sup> Både i ILO-konventionen og i cirkulæreskrivelsen optræder begrebet “arbejdsklausuler” i retsaktens navn. I ILO-konventionen optræder begrebet i præambelns anden og fjerde betragtning, men det optræder ikke i ILO-konventionens eller i den danske cirkulæreskrivelses operative

- 
1. Begrebet “arbejdsklausul” findes hverken i singularis eller pluralis i Den Danske Ordbog eller Ordbog over det danske Sprog, jf. [www.ordnet.dk](http://www.ordnet.dk) (opslag den 17. oktober 2020).
  2. Seniorforsker, Ph.d. Margrethe Heidemann Andersen, Dansk Sprognævn har i en e-mail af 30. januar 2020 oplyst, at begrebet er exciperet i 1990, men efter min henvendelse er exciperet til 1955.
  3. Bkg. nr. 1 (LTC) af 4. januar 1957 om Danmarks ratifikation af den af den Internationale Arbejdskonference i Genève i året 1949 vedtagne konvention om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.
  4. Det følger af konventionens præambel, at konventionen kan betegnes som the *Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949* henholdsvis som *Convention sur les clauses de travail (contrats publics), 1949*.
  5. Cirkulæreskrivelse nr. 114 af 18. maj 1966 om gennemførelse af den af Den Internationale Arbejdskonference vedtagne konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

bestemmelser. Begrebet anvendes i 1990 i singularis (“arbejdsklausul”) i en cirkulæreskrivelse fra Arbejdsministeriet.<sup>6</sup> ILO-konventionens art. 2, stk. 1, beskriver de objektive karakteristika for de vilkår (klausuler), som er omfattet af ILO-konventionen. Det er bestemmelser i aftalen mellem ordregiver og leverandør, der stiller indholdsmæssige krav til leverandørens vilkår for beskæftigelse af lønmodtagere i forbindelse med opgaven for den offentlige ordregiver. Begrebet “Arbeitsklauseln” ses introduceret i Østrig ved kundgørelsen af ILO-konvention nr. 94.<sup>7</sup> Udtrykket “Lohnklauseln” er anvendt i ældre tysk litteratur.<sup>8</sup> Det sædvanlige begreb på tysk er *Tariftreue*. Begrebet er konsekvent anvendt i forbundslandenes lovgivning siden 1999, men det kan spores langt tilbage i tiden.<sup>9</sup> I ældre tysk litteratur findes eksempler på, at fænomenet blot kaldes hvad det er, nemlig regulering af ansættelsesvilkår i forbindelse med offentlig kontraktstildeling.<sup>10</sup> I svensk ret anvendes udtrykket “särskilda arbetsrättsliga villkor”,<sup>11</sup> og i norsk ret udtrykket “arbejdsklausuler” henholdsvis “arbejdarklausuler”.<sup>12</sup> Begrebet “clauses de travail” stammer så vidt ses ikke fra fransk ret. I franske retsakter betegnes de klausuler, der er omfattet af ILO-konventionen, som “clauses administratives générales”.<sup>13</sup> Da brugen af sådanne klausuler blev

6. Cirkulæreskrivelse nr. 115 af 27. juni 1990 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde pkt. 2, sidste led, og pkt. 4.
7. Übereinkommen (Nr. 94) über die Arbeitsklauseln in den von Behörden abgeschlossenen Verträgen, Bundesgesetzblatt Nr. 20/1952 og Stenographisches Protokoll, 64. Sitzung des Bundesrates der Republik Österreich, 22. juni 1951, S. 1333.
8. Walter Abelsdorff: *Die Lohnklauseln in den ausländischen und deutschen Submissionsbedingungen*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1907, s. 356ff.
9. Efter en cirkulæreskrivelse af 19. maj 1900 fra Storhertugdømmet Hessens indenrigsministerium skulle underordnede myndigheder kun indgå kontrakter om levering af tryksager med leverandører, der skriftligt havde anerkendt den fælles tyske Bogtrykcertarif. Cirkulæreskrivelsen er gengivet i *Die Regelung des Arbeitsverhältnisses bei Vergabung öffentlicher Arbeiten*, Kaiserliches Statistisches Amt, Abteilung für Arbeiterstatistik, Berlin 1907, s. 113, note 3. Adjektivet “tariftreue” anvendes s. 116 (“tariftreue Firmen”).
10. *Die Regelung des Arbeitsverhältnisses bei Vergabung öffentlicher Arbeiten*, Kaiserliches Statistisches Amt, Abteilung für Arbeiterstatistik, Berlin 1907.
11. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling kapitel 17 § 2f., Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna kapitel 16 § 2f. og Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner kapitel 14 § 2f.
12. St. prp. Nr. 62 (1994-95) Om samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjon nr 94 og tiltredning til ILO-rekommandasjon nr 84 om arbeidarklausuler i offentlege arbeidskontraktar, vedtekne på Arbeidskonferansen i Genève 1949.
13. Décret nr. 64 729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés public (Journal Officiel de la République Française, 21 juillet 1964, s. 6438ff.), art. 117.

indført i Frankrig i 1899, anvendtes blot den beskrivende betegnelse, at der var tale om regulering af arbejdsvilkår i offentlige arbejder.<sup>14</sup> I USA har det været udbredt at anvende klausuler om efterlevelse af the *prevailing wage*.<sup>15</sup> Før ILO-konventionens vedtagelse i 1949 havde det været almindeligt i angelsaksiske retssystemer at anvende begrebet “fair wages clauses”. Betegnelsen skyldes, at tidlige angelsaksiske regelsæt stillede krav til aflønning. Terminologien “fair wages” blev bibeholdt i senere regelsæt, selvom de stillede krav udover vilkår om løn. Forarbejderne til ILO-konvention nr. 94 introducerede i overensstemmelse med den angelsaksiske terminologi emnet som “fair wages clauses in public contracts”.<sup>16</sup> Senere blev betegnelsen ændret til “labour clauses in public contracts”,<sup>17</sup> og denne betegnelse blev af ILO’s Arbejdskonference valgt som betegnelse for ILO-konventionen og den ledsagende ILO-henstilling nr. 84 om Arbejdsklausuler i Offentlige Kontrakter.<sup>18</sup> Begrebet “labour clauses” henholdsvis “clauses de travail” anvendes i begge ILO-henstillingens operative bestemmelser (pkt. 1 og 2) og i betragtningerne 2, 3 og 4 i ILO-henstillingens præambel. Begreberne, der tilsyneladende er opfundet i forarbejdet til ILO-konventionen og ILO-henstillingen, defineres ikke i ILO-henstillingen.

På engelsk er der en sproglig nuance i valget af begrebet “labour clauses”. “Labour” kan betyde andet og mere end “arbejde”. I Philadelphiaerklæringen fra ILO’s Arbejdskonference i 1944 var det i art. I, litra a, udtrykt som et af de fundamentale principper, som ILO hviler på, at “labour is not a commodity”.<sup>19</sup> Philadelphiaerklæringen udtrykker, at *arbejdskraft* ikke er en handelsvare. Man kunne derfor oversætte det engelske begreb “labour clauses” til “klausuler om

---

14. Décret du 10 Août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passes au nom des départements og Décret du 10 Août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passes au nom des communes et des établissements publics de bienfaisance (Journal Officiel de la République Française, 11 août 1899, s. 5397f.).

15. Se gennemgangen i David B Johnson: *Prevailing Wage Legislation in the States*, Monthly Labor Review 1961, s. 839ff.

16. *Wages (b) Fair Wages Clauses in Public Contracts*, International Labour Conference, 31<sup>st</sup> Session, sixth item on the agenda, Report VI (b) (1), Genève 1947.

17. *Labour Clauses in Public Contracts*, International Labour Conference, 32<sup>nd</sup> Session, sixth item on the agenda, Report VI (1), Genève 1948.

18. Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 henholdsvis Convention sur les clauses de travail (contrats publics), 1949 og Labour Clauses (Public Contracts) Recommendation, 1949 henholdsvis Recommandation sur les clauses de travail (contrats publics), 1949.

19. I Philadelphiaerklæringens franske tekst hedder det, at “le travail n’est pas une marchandise”.

anvendelse af arbejdskraft”.<sup>20</sup> I cirkulæreskrivelsen fra 1966 anvendte Arbejdsministeriet begrebet “klausul om arbejdsvilkår”, men begrebet “arbejdsklausul” er blevet det gængse på dansk. Det anvendes i Beskæftigelsesministeriets cirkulære fra 2014 flere steder i såvel singularis som pluralis.<sup>21</sup> De objektive karakteristika for arbejdsklausuler fremgår af formålsbestemmelsen i cirkulærets § 1, hvorefter cirkulærets formål er at sikre, at ansatte, der arbejder i virksomheder, som udfører tjenesteydelser for offentlige myndigheder og ordregivere, får *sædvanlige* løn- og ansættelsesvilkår ved brug af arbejdsklausuler. Med formålsbestemmelsen til Beskæftigelsesministeriets cirkulære fra 2014, der henviser til ILO-konvention nr. 94, er der *de facto* foretaget en sproglig afgrænsning af begrebet arbejdsklausuler. Ordvalget i ILO-konvention nr. 94 art. 2, stk. 1, er ganske vist et andet end i cirkulæret, men det udtrykker det samme. De vilkår i kontrakten (klausuler), som ILO-konventionen kræver anvendt, skal sikre lønmodtagerne løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, der ikke er mindre gunstige (“less favourable” henholdsvis “ne soient pas moins favorables”) end dem, der i øvrigt gælder (“those established” henholdsvis “conditions établies”) for samme arbejde (“for work of the same character” henholdsvis “un travail de même nature”) på det sted, hvor arbejdet udføres.

Begrebet “arbejdsklausuler” afgrænses til brug for afhandlingens formål i overensstemmelse med ILO-konvention nr. 94, og afhandlingens hovedtese retter sig mod arbejdsklausuler, der er omfattet af ILO-konventionen eller er udformet i overensstemmelse med ILO-konventionen. Begrebet “arbejdsklausuler” er dermed afgrænset i overensstemmelse med et folkeretligt retsgrundlag og med Beskæftigelsesministeriets cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Det har for afhandlingen den betydning, at arbejdsklausuler ikke er et instrument, der anvendes til at redressere ulovligheder. Kravet om efterlevelse af arbejdsstedets sædvanlige vilkår betyder derimod, at aktører, der lovligt kan beskæftige lønmodtagere på andre vilkår, underlægges

---

20. Christian Andersen-Mølgaard, Martin Gräs Lind, Helle Ekman Jensen og Stig Hansen Nørgaard: *Udstationeringsloven*, København 2015, s. 94 anfører, at det formentlig sprogligt ville have været mere korrekt at bruge betegnelsen “arbejdsvilkårsklausul”. Tilsvarende anføres i Martin Gräs Lind og Christian Andersen-Mølgaard: *Udenlandsk arbejdskraft i Danmark*, København 2012, s. 193. Joakim Augeli Karlsen og Stein Evju: *Tariftike vilkår som EØS-rettslig restriktion. ILO-konvensjon nr. 94 og tjenestefriheten i EU/EØS*, Arbeidsrett og arbeidsliv 2011, Bind 6, s 1ff. (s. 6) anfører, at det på norsk er mere retvisende (“betegnende”) at anvende udtrykket “klausuler om løns- og arbejdsvilkår”. En sådan formulering er anvendt i norsk ret med Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om løns- og arbejdsvilkår i offentlige kontrakter § 5.

21. Cirk. nr. 9471 af 30. juni 2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

en aftalt forpligtelse til at afstå fra dette. Denne afgrænsning af begrebet “arbejdsklausuler” svarer til den, der anvendes af Christian Andersen-Mølgaard, der benytter betegnelsen “arbejdsklausul” om en kontraktbestemmelse, hvorefter en medkontrahent skal 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.<sup>22</sup> Begrebet afgrænses dermed snævrere end Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen, der i *Kædeansvar* fra 2017 anvender begrebet “arbejdsklausuler” bredt under inddragelse af også “lovbestemte klausuler” efter udbuds- og udstationeringslovgivningen.<sup>23</sup> Udbuds- og udstationeringslovgivningen indeholder ikke bestemmelser, der svarer til ILO-konvention nr. 94, og de klausuler, der anvendes med grundlag i udbudsdirektiverne, lever ikke nødvendigvis op til ILO-konvention nr. 94. Det er ikke givet, at afhandlingens hovedtese ville kunne verificeres med en tilsvarende bred inddragelse af andre kategorier af bestemmelser i offentlige kontrakter, der kan have andre formål end arbejdsklausuler efter ILO-konvention nr. 94.

### 3. Emnets praktiske relevans

ILO-konvention nr. 94 levede i årtier en upåagtet tilværelse i Danmark. Den har fået øget opmærksomhed på grund af forandringer i markedet for levering af varer og tjenesteydelser til offentlige ordregivere. *For det første* har grænserne mellem offentlig og privat virksomhed flyttet sig. Offentlige myndigheder varetager i videre udstrækning end før deres opgaver ved at lade opgaver udføre efter aftaler med private leverandører, og markedet for levering af varer og tjenesteydelser til offentlige ordregivere er dermed blevet større. *For det andet* er kredsen af private leverandører på markedet blevet større, fordi det er obligatorisk, at opgaver, som vil kunne udføres af eksterne leverandører, skal underkastes en udbudsrunde,<sup>24</sup> og fordi de fælleseuropæiske udbudsdirektiver giver leverandører fra hele EU adgang til det danske marked. *For det*

---

22. Christian Andersen-Mølgaard: *Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Om forholdet mellem ILO 94, EU-retten og praksis hos danske myndigheder*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2012 afhandling 11, s. 4f.

23. Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen: *Kædeansvar*, København 2017, s. 104.

24. Cirk. nr. 42 af 1. marts 1994 om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsgødgaver § 1, stk. 1. Bestemmelsen videreførtes i Cirkskr. nr. 159 af 17. december 2002 om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsgødgaver § 1 og findes i dag i Cirk. nr. 9269 af 31. marts 2016 om udbud af statslige drifts- og anlægsgødgaver § 1.

*tredje* er kredsen af lønmodtagere, der er beskæftiget med opfyldelsen af offentlige kontrakter i Danmark, blevet større, fordi udenlandske leverandører af tjenesteydelser kan opfylde kontrakter i Danmark med deres egne ansatte, der kan udstationeres fra tjenesteyderens etableringsstat. *For det fjerde* er antallet af retssystemer, der regulerer løn- og ansættelsesvilkår på arbejdspladser i Danmark, vokset, fordi udstationerede lønmodtagere sædvanligvis er omfattet af etableringsstatens ret. Parallelt med den beskrevne udvikling af markedet er anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i Danmark tiltaget og er blevet mere formaliseret. ILO-konvention nr. 94 medfører en folkeretlig forpligtelse til at anvende arbejdsklausuler i aftaler, der indgås af centrale statslige ordregivere. Anvendelsen af arbejdsklausuler er med en politisk aftale under forhandlingerne af Finansloven for 2013<sup>25</sup> og med efterfølgende økonomiaftaler med regioner og kommuner<sup>26</sup> blevet udbredt til andre offentlige ordregivere end Staten. Dermed er accept af en arbejdsklausul i praksis blevet en betingelse for at være leverandør til en offentlig ordregiver i Danmark. Det kan i sig selv begrunde en interesse for en analyse.

#### 4. Emnets forskningsmæssige relevans

Arbejdsklausuler er vilkår i privatretlige aftaler om offentlige ordregiveres indkøb af varer og tjenesteydelser. Sådanne aftaler tiltrækker sig begrænset forvaltningsretlig opmærksomhed, fordi den forvaltningsretlige teori retter sin opmærksomhed mod forvaltningskontrakter, der indgås som alternativ til myndighedsudøvelse ved udstedelse af forvaltningsakter. Jørgen Mathiassen anfører i *Aftaler i forvaltningsretten* fra 1974, at privatretlige aftaler om offentlige indkøb retligt set ikke adskiller sig fra de kontrakter, der “sluttes mand og mand imellem”.<sup>27</sup> Rasmus Grønved Nielsen afgrænser *Forvaltningskontrakter* fra 2021 således, at aftaler, der “svarer til aftaler, som kan indgås mellem private indbyrdes”, falder uden for afhandlingens interessefelt.<sup>28</sup> Det er heller ikke givet, at offentlige ordregiveres privatretlige aftaler overhovedet kan analyseres meningsfuldt som et samlet forvaltningsretligt

---

25. Finansministeriet: *Aftaler om Finansloven* 2012, november 2011.

26. Aftale af 13. juni 2013 om kommunernes økonomi for 2014 mellem Regeringen og KL pkt. 2 og Aftale af 4. juni 2013 mellem Regeringen og Danske Regioner om regionernes økonomi for 2014, pkt. 14.

27. Jørgen Mathiassen: *Aftaler i forvaltningsretten*, København 1974, s. 483 og s. 479ff.

28. Rasmus Grønved Nielsen: *Forvaltningskontrakter*, København 2021, s. 35.

fænomen, og noget sådant falder uden for denne afhandlings formål. Karsten Naundrup Olesen behandler i *Samfundsloddet* fra 2004<sup>29</sup> obligationsretlige problemstillinger i kontrakter af “samfundsmæssig interesse” uden at behandle arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.<sup>30</sup> Ruth Nielsen er så vidt ses den første danske forfatter, der har behandlet ILO-konvention nr. 94,<sup>31</sup> der sjældent omtales i danske arbejds- og ansættelsesretlige fremstillinger.<sup>32</sup> Den behandles i fremstillinger om udstationeringsloven<sup>33</sup> og i den udbudsretlige litteratur.<sup>34</sup> Christian Andersen-Mølgaards specialeafhandling fra 2012 omhandler EU-retlige muligheder og begrænsninger i anvendelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter herunder forholdet mellem EU-retten og ILO-konvention nr. 94.<sup>35</sup> En norsk analyse er udarbejdet af Joakim Augeli Karlsen og Stein Evju,<sup>36</sup> og en svensk analyse er udarbejdet af Kerstin Ahlberg.<sup>37</sup> Sune Troels Poulsen behandler de EU-retlige aspekter i en artikel fra 2014,<sup>38</sup> og Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen har i *Kædeansvar* fra

---

29. Karsten Naundrup Olesen: *Samfundsloddet*, København 2004.

30. Karsten Naundrup Olesen: *Offentlig opgave på kontrakt*, København 2011, s. 141ff. behandler “sociale klausuler” uden at inddrage arbejdsklausuler.

31. Ruth Nielsen: *Ligestillingsretlige aspekter af udbud* i Kirsten Ketscher, Jytte Lindgaard og Ruth Nielsen (red.): *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv*, København 1995, s. 125ff. og Ruth Nielsen: *Arbejdsretlige aspekter af udbud af offentlige kontrakter*, Arbejdsretligt Tidsskrift 1991-1995, s. 237ff. En omtale af ILO-konvention nr. 94 indgik i Ruth Nielsen: *Lærebog i arbejdsret*, 6. udgave, København 1996, s. 328 og s. 342f.

32. Jens Kristiansen: *Ansættelsesret*, København 2020, s. 144ff. nævner i gennemgangen af udstationeringsloven ikke arbejdsklausuler. Ole Hasselbalch: *Den danske arbejdsret*, København 2009, s. 561f. gennemgår hovedtrækkene af ILO-konvention nr. 94 i sammenhæng med udstationeringslovens § 2.

33. Christian Andersen-Mølgaard, Martin Gräs Lind, Helle Ekmann Jensen, Stig Hansen Nørgaard: *Udstationeringsloven*, København 2015, s. 89ff. og Martin Gräs Lind og Christian Andersen-Mølgaard: *Udenlandsk arbejdskraft i Danmark*, Aarhus 2012, s. 192ff.

34. Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen: *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udg., København 2017, s. 751ff. og Kai Krüger, Ruth Nielsen og Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, København 1998.

35. Christian Andersen-Mølgaard: *Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Om forholdet mellem ILO 94, EU-retten og praksis hos danske myndigheder*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2012 afhandling 11.

36. Joakim Augeli Karlsen og Stein Evju: *Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon ILO-konvensjon nr. 94 og tjenestefriheten i EU/EØS*, Arbejdsrett og arbeidsliv 2011, Bd. 6, s. 1ff.

37. Kerstin Ahlberg: *Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?*, Upphandlingsrättslig Tidsskrift 2016, s. 65ff.

38. Sune Troels Poulsen: *Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter og EU's indre marked*, UfR 2014 B 198ff.



2017<sup>39</sup> analyseret arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i lyset af de nyeste EU-retlige regelsæt. Ulrich Ruchti har i *Das ILO-Übereinkommen Nr. 94. Möglichkeiten der Umsetzung unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH* fra 2010<sup>40</sup> analyseret både ILO-konvention nr. 94 og EU-Domstolens dom i *Rüffert*. Volker Dobmanns *Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*<sup>41</sup> og Friedhelm Reicherts *Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen*,<sup>42</sup> der begge er fra 2007, omfatter en EU-retlig analyse af de tyske forbundslandes lovgivning om *Tariftreue*. Maria Anna Corvaglia behandler i *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation* ILO-konvention nr. 94 over godt tre sider og konstaterer, at ILO-konventionen fremstår som “almost entirely unexplored”.<sup>43</sup> Der findes flere afhandlinger om udstationeringsdirektivet, men ofte indeholder de ingen eller kun en kort deskriptiv omtale af ILO-konvention nr. 94.<sup>44</sup> Jeg har gennemgået ILO-konvention nr. 94 i to artikler fra 1995.<sup>45</sup> I to artikler fra 2016 og 2017 har jeg problematiseret,<sup>46</sup> at udstationeringsdirektivet begrænser medlemsstaternes muligheder for at efterleve ILO-konvention nr. 94. Arbejdsklausuler efter ILO-konvention nr. 94 kræver *fuld efterlevelse* af niveauet for løn- og ansættelsesvilkår, der er sædvanligt på det sted, hvor arbejdet udføres.

---

39. Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen: *Kædeansvar*, København 2017, s. 101ff.

40. Ulrich Ruchti: *Das ILO-Übereinkommen Nr. 94: Möglichkeiten der Umsetzung unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH*, Frankfurt am Main 2010 (Dissertation, Universität zu Köln 2010).

41. Volker Dobmann: *Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, Baden-Baden 2007 (Dissertation, Humboldt-Universität zu Berlin 2005).

42. Friedhelm Reichert: *Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen*, Berlin 2007 (Dissertation, Universität Bielefeld 2007).

43. Maria Anna Corvaglia: *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford 2017, s. 66 (PhD afhandling, Universität Zürich 2013).

44. Alexandre Defossez: *Le dumping social dans l'Union européenne: Étude à l'aune du droit primaire et de la directive détachement*, Bruxelles 2014 (Doctorat en sciences juridiques, Université de Liège, 2013) og Jari Hellsten: *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, Helsinki 2007 (artikelbaseret doktorafhandling fra Helsingfors Universitet).

45. Henrik Karl Nielsen: *Offentlige kontrakter og den internationale arbejdsret*, Juristen 1995, s. 202ff. og Henrik Karl Nielsen: *Public Procurement and International Labour Standards*, Public Procurement Law Review 1995, s. 94ff.

46. Henrik Karl Nielsen: *Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter efter Regio Post GmbH & Co. KG*, UfR 2016 B 80ff. og Henrik Karl Nielsen: *Labour Clauses in Public Contracts: ILO Convention No. 94 in the European Union after RegioPost*, PPLR 2017, s. 201ff.

Udstationeringsdirektivet tillader kun en værtstat at regulere inden for en udtømmende “kerne” af vilkår. Det harmonerer indbyrdes dårligt, og det umiddelbare indtryk er, at Danmark i en årrække ved sin samtidige efterlevelse af begge regelsæt har mestret en retlig pendant til ryttersporten “Ungarsk post” ved at gennemføre en ikke-udtømmende folkeretlig norm parallelt med en udtømmende fælleseuropæisk norm. Det skærper interessen for en kritisk efterprøvelse af grundlaget for de synspunkter, jeg tidligere har fremført. Der kan nemlig konstateres *noget påfaldende*, nemlig at der hverken foreligger en åbnings-skrivelse fra Europa Kommissionen til den danske regering eller er udtalt kritik fra ILO’s Ekspertkomité af den danske retstilstand. Der kan samtidig iagttages *noget bekymrende*. ILO’s Ekspertkomité har udtalt kritik af andre medlemsstater, der har ændret deres retstilstand efter EU-Domstolens dom fra 2008 i *Rüffert*, der fik væsentlig betydning for de tyske forbundslandes lovgivning om *Tariftreue*, og under ILO’s Arbejdskonference samme år udtrykte delegater ønske om en analyse af konsekvenserne af EU-Domstolens retspraksis.<sup>47</sup> Det kan give anledning til yderligere bekymring, at sociale aspekter af offentlige udbud ofte opfattes som styrket med de fælleseuropæiske udbudsdirektiver fra 2014, men at ILO’s Ekspertkomité allerede i 2008 udtalte generel bekymring over, at gennemførelsen af udbudsdirektiverne fjernede sig fra ILO-konvention nr. 94,<sup>48</sup> og at begreber som “sustainable procurement” eller “social considerations in public contracts” sjældent er i overensstemmelse med ILO-konvention nr. 94.<sup>49</sup> Arbejdet med afhandlingen er pågået samtidig med, at der har kunnet iagttages *noget nyt*. Ændringen af udstationeringsdirektivet i 2018<sup>50</sup> udvidede rammerne for værtsstaters anvendelse af ansættelsesretlige standarder i forhold til udstationerede lønmodtagere. Ændringen blev vedtaget trods modstand fra medlemsstater i Central- og Øst-europa, der påberåbte sig deres “komparative fordel” i konkurrencen

---

47. International Labour Conference, 97th session, Geneva 2008, Conference Committee on the Application of Standards, Extracts from the Records of Proceedings, p. 19/25, pr. 96.

48. *Labour clauses in public contracts Integrating the social dimension into procurement policies and practices, General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84)*, International Labour Conference 97th Session, 2008, Report III (Part 1B) (herefter benævnt *General Survey 2008*), s. 64, pr. 184.

49. *General Survey 2008*, s. xiv.

50. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

med aktører i de gamle medlemsstater. Den polske generaladvokat *Maciej Szpunar* påberåbte sig princippet i 2019.<sup>51</sup> EU-Domstolen har aldrig tilsluttet sig et sådant princip, og i 2020 afgjorde EU-Domstolen et annullationssøgsmaal om ændringen af udstationeringsdirektivet i den polske og ungarske regerings disfavør.<sup>52</sup> Endelig har arbejdet i en skandinavisk kontekst afdækket *noget mere*. Norge ratificerede ILO-konvention nr. 94 i 1996, og *SOU 2016:15* anbefalede en svensk ratifikation<sup>53</sup> Sverige har ikke ratificeret ILO-konvention nr. 94, men der er i den svenske gennemførelse af udbudsdirektiverne bestemmelser om kontraktsskrav om iagttagelse af overenskomstmæssige standarder for løn, ferie og arbejdstid.<sup>54</sup> Afhandlingens emne er derfor også af potentiel interesse i det nære udland.

## 5. Afhandlingens disposition

### 5.1. Afhandlingens fire dele

Hovedtesens første led, hvorefter formålet med arbejdsklausuler i offentlige kontrakter er at fjerne lønsum som komparativt parameter i konkurrencen om offentlige kontrakter, har den sammenhæng med hovedtesens andet led, at formålet har betydning for bedømmelsen af arbejdsklausuler som en restriktion for den fri udveksling af tjenesteydelser. Fastlæggelsen af formålet er genstanden for afhandlingens første del. Anvendelsen af arbejdsklausuler i statslige kontrakter er et krav efter ILO-konvention nr. 94, der analyseres i afhandlingens anden del. I afhandlingens tredje del analyseres kvalifikationen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter som legitime restriktioner for den fri udveksling af tjenesteydelser. Da EU-rettens sameksistens med ILO-konventionen nødvendigvis må vurderes med afsæt i et nationalt retssystem, analyseres forskellige aspekter af retsstillingen efter dansk ret i afhandlingens fjerde del.

---

51. Forslag til afgørelse i sag C-16/18 *Michael Dobersberger* fra generaladvokat *Maciej Szpunar*, ECLI:EU:C:2019:638, pr. 31.

52. *EU-domstolen, dom af 8. december 2020* i sag C-620/18 *Ungarn mod Europa-Parlamentet og Rådet*, ECLI:EU:C:2020:1001 og *EU-domstolen, dom af 8. december 2020* i sag C-626/18 *Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet*, ECLI:EU:C:2020:1000.

53. *SOU 2016.15*, s. 149.

54. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling kap 17, §§ 2ff., Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna kap 16 §§2ff. og Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner kapitel 14 §§ 2ff.

## 5.2. Afhandlingens første del: Formålet med arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

Fællesbetegnelser som *bæredygtige indkøb* eller *strategiske udbud* anvendes undertiden om forskellige aspekter af offentlige indkøb. En iagttagelse vil helt naturligt kunne betjene sig af fællesbetegnelser, hvis der iagttages fænomener, som iagttageren opfatter som delelementer af en helhed. Men opmærksomhed om fællesbetegnelser kan have som konsekvens, at man overser formålet med det enkelte vilkår i en offentlig kontrakt. Afhandlingens første del indledes (kapitel 3) med en redegørelse for årsagerne til, at der lægges afstand til en analytisk anvendelse af begreber som *bæredygtige indkøb* eller *strategiske udbud*. Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter fremkalder en umiddelbart forestilling om, at deres formål er en form for partikulær lønmodtagerbeskyttelse. Eftersom arbejdsklausuler medfører en forpligtelse for leverandøren til at beskæftige lønmodtagere på bestemte vilkår, har arbejdsklausuler en effekt for lønmodtagere, men det er ikke ensbetydende med, at det er målet nødvendigvis er at fremkalde denne effekt. Analysen af formålet med arbejdsklausuler i offentlige kontrakter vil blive foretaget på tværs af retssystemer (kapitel 4) og ved en særskilt gennemgang af udviklingstendenser i fire udvalgte retssystemer. Til analysen er der udover en gennemgang af udviklingstendenserne i dansk ret (kapitel 9) udvalgt britisk (kapitel 6), canadisk (kapitel 7) og tysk ret (kapitel 8). Tysk ret er inddraget, fordi den mere systematiske regulering af løn- og ansættelsesvilkår i forbindelse med opfyldelsen af offentlige kontrakter er set inden for de seneste årtier som en direkte reaktion over for grænseoverskridende lønsumskonkurrence *dels* mellem de enkelte forbundslande og *dels* fra aktører i europæiske lavtlønslande. Hertil kommer, at de tyske regelsæt har givet anledning til tre præjudicielle sager for EU-Domstolen, der indgår i analyserne i afhandlingens tredje del. Heroverfor står britisk og canadisk ret som eksempler på en længerevarende retstradition for regulering af løn- og ansættelsesvilkår i forbindelse med opfyldelsen af offentlige kontrakter, der er velegnede til analytiske formål, fordi disse nationale regelsæt i vidt omfang har været forbilledet for ILO-konvention nr. 94. Udviklingstendenserne i dansk og fremmed ret analyseres i videst muligt omfang på grundlag af lovgivning, forarbejder og udvalgsbetænkninger suppleret med juridisk litteratur fra de fire retssystemer. Den viden om fremmed ret og dansk ret, der opnås i afhandlingens første del, anvendes i de retsdogmatiske analyser i afhandlingens øvrige dele.

### 5.3. Afhandlingens anden del: ILO-konvention nr. 94

Analysen i kapitel 11 fastlægger formålet med ILO-konvention nr. 94 i overensstemmelse med første led i afhandlingens hovedtese, og analysen afdækker, hvorledes formålet har fundet udtryk i ILO-konventionens bestemmelser og i ILO's kontrolorganers praksis. Da afhandlingen anvender begrebet "arbejdsklausuler" i overensstemmelse med ILO-konventionen, påviser analysen samtidig det folkeretlige retsgrundlag, hvis overensstemmelse med den fri udveksling af tjenesteydelser er andet led i afhandlingens hovedtese. ILO's Ekspertkomité's *General Survey 2008* om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter er baseret på en gennemgang af Ekspertkomitéens egen praksis, men der er ikke hidtil set en samlet retsvidenskabelig analyse af denne praksis. Inddragelsen af ILO-kontrolorganernes praksis, der ikke er folkeretlig *res judicata*, forudsætter en stillingtagen til dens retlige betydning og en klarlæggelse af ILO-kontrolorganernes fortolkningsprincipper. Analysen i kapitel 10 inddrager udvalgt praksis fra andre ILO-kontrolorganer om andre ILO-konventioner, idet omfanget af praksis om ILO-konvention nr. 94 ikke er tilstrækkeligt til at påvise generelle fortolkningsprincipper, der anvendes af ILO's kontrolorganer.

### 5.4. Afhandlingens tredje del: Den fri udveksling af tjenesteydelser

Andet led i afhandlingens hovedtese forudsætter en analyse af de fælleseuropæiske regelsæt om den fri udveksling af tjenesteydelser og af EU-Domstolens retspraksis, der i større omfang end det, der sædvanligvis ses i den juridiske teori, inddrager den underliggende nationale ret. Analysen i afhandlingens tredje del skal påvise, at det formål, der ligger til grund for ILO-konvention nr. 94, korresponderer med et tvingende alment hensyn, der kan legitimere restriktioner for den fri udveksling af tjenesteydelser. Den fælleseuropæiske primærret analyseres i kapitel 13, og der foretages særskilte analyser af udstationeringsdirektivet (kapitel 14) og udbudsdirektiverne (kapitel 15). Der foretages på grundlag af de generelle analyser af disse regelsæt en særskilt analyse i kapitel 16 af foreneligheden med EU-retten af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. De fælleseuropæiske regelsæt, der indgår i analysen, har allerede været genstand for et større antal artikler og afhandlinger. Afhandlingen tager i relevant omfang hensyn til andre forfatteres synspunkter.

## 5.5. Afhandlingens fjerde del: Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter i dansk ret

Gennemførelsen i dansk ret af ILO-konvention nr. 94 parallelt med de fælleseuropæiske regelsæt om fri udveksling af tjenesteydelser gennemgås i afhandlingens fjerde del. Gennemførelsen af ILO-konventionen ved cirkulære analyseres i kapitel 17. I kapitel 18 gennemgås sammenligningskriteriet “ikke er mindre gunstige”. Beskæftigelsesministeriets cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter anvender kollektive overenskomster som referencenorm. I rollen som referencenorm får kollektive overenskomster en normerende rolle uden for deres arbejdsretlige gyldighedsområde på samme måde som det ses i visse lovbestemmelser. Denne “rolle” for den kollektive overenskomst analyseres i kapitel 19. I kapitel 20 foretages en tværgående analyse af kravet efter Beskæftigelsesministeriets cirkulære om, at kollektive overenskomster og efter lovgivning, hvorefter kollektive overenskomster, for at kunne indgå i en referencenorm skal være indgået mellem de “mest repræsentative arbejdsmarkedsparter”. Det analyseres i kapitel 21, hvordan begrebet “mest repræsentative arbejdsmarkedsparter” kan fortolkes i den enkelte arbejdsklausul, og i kapitel 22 analyseres aspekter af håndhævelsen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

## 6. Afhandlingens samlede vægtning

Det ville forudsætte en betydelig grad af klarsyn, hvis et forskningsarbejde kunne igangsættes med en på forhånd formuleret hovedtese, der kunne fastholdes som upåvirket af forskningsresultaterne. Det skyldes et nærstudium af EU-Domstolens dom i C-346/06 *Rüffert* og af den underliggende nationale ret, at konturerne til afhandlingens hovedtese tegnede sig i arbejdets tidlige fase. Den underliggende nationale ret havde intet havde at gøre med lønmodtagerbeskyttelse, men havde som sit udtrykkelige formål at forhindre, at tilbudsgivere kunne afgive tilbud på offentlige kontrakter med lønsum som konkurrenceparameter. Alligevel udtrykte EU-Domstolen i *Rüffert* en skepsis over for tyske erklæringer om *Tariftreue*, fordi erklæringerne blev vurderet som en varetægelse af et hensyn til lønmodtagere uden et påvist behov for en særlig beskyttelse af lønmodtagere, der er beskæftiget med opfyldelsen af offentlige kontrakter. I *Rüffert* er problemstillingen forelagt for EU-Domstolen i en grænseoverskridende kontekst, der drejer sig

om europæiske højt lønslandes tiltag for at beskytte sig mod lønsumskonkurrence fra aktører fra europæiske lavtlønslande. Sådanne tiltag er gang på gang blevet forelagt for EU-Domstolen, der har vurderet, at de var legitimeret i et tvingende alment hensyn til lønmodtagere, uanset at det faktisk forfulgte formål har været at beskytte værtsstatens marked og arbejdsmarked mod grænseoverskridende lønsumskonkurrence. Problemstillingen i denne retspraksis er bredere end første led i afhandlingens hovedtese, men der er dog den parallel, at det overordnede spørgsmål er anerkendelsen eller forkastelsen af lønsum som et parameter i konkurrencen om grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser. Da det overordnede spørgsmål har betydning for andet led i afhandlingens hovedtese, omfatter afhandlingens tredje del en bred analyse af EU-Domstolens retspraksis i sager om grænseoverskridende udstationering.

Inddragelsen i afhandlingens anden del af ILO-kontrolorganernes praksis i analysen af ILO-konvention nr. 94 adskiller sig fra teoriens sædvanlige tilgang til dogmatisk analyse af ILO-konventioner. Da ILO-kontrolorganerne ikke er domstole, har inddragelsen af deres praksis forudsat en særskilt stillingtagen til den retlige relevans af denne praksis. I kapitel 10 i afhandlingens anden del foretages af samme grund en analyse af det folkeretlige grundlag for ILO-kontrolorganerne, og der foretages en generel analyse af de fortolkningsprincipper, der kan påvises i ILO-kontrolorganernes praksis. Da en sådan fastlæggelse ikke kan finde sted alene ved en gennemgang af praksis om ILO-konvention nr. 94, er der inddraget praksis fra ILO-kontrolorganerne, der ganske vist ligger uden for afhandlingens emne, men dog påviser resultater, der også har betydning for fortolkningen af ILO-konvention nr. 94.

Afhandlingens fjerde del omfatter et selvstændigt kapitel 20 om begrebet "mest repræsentative arbejdsmarkedsparter", der anvendes i § 3, stk. 1, i Beskæftigelsesministeriets cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter til at kvalificere referencenormen for arbejdsklausuler. Begrebet anvendes i flere love, og da begrebet ikke er særskilt defineret i cirkulæret eller i Beskæftigelsesministeriets vejledning hertil, er begrebet gjort til genstand for en dyberegående analyse, der inddrager den lovgivning, i hvilken samme begreb anvendes, og det undersøges, om begrebet kan føres tilbage til retsprincipper, der tidligere er fastslået i retspraksis.