



Copenhagen Business School 2014
Kandidatafhandling - Cand.merc.jur.

Østarbejdere og arbejdsmiljø

arbejdsmiljøhensyn ved offentligt udbud



Eastern European Workers and Working Environment
Working Environmental Considerations in Public Procurement

Forfatter: Jósup Henriksen

Dato: 23. september 2014

Vejledere:

Juridisk: Grith Skovgaard Ølykke

Økonomisk: Lasse Henningsen

Antal anslag: 161.885 - 71 sider

Indhold

Summary	3
Kapitel 1.....	4
1.1 Indledning	4
1.2 Problemformulering.....	5
1.3 Afhandlingens struktur.....	6
1.4 Synsvinkel.....	7
1.5 Afgrænsning.....	7
1.6 Teori og metode.....	8
1.7 Begrebsafklaring.....	13
Kapitel 2 - Hvad er problemet?	14
2.1 Problemet og dets mulige årsager.....	15
2.2 Arbejds miljølovgivning i Danmark.....	19
Kapitel 3. Økonomisk analyse.....	22
3.1 Indledning	22
3.2 Overvågning.....	25
3.3 Incitamentskontrakt.....	26
3.4 Forslag til hvordan incitamentet i en outputkontrakt kunne udformes: Pisk og/eller gulerod?	28
3.4.1 Kædeansvar	29
3.4.2 Ophævelse af kontrakt.....	32
3.4.3 Ekskludering af tilbudsgivere fremadrettet	33
3.4.4 Omdømmeregister	34
3.5 Mit forslag til en arbejds miljøklausul	37
3.6 Delkonklusion	39
Kapitel 4. Juridisk analyse.....	41
4.1 Indledning	41
4.2 Ophævelse af kontrakten	43
4.3 Fremadrettet ekskludering	45
4.4 Kædeansvar	52
4.5 EU-sekunderetten overordnet om arbejds miljøklausuler i offentlige kontrakter	58
4.6 Folkeretten.....	63
4.7 Delkonklusion	65
Kapitel 5. Spilteoretisk analyse	67
5.1 Indledning	67
5.2 Spillet	67
5.3 Løsning.....	74
5.4 Delkonklusion	79
Kapitel 6. Konklusion.....	81
Litteraturliste	84
Lov-, direktiv-, og traktatoversigt.....	85
Domsliste.....	86
Hjemmesider:	87
Forkortelser	89

Summary

The main theme of this thesis is Eastern European workers in Denmark and their working environment. The goal is to find solutions, which can improve the working environment through public procurement and to make sure that these solutions comply with European Union law.

Statistics show that the frequency of accidents is significantly higher among Eastern European workers than among Danish workers. The reason for this can for example be cultural differences, lack of knowledge, or pressure from employers.

The economic analysis uses the principal-agent theory to work towards a solution, which will improve the working environment. After analysing a couple of possible solutions, a solution is presented in the shape of a social clause, which is to be inserted in contracts between the parties in the procurement.

In order to see if the social clause complies with European Union Law, a legal analysis of the clause is made. First, each measure in the clause is analysed, then the legality of social clauses in general is analysed. The analysis concludes that the clause is probably legal, but one must be careful of how one uses it in practice, particularly with regard to the principle of proportionality.

The last part of the thesis examines the considerations the authorities that will potentially use the social clause must have before using the clause in their contracts. And how to make sure that the agents, which shall comply with the clause, put in the effort needed to get the best result is also examined. This is done through use of game theory. A game tree is set up, and through backward induction a solution is found. The purpose of the game is not to provide one correct answer, but the game is intended as a tool for improving the decision-making for any authority that considers using the social clause in its contracts. For use in real life situations, one can insert its own values and then see whether it is sensible to use the clause or not.

Kapitel 1

1.1 Indledning

"Traditionelt er der inden for social dumping mest fokus på arbejde til meget, meget lave lønninger, hvilket bestemt er relevant. Jeg er dog selv i stigende grad optaget af den del af social dumping, som handler om sikkerhed og arbejdsmiljø. Vi kan se, at der er en del af vores udenlandske lønmodtagere, som enten direkte eller indirekte omgår reglerne for arbejdsmiljø og sikkerhed.«

»Det er en stigende bekymring for mig, hvis vi – ligesom vi har set inden for lønninger – får en nedadgående spiral, hvor der er udlændinge, som presser både arbejdstempo og overtræder reglerne for arbejdsmiljø og sikkerhed. Dermed bliver der lagt et pres på danske lønmodtagere for at gå på kompromis med sikkerheden. Det kan eksempelvis være på en byggeplads, hvor håndværkere så holder op med at spænde sig fast med sikkerhedsliner.»

Mette Frederiksen, beskæftigelsesminister.¹

Hvert år kommer et relativt større antal udenlandske arbejdere, der arbejder i Danmark, ud for en arbejdsulykke, sammenlignet med danskere på danske arbejdspladser. Det er særligt østarbejdere², som er overrepræsenterede hvad angår arbejdsulykker. Det viser tal fra arbejdstilsynet, som hvert år kommer med en årsopgørelse over arbejdsulykker i Danmark. Ser man på anmeldte arbejdsulykker fra 2009 til 2011, var der pr. 10.000 beskæftigede omkring 153 danskere, der kom til skade pr. år, mens tallet til sammenligning var omkring 207 pr. år for østarbejdere.³

Der kan være mange forskellige årsager til, at østarbejdere er involveret i flere arbejdsulykker end danskere, såsom en kulturelt anderledes tilgang til sikkerhedsforhold, sproglige barrierer eller at de job, de bliver tilbudt, generelt er farligere end det gennemsnitlige.

¹ I interview med journalist Iver Houmark Andersen fra "Ugebrevet A4", d. 21. juni 2013. (Se link1)

² Se definition af "østarbejdere" på side 13

³ Idékatalog - Migrantarbejdere og arbejdsulykker, s. 5, Petersen, Marchen Vinding m.fl, (link2: <http://arbejdstilsynet.dk/~media/at/at/01-arbejdstilsynet/arbejdsmiljoeforskningsfonden/afrapporterede-stoetteprojekter/ulykkesforebyggelse/idekatalog-migrantarbejdere-og-ulykker%20pdf.ashx>). Behandlet nærmere i kap. 2 i denne afhandling.

Østeuropæiske tilbudsgivere eller underleverandører, som arbejder i Danmark, er underlagt gældende dansk lovgivning om sikkerhed på arbejdspladser, som for eksempel arbejdsmiljøloven. Men statistikkerne viser altså, at der er en overhyppighed af arbejdsskader blandt østarbejdere. Der foreligger med andre ord et praktisk problem, hvor juraen i øjeblikket ikke strækker til. Derfor vil der i denne afhandling blive undersøgt, hvordan man ved hjælp af andre juridiske og økonomiske virkemidler kan forbedre sikkerheden på arbejdspladser.

1.2 Problemformulering

Afhandlingens overordnede formål er at give de offentlige myndigheder i Danmark et forbedret beslutningsgrundlag, når de skal finde løsninger gennem udbud af offentlige kontrakter, til at afhjælpe problemet med arbejdsmiljøet blandt den østeuropæiske arbejdskraft i Danmark. Dette gøres ved at analysere følgende spørgsmål:

Økonomisk analyse:

Hvordan kan man sikre overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen gennem udbud?

Juridisk analyse:

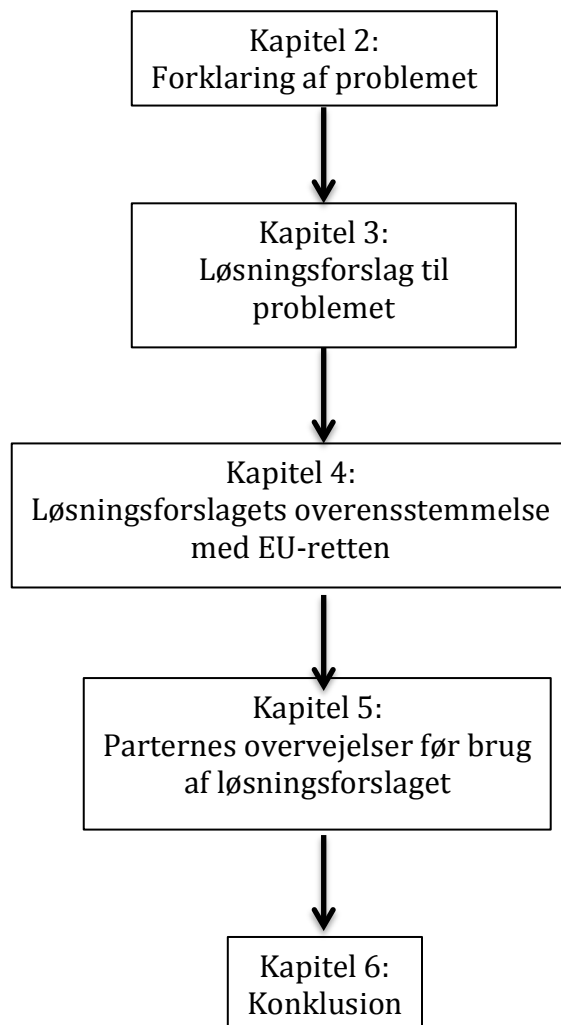
Er det løsningsforslag, som udarbejdes i den økonomiske analyse, i overensstemmelse med EU-retten?

Spilteoretisk analyse:

Hvilke faktorer bør indgå i parternes overvejelser, før de bestemmer sig for at benytte løsningsforslaget i deres kontrakter ved udbud?

1.3 Afhandlingens struktur

Illustration af afhandlingens overordnede struktur:



Indeværende kapitel danner rammerne omkring afhandlingen og præsenterer læseren for afhandlingens emne og problemformulering samt synsvinkel, afgrænsning og teori og metode. De efterfølgende kapitler skal så i et integreret samspil, som illustrationen viser, underbygge og bygge videre på hinanden for at give et svar på afhandlingens problemformulering.

Kap. 2: Her gives en mere dybdegående forklaring på afhandlingens problemstilling, og relevante statistikker fremvises. Dertil undersøges mulige årsager til og forklaringer på den høje ulykkesfrekvens blandt østarbejdere i Danmark.

Kap. 3: Kapitlet bygger videre på kap. 2, og kommer ved hjælp af agentteori med et løsningsforslag til, hvordan man som offentlig myndighed i en udbudsproces kan lave konkrete tiltag for at afhjælpe det problem, som er fremstillet i kap. 2.

Kap. 4: Med udgangspunkt i det løsningsforslag, som jeg kommer frem til i kap. 3, undersøges løsningsforslagets overensstemmelse med EU-retten.

Kap. 5: De overvejelser, som de offentlige myndigheder på den ene side og virksomhederne hvor østarbejderne er beskæftigede på den anden side kan forventes at gøre sig, før de vælger, om de skal henholdsvis benytte og efterleve løsningsforslaget, undersøges. Dette for at give et forbedret indblik i, hvilke faktorer, der ligger til grund for parternes beslutninger.

Kap. 6: Det sidste kapitel afrunder afhandlingen og kommer med en samlet konklusion.

1.4 Synsvinkel

I afhandlingen vil der blive analyseret ud fra de danske myndigheders synsvinkel. Jeg vil undersøge, hvordan man, set fra de danske myndigheders synsvinkel, bedst kan få det indre marked til at fungere i Danmark med hensyn til sikkerhed på arbejdspladsen for EU borgere, her med særlig fokus på østarbejdere.

Der vil ikke blive fokuseret på en bestemt branche, men overordnet på arbejdsmiljøet blandt østarbejdere på danske arbejdspladser.

1.5 Afgrænsning

Inden for EU-sekundærretten er der primært to direktiver, som regulerer den offentlige sektors kontraktindgåelse ved udbud, navnlig det klassiske direktiv 2004/18 EF, udbudsdirektivet, samt direktiv 2004/17/EF, forsyningsvirksomhedsdirektivet, som kun gælder inden for energi, vand, transport og postsektoren⁴. Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder i nogle tilfælde mere fordelagtige regler for ordregiveren, fx større fleksibilitet ved udbudsproceduren, og også er tærskelværdierne højere for varer og tjenesteydelser.

⁴ Jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 3-7

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder dog ikke regler, som er forskellige fra reglerne i udbudsdirektivet, når det angår emner, som er væsentlige for at besvare de spørgsmål, som er fremsat i afhandlingens problemformulering, og derfor vil forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke blive behandlet nærmere i denne afhandling.

På det folkeretlige plan er det kun ILO konvention 94, som vil blive behandlet, mens fx Government Procurement Agreement (GPA) aftalen og andre folkeretlige regler på udbudsområdet ikke vil blive behandlet, da det ikke findes relevant for denne afhandling.

I afhandlingen kommer jeg primært med løsningsforslag til, hvordan man gennem arbejdsgivere kan løse problemet med den høje ulykkesfrekvens blandt østarbejdere i Danmark. En anden mulighed, som jeg dog har valgt ikke at beskæftige mig med i denne afhandling, ville være at komme med forslag, som går direkte på arbejdstagerne.

1.6 Teori og metode

Økonomisk analyse

Den økonomiske teori, som vil danne grundlaget for den økonomiske analyse, er principal-agentteorien, også kun kaldt agentteori. Agentteorien blev oprindeligt primært brugt til at analysere forsikringsselskaber og deres dilemmaer ved ufuldstændig information, samt forholdet mellem aktieejere og den professionelle ledelse, men er over tiden udviklet til at vedrøre alle mulige relationer mellem to individer, hvor en principal⁵ får en agent til at udføre en opgave for sig, uden at principalen kan være sikker på, at agenten økonomisk effektivt og moralsk vil handle i overensstemmelse med principalens ønske.⁶

I agentteorien er der en (potentielt metaforisk) kontrakt, som beskriver forholdet mellem agenten og principalen, og denne kontrakt er analyseenheden for teorien. Der fokuseres på, hvordan man kan lave en kontrakt, som set fra principalens synsvinkel optimerer forholdet mellem parterne, og som får agenten til at opføre sig som principalen ønsker. Begge parter

⁵ Det danske ord for principal er opdragsgiver, men det engelske udtryk principal anvendes almindeligvis i litteraturen

⁶ Nygaard, Claus, 2006, *Strategizing - kontekstuel virksomhedsteori*, s.101f.

antages at være nyttemaksimerende, så det handler om for principalen at lave en kontrakt, som gør at det bedste alternativ for agenten er at opføre sig som principalen ønsker.⁷

I denne afhandling vil de danske myndigheder, som sender en opgave i udbud, være principalen, mens virksomheder, som benytter sig af østeuropæisk arbejdskraft, det være sig østeuropæiske tilbudsgivere, østeuropæiske underleverandører eller danske virksomheder med østeuropæiske arbejdstagere, er agenten.

En grundlæggende forudsætning i agentteorien er, at der foreligger en målkonflikt mellem principal og agent. Målet for principalen i denne sammenhæng er en forbedring af arbejdsmiljøet blandt østarbejdere i Danmark, fordi statistikkerne viser, at østarbejdere oftere kommer til skade på arbejdspladserne end danskere, mens målet for agenten er at profitmaksimere, og det kan nogle gange betyde at man prøver at undgå at opretholde et godt arbejdsmiljø, fordi man vil spare de omkostninger som det medfører. I kap. 2 vil der blive fremlagt tal, som underbygger påstanden om, at der forekommer flere arbejdsulykker blandt østarbejdere, og også undersøges, hvilke mulige årsager der ligger bag tallene. I den økonomiske analyse i kap. 3 vil jeg så undersøge, med udgangspunkt i agentteorien, hvilke incitamenter, sanktioner og andre adfærdsregulerende muligheder man har i et udbud, der kan få agenten til at håndhæve arbejdsmiljølovgivningen og dermed forbedre arbejdsmiljøet og nedbringe antallet af arbejdsulykker.

Juridisk analyse

Den retsdogmatiske metode danner grundlaget for den juridiske analyse og bruges til at besvare det juridiske spørgsmål i problemformuleringen. Med udgangspunkt i det forslag til at sikre overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen, som bliver fremlagt i den økonomiske del i kapitel 3., vil der blive analyseret, hvordan forslaget stemmer overens med EU-retten.

Formålet med den retsdogmatiske metode er at finde frem til gældende ret ved hjælp af retskilderne. Med udgangspunkt i det juridiske problem analyseres retskilderne i den rækkefølge, som bruges i den retsdogmatiske metode, dvs. som følgende:

⁷ Eisenhardt, Kathleen M, Eisenhardt, 1989, *Agency Theory: An Assessment and Review*, s. 58

- regulering og derefter
- retspraksis
- retssædvaner
- forholdets natur

Det betyder ikke, at der er en rangorden mellem retskilderne, da retskilderne og den retsdogmatiske metode er to forskellige ting, selv om de er tæt forbundne. Retskilderne er retsgrundlaget, mens den retsdogmatiske metode bruges til at udlede gældende ret ved anvendelse af retskilderne.⁸ Det skal bemærkes, at retskilden "retssædvaner" har en begrænset rolle i EU-retten⁹, og begrebet "forholdets natur" anvendes ikke af EU-Domstolen, men der henvises i stedet til de almindelige retsprincipper¹⁰. Retssædvaner og forholdets natur vil ikke blive omtalt yderligere i denne afhandling, da det ikke findes relevant.

EU-regulering er opdelt i primærretten og sekundærretten. Primærretten er EU's grundlæggende ret og består først og fremmest af Traktaterne og de almindelige retsprincipper, som er etableret af EU-Domstolen og i nogle tilfælde kodificeret i Traktaterne. Sekundærretten er den afledte ret og omfatter forordninger, direktiver, beslutninger osv. Udbudsretten er udtrykkeligt reguleret i sekundærretten, men de almindelige principper har også stor betydning, da offentlige kontrakter skal udføres i overensstemmelse med disse.¹¹

I denne afhandling vil jeg i indledningen til det juridiske afsnit kort sige, hvad primærretten siger om sociale hensyn, for derefter at gå i gang med at analysere hvad er *lex specialis* ift. til de løsningsforslag, som jeg kommer med i den økonomiske analyse, hvor det primært er udbudsdirektivet¹² og udstationeringsdirektivet¹³ som analyseres. Også undersøges relevante afsnit af det nye udbudsdirektiv¹⁴. Det nye udbudsdirektiv er vedtaget i EU, men er, mens denne afhandling skrives, endnu ikke implementeret i dansk ret. Derefter zoomes lidt ud, og

⁸ Tvarnø, Christina D., 2008, *Retskilder og retsteorier*, s. 31f.

⁹ Tvarnø, Christina D., 2008, *Retskilder og retsteorier*, s. 189

¹⁰ Tvarnø, Christina D., 2008, *Retskilder og retsteorier*, s.194

¹¹ Tvarnø, Christina D., 2008, *Retskilder og retsteorier*, 126ff.,

¹² 2004/18/EF

¹³ 1996/71/EF

¹⁴ 2014/24/EU

der undersøges hvad udbudsdirektivet generelt siger om sociale hensyn i offentlige kontrakter ved udbud.

Folkeretten

I forhold til udbudsretten spiller folkeretten en væsentlig rolle. Især ILO konvention 94, som omhandler arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, er særdeles relevant og bliver brugt og henvist til i flere af de offentlige kontrakter i Danmark.¹⁵ Selv om jeg i denne afhandling vil fokusere på at undersøge arbejdsmiljø hensyn i forhold til EU-retten, så er det relevant også at undersøge ILO konvention 94, fordi den blev ratificeret af Danmark før Danmarks indtrædelse i EU, og jf. art. 351 i TEUF viger EU-retten for folkeretlige forpligtelser, som medlemsstaterne har påtaget sig før indlemmelsen i EU.

EU-retspraksis

EU-retspraksis spiller en væsentlig rolle inden for det udbudsretlige område, og EU-Domstolen har gennem domme og svar på præjudicielle spørgsmål givet vigtige bidrag til forståelse af udbudsdirektiverne og TEUF.¹⁶ Der vil i denne afhandling blive inddraget relevante afgørelser fra EU-domstolen, særlig afgørelser omhandlende sociale hensyn på det udbudsretlige område.

Soft law

Soft law er i EU-retten betegnelsen for henstillinger og udtalelser fra EU-institutionerne, som ikke er bindende jf. art. 288 TEUF. På trods af at de er ikke-bindende, bruges de som fortolkningsbidrag ved EU-Domstolens afgørelser¹⁷. EU-Kommissionens publikationer "KOM(2001) 566"¹⁸ og "Sociale hensyn ved indkøb"¹⁹ vil blive brugt som fortolkningsbidrag til analysen af, hvad EU-retten siger om sociale hensyn i udbud.

¹⁵ Se fx Københavns Kommune, Århus Kommune, Aalborg Kommune, Frederiksberg Kommune, mfl.

¹⁶ Poulsen, Sune Troels m.fl., 2011, *EU-udbudsretten*, s. 46

¹⁷ Se fx sag 222/84, pr. 18 (Marguerite Johnston mod The Chief Constable)

¹⁸ link3

¹⁹ link4: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=da>

Spilteoretisk analyse

I kap. 5 benyttes spilteori for at undersøge, hvilke strategiske overvejelser de offentlige myndigheder og virksomhederne må have, før de vælger, om de ønsker at benytte sig af de forslag, som fremsættes i kap. 3, eller ej.

Spilteori er en videnskabelig disciplin, som benyttes til at finde løsninger, forhindre fejl og finde de optimale valg for de strategiske beslutninger, som forekommer i et spil.

Spilteorien er et redskab, som kan bruges til at opsætte nogle beslutningssituationer og afhjælpe de beslutningsproblemer, der kan være i sådan en situation. Der laves et spil, som er sammensat af nogle strategier, og målet er så at finde frem til den optimale strategi, den som giver det bedste udfald i forhold til, hvad den anden spiller vælger af strategier.²⁰

På samme måde som i den økonomiske analyse i kapitel 3, så er forholdet mellem parterne i spillet stadig et principal-agent forhold. Principalen har ikke fuldkommen information om agentens opførsel og kan ikke overvåge agenten hele tiden, og derfor kan der opstå agentproblemer som fx moral hazard. Spilteorien vil derfor blive blandet sammen med agentteori, og jeg vil undersøge, hvilke incitamenter principalen skal give agenten for at "tvinge" ham til at vælge den strategi, som passer bedst med principalens målsætning. Målet er at lave incitamenter, som resulterer i at agentens fornuftigste træk, i forhold til eget nytteudfald, er at handle i henhold til principalens ønsker.

Jeg opsætter et model af et spil i ekstensiv form, hvor der laves et spiltræ, hvor der ved hvert knudepunkt skal vælges en strategi blandt flere mulige. Metoden som bruges til at finde frem til løsningen er baglæns induktion. Ved hjælp af baglæns induktion arbejder jeg mig frem til den bedste strategi for parterne. Spillet er lavet som en simplificering af virkeligheden og de beslutninger, som myndigheder og virksomhederne står over når de skal vælge, om de vil benytte sig af potentielle foranstaltninger til forbedring af arbejdsmiljøet. Ved brug af matematik og samfundsmæssige argumenter er målet af finde en spilteoretisk løsning. Tanken er så, at den spilteoretiske løsning skal videreføres til problemstillingen i det virkelige liv og kunne være med til at forbedre løsningsgrundlaget for parterne.

²⁰ Knudsen, Christian, 1997, *Økonomisk metodologi - Bind 2*, s. 81ff.

1.7 Begrebsafklaring

Arbejdsklausul: Ved en arbejdsklausul forstås i denne afhandling en betingelse i en kontrakt, hvor leverandøren forpligter sig til at give sine ansatte en løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end det, der gælder på den egn hvor arbejdet udføres. Denne definition tager udgangspunkt i ILO konvention 94 art. 2, stk. 1.

Arbejdsmiljøklausul: Ved en arbejdsmiljøklausul forstås en betingelse i kontrakt, som pålægger leverandøren at overholde en eller flere betingelser angående arbejdsmiljøet på arbejdspladsen. En arbejdsmiljøklausul dækker altså over et mere snævert område end en arbejdsklausul. Fokus i en arbejdsmiljøklausul er alene på arbejdsmiljøet, mens fokus ved en arbejdsklausul primært er på løn og arbejdstid.

Social klausul: En social klausul skal varetage sociale hensyn og dækker over alle mulige sociale aspekter, som kan inddrages i en kontrakt som et vilkår. Både arbejdsklausuler og arbejdsmiljøklausuler kan overordnet kaldes sociale klausuler. Ud over det kan sociale klausuler fx omhandle beskæftigelse af langtidsledige, ansættelse af lærlinge, fremmelse af ligestilling mellem kønnene osv.

Kædeansvar: Ved kædeansvar forstås det, at hovedleverandøren hæfter for sine underleverandører. I udbud betyder det, at den virksomhed som vinder udbuddet hæfter for hele kæden af underleverandører, som potentielt bliver hyret til at bidrage til løsningen af den udbudte opgave.

Østarbejdere/østeuropæere: Begreberne østarbejdere og østeuropæere betyder det samme i denne afhandling, og bruges til at beskrive personer fra de østeuropæiske lande i EU²¹, som er kommet til Danmark for at arbejde, det være sig permanent eller midlertidigt.

²¹ Se oversigt over de østeuropæiske lande i EU i tabel 2.1.1 på s. 14

Kapitel 2 - Hvad er problemet?

Ved østudvidelsen den 1. maj 2004 blev otte østeuropæiske lande optaget i EU. I 2007 fulgte Rumænien og Bulgarien efter, og i 2013 kom Kroatien også med, således at der i dag er 10 østeuropæiske medlemslande i EU. Med indlemmelsen i EU følger rettigheder til frit at kunne optage arbejde i andre medlemslande, både som arbejdstagere og som arbejdsgivere.

Dette følger af: 1) art. 45 TEUF om arbejdskraftens frie bevægelighed, som bestemmer, at der ikke må ske forskelsbehandling af EU-borgere pga. nationalitet, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår. Dette indebærer, at enhver EU-borger har ret til at søge arbejde, samt frit at bevæge sig i et andet medlemsland for at finde arbejde og tage ophold i landet, mens de er i arbejde, 2) art. 49 TEUF om etableringsfrihed og 3) art. 56 om fri udveksling af tjenesteydelser.

Der er mange, der har benyttet sig af de muligheder, som reglerne om fri bevægelighed giver, og østeuropæiske arbejdere er i dag en betydelig del af arbejdsstyrken i Danmark. Tallene nedenfor viser, hvor mange østeuropæere var i beskæftigelse i Danmark årene 2011-2013.

Tabel 2.1.1: Østeuropæiske EU-statsborgere med lønindkomst i Danmark

Antal beskæftigede i alle brancher			
	2011	2012	2013
Polen	29.874	33.404	35.559
Litauen	11.951	13.661	14.290
Rumænien	9.827	12.833	15.595
Letland	3.915	4.525	4.711
Bulgarien	3.436	4.238	5.096
Ungarn	2.068	2.574	2.828
Slovakiet	1.391	1.772	1.859
Estland	939	964	953
Tjekkiet	665	887	954
Kroatien	225	245	368
Slovenien	250	225	275
SUM	64.291	75.103	82.213

www.jobindsats.dk

Kilde: Udlændingeregisteret, CPR-registeret, CVR-registeret, DetailCOR (Bemærk dog at Kroatien først kom med i EU 1. juli 2013)

Hvis man så deler op i brancher, viser nedenstående tabel en oversigt over de syv største brancher set i forhold til antal beskæftigede EU-borgere fra de østeuropæiske lande i Danmark. Det er særligt rengøringsvirksomhed, landbrug og bygge- og anlægsbranchen, der tiltrækker østeuropæisk arbejdskraft til Danmark.

Tabel 2.1.2: Østeuropæiske EU-statsborgere i Danmark fordelt på brancher

Antal beskæftigede østeuropæiske EU-borgere i Danmark			
	2011	2012	2013
Rengøring mv.	15.790	17.345	19.711
Landbrug mv.	13.719	16.030	17.127
Bygge og anlæg	9.191	12.588	12.961
Industri	8.416	9.325	9.862
Hoteller og restauranter	5.228	6.355	7.551
Handel	5.551	5.912	6.562
Transport	4.147	5.366	5.917

www.jobindsats.dk

Kilde: Udlændingeregisteret, CPR-registeret, CVR-registeret, DetailCOR

2.1 Problemet og dets mulige årsager

Der er i dag en langt højere ulykkesfrekvens blandt østeuropæere end danskere på arbejdspladser i Danmark. Statistikkerne viser, at østarbejderne lever et farligere liv på arbejdspladsen, fx var der i 2012 otte dødsulykker i byggebranchen i Danmark, og i fire af tilfældene var det en polak, der mistede livet²². Figuren nedenfor viser, at for hver 10.000 beskæftigede i Danmark var der i 2011 154 arbejdsskader anmeldt, hvor den tilskadekomne var dansk statsborger, mens tallet var 210 for østeuropæiske statsborgere.

²² Jf. artikel af Torben Kragh i "Licitationen – Byggeriets dagblad", d. 3. januar 2013, hvor alle personerne som var involveret i dødsulykker i byggebranchen i 2012 bliver identificeret (Se link5)

Tabel 2.3²³: Arbejdsulykker anmeldt til Arbejdstilsynet 2009-2011 pr. 10.000 (incidens), fordelt på statsborgerskab og registreringsår, alle brancher.²⁴

Registreringsår			
Statsborgerskab	2009	2010	2011
Danmark	146	159	154
Nye EU-lande*	211	202	210

* Nye EU-lande omfatter: Tjekkiet, Estland, Cypern, Letland, Litauen, Ungarn, Malta, Polen, Slovenien, Slovakiet, Rumænien og Bulgarien

Spørgsmålet er så, hvorfor der sker forholdsvis flere ulykker blandt østeuropæere på danske arbejdspladser end der sker for danske arbejdere. Har det noget at gøre med arbejdskultur? Er lovgivningen anderledes i Danmark end i deres hjemland? Der findes sikkert mange mulige svar på dette spørgsmål. COWI har i samarbejde med FrydendalConsult og Sociologisk Institut på Københavns Universitet udarbejdet en rapport²⁵, hvori bl.a. årsagerne til østarbejdernes høje ulykkesfrekvens undersøges. Ud fra viden, som er opnået gennem interviews med østarbejdere, arbejdsmiljø- og brancheeksperter og østarbejdernes sociale- og arbejdsnetværk, peger man på forskellige årsager som mulige forklaringer på problemet. Med udgangspunkt i nævnte rapport gennemgås nogle mulige årsager her:

Årsag 1: Højrisikobrancher

Som det ses i tabel 2.1.2 arbejder der, udover i rengøringsbranchen, flest østarbejdere i Danmark i byggebranchen og landbruget. Hvis man så ser på tal fra Arbejdstilsynet²⁶ over anmeldte arbejdsulykker over perioden 2010-2012, nedenstående tabel, er byggebranchen og landbruget de to brancher med flest arbejdsulykker med døden som følge. Hvis østarbejdere primært får tildelt arbejdsopgaver i disse højrisikobrancher, medfølger selvfølgelig en større risiko for at komme ud for en arbejdsulykke.

²³ Anmeldte arbejdsulykker 2006-2011, Arbejdstilsynets årsopgørelse 2011, Arbejdstilsynet 2012, s.21

²⁴ Tallene for 2012 er ikke tilgængelige fra Arbejdstilsynet, da denne tabel kun var med i 2011 årsopgørelsen som del af et særligt tema om ulykker blandt udlændinge. Problemet med de mange ulykker blandt statsborgere fra de nye EU-lande er dog tydeligvis ikke forsvundet, se fx kilde 22 om personer involveret i dødsulykker.

²⁵ Idékatalog – migrantarbejdere og arbejdsulykker, gennemført af COWI, FrydendalConsult og Sociologisk Institut på KU i perioden jan. 2011-dec 2012 (link 2)

²⁶ Anmeldte arbejdsulykker 2007-2012, Arbejdstilsynets årsopgørelse 2012, Arbejdstilsynet 2013, s.4 (tabellen er min egen tilvirkning)

Tabel 2.4: Arbejdsulykker anmeldt til arbejdstilsynet med døden til følge 2010-2012, fordelt på brancher (top 3) og registreringsår

Branchegruppe	Registreringsår			I alt
	2010	2011	2012	
Landbrug, skovbrug og fiskeri	6	7	11	24
Opførelse og nedrivning af byggeri	5	6	4	15
Transport af gods	4	2	1	7

Årsag 2: Arbejdskultur

Rapporten fra COWI m.fl. peger også på arbejdskulturen blandt østarbejderne som en medvirkende årsag til den høje ulykkesfrekvens. Blandt de interviewede var der flere som fortalte, at det i den polske kultur, hvor størstedelen af østarbejderne i Danmark kommer fra, ikke er almindeligt, at man siger nej til en opgave, på trods af, at man måske ikke føles sig helt tryk ved den. Der foreligger en større autoritetstro, end det man kender fra Danmark, og det er først når man er kommet i en presset situation, såsom en arbejdsulykke eller en fyring, at man gør brug af sine rettigheder.²⁷ Denne afventende holdning til at gøre brug af sine rettigheder kan også skyldes, at man er bange for at blive fyret, fordi man ikke ved hvilke andre muligheder man så har, og dertil er lønnen måske det dobbelte af, hvad den ville være i hjemlandet, og en fyring ville derfor være en økonomisk katastrofe med stor ødelæggende effekt på ens fremtidsudsigter. Derfor er man måske villig til at gå på kompromis med sikkerheden, fordi man ønsker at fremstå som en hurtig og effektiv medarbejder, og påtager sig måske gerne lange arbejdsdage. Også bekræfter flere af de interviewede personer, at sikkerheden ikke er noget, som der er stort fokus på i hjemlandet, og at man hjemme "*plejer at ignorere sikkerhedsreglerne*"²⁸. Der er med andre ord tale om, at der i et vist omfang er behov for en kulturændring.

Årsag 3: Manglende forkundskaber

Flere af de østarbejdere, som kommer til Danmark, er ufaglærte og er villige til at påtage sig det job som tilbyder sig, uanset inden for hvilken branche det måtte være. Også mange faglærte østarbejdere tager job uden for sit fag. Denne manglende forkundskab i det

²⁷ Idékatalog – migrantarbejdere og arbejdsulykker, s.13

²⁸ Idékatalog – migrantarbejdere og arbejdsulykker, s. 15

pågældende fag kan betyde, at man fx ikke kender til de almindelige sikkerhedsforhold på arbejdspladsen og de farer, som er knyttet til arbejdet, og at man ikke ved, hvordan man på en forsvarlig og rigtig måde håndterer de værktøjer der bruges. Dette medfører en større risiko for arbejdsulykker.

Årsag 4: Sprogbarrierer

Den sproglige barriere, som foreligger mellem østarbejdere og danskere, kan være en hindring for, at de rette sikkerhedsinstrukser kommer frem til østarbejderne, eller kan forårsage, at instrukser bliver misforstået. Manglende deltagelse eller forståelse ved fx sikkerhedsmøder kan betyde, at man ikke bliver gjort opmærksom på nødvendige sikkerhedshensyn, som må tages ved udførelse af arbejdsopgaven.

Udover det arbejder østarbejderne tit i sjak bestående udelukkende af udenlandske arbejdere. Dette er især kendt i byggebranchen, hvor østeuropæiske underleverandører kommer ind på arbejdspladsen og løser bestemte opgaver, og når den konkrete opgave så er løst, går de videre til et andet sted. I landbruget er en stor del af arbejdet derimod individuelt. Det betyder, at arbejdere i landbruget ikke kan opnå den samme vidensdeling, som ville være mulig, hvis man i større grad arbejdede sammen med danske arbejdere, som her antages at have et anderledes og større fokus på arbejdsmiljøet. Denne forskel i fokus på et sikkert og godt arbejdsmiljø bekræftes også af de interviewede østarbejdere i byggebranchen, som siger, at sikkerheden er ringest hos udenlandske underleverandører og bedst hos store danske virksomheder.²⁹

Den manglende integration mellem østarbejdere og danskere betyder også, at behovet for at lære at tale dansk, samt generel integration i det danske samfund, ikke opfattes som en nødvendighed blandt arbejderne, fordi man i dagligdagen ikke samarbejder med danske arbejdere.

²⁹ Idékatalog – migrantarbejdere og arbejdsulykker, s. 26

2.2 Arbejdsmiljølovgivning i Danmark

I Danmark er arbejdsmiljøloven³⁰ den primære lovgivning, når det handler om arbejdsmiljø, og den har til formål at sikre et sikkert og sundt arbejdsmiljø, jf. § 1, som siger:

Ved loven tilstræbes at skabe

1) et sikkert og sundt arbejdsmiljø, der til enhver tid er i overensstemmelse med den tekniske og sociale udvikling i samfundet, samt

2) grundlag for, at virksomhederne selv kan løse sikkerheds- og sundhedsspørgsmål med vejledning fra arbejdsmarkedets organisationer og vejledning og kontrol fra Arbejdstilsynet.

Loven indeholder regler om arbejdsgiverens pligter, arbejdets udførelse, arbejdsstedets indretning, tekniske hjælpemidler, stoffer og materialer, hvileperioder osv.

Arbejdsmiljøloven er en rammelov. Med hjemmel i rammeloven udsteder

Beskæftigelsesministeren mere specifikke retningslinjer gennem bekendtgørelser, som skal opfylde arbejdsmiljølovens formål. Der findes et hav af bekendtgørelser på arbejdsmiljøområdet.³¹

Men hvilken lov vedrørende arbejdsmiljø er man så underlagt, når man arbejder i et andet land end sit hjemland? Er østarbejderne underlagt dansk arbejdsmiljølovgivning?

Når en østarbejder kommer til Danmark for at arbejde som almindelig arbejdstager i en dansk virksomhed er vedkommende underlagt dansk lovgivning på lige fod med alle de andre ansatte, fordi man er ansat i modtagerlandet. Det er den danske arbejdsgiver, som bærer hovedansvaret for at arbejdsmiljø forholdene er i orden, jf. fx § 15, stk. 1 i arbejdsmiljøloven:

"Arbejdsgiveren skal sørge for, at arbejdsforholdene sikkerheds- og sundhedsmæssigt er fuldt forsvarlige " og § 16 siger, at *"arbejdsgiveren skal sørge for, at der føres effektivt tilsyn med, at arbejdet udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt forsvarligt."*

Måske mere interessant og relevant for denne afhandling er, hvordan det forholder sig for arbejdstagere, som arbejder for østeuropæiske virksomheder, der vinder et udbud eller bliver valgt som underleverandører til udførelsen af en opgave i Danmark.

³⁰ LBKG 2010-09-07 nr. 1072 om arbejdsmiljø

³¹ Se oversigt på Arbejdstilsynets hjemmeside (link6: <http://arbejdstilsynet.dk/da/regler/bekendtgorelser.aspx>)

Udstationeringsdirektivet³², som finder anvendelse for virksomheder, der i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på et medlemsstatsområde jf. art. 1(1). Art. 3(1) siger: "*Medlemsstaterne påser, at ... uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på 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"

Derefter nævnes flere specifikke områder, og deriblandt nævnes i litra e) "*sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen.*"

Dvs. at de arbejdstagere, der er udstationerede i Danmark, er underlagt lovgivningen om arbejds- og ansættelsesvilkår i det område arbejdet udføres.

Udstationeringsdirektivet er implementeret i dansk ret gennem udstationeringsloven³³ og den siger specifikt i § 5, at "*Når en virksomhed udstationerer en lønmodtager i Danmark, finder følgende regler anvendelse, uanset hvilket lands ret der i øvrigt regulerer ansættelsesforholdet: 1) Lov om arbejdsmiljø...*"

Arbejdsmiljøloven gælder altså uanset i hvilken sammenhæng man er i Danmark for at arbejde.

Hvis det nu står helt fast, at østarbejdere er underlagt dansk arbejdsmiljølovgivning ligesom alle andre, er det så ikke unødvendigt at lave andre tiltag, såsom at lave arbejdsmiljøklausuler om sikkerheden på arbejdspladsen i kontrakterne? Man kan jo bare sige: Overhold loven. Slut. Punktum. Det kan man som udgangspunkt godt, men man kommer ikke udenom, at der for tiden foreligger et praktisk problem, i og med at der sker forholdsvis langt flere arbejdsulykker blandt østeuropæere end blandt danskere. Dette er et problem som juraen i øjeblikket ikke løser, og dermed kan man argumentere for, at det ville være uansvarligt ikke at forsøge at løse problemet ad andre veje, for således at beskytte de østeuropæiske arbejdstageres helse og liv.

³² Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. dec. om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser

³³ Nu gældende er LBKG 2014-04-03 nr. 342 om udstationering af lønmodtagere mv. (blev implementeret i 1999 gennem L 1999-12-15 nr. 933)

Den danske arbejdsmiljølovgivning er i høj grad præget af EU-regulering på området. Før Danmarks indtræden i EU i 1973 var arbejdernes rettigheder om bl.a. arbejdsmiljø i større omfang reguleret gennem overenskomster mellem parterne på arbejdsmarkedet. Kravene om implementering af direktiver fra EU kan ikke løses gennem overenskomster, men skal vedtages gennem lovgivning, og derfor er det danske arbejdsmarkedsområde blevet mere lovreguleret i de senere år.³⁴

Den vigtigste EU-lovgivning på arbejdsmiljøområdet er rammedirektivet om arbejdsmiljø³⁵, og derudover er flere mere specifikke direktiver, som udfylder og supplerer rammedirektivet om arbejdsmiljø.³⁶ EU har kompetence til at totalharmonisere markedsreguleringen, dvs. regulering om maskiner, brug af værnemidler og farlige stoffer, mens EU kun har kompetence til at minimumsregulere angående forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager.³⁷

Den danske lovgivning er, som sagt, i høj grad præget af EU-lovgivningen, og stort set alle danske regler bygger på, eller skal ses i forhold til andre underliggende EU-regler. Man kan derfor sige, at lovgivningen umiddelbart ikke burde give plads til forvirring for EU-borgere, som kommer til Danmark, fordi reglerne her stort set følger EU-reglerne i al væsentlighed. Derfor kan man ikke bare sige, at strammere lovgivning skal forhindre østarbejdere at sjuske med arbejdssikkerheden, fordi lovgivningen er allerede på plads og er ret omfattende på området. Måske skal indsatsen hellere koncentreres omkring at forbedre opmærksomheden hos arbejdere og virksomheder, som kommer fra lande med en historisk anderledes tilgang til arbejdsmiljø, og gennem andre kanaler give incitamenter til, at man vil sætte et højere sikkerhedsniveau.

Hvordan denne manglende opmærksomhed omkring arbejdsvilkårene for arbejdstagerne og manglende incitamenter til at overholde arbejdsmiljølovgivningen kan imødegås vil jeg undersøge i følgende kapitel, hvor jeg også vil komme med forslag til, hvordan jeg synes man kunne forbedre arbejdsmiljøet og derved bringe antallet af arbejdsulykker blandt østarbejderne ned.

³⁴ Nielsen, Ruth, 2012, *Dansk arbejdsret*, s. 35

³⁵ Rådets direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet

³⁶ Se oversigt på Det Europæiske Arbejdsmiljøagenturs hjemmeside <https://osha.europa.eu/da/legislation/directives/>

³⁷ Nielsen, Ruth, 2012, *Dansk arbejdsret*, s. 626

Kapitel 3. Økonomisk analyse

3.1 Indledning

I forrige kapitel så vi, at statistikkerne viser, at der er en høj frekvens af arbejdsulykker blandt østarbejdere. Spørgsmålet er så, hvordan kan vi forbedre arbejdsmiljøet og nedbringe antallet af ulykker?

Den danske arbejdsmiljølovgivning har til formål at sikre et sikkert og sundt arbejdsmiljø³⁸, og jeg laver som udgangspunkt for denne analyse to antagelser. Det er at

- 1) vejen til at sikre et sundt arbejdsmiljø er at få østarbejderne til at overholde arbejdsmiljølovgivningen, og
- 2) der er en manglende overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen blandt østarbejderne på nuværende tidspunkt .

Kan vi gennem offentlige kontrakter i udbud sikre, at pågældende opgave bliver gennemført i overensstemmelse med arbejdsmiljølovgivningen, og hvis ja, hvordan sikrer vi bedst det?

Jeg vil prøve at besvare disse spørgsmål ved hjælp af agentteori, som er en organisationsteoretisk teoriretning. Agentteorien beskæftiger sig med principal-agent forhold og ser på årsager og konsekvenser, når parterne har forskellige målsætninger.

Et sådant principal-agent forhold kan opstå i utallige relationer i dagligdagen, hvor der er en principal, som får en agent til at udføre en opgave på hans vegne. Det kan være et arbejdsgiver-arbejdstagerforhold, myndighed-borger, myndighed-virksomhed osv. Det grundlæggende problem er, at principalen og agenten kan have forskellige mål, og at agenten kan handle opportunistisk, hvilket vil medføre et tab for principalen.³⁹

Agentteorien bygger på nogle grundlæggende antagelser, som også antages at være gældende i forbindelse med denne afhandlings problemfelt, navnlig at:

- Der foreligger en målkonflikt mellem principalen og agenten
- Der er foreligger asymmetrisk information

³⁸ Arbejdsmiljøloven § 1, nr. 1. (LBKG 2010-09-07 nr. 1072 om arbejdsmiljø)

³⁹ Sornn-Friese, Henrik, 2007, *Hvad er en virksomhed*, s.125ff

- Parterne fokuserer på at maksimere egennytten
- Agenten er begrænset rationelt og handler opportunistisk⁴⁰

Forholdet mellem principalen og agenten beskrives som en kontrakt, der enten kan være eksplicit eller implicit, dvs. at den enten kan være nedskrevet og bindende, eller bare være reguleret gennem parternes ønske om at samarbejde, uden at der foreligger en egentlig kontrakt. Formålet med agentteorien er så at finde frem til den mest efficiente kontrakt. Kontrakten skal bruges som et instrument for principalen til at regulere agentens adfærd, så han opfører sig som principalen ønsker. For at talen kan være om efficient kontrakt må agenten få en belønning ved at overholde kontrakten, som er mindst lige så god som alternativet, for ellers vil han skulke og handle for at maksimere sin egen nytte, i stedet for at leve op til de af principalen fremsatte betingelser. Man skal altså gennem kontrakten give agenten incitamenter, der tilpasser incitamentstrukturen således, at principalens og agentens mål bliver de samme, eller i hvert fald nærmer sig hinanden.⁴¹

I forhold til de offentlige myndigheder og virksomhederne, det være sig østeuropæiske virksomheder eller andre virksomheder på arbejdsmarkedet, opstår der et principal-agent forhold når en virksomhed vinder et udbud. Myndighederne har en interesse i at nedbringe antallet af arbejdsulykker gennem overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen, mens virksomhederne muligvis har en interesse i ikke at overholde lovgivningen. Dette skal ikke nødvendigvis forstås således, at virksomhederne ikke er interesserede i at begrænse antallet af arbejdsulykker. Begrænsning af arbejdsulykker kan fx betyde:

- et bedre omdømme med hensyn til virksomhedens sociale ansvar blandt investorer og kunder
- bedre trivsel blandt medarbejderne. som kan resultere i større produktivitet, bedre kundeservice osv.
- besparelse af ekstra omkostninger til vikarer som erstatning for tilskadekomne.

Ovenstående er langsigtede fordele. Der er dog også den mulighed, at virksomheder, i stedet for at tænke på de fordele, som et godt arbejdsmiljø kan give på længere sigt, tænker på de

⁴⁰ Nygaard, Claus, 2006, *Strategizing*, s.104

⁴¹ Sornn-Friese, 2007, Henrik, *Hvad er en virksomhed*, s.130

kortsigtede gevinster, der kan opnås ved at gå på kompromis med arbejdsmiljølovgivningen. Virksomhederne antages, som sagt, først og fremmest at være profitmaksimerende. Dette åbner op for den mulighed, at virksomhederne anser overholdelse af arbejdslovgivningen som værende for dyr ift. til gevinsterne, og at deres egennytte således maksimeres gennem ikke-overholdelse af loven. Arbejdsmiljøet bliver altså et konkurrenceparameter, hvor virksomhederne ser, at de kan få en fordel frem for de andre ved fx at bruge mindre tid og kræfter på arbejdsmiljøet end de andre, og på den måde måske kunne tilbyde en billigere pris på et arbejde.

Dette leder os til det grundlæggende agentproblem og nødvendigheden af at regulere forholdet mellem principal og agent. Når principalen og agenten har forskellige målsætninger og der foreligger asymmetrisk information kan det resultere i:

1. **Moral hazard** problemer, hvor agenten foretager skjulte handlinger, som går imod principalens ønske. Principalen kan ikke overvåge agenten hele tiden og har derfor ikke de informationer, som er nødvendige for at vide, om agenten opfører sig som principalen ønsker. Man kan fx forestille sig, at en agent tænker at der er for mange omkostninger i at bruge fx det sikkerhedsudstyr eller at følge de sikkerhedsprocedurer, som han burde, og da principalen ikke har mulighed for at overvåge agenten hele tiden, kan agenten foretage skjulte handlinger som kan påvirke principalens ønskede resultat negativt.
2. **Adverse selection** problemer, hvor agenten tilbageholder relevante oplysninger for principalen før kontraktforholdet begynder, og dermed gør det svært for principalen at vide, hvilken type agenten er, og om han vil opføre sig i overensstemmelse med principalens målsætning. Det kan fx være i udvælgelsesfasen af en udbudsproces, at principalen har interesse i at vide, hvordan agenten vil opføre sig ift. til en bestemt arbejdsmiljøpolitik, men agenten vælger at tilbageholde relevante oplysninger om sine manglende kompetencer på dette område, for dermed at tegne et mere positivt billede af sig selv, end hvad virkeligheden er. Dette er også relevant når man skal vælge en underleverandør, og man ikke ved, om vedkommende vil opretholde en høj eller lav indsats, når det kommer til arbejdsmiljøet.

På grund af disse agentproblemer må principalen indføre foranstaltninger, der har til hensigt at reducere risikoen for, at agenten handler imod hans vilje. Disse foranstaltninger medfører omkostninger, kaldet agentomkostninger, som kan opdeles i:

1. Overvågningsomkostninger (også kaldt monitoring cost), som er de omkostninger principalen har af at overvåge agenten,
2. Bindingsomkostninger (bonding cost) er de omkostninger, som agenten har af at forpligte sig til de kontraktlige forpligtelser, og
3. Residualomkostninger er det velfærdstab, som en principal har pga. principalens og agentens uoverensstemmende målsætninger.⁴²

De værktøjer, principalen har for at mindske disse agentproblemer, er overvågning (monitorering) og incitamenter. Ved at overvåge agenten kan principalen se, hvilken indsats agenten gør og hvilke resultater han får, men som oftest kan principalen ikke overvåge agenten hele tiden, og derfor må overvågning kombineres med incitamenter i form af enten belønning eller straf, for at få agenten til at handle i overensstemmelse med principalens mål.

3.2 Overvågning

Hvis vi først fokuserer på overvågning, så deler teorien overvågning op i to kategorier⁴³:

1. Adfærdsmonitorering og
2. Præstationsmåling

Ad 1. Adfærdsmonitorering: Med hensyn til adfærdsmonitorering og arbejdsmiljø kunne man i praksis forestille sig, at myndighederne opsatte kameraovervågning på arbejdspladserne, eller at man fysisk mødte op for at overvåge arbejdspladserne. Dette ville være ekstremt dyrt og ressourcekrævende, hvis det skulle gennemføres i døgndrift på alle arbejdspladser, udover at det muligvis også ville være i strid med persondatalovgivning med hensyn til kameraovervågning på arbejdspladsen. Det undersøges dog ikke nærmere her. Arbejdstilsynet har, på vegne af det offentlige, til opgave at føre tilsyn med, at virksomhederne overholder arbejdsmiljølovgivning, og de kommer på uanmeldte besøg og kan udstede påbud,

⁴² Sornn-Friese, Henrik, 2007, *Hvad er en virksomhed*, s. 136

⁴³ Sornn-Friese, Henrik, 2007, *Hvad er en virksomhed*, s.138ff

forbud, bøder og politianmeldelser ved manglende overholdelse, og dette har helt sikkert en positiv effekt på arbejdsmiljøet i virksomhederne.

Ad 2. Præstationsmåling: I stedet for at gå ud på arbejdspladserne og overvåge arbejdsmiljøet der kunne man overvåge arbejdsulykkestatistikkerne og derfra konkludere, om virksomheden gør en indsats for at overholde arbejdsmiljølovgivningen. Monitoring cost ved denne form for overvågning ville være langt mindre end ved adfærdsmonitorering. Spørgsmålet er dog, om dette ville være en fair behandling af virksomhederne, fordi godt nok antages det, at overholdelse af arbejdsmiljøloven vil mindske arbejdsulykker, men spørgsmålet er, om ikke også andre aspekter har indflydelse på, hvorvidt arbejdsulykker sker, som ikke kan tilskrives arbejderne manglende vilje til overholdelse af loven. Statistikkerne siger ikke nødvendigvis alt om den indsats, som er lavet for at hindre ulykker i at ske, der kan være andre forhold, som man ikke kunne have forhindret, som spiller ind, og derfor er statistikkerne måske ikke et nøjagtigt nok barometer.

Ud over statistikernes manglende nøjagtighed er der også en anden potentiel negativ konsekvens ved at bruge statistikkerne som præstationsmåling. Det kan medføre, at virksomhederne holder arbejdsskader hemmelige, hvilket medfører fx manglende tilkaldelse af ambulance når ulykker sker, fordi det medfører alarmering af arbejdstilsynet. Arbejdstilsynets tal fra 2011 siger, at arbejdsgivere anmelder under halvdelen af de arbejdsulykker, som de har pligt til⁴⁴. En grund kan være, at man ikke vil tilkalde sig arbejdstilsynets opmærksomhed, fordi man ikke har orden i arbejdsmiljøet på arbejdspladsen. Derfor kan man, ved at bruge arbejdsulykkestatistikker til overvåge og sanktionere virksomhederne for manglende overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen, komme ind i en ond cirkel med hemmelighedsholderi og mangel på nødvendig hjælp til tilskadekomne.

3.3 Incitamentskontrakt

Overvågning er dyr for principalen, og disse omkostninger vil i større eller mindre grad blive overført på agenten, fx i form af krav om opsætning af overvågningskameraer. Derfor kan det

⁴⁴ Jf. Arbejdstilsynets nyhedsbrev den 28. august 2012 (Se link7)

være i begge parter interesse, i højere grad at lave en incitamentskontrakt, som således styrer agentens målsætning til at være ens med, eller hvert fald nærme sig, principalens. Incitamentskontrakten kan enten være en adfærds- eller outputkontrakt.

Ved en adfærdskontrakt forstås at agenten bliver belønnet efter sin indsats, og ikke efter sine præstationer/output. Det mest almindeligt eksempel på en adfærdskontrakt er time- og månedsløn kontrakter, hvor man kun belønner agenten efter den tid, han har arbejdet, og ikke efter hvor meget han har præsteret. Men der kan også være andre parametre end tid, som principalen bruger til at lave et skøn over den indsats, som agenten yder på arbejdet. Men hensyn til arbejdsmiljø kan man forestille sig, at principalen krævede at få dokumentation for den indsats, som agenten har ydet ift. til arbejdsmiljøet, i form af dokumentation for ulykkesforebyggende tiltag, udarbejdet arbejdsmiljøpolitik, sikkerhedsmøder, uddannelse og information til medarbejdere ift. arbejdsmiljø, afkrydsning af standardskemaer osv.

Ved en sådan adfærdskontrakt bærer principalen ansvaret for, at man opnår det ønskede resultat, og agenten gives ikke noget væsentligt incitament til at arbejde i henhold til principalens målsætning, fordi han får sin løn uanset resultatet, og kan, som før nævnt, have en interesse i at handle amoralsk ift. til principalens ønske.

En outputkontrakt belønner agenten ud fra det resultat, som kommer ud af hans indsats, og ikke af hvor stor indsats eller tid han har brugt. Akkordløn er eksempel på en outputkontrakt. På arbejdsmiljøområdet er det oplagt at bruge ulykkesstatistikkerne som "resultatet" på agentens indsats ift. til arbejdsmiljøet. Disse statistikker kunne så kombineres med de resultater, som myndigheder, som fx Arbejdstilsynet, får fra deres tilsyn på arbejdspladserne.

Ved at bruge en outputkontrakt flytter man risikoen fra principalen over på agenten, og man giver agenten incitament til at yde en høj indsats med hensyn til arbejdsmiljøet, fordi det påvirker hans belønning. På den måde tilpasses principalens og agentens målsætninger.

Hvilken kontraktform er så bedst i denne sammenhæng? Når målsætningen for denne afhandling er at finde en løsning, som forbedrer arbejdsmiljøet for østarbejdere, vil jeg mene,

at det giver bedst mening at lave en outputkontrakt kombineret med præstationsovervågning. Dette bygger jeg på, at der, som nævnt på side 24, foreligger et moral hazard problem, i og med at østarbejderne har en interesse i at skulke med arbejdsmiljøet for at opnå større belønning på andre områder. De vil derfor have et incitament til at lyve omkring dokumentationen, hvis det ikke bliver fulgt op af overvågning, og det er begrænset hvor meget overvågning, der er mulig af de enkelte arbejdspladser. Mange steder vil det blive alt for dyrt, hvis det skal virke hensigtsmæssigt. Eisenhardt siger, at en adfærdskontrakt er mest hensigtsmæssig hvis principalen kan observere agentens adfærd⁴⁵, og det vil i de fleste tilfælde ikke være muligt i tilstrækkelig grad med hensyn til arbejdsmiljø på en arbejdsplads.

Ved at pålægge virksomhederne risikoen som en outputkontrakt vil der blive givet incitament til at yde en større indsats med hensyn til arbejdsmiljøet, og antallet af arbejdsulykker vil således falde. Dette skal ses i lyset af antagelsen om, at overholdelse af lovgivningen på arbejdsmiljøområdet giver et bedre resultat. Der er altså ikke usikkerhed omkring outputtet. Dette stemmer også godt overens med teorien, som siger at *"when outcome uncertainty is low, the cost of shifting risk to the agent are low and outcome-based contracts are attractive"*⁴⁶

3.4 Forslag til hvordan incitamenter i en outputkontrakt kunne udformes: Pisk og/eller gulerod?

Hvordan skal incitamenter til at forbedre arbejdsmiljøet så udformes? Skal man belønne dem, som opnår positive resultater, eller skal man straffe dem, som får negative resultater?

Hvis vi forestiller os, at man vælger at belønne virksomheder, som fx over et bestemt tidsrum har haft under et bestemt antal arbejdsulykker eller haft positive resultater ved tilsyn, så kan det gøres på mange forskellige måder, det fx være en økonomisk belønning eller uddeling af frynsegoder, som bruges til at motivere arbejderne til at yde en høj indsats.

Uanset hvilken form for gulerod man vælger, burde man som myndighed overveje, om det er hensigtsmæssigt, at man belønner virksomheder for at overholde loven. Burde det ikke være

⁴⁵ Eisenhardt, Kathleen M., 1989, *Agency Theory: An Assessment and Review*, s. 61

⁴⁶ Eisenhardt, Kathleen M., 1989, *Agency Theory: An Assessment and Review*, s. 61

udgangspunktet, at man overholdt loven, og ikke noget man skal motiveres og belønnes for? En anden vigtig ulempe at tage med i betragtning, før man udformer en mulig bonusordning, er, at det hurtigt kan medføre, at færre ulykker bliver anmeldt. Man kan fx forestille sig, at alle medarbejdere på en arbejdsplads var blevet lovet en grillfest, hvis der ikke var nogen, som var kommet til skade over en periode. Ville man så ikke give den medarbejder, som kom til skade, et incitament til at lade være med at indberette skaden, fordi man ikke ville ødelægge den potentielle fest for de andre? Det må i hvert fald tages hensyn til, hvordan man udformer sådan en bonusordning.

Hvis man hellere vælger at bruge pisken, tager man udgangspunkt i, at man overholder loven, og så straffes man, hvis den ikke overholdes. Dette mener jeg er mere hensigtsmæssigt i denne sammenhæng.

Nedenfor er der nogle konkrete forslag til, hvordan man i de offentlige kontrakter ved udbud kan give incitamenter til virksomhederne til at opretholde et godt arbejdsmiljø og til at vælge samarbejdspartnere som også gør det.

3.4.1 Kædeansvar

Ved kædeansvar forstås en solidarisk og lige hæftelse blandt hoved- og underleverandører for mangelfuld opfyldelse af aftalebetingelser. Det betyder, at rettighedssubjektet kan stille hovedleverandører til ansvar for misligholdelser udført af ansatte hos en underleverandør. Det ville i vores sammenhæng betyde, at man fx indsatte en arbejdsmiljøklausul med kædeansvar ind i kontrakten ved udbud, som f.eks. sagde at hovedleverandøren kan stilles til ansvar for potentielle underleverandørers manglende overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen.

Forventede forbedringer ift. til arbejdsmiljøet gennem kædeansvar

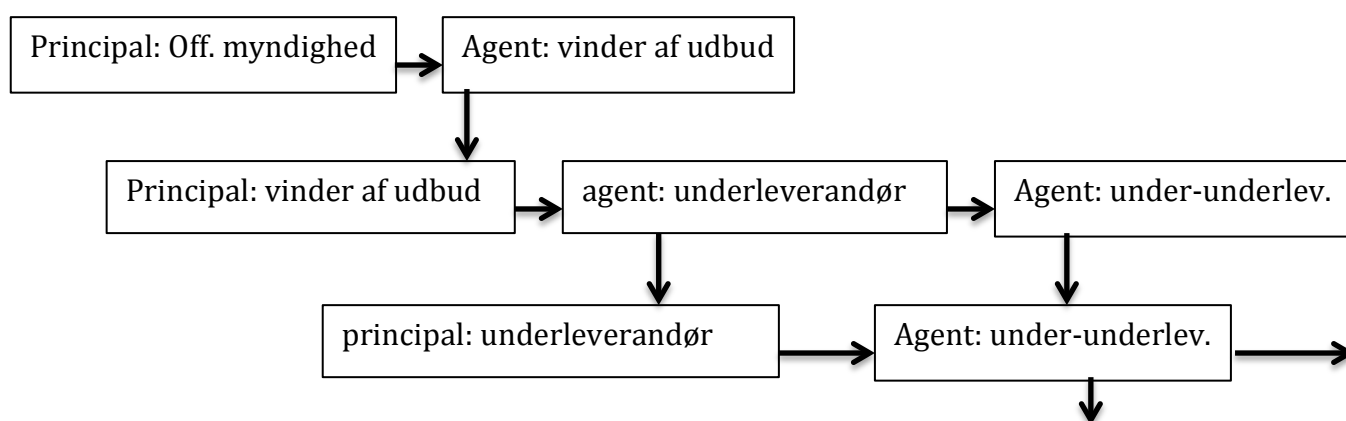
Ved at bruge kædeansvar kan man forvente, at hovedleverandøren er omhyggelig med sit valg af underleverandører, fordi man ikke vil risikere at skulle kompensere for en underleverandørs potentielle misligholdelse. Det ville resultere i, at virksomheder som sløser

med arbejdsmiljøet vil få svært ved at få arbejdsopgaver, mens virksomheder med et godt ry vil blive valgt.

Der er med andre ord tale om en ex-ante løsning på adverse selection problemet, som blev omtalt på side 24. Hovedleverandøren vil være mere omhyggelig med, hvordan han vælger sine underleverandører og vil fravælge dem som, har ry for at sløse med arbejdsmiljøet. Det vil medføre, at underleverandørerne får en interesse i at opretholde et godt arbejdsmiljø, da det ellers vil skade dennes omdømme over for hovedleverandøren.

Overvågningsomkostningerne ved kædeansvar er umiddelbart ikke høje. I stedet for, at det er de offentlige myndigheders opgave at overvåge agenternes ageren, så flyttes den opgave i et vist omfang over på hovedleverandøren, fordi han har en interesse i, at hans underleverandører overholder betingelserne. Reelt betyder det, at man rykker principal-agentforholdet et niveau ned, eller rettere sagt, at man får flere agentforhold. Den vindende virksomhed af et udbud, som oprindeligt var agenten i forholdet, bliver principalen i forhold til underleverandøren, og dette kan blive ved med at ske ned igennem kæden, at principal bliver til agent. Dette er illustreret ved nedenstående figur:

Figur 3.1: Principal-agent forhold ved kædeansvar



Selv om det offentlige stadig vil have en overvågningsopgave af de opgaver, man bringer i udbud, og dermed nogle overvågningsomkostninger, så vil jeg mene, at kædeansvar vil mindske disse omkostninger betydeligt, fordi man i større eller mindre grad overdrager overvågningsopgaven til hovedleverandøren. De omkostninger, som det offentlige

sparer, kan siges at flyttes over som en udgift på hovedleverandøren. I praksis betyder det nok, at prisen på opgaven går tilsvarende op, og igen flyttes over på de offentlige myndigheder. Det kan så diskuteres, om det er hensigtsmæssigt rent samfundsøkonomisk. Man kan sige, at hovedleverandøren er tættere på processen, og derfor er det billigere for ham at overvåge underleverandørerne, end det er for myndighederne. Man kan også sige, at hvis formålet er at forbedre arbejdsmiljø og dermed mindske residualomkostningerne, så giver det incitament til virksomhederne at sikre et sikkert arbejdsmiljø i hele kæden, og derfor giver det mening med et kædeansvar.

Ulemper ved kædeansvar

Bindingsomkostningerne, som kædeansvar kan medføre for agenten, kan forventes at være, at hovedleverandører vil have stillet nogle sikkerhedsgarantier fra underleverandøren, normalt i form af bankgarantier, for at mindske egen økonomisk risiko, hvis det skulle ske at underleverandøren ikke opfylder kravene, og at hovedentreprenøren dermed sanktioneres i form af fx en bøde eller ophævelse af kontrakten.

I en undersøgelse⁴⁷, lavet af Dansk Byggeri i 2012, siger 10 % af de adspurgte virksomheder, at de har måttet takke nej til en opgave, fordi de ikke har kunnet stille den fornødne sikkerhedsgaranti. Det er ikke noget særligt højt tal, men ved voksende brug af kædeansvar kan man forvente, at flere bankgarantier kræves af virksomhederne, og det kan blive dyrt for virksomhederne og kan resultere i, at de små og mellemstore virksomheder kan få svært ved at opfylde kravene, og ved at der bliver færre virksomheder, som tilbyder sig, svækkes konkurrencen. Men på den anden side kan man også forvente, at virksomheden, ved at opbygge et godt rygte og fremvise gode statistikker omkring sin arbejdsmiljø politik, kan blive genvalgt som underleverandør eller blive valgt frem for andre, som måske sløser med arbejdsmiljøet. Set fra den synsvinkel giver kædeansvar underleverandørerne et incitament til at overholde arbejdsmiljølovgivningen, og giver et konkurrencepres i den positive retning med hensyn til arbejdsmiljøet.

⁴⁷ Spørgeskemaundersøgelse foretaget af Dansk Byggeri i juli 2012 (Se link8)

3.4.2 Ophævelse af kontrakt

For at give virksomheden, som vinder et udbud, incitament til at overholde arbejdsmiljølovgivningen, kan der indføres en klausul i kontrakten, som siger, at der, ved væsentlige brud på arbejdsmiljølovgivningen, sker en ophævelse af kontrakten.

Forventede forbedringer ift. til arbejdsmiljøet gennem ophævelse af kontrakten

Fordele med det ville være, at virksomheden ville have en interesse i at opretholde en høj indsats for at undgå, at ulykker ville ske, for dermed at undgå en ophævelse.

En sådan klausul ville adfærdsregulere virksomhederne til at opretholde et højt arbejdsmiljøniveau, og der ville ikke være det store behov for overvågning, fordi outputtet (arbejdsulykker) ville kunne observeres af myndighederne og straffes, og dermed ville man spare adfærdsovervågningsomkostninger.

Hvornår er en arbejdsulykke så væsentlig, at det skal føre til ophævelse? Man kunne bruge et alvorskriterium som sagde, at *ulykker med døden som følge og ulykker, som fører til arbejdsudygtighed over længere tid, og som kunne hindres ved overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen, betragtes som væsentlige.*

Denne definition rammer bredt, men alligevel ikke tilfældigt, fordi den tager hensyn til, at hændelige tilfælde ikke bliver straffet, men kun tilfælde, hvor arbejdsmiljølovgivningen ikke håndhæves. Arbejdsgiver burde være bekendt med arbejdsmiljøloven, og hvis ikke, så ville et alvorskriterium med denne ordlyd give incitament til at sætte sig ind i, hvad loven siger.

Ulemper ved ophævelse

Ulemperne ville være 1) at alvorlige ulykker ikke ville blive tilmeldt til de rette myndigheder af frygt for at få kontrakten ophævet, og 2) ophævelse af en kontrakt er dyr for begge parter. For virksomhederne er det dyrt at miste arbejdet oveni mulige erstatningskrav, mens det for myndighederne er dyrt, både i tid og administration, at finde en ny virksomhed at lave arbejdet.

3.4.3 Ekskludering af tilbudsgivere fremadrettet

Som et alternativ til ophævelsen af kontrakten ville ekskludering af tilbudsgivere fremadrettet være en mulighed. Dvs. at man i stedet for at opsige samarbejdet ved en væsentlige misligholdelse ift. til arbejdsmiljøet hellere ekskluderer vedkommende fra at være med i et udbud i fremtiden.

Forventede forbedringer ift. til arbejdsmiljøet gennem fremadrettet ekskludering

Der antages, at de fleste virksomheder har en interesse i at være med i det lange løb, og tænker længere frem end kun til den opgave, de har lige nu. Derfor ville fremadrettet ekskludering give det samme incitament som ved ophævelse af kontrakten, nemlig incitament til at yde en høj indsats for at overholde arbejdsmiljølovgivningen, for således at mindske risikoen for arbejdsulykker.

Ved at bruge fremadrettet ekskludering i stedet for ophævelse ville myndighederne spare tid, og de omkostninger det medfører at skulle finde en ny virksomhed til at lave arbejdet.

Ulemper ved fremadrettet ekskludering

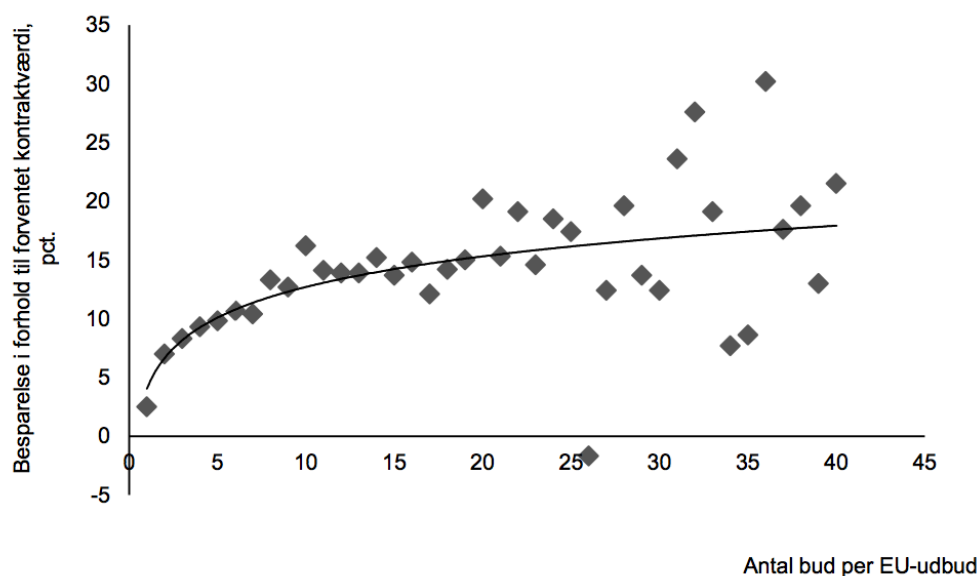
Straffen til virksomheder er dog umiddelbart hårdere ved øjeblikkelig ophævelse end ved fremtidig ekskludering, da man ved fremtidig ekskludering ikke ville miste indtægten fra det arbejde, man er i gang med, men på længere sigt kan det dog blive et stort tab.

En anden ulempe ved fremadrettet ekskludering er, at der kommer færre tilbud ind, og det betyder mindre konkurrence, og man kommer således længere væk fra en fuldkommen konkurrence tilstand. Produktivitetskommissionen, som undersøger den danske produktivitetsudfordring og kommer med anbefalinger til at styrke produktiviteten i Danmark⁴⁸, siger, at mere effektiv konkurrence giver lavere pris, og siger i den forbindelse i en rapport fra februar 2014, at *"når der er mange kvalificerede bud, konkurreres prisen ned, så den indgående kontrakt bliver billigere end ventet for den offentlige myndighed - i hvert fald op til en vis grænse. Når der er flere om buddet, kan den offentlige myndighed bedre sikre, at den får markedets bedste kombination af pris og kvalitet... Sociale klausuler, unødigt detaljerede*

⁴⁸ Se mere om produktivitetskommissionen på deres hjemmeside: [link9: produktivitetskommissionen.dk](http://produktivitetskommissionen.dk)

krav og særlige hensyn til lokale leverandører inden for lovens rammer kan begrænse antallet af bud og gør det uklart, om ordregiver får den laveste pris"⁴⁹

Figer 3.2 – Mange bud giver økonomiske gevinster⁵⁰



Note: Besparelsen er beregnet som forskellen mellem den forventede og den endelige kontraktværdi set i forhold til den forventede kontraktværdi. Myndighederne indrapporterer en forventet kontraktværdi, når EU-udbud offentliggøres i TED-databasen. Vurderingen kan fx være baseret på de omkostninger, som myndighederne selv har haft ved at varetage opgaven. Men vurderingen kan også være baseret på de udgifter, som andre kommuner har haft ved lignede udbud eller ikke-bindende bud på opgaven fra private leverandører. Kilde: Konkurrencestyrelsen (2009)

3.4.4 Omdømmeregister

For at give virksomhederne endnu et incitament til at overholde arbejdsmiljølovgivningen, ville en mulighed være at oprette et omdømmeregister, hvor man registrerede, hvordan de forskellige virksomheder havde opført sig over et vist tidsrum. Fx ved at måle ulykkesfrekvensen hos de enkelte virksomheder, sammenholdt med, at man lavede stikprøver ude på arbejdspladserne, kunne man lave et slags pointsystem, som belønnede dem, der gjorde en indsats, mens dem, der sløse med arbejdsmiljøet, fik en dårlig placering i registret.

⁴⁹ Produktivitetskommissionens, Analyserapport 6, *Offentligt-privat samarbejde*, februar 2014, s. 13

⁵⁰ Produktivitetskommissionens, Analyserapport 6, *Offentligt-privat samarbejde*, februar 2014, s. 13

En bundplacering på omdømmeregistret kunne resultere i, at man blev udelukket fra at lave tilbud ved et offentligt udbud, indtil man fik forbedret arbejdsmiljøet til et acceptabelt niveau. Dette knytter sig dog mere til prækvalifikationsrunden i udbuddet end til selve udformningen af kontrakten mellem den offentlige myndighed og virksomheden.

Tanken ved et omdømmeregister er at gøre arbejdsmiljøet til et konkurrenceparameter blandt virksomhederne. En høj placering på omdømmeregisteret ville resultere i flere potentielle arbejdsopgaver, samtidig med at det skabte et godt ry og image for virksomheden.

Dette register ville kunne laves på forskellige måder. Arbejdstilsynet har allerede et slags omdømmeregister, hvor der gives fire forskellige slags smileys, alt efter om virksomheden i øjeblikket har noget udestående med Arbejdstilsynet. Der gives grøn smiley, som viser at virksomheden ikke har noget udestående med Arbejdstilsynet, gul smiley, som viser at virksomheden har fået et strakspåbud, et påbud med frist eller en afgørelse uden påbud, rød smiley, som viser at virksomheden har fået et forbud eller et rådgivningspåbud. En kronesmiley viser, at virksomheden har et anerkendt arbejdsmiljøcertifikat, og har altså gjort en ekstraordinær indsats for at sikre en høj arbejdsmiljøstandard.⁵¹

Et problem med Arbejdstilsynets smiley-ordning er, at den ikke kan bruges som sammenligningsinstrument i en branche, fordi den kun giver et øjebliksbillede af en bestemt virksomheds udestående med Arbejdstilsynet, og ikke tager hensyn til, om der arbejder 10 eller 1000 medarbejdere i virksomheden. Det giver sig selv, at ét enkelt problematisk tilfælde i en virksomhed med 1000 mennesker ikke kan sammenlignes med ét problematisk tilfælde i en virksomhed med 10 personer. Det giver altså ikke et retvisende billede.

For at løse sammenligningsproblemet ville en mulighed være, at man opdelte registret i flere forskellige grupper efter virksomhedens størrelse og efter branche, for dermed at få et bedre sammenligningsgrundlag, men før man har det, vil jeg mene, at man ikke skal bruge et omdømmeregister til at frasortere virksomheder ved et udbud.

⁵¹ Jf. Arbejdstilsynets hjemmeside (link10: <http://arbejdstilsynet.dk/da/tilsyn/smileys.aspx>)

En anden mulighed med hensyn til omdømme er et forslag fra Arbejdsmiljørådet. Arbejdsmiljørådet er et forum, hvor arbejdsmarkedsparter mødes for at drøfte og samarbejde om et sikkert og sundt arbejdsmiljø i Danmark. Rådet rådgiver beskæftigelsesministeren på arbejdsmiljøområdet⁵². Et af forslagene, som de kommer med i deres "Forslag til en målretning af Arbejdstilsynets og parternes arbejdsmiljøindsats", og som kunne være spændende, er at *"anerkende virksomheder, der har et dokumenteret godt og systematisk samarbejde om arbejdsmiljø, ved at inddrage høj egen indsats som et positivt element i Arbejdstilsynets indeksmodel i det risikobaserede tilsyn."*⁵³

Risikobaseret tilsyn er en rimelig ny tilsynsform (fra 2012), som Arbejdstilsynet bruger, og jf. Arbejdstilsynet foregår det på den måde, at *"Arbejdstilsynet udvælger virksomheder til risikobaseret tilsyn på baggrund af en indeksmodel. Modellen indeholder en række parametre, der tilsammen identificerer de virksomheder, hvor det forventes, at der er størst risiko for problemer med arbejdsmiljøet. Arbejdstilsynet udtager også virksomheder på baggrund af en stikprøve. Desuden kan virksomheder blive udtaget manuelt fx på baggrund af en konkret begrundet mistanke. Virksomheder, der udtages til risikobaseret tilsyn via indekset eller via stikprøven, bliver udtaget en gang om året. Besøgene lægges inde i planlægningen for det efterfølgende år. Virksomheder der udtages manuelt, kan udtages løbende hen over året."*⁵⁴

Denne indeksmodel er et prioriteringsværktøj, som skal hjælpe Arbejdstilsynet til primært at bruge sine kræfter på de virksomheder, som med større sandsynlighed har et dårligt arbejdsmiljø. De parametre, som bruges i modellen, er primært af neutral eller negativ karakter, såsom virksomhedens størrelse, anmeldte ulykker og andre afgørelser⁵⁵. Hvis man kunne sætte nogle positive parametre ind, som fx at *anerkende virksomheder, der har et dokumenteret godt og systematisk samarbejde om arbejdsmiljø*, så ville man måske skabe en stræben efter at forbedre arbejdsmiljøet.

⁵² Se mere på deres hjemmeside (link11: www.amr.dk)

⁵³ Find forslaget på Arbejdsmiljørådets hjemmeside, se link12

⁵⁴ Mere om risikobaseret tilsyn på Arbejdstilsynets hjemmeside, følg link13

⁵⁵ Se mere om indeksmodellens opbygning på link14:

I forhold til omdømme er det også relevant at nævne OHSAS 18001, som er en specifikation for etablering af arbejdsmiljøsystemer og udgives i Danmark af Dansk Standard. Ved at følge de krav, som stilles i OHSAS 18001, kan man opnå en arbejdsmiljøcertificering.⁵⁶

En mulighed ville være, at de offentlige myndigheder satte som krav, at tilbudsgivere havde et OHSAS 18001 eller lignende certifikat for at kunne være en del af udbuddet.

3.5 Mit forslag til en arbejdsmiljøklausul

Med udgangspunkt i den ovenstående argumentation om fordele og ulemper ved de forskellige foranstaltninger, som kan bruges til at forbedre arbejdsmiljøet, vil jeg her komme med mit forslag til, hvordan en mulig arbejdsmiljøklausul, som ville forbedre arbejdsmiljøet blandt østarbejderne, kunne se ud, og den er sålydende:

"Leverandøren skal sikre, at der ved udførelsen af den udbudte ydelse overholdes et sikkert arbejdsmiljø for arbejderne, som svarer til de krav, der stilles i den danske arbejdsmiljølovgivning. Leverandøren kan stilles til ansvar for mulige underleverandørers manglende overholdelse af arbejdsmiljøkravene, og ordregiver kan til enhver tid kræve nødvendig dokumentation. Manglende overholdelse af klausulen betragtes som en væsentlig misligholdelse og kan medføre en ophævelse af kontrakten og/eller ekskludering fra fremtidige udbud."

Her har jeg valgt at fokusere på straf frem for belønning for at få virksomhederne til at opretholde et sikkert arbejdsmiljø for arbejderne, fordi jeg mener det er mere hensigtsmæssigt, når det kommer til overholdelse af arbejdsmiljøet. Belønning kan være en farlig vej, fordi det i større grad kan medføre manglende anmeldelser ved arbejdsulykker, og den enkelte arbejder får incitament til at gemme sin skade væk for ikke at fratage sine kollegaer en potentiel belønning. Jeg mener det er mere hensigtsmæssigt at placere ansvaret på arbejdsgiveren frem for arbejdstageren, og derfor fokuserer klausulen i højere grad på et arbejdsgiveransvar ift. til arbejdsmiljøet, i stedet for at fokusere på selve arbejdstagerne. Dvs. der fokuseres på, at initiativet for at skabe et sikkert arbejdsmiljø skal komme oppefra i en virksomhed. Dette mener jeg er mere hensigtsmæssigt, fordi hvis ønsket ikke kommer

⁵⁶ Mere om OHSAS 18001 på Dansk Standards hjemmeside, følg link15:
<http://www.ds.dk/da/raadgivning/arbejdsmiljoeledelse>

oppefra i virksomheden, så vil den enkelte arbejder muligvis føle et pres til at lade være med at yde en høj indsats ift. til arbejdsmiljøet og fx få incitament til at effektivisere sin arbejdsindsats ved at ikke at overholde arbejdsmiljølovgivningen, for dermed at arbejde hurtigere for at tilfredsstille sin arbejdsgiver og spare ham for omkostninger i form af fx tid og udstyr.

I klausulen har jeg implementeret kædeansvar, ophævelse og fremadrettet ekskludering i en og samme klausul. *Første del af klausulen* binder den virksomhed, som vinder udbuddet, til at overholdet et sikkert arbejdsmiljø, som svarer til arbejdsmiljølovgivningen. Virksomhederne skal i forvejen overholde lovgivningen, men ved at sætte det ind i klausulen kan det være med til at fremhæve fokus på den danske arbejdsmiljølovgivning, og medføre, at virksomhederne sætter sig ind i, hvad der står i lovgivningen. Også ved at sætte arbejdsmiljølovgivningen som standard bliver virksomhederne oplyst om, hvor grænsen går. Man bruger med andre ord arbejdsmiljølovgivningen som en standard. Hvis der kun blev stillet krav til, at der skulle *overholdes et sikkert arbejdsmiljø*, uden at definere, hvad det var, så ville det hurtigt kunne blive en diskussion om kultur, og om forskellige opfattelser af, hvad der udgør et sikkert arbejdsmiljø. Her bliver der altså trukket en grænse, så virksomhederne ved, hvornår de er på den rigtige eller den forkerte side af grænsen.

Anden del af klausulen indeholder et kædeansvar med ordene: *Leverandøren kan stilles til ansvar for mulige underleverandørers manglende overholdelse af arbejdsmiljøkravene.*

Kædeansvaret er indført i klausulen med henblik på en forebyggende effekt, så at hovedleverandørerne, som argumenteret for tidligere, vælger underleverandører med større omhu, og det medfører, at der i praksis sker en ekskludering af de virksomheder, der udviser en lav arbejdsmiljøindsats, uden at myndighederne blander sig.

Ved også at indføre ordene *"ordregiver kan til enhver tid kræve nødvendig dokumentation"*, får ordregiver mulighed for at undersøge forholdene, hvis der fx er mistanke om sjuusk eller også bare som en stikprøvekontrol. Det gør, at man ikke kun kan straffe virksomhederne når skaden er sket, men også kan yde en forebyggende indsats og straffe virksomheder, som ikke overholder kravene, før skaden sker.

Tredje del indeholder en mulighed for både ophævelse og/eller fremtidig ekskludering. Mens anden del af klausulen er tiltænkt at have en forebyggende effekt ex ante, så skal tredje del sikre overholdelse, mens arbejdet er i gang. Ved at bruge ordene *og/eller* får ordregiveren en meget bred straffebeføjelse med hensyn til, hvor hårdt man vil straffe den virksomhed, som ikke overholder klausulen. Man kan vælge kun at ophæve kontrakten eller kun at ekskludere vedkommende virksomhed fra fremtidige udbud, eller man kan både ophæve og ekskludere fremadrettet. Ordregiver gives dermed en frihed til at vurdere alvoren af den overtrædelse, som er sket, og vælge den straf, ophævelse og/eller fremadrettet ekskludering, som ordregiver mener er passende.

Dette er altså den arbejdsmiljøklausul, som jeg mener vil forbedre arbejdsmiljøet for østarbejderne i Danmark. Det næste skridt er så at undersøge lovligheden af klausulen. I det efterfølgende kapitel vil jeg, med udgangspunkt i ovenstående arbejdsmiljøklausul, lave min juridiske analyse og undersøge, hvad er gældende ret på området ift. til de enkelte foranstaltninger i klausulen, og overordnet undersøge overensstemmelsen af sådan en arbejdsmiljøklausul ift. EU-retten.

3.6 Delkonklusion

Som det er opsat i denne økonomiske analyse, kan problemerne med østarbejderne og arbejdsmiljøet i Danmark opstilles som et principal-agent forhold, hvori der foreligger nogle agentproblemer i form af moral hazard og adverse selection som følge af parternes forskellige målsætninger. Agentproblemerne kan løses ved overvågning og/eller incitamenter.

I denne analyse har jeg argumenteret for, at overvågning er en samfundsmæssig dyr og besværlig løsning at anvende i praksis med hensyn til arbejdsmiljøet, og derfor har det løsningsforslag, jeg kommer med, primært fokus på incitamenter til arbejdsgiverne i form af en arbejdsmiljøklausul, som indeholder nogle straffeforanstaltninger. Kædeansvaret skal fungere som en ex-ante løsning på adverse selection problemstillingen, ved at tvinge virksomhederne, som vinder et udbud, til at være omhyggelige når der vælges underleverandører, mens foranstaltningerne om ophævelse af kontrakten og ekskludering fra

fremtidige udbud skal løse moral hazard problemet, ved at gøre det dyrt for agenten ikke at opretholde et godt arbejdsmiljø, og dermed forene principalens og agentens målsætning.

Der er nok ikke kun én løsning på spørgsmålet i problemformuleringen til dette afsnit, og man kan argumentere for løsningsforslag via forskellige metoder, men ved at bruge den arbejdsmiljøklausul, som jeg foreslår, mener jeg, at man kan være med til at sikre overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen gennem udbud, og dermed nedbringe antallet af ulykker blandt østarbejdere i Danmark.

Kapitel 4. Juridisk analyse

4.1 Indledning

TEU, TEUF eller Charteret om Grundlæggende Rettigheder taler så at sige slet ikke eksplicit om udbud af offentlige kontrakter. Men selv om det ikke bliver direkte nævnt, så er der flere regler i primærretten, som man ved udbud af offentlige kontrakter er underlagt. De grundlæggende regler om fri bevægelighed for varer (art. 34 TEUF), tjenesteydelser (art. 56 TEUF), personer (art. 45 og 49 TEUF), kapital (art. 63 TEUF), og at der ikke må diskrimineres på grundlag af nationalitet (art. 18) skal overholdes. Det ses bl.a. andet fra Storebæltssagen⁵⁷, hvor Danmark blev dømt for Traktatbrud for at have tilsidesat art. 34 TEUF, art. 45 TEUF og art. 56 TEUF, ved at sætte som betingelse, at der i størst muligt omfang blev anvendt dansk arbejdskraft og danske materialer ved bygningen af Storebæltsbroen. Også i sagen Kommissionen mod Tyskland⁵⁸, sagde EU-Domstolen, at Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til art. 49 TEUF om etableringsfrihed og art. 56 TEUF om fri bevægelighed for tjenesteydelser ved at sætte krav om, at der kun måtte tilbydes tjenesteydelser på det tyske byggemarked, hvis virksomhederne havde deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftigede eget personale og havde indgået en kollektiv virksomhedsoverenskomst, og de som medlem af en tysk arbejdsgiverorganisation var omfattet af en kollektiv rammeaftale og en kollektiv aftale om socialsikring.

EU handler om mere end et økonomisk samarbejde, og EU er også optaget af sociale hensyn. Dette kan fx ses i Art. 3(3) TEU (i forkortet form) om Unionens mål, som siger : "*Unionen opretter et indre marked. Den arbejder for... en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne, hvor der tilstræbes fuld beskæftigelse og sociale fremskridt, og et højt niveau for beskyttelse og forbedring af miljøkvaliteten... Den bekæmper social udstødelse og forskelsbehandling og fremmer social retfærdighed og beskyttelse, ligestilling mellem kvinder og mænd, solidaritet mellem generationer og beskyttelse af børns rettigheder.*"

⁵⁷ Sag C-243/89

⁵⁸ Sag C-493/99

Art. 8 TEUF siger, at EU skal tilstræbe at "*fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder*". Art. 10 TEUF siger, at man bekæmper "*enhver form for forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering*."

Man kan altså ud fra de ovenstående artikler konkludere, at EU ikke kun handler om at fremme et økonomisk samarbejde mellem medlemslandene, men også om at forbedre de sociale vilkår i de forskellige lande. Der er altså et traktatmæssigt grundlag for at forfølge sociale hensyn. Og selv om der ikke tales direkte om offentlige kontrakter her, så kan der argumenteres for, at offentlige kontrakter kan være et middel til at fremme Unionens mål. Ruth Nielsen fremsætter spørgsmålet, om man måske ligefrem kan se det som påbudt af EU-retten ift. til Unionens mål, at man prøver at fremme disse sociale formål gennem udvælgelse af leverandører og tildeling af offentlige kontrakter.⁵⁹

Ved at indsætte en arbejdsmiljøklausul, som den foreslåede på side 37, i en kontrakt om indkøb af varer eller tjenesteydelser, tager de offentlige myndigheder nogle sociale hensyn, som ikke direkte har noget at gøre med den funktion, som den indkøbte vare eller tjenesteydelse har. Sådanne klausuler kaldes overordnet sociale klausuler. Sociale klausuler kan også fx være krav om, at man ved et byggeri skal bruge et minimum antal lærlinge, om beskæftigelse af langtidsledige, om at fremme ligestilling mellem kønnene, eller krav om bestemt sikkerhedspolitik på arbejdspladsen. Sociale og miljø hensyn nævnes ofte i sammenhæng i udbudsretten, både i lovgivningen og litteraturen⁶⁰, og det er fordi, at de begge forfølger formål, som normalt ikke direkte har noget med indkøbet at gøre. I litteraturen kaldes det forhold, at de offentlige myndigheder bruger offentligt indkøb til at fremme miljø- og sociale forhold, for *horisontale politikker*.⁶¹

Disse horisontale politikker, hvor det offentlige foretager indkøb og samtidig tilgodeser sociale eller miljø hensyn, kan anses fra flere sider, både som værende positive og negative.

⁵⁹ Nielsen, Ruth, 2010, *Udbud af offentlige kontrakter*, s. 329,

⁶⁰ Fx udbudsdirektivet art. 26 og Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, s. 325, (også i bogen "*Udbud af offentlige kontrakter*", skrives om arbejdsklausuler i kapitlet om miljø og sociale hensyn, s. 337)

⁶¹ Se fx kap. 1 i bogen "*Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*" af Sue Arrowsmith og Peter Kunzlik

Man kan argumentere for, at det offentlige skal have lov til at deltage på det frie marked, og købe det man vil, og på den måde man vil. Hvis det offentlige fx vil bygge et nyt sygehus og gerne samtidig vil oprette praktikpladser, beskæftige nogle langtidsledige og kun vil bruge miljøvenlige byggematerialer, så må de få lov til det, fordi de betaler for ydelsen, og skal derfor have lov til at bestemme, hvordan produktet kommer til at se ud, og hvordan arbejdet skal laves.

På den anden side kan man være bekymret for, at sådanne krav kan være skalkeskjul for protektionisme. Hvis man fx sætter som krav, at de materialer, som skal bruges til at bygge det nye sygehus, kun skal købes lokalt for at reducere de miljømæssige omkostninger, som transporten fra andre lande kan have i form af kuldioxid udslip, så er det de facto en hindring for ikke-lokale leverandører og en begrænsning af det indre marked.⁶² Der må altså indimellem ske en afvejning af legitime nationale hensyn kontra begrænsninger, som sættes op for det indre marked.

I dette kapitel vil jeg først gennemgå lex specialis ift. til de foranstaltninger, som jeg har indsat i arbejdsmiljøklausulen på side 37. Først gennemgås ophævelse af kontrakten og fremadrettet ekskludering, siden kædeansvar. Derefter zoomes lidt ud, og der undersøges hvad udbudsdirektivet generelt siger om sociale hensyn i kontrakterne, og til sidst undersøges hvad folkerettens ILO konvention 94 siger om emnet.

4.2 Ophævelse af kontrakten

Generelt er man bundet af en kontrakt og betingelserne deri, når der foreligger en gyldig aftale. Dette er et aftaleretlig spørgsmål, og i Danmark gælder aftaleloven⁶³ for aftaler på formuerettens område. Når det offentlige køber varer eller tjenesteydelser ved udbud, er man som udgangspunkt underlagt de almindelige regler om aftaleindgåelse i kap. 1 i aftaleloven.⁶⁴

⁶² Arrowsmith, Sue, 2009, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions*, s. 17 ff.

⁶³ LBKG 1996-08-26 nr. 781 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område

⁶⁴ Ruth, Nielsen, 2010, *Udbud af offentlige kontrakter*, s. 63

Når tale er om et aftaleforhold, og parterne har aftalt, at et brud på arbejdsmiljølovgivningen er en væsentlig misligholdelse, som i arbejdsmiljøklausulen, så behøves der ikke at bevises yderligere, at misligholdelsen er væsentlig, fordi man allerede ved indgåelse af aftalen anså sådan en misligholdelse for væsentlig. Det er altså aftalens indhold, som bestemmer om talen er om en væsentlig misligholdelse eller ikke.⁶⁵

Udbudsdirektivet nævner ikke noget om lovligheden af at have en klausul om ophævelse, og jeg har ikke kunnet finde nogen dom eller litteratur, som sætter spørgsmålstegn ved lovligheden af at have klausuler om ophævelse i udbudskontrakter, så det virker ikke særlig problematisk. Spørgsmålet, som er mere relevant at stille sig, er, hvornår ordregiver har *pligt* til at ophæve kontrakten. Hvis vi fx siger, at en virksomhed, der har vundet et udbud, laver et væsentligt brud på arbejdsmiljølovgivningen, og det står i arbejdsmiljøklausulen, at det kan føre til ophævelse af kontrakten, hvornår har ordregiver så pligt til at ophæve?

KontrolDirektiverne⁶⁶ indeholder bestemmelser om fejl i udbudsprocessen fra ordregivers side, som kræver ophævelse, men omhandler ikke den økonomiske aktørs fejl, og er derfor ikke relevante at komme mere ind på her.

Det nye EU-udbudsdirektiv, 2014/24/EU, blev vedtaget d. 11. februar 2014, og medlemsstaterne har 24 måneder til at implementere direktivet⁶⁷. Direktivet er ikke implementeret i Danmark endnu, men det kan være relevant at se på, hvad det nye udbudsdirektiv siger om de hensyn, som undersøges i denne afhandling, da direktivet vil være gældende ret i den nærmeste fremtid. Med hensyn til ophævelse af kontrakten indeholder art. 73 i direktivet en bestemmelse om, at *"Medlemsstaterne sikrer, at ordregivende myndigheder i hvert fald under følgende omstændigheder og på de betingelser, der er fastlagt ved gældende nationale lovgivning, kan ophæve en offentlig kontrakt under dens løbetid, hvis..."* (min fremhævelse). Litra a) indeholder bestemmelser, som giver mulighed for ophævelse ved væsentlige kontraktændringer, litra c) giver mulighed for at ophæve, hvis medlemsstaterne har overtrådt sine forpligtelser ift. traktaterne og direktiver, som er fastslået af EU-Domstolen i forbindelse med traktatkrænkelsesprocedure, mens litra b) knytter sig til entreprenøren og

⁶⁵ Andersen, Mads Bryne, 2010, *Lærebog i obligationsret I*, s.213,

⁶⁶ Direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EØF - ændret ved direktiv 2007/66/EF

⁶⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv, 2014/24/EU af 26. februar 2014 (link16)

siger, at der kan ske ophævelse, hvis vedkommende ved tidspunktet af tildelingen af kontrakten var i en af de i art. 57, stk. 1 (svarer i høj grad til art. 45, stk. 1 i det nuværende udbudsdirektiv) omhandlende situationer. Men denne liste er ikke udtømmende, som man kan se ud fra ordlyden "*i hvert fald under følgende omstændigheder*". Det betyder altså, at ophævelse, rent principielt, er lovligt, og at medlemsstaterne, udover i de nævnte situationer i art. 73, kan indsætte betingelser om mulighed for ophævelse i andre sammenhænge, og dette kunne man argumentere for fx kunne være i tilfælde, hvor der sker et alvorligt brud på en arbejdsmiljøklausul, som er indsat for at forbedre arbejdsmiljøet i den pågældende medlemsstat.

4.3 Fremadrettet ekskludering

Ekskludering af tilbudsgivere fremadrettet er nok lidt mere problematisk, rent juridisk, end ophævelse af kontrakten pga. væsentlig misligholdelse. Kan man ekskludere en tilbudsgiver pga. fortidens synder? Og hvor og hvordan skulle det gøres?

Fremadrettet ekskludering hører til under udvælgelsesfasen i et udbud, som har til formål at frasortere ikke-kvalificerede tilbudsgivere. Udbudsdirektivet opsætter nogle regler i art. 44-52 om, hvilke kriterier er tilladt at bruge til at udvælge tilbudsgivere. Disse kan opsummeres som:

- art. 45 indeholder regler om tilbudsgivers personlige forhold
- art. 47 indeholder regler om økonomisk og finansiell formåen
- art. 48 indeholder regler om teknisk og/eller faglig formåen

Det er særligt art. 45 om tilbudsgivers personlige forhold, som er relevant ift. til fremadrettet ekskludering ift. arbejdsmiljøet. Art. 45(1) består af nogle obligatoriske udelukkelsesgrunde, hvor ordregiver har pligt til at udelukke tilbudsgivere, hvis vedkommende har deltaget i kriminel organisation, bestikkelse, svig, hvidvaskning, mens art. 45(2) giver ordregiver nogle frivillige udelukkelsesgrunde.

Art. 45(2)(c-d) siger, at ordregiver kan udelukke en økonomisk aktør, som er dømt for strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes hæderlighed, eller som i forbindelse

med sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder beviseligt har konstateret. Strafbare handlinger angående sikkerheden på arbejdspladsen kan i hvert fald argumenteres for at rejse tvivl om hæderligheden, og brud på fx arbejdsmiljøloven kan muligvis også anses som en alvorlig fejl.⁶⁸ I det nedenstående foretages en yderligere analyse af, hvad EU-Domstolen siger om begrebet "alvorlig fejl".

I Forposta sagen, C-465/11, som var en præjudiciel forelæggelse, blev EU-Domstolen spurgt om, hvordan begrebet i art. 45(2)(d) "*alvorlig fejl*" skulle fortolkes. Sagen omhandlede Poczta Polska, som er et statsligt selskab, som driver virksomhed inden for posttjenester i Polen. Poczta iværksatte en udbudsprocedure angående en opgave om omdeling af nationale og internationale postpakker. Virksomheden Forposta havde det mest fordelagtige tilbud, men inden kontrakten skulle underskrives, annullerede Poczta udbuddet med begrundelsen, at man var nødt til at udelukke Forposta pga. en polsk lov, som sagde: *Følgende udelukkes fra proceduren med henblik på tildeling af en kontrakt:... økonomiske aktører, i forhold til hvem den pågældende ordregivende myndighed på grund af omstændigheder, som aktøren bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en kontrakt eller er trådt tilbage fra kontrakten, hvis kontraktens ophævelse eller opsigelse eller tilbagetrædelsen fra den er sket højst tre år inden udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte ordre udgør mindst 5% af kontraktværdien*".⁶⁹

Domstolen svarede, at art. 45(2)(d) er til hinder for sådan en bestemmelse og udtalte bl.a., at begrebet alvorlig fejl kan *præciseres og tydeliggøres i national ret - dog under overholdelse af EU-retten* (pr. 26) og begrebet »fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« **omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører** (pr. 27) (min fremhævelse)

⁶⁸ Arrowsmith, Sue, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Direction*, s.211,

⁶⁹ § 24, stk. 1.a., Lov af 29. januar 2004 om tildeling af offentlige kontrakter (Dz. U. nr. 113, pos. 759 Ændringslov af 25. februar 2011 indføjede 1.a. (Dz. U. nr. 87, pos. 484), (se præmis 6 i Forposta dommen)

Til forskel fra litra c) i samme afsnit i direktivet, så behøver der ikke at være en retskraftig dom for at konstatere, at talen er om en fejl (pr. 28), og det betyder, at en *økonomisk operatørs manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan derfor i princippet betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv*. (pr. 29) (min fremhævelse)

Om hvordan begrebet "alvorlig fejl" skal forstås, siger domstolen i pr. 30:

"Begrebet »alvorlig fejl« skal imidlertid i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, hvilket angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Enhver delvis, upræcis eller mangelfuld opfyldelse af en kontrakt eller en del af denne kan således eventuelt påvise en begrænset faglig kompetence hos den pågældende økonomiske operatør, men er ikke automatisk lig med en alvorlig fejl."

Konstateringen af en »alvorlig fejl« kræver i princippet endvidere, at der foretages en konkret og individuel vurdering af den pågældende økonomiske operatørs holdning. (pr. 31) Man må altså ikke gøre brug af automatisk udelukkelse, men der må foretages et konkret og individuelt skøn det enkelte tilfælde.

For at opsummere det, som er relevant ift. denne afhandling, siger dommen, at en alvorlig fejl kan omfatte en culpøs handling, der har indvirkning på en operatørs troværdighed, og sådan en alvorlig fejl behøves ikke at være forankret i national lovgivning, men kan også være manglende overholdelse af kontraktmæssige forpligtelser. Der må dog altid være en vis alvor i misligholdelsen, og der må ikke ske automatisk udelukkelse, men foretages et konkret og individuelt skøn i hvert tilfælde.

Så selv om domstolen i Forposta sagen anså art. 45(2)(d) for at være til hinder for den polske retsregel om udelukkelse pga. fortidens synder, så er den åben for muligheden, at hvis man følger de almindelige EU-principper, som fremsættes længere fremme, kan man lave en lovlig fremadrettet ekskludering af tilbudsgivere.

EU-Kommissionen sagde i KOM(2001) at *"man kan forestille sig tilfælde, hvor tilbudsgivere, som har overtrådt lovgivningen på det sociale område, kan udelukkes, fordi der er tale om en overtrædelse, som udgør en alvorlig fejl, eller en strafbar handling, der rejser tvivl om hans*

faglige hæderlighed. En sådan udelukkelsesklausul kan f.eks. være manglende overholdelse af bestemmelser om ligebehandling eller sundhed og sikkerhed eller om bestemte kategorier af personer."⁷⁰ Det vil altså sige, at en dokumenteret forventning om, at der er stor risiko for, at vedkommende tilbudsgiver ikke vil overholde arbejdsmiljøklausulen, som fx pga. manglende overholdelse af lovgivningen i fortiden, sandsynligvis vil være en acceptabel grund til at udelukke vedkommende fra udbudsprocessen. Dette skal dog under alle omstændigheder følge proportionalitetsprincippet og andre almindelige EU-retlige principper.

De almindelige principper indenfor EU-retten, som er udledt af EU-retspraksis, skal overholdes ved alle udbud af offentlige kontrakter og i alle udbuddets faser⁷¹. Ift. til fremadrettet ekskludering er det særdeles relevant at se på proportionalitetsprincippet.

Proportionalitetsprincippet siger, at de midler, der bruges til at nå et bestemt formål, skal være egnede til at nå målet, og må ikke gå længere end hvad der er nødvendigt.⁷² Set i forhold til ekskludering er det her vigtigt at undersøge, om de midler, man bruger for at nå formålet, som her er forbedring af arbejdsmiljøet, ikke går længere end nødvendigt, og om man kunne have brugt mildere foranstaltninger til at nå samme mål.

At ekskludere en virksomhed fra at have mulighed for at give tilbud fremadrettet er en meget bebyrdende sanktion, og derfor skal ordregiver være meget opmærksom på, at man handler i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, hvis man vælger at bruge sådan en sanktion.

Andre EU-retlige principper, som er vigtige at have med, ift. til denne afhandling, er:

Ligebehandlingsprincippet, som siger, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.⁷³

⁷⁰ KOM(2001) 566 endelig, Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter, s.10,

⁷¹ Se fx C-470/99, Universale Bau, pr. 93, C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini, pr. 38

⁷² Definition fra C-426/93, Tyskland mod Rådet, pr. 42

⁷³ Definition fra C-810/79, Überschar, præmis 16

Ligebehandlingsprincippet skal inddrages i alle faser af et udbud.⁷⁴ En arbejdsmiljøklausul må derfor ikke medføre, at fx udenlandske virksomheder bliver stillet værre end danske i en udbudsrunde, men at alle tilbudsgivere, også potentielle, behandles ens på alle områder. Ligebehandlingsprincippet er, sammen med gennemsigtighedsprincippet, direkte nævnt i art. 2 i Udbudsdirektivet, og foreskriver at de "*ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.*"

I forhold til fremadrettet ekskludering ville det være nemmest fx at lave en tjekliste, og så sige, at hvis betingelserne i tjeklisten ikke er opfyldt, bliver man ekskluderet fremadrettet, for således at være sikker på, at alle blev behandlet lige, men jf. Forposta-sagen må der ikke ske en automatisk udelukkelse, men derimod foretages et konkret og individuelt skøn i hvert tilfælde. Det gør det besværligere for ordregiver at opfylde ligebehandlingsprincippet.

Gennemsigtighedsprincippet skal sikre, at der er gennemsigtighed i udbudsprocessen og omkring det forhold, at der bliver indgået en offentlig kontrakt. Gennemsigtighedsprincippet hænger tæt sammen med ligebehandlingsprincippet, for uden gennemsigtighed i processerne ville det være umuligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet blev overholdt.⁷⁵

Det nye udbudsdirektiv indeholder regler, der skal gøre udbudsproceduren mere fleksibel, og gøre det nemmere at lave ændringer i kontrakten. Direktivet gør det muligt for ordregiver, under de fakultative udelukkelsesgrunde, at udelukke virksomheder pga. fortidens synder, og art. 57(4), siger:

De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:...

litra g) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, der har medført den

⁷⁴ C-470/99 Universale Bau AG, pr. 93

⁷⁵ C-92/00 HI, præmis 45

pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner

Det nye udbudsdirektiv åbner altså tydeligvis op for muligheden for ordregiver at gøre brug af fremadrettet ekskludering, når der er tale om mangler i forhold til væsentlige krav. Det er også værd at lægge mærke til ordlyden, at der står "*med en ordregivende myndighed*". Det behøves altså ikke at være den samme myndighed, som ønsker at udelukke en virksomhed, som har oplevet misligholdelse fra denne virksomhed i tidligere udbud.

At disse mangler også kan omhandle sociale hensyn underbygges forskellige steder i præamblen i det nye udbudsdirektiv, bl.a. i betragtning nr. 99: "*Foranstaltninger, der tager sigte på helbredsbeskyttelsen af det personale, som deltager i produktionen, eller fremme af social integration af dårligt stillede personer eller medlemmer af sårbare grupper i det personale, der udpeges til at gennemføre kontrakten eller uddanne sig i de færdigheder, der er nødvendige med henblik på den pågældende kontrakt, kan også undergives tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelse af en kontrakt, såfremt de vedrører de bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten.*"

I betragtning 101 står der direkte om udelukkelse, at: *Ordregivende myndigheder bør endvidere have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser... Det bør præciseres, at alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv kan så tvivl om en økonomisk aktørs integritet og således gøre den økonomiske aktør uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den økonomiske aktør ellers ellers har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten.*

Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet. Mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør. Gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder bør dog give anledning til tvivl om en økonomisk aktørs troværdighed, hvilket kan berettige til udelukkelse.

Netop for at opfylde proportionalitetsprincippet er der i det nye udbudsdirektiv indsat bestemmelser for at hindre, at straffen for den økonomiske aktør bliver alt for hård, og derfor er der indført en self-cleaning (selvrensning) bestemmelse. Art. 57(6) siger: *"En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren. Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.*

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse."

Denne bestemmelse skal altså sikre, at proportionalitetsprincippet bliver overholdt, altså at straffen ikke bliver ude af proportioner, og virksomhederne som straffes får en ny mulighed. Der står dog ikke direkte, hvornår de ordregivende myndigheder skal acceptere en self-cleaning, og det er noget, de danske myndigheder burde konkretisere ved implementeringen af direktivet i dansk lovgivning.

Det kunne være en mulighed for mig, i forhold til mit forslag til en arbejdsmiljøklausul, at indsætte en self-cleansing bestemmelse i klausulen, for således bedre at imødekomme proportionalitetsprincippet. Det kunne fx laves ved i slutningen af klausulen at indsætte ordene *"Leverandøren kan iværksætte initiativer for at genoprette sine forsømmelser af arbejdsmiljølovgivningen og bevise over for ordregiver, at der er truffet passende foranstaltninger for at sikre, at fremtidige overtrædelser af lignende art ikke sker igen. Hvis*

tilfredsstillende dokumentation fremlægges, vil leverandøren ikke udelukkes fra fremtidige udbud."

4.4 Kædeansvar

Kædeansvar omkring lønansvar er allerede, i forskellige former, i brug i syv EU-lande (pr. juni 2012)⁷⁶, og virker umiddelbart i princippet⁷⁷ ikke til at være juridisk problematisk i sig selv. Det er mere den materielle udformning af et kædeansvar, som kan give nogle juridiske betænkeligheder, særligt når det kommer til udstationerede arbejdstagere, som også er særdeles relevant at undersøge med hensyn til østarbejdere i Danmark.

Direktiv 1996/71/EF om udstationering af arbejdere som led i udveksling af tjenesteydelser (Udstationeringsdirektivet) siger i art. 3(1) (i forkortet form), at **"Medlemsstaterne påser, at de... omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på 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... for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter:.. a) maksimal arbejdstid og minimal hviletid... e) sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen"

Og art. 5(1) siger: "Medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger i tilfælde af manglende overholdelse af dette direktiv. De sørger især for, at arbejdstagerne og/eller deres repræsentanter råder over egnede procedurer med henblik på gennemførelse af forpligtelserne i dette direktiv."

De udstationerede arbejdstagere skal altså behandles efter samme vilkår som arbejdstagere i værtslandet, når det gælder de opremsede hensyn, herunder bl.a. sikkerheden på arbejdspladsen. Et kædeansvar, som det i mit forslag til en arbejdsmiljøklausul, er en

⁷⁶ Jf. rapport fra Gent Universitet "Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union" s. 15 (link17: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7921&langId=en)

⁷⁷ Jf. fx Wolff Muller dommen, C-60/03, som undersøges nærmere på følgende side

foranstaltning til at fremme opfyldelsen af sikkerheden på arbejdspladsen, og jf. art. 5(1) kan medlemsstaterne træffe passende foranstaltninger til at sikre opfyldelse af forpligtelserne.

At alle arbejdstagere skal have samme arbejds- og ansættelsesvilkår følger også af Laval-dommen⁷⁸, som vil blive analyseret nærmere på side 55. Pr. 75 i Laval-dommen siger om udstationeringsdirektivets art. 3(1), at *"Denne bestemmelse er til hinder for, at virksomheder, der har hjemsted i andre medlemsstater, kan konkurrere illoyalt i forhold til værtsmedlemsstatens virksomheder ved på de nævnte områder at anvende de arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder i oprindelsesmedlemsstaten, på deres arbejdstagere i forbindelse med grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, hvis det sociale beskyttelsesniveau er højere i værtsmedlemsstaten."*

Derfor er det vigtigt at være opmærksom på, at selv om man måske primært med et kædeansvar ønsker at ramme østeuropæiske virksomheder og arbejdstagere, så kan man ikke sætte strengere krav til dem end til de danske virksomheder, og man må behandle alle ens, som jo også følger af ligebehandlingsprincippet.

I Wulff-Muller dommen, C-60/03, som var en sag om kædeansvar, fremsatte den tyske domstol et præjudicielt spørgsmål omkring fortolkning af art. 56 TEUF (tidligere art. 49 EF) i forbindelse med en sag om kædeansvar ift. en hovedleverandørs solidariske pligt til at udbetale mindsteløn til en ansat hos en underleverandør.

Domstolen valgte at komme ind på udstationeringsdirektivet, selv om det ikke blev spurgt om det, og jf. pr. 30-31 i dommen fremgår det af ordlyden i art. 5 i udstationeringsdirektivet, at medlemsstaterne har et vidt skøn til at fastlægge regler og procedurer, der skal sikre overholdelse af bestemmelserne i direktivet, men man må altid overholde de grundlæggende friheder, som er garanteret i traktaten. Jf. retspraksis⁷⁹ forbyder art. 56 TEUF ikke kun enhver form for forskelsbehandling pga. af nationalitet af tjenesteydere med hjemsted i en anden medlemsstat, men også enhver restriktion, som kan gøre, at den udenlandske virksomhed virker mindre tiltrækkende.

⁷⁸ C-341/05, Laval un Partneri

⁷⁹ C-164/99, Portuguesa Construções, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis

Et kædeansvar må altså opfylde de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, og må hverken direkte eller indirekte hindre den frie bevægelighed.

Spørgsmålet er så, om et kædeansvar angående manglende overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen kan medføre, at danske virksomheder fravælger udenlandske virksomheder, som fx østeuropæiske, for at slippe for det økonomiske ansvar, hvormed kædeansvaret bliver en indirekte diskrimination i forhold til den frie udvekslings af tjenesteydelser. Når der foreligger et kædeansvar, kan det tænkes, at virksomhederne bliver nødt til undersøge nærmere, hvilke samarbejdspartnere de vælger, og det kan medføre, at østeuropæiske virksomheder, og andre udenlandske virksomheder for den sags skyld, kan blive fravalgt som underleverandører, fordi det bliver for besværligt og omkostningsfuldt at undersøge dem vedrørende de relevante forhold. På den anden side kan kædeansvar måske også medføre, at østeuropæiske virksomheder og virksomheder fra andre lande mister lysten til at byde på opgaver, som er i udbud Danmark, fordi kædeansvaret bebyrder processen for meget, fx i forhold til deres valg af underleverandører.

Ved en indirekte diskrimination i udbudsretlig kontekst forstås en foranstaltning, som gælder på samme måde for både indenlandske og udenlandske tilbudsgivere, men som de facto rammer dem på væsentlig forskellig vis. Dette følger af ligebehandlingsprincippet, jf sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, hvor EU-domstolen sagde: "*(pr. 8) ... med henvisning til Domstolens praksis, at ligebehandlingsgrundsætningen, som [TEUF art. 49 og art. 56] er et særligt udtryk for, ikke blot forbyder åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier reelt fører til samme resultat*".

Ligebehandlingsprincippet er også udtrykt i udbudsdirektivets art. 2, som siger: "*De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde*"

Foranstaltninger, som indirekte diskriminerer, er dog ikke altid forbudt jf. EU-retspraksis⁸⁰, og kan retfærdiggøres ved at opfylde følgende fire betingelser:

1. anvendes uden forskelsbehandling
2. de skal være begrundede i tvingende almene hensyn
3. de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og
4. de må ikke gå ud over hvad er nødvendigt for at opnå formålet (proportionalitet)

Disse kriterier blev også anvendt i Wulff-Muller-sagen, hvor Domstolen sagde, at når en bestemmelse udgør en hindring, kan den begrundes med tvingende almene hensyn, forudsat at bestemmelserne er egnede til virkeliggørelse af de formål, de forfølger, og ikke går udover, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet (pr. 34). Beskyttelse af arbejdstagere er et af de tvingende almene hensyn, som Domstolen har anerkendt (pr. 35)⁸¹. Ved at forbedre arbejdsmiljø beskytter man arbejdstagerne, og dermed kan der argumenteres for, at talen er om et tvingende alment hensyn.

Ved tvingende almene hensyn forstås hensyn, som er anerkendt af EU-Domstolens praksis, som kan begrunde en restriktion af de grundlæggende frihedsregler i TEUF. Hvis man ser nærmere på tvingende hensyn i udbudsretlig kontekst, anerkender EU-domstolen i Laval-sagen, at beskyttelse af arbejdstagere kan være et tvingende hensyn (pr. 102).

I Laval sagen⁸² var problemet, at forfølgelse af arbejdsmarkedsmæssige hensyn kunne medføre, at det blev mindre attraktivt at optage arbejde i det land (se pr. 99 i Laval), og at det dermed var i strid med de frie bevægelighedsregler. På samme måde som kædeansvar er tiltænkt som et middel til at forbedre arbejdsmiljøet for arbejdere, så var midlet i Laval sagen kollektive kampskridt.

Laval-sagen omhandlede en lettisk virksomhed, Laval, som vandt et EU-udbud angående opførelsen af en skole i Vaxholm i Sverige. Laval udstationerede omkring 35 arbejdstagere i Vaxholm for at udføre arbejdet. De lettiske arbejdstagere var ikke omfattet af en kollektiv

⁸⁰ C-55/94, Gebhard, pr. 37

⁸¹ C-164/99, Portugaia Construções, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis

⁸² C-341/05, Laval Un Partneri

svensk overenskomst, og det medførte kollektive kampkridt af de svenske fagforeninger i form af blokader, med krav om, at Laval indgik en overenskomst med vilkår, som svarede til de svenske. Der blev forelagt to præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen ang. de kollektive kampskridts lovlighed ift. TEUF art. 56.

Domstolen sagde blandt andet:

"Pr. 101: Det følger af Domstolens praksis, at da den frie udveksling af tjenesteydelser udgør et af de grundlæggende principper i Fællesskabet kan en restriktion for denne frihed kun være berettiget, hvis den forfølger et legitimt mål, som er foreneligt med traktaten eller er begrundet i tvingende alment hensyn, og det kræves i en sådan situation, at den skal være egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål, og at den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål. (Pr. 102) De i hovedsagen sagsøgte fagforeninger og den svenske regering har gjort gældende, at de omhandlede restriktioner er begrundet i, at de er nødvendige for at garantere beskyttelsen af en grundlæggende rettighed, der er anerkendt i fællesskabsretten, og at de har til formål at beskytte arbejdstagerne, hvilket er et tvingende alment hensyn. (Pr. 103) I denne henseende bemærkes, at retten til at iværksætte kollektive kampskridt, der har til formål at beskytte arbejdstagere i værtsmedlemsstaten mod en eventuel social dumping, kan udgøre et tvingende alment hensyn som omhandlet i Domstolens praksis, der i princippet kan begrunde en restriktion for en af de ved traktaten garanterede grundlæggende friheder."

Domstolen siger videre om Unionens mål, at:

Pr. 105: Da Fællesskabet således ikke blot har et økonomisk formål, men ligeledes et socialt og arbejdsmarkedsmæssigt formål, skal de rettigheder, der følger af traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, afbalanceres i forhold til de formål, der forfølges med social- og arbejdsmarkedspolitikken, herunder, således som det fremgår af artikel 136 EF (nu art. 151 TEU), bl.a. en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau, en passende social beskyttelse og dialogen på arbejdsmarkedet.

(Pr. 106) I hovedsagen har Byggnads og Byggettan gjort gældende, at formålet med den blokade, der blev indledt mod Laval, var at beskytte arbejdstagerne.

(Pr. 107)I denne henseende bemærkes, at en blokade, der er iværksat af en fagforening i værtsmedlemsstaten, der har til formål at garantere arbejdstagere, der er udstationerede som led i grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, arbejds- og ansættelsesvilkår på et bestemt niveau, i princippet er omfattet af formålet om beskyttelse af arbejdstagere.

Det betyder altså, at hvis der menes, at et kædeansvar vil være en hindring for den frie bevægelighed af tjenesteydelser, kan det dog stadig være lovligt, såfremt man opfylder kravet om, at kædeansvaret reelt kan være med til at virkeliggøre formålet om at forbedre arbejdsmiljøet, og såfremt proportionalitetsprincippet opfyldes.

Ser man på det nye udbudsdirektiv i forhold til kædeansvar, ser man først under de generelle regler, i art. 18, stk. 2, at der kræves at medlemsstaterne *træffer passende forholdsregler for at sikre, at økonomiske aktører i forbindelse med gennemførelsen af offentlige kontrakter overholder gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU- retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkeds-mæssige lovbestemmelser, der er nævnt i bilag X."*

For at sikre, at underleverandører også overholder forpligtelser omtalt i art. 18, stk.2, skal medlemsstaterne træffe passende foranstaltninger. Art. 71, stk. 1 siger:

Underentreprenørernes overholdelse af forpligtelserne, som omhandlet i artikel 18, stk. 2, sikres ved passende foranstaltninger, som de kompetente nationale myndigheder træffer inden for rammerne af deres ansvars- og aktivitetsområde.

Videre i art. 71, stk. 6. omtales kædeansvar direkte, hvor der står: *Med henblik på at undgå tilsidesættelse af de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 18, stk. 2, kan der træffes passende foranstaltninger, som f.eks.: a) Når en medlemsstats nationale lovgivning foreskriver en mekanisme for solidarisk hæftelse mellem underentreprenører og hovedentreprenøren, sikrer medlemsstaten, at de pågældende regler anvendes i overensstemmelse med betingelserne i artikel 18, stk. 2... "*

Medlemsstaterne er altså frit stillet i det nye udbudsdirektiv med henblik på, hvilke foranstaltninger de vil benytte sig af for at sikre overholdelsen af miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning. Kædeansvar er en mulighed, men ikke et krav. Men ved det nye udbudsdirektiv er det under alle omstændigheder ingen tvivl om, at et kædeansvar er en lovlig foranstaltning, hvis man i øvrigt handler i overensstemmelse med de almindelige principper i EU-retten.

4.5 EU-sekundærretten overordnet om arbejdsmiljøklausuler i offentlige kontrakter

Udbudsdirektivet, 2004/08/EF, som jeg allerede er kommet ind på tidligere, er den primære kilde sammen med forsyningsvirksomhedsdirektivet, 2004/17/EF, når det omhandler udbud af offentlige kontrakter, og for at finde ud af, hvad gældende ret overordnet set er vedrørende en arbejdsmiljøklausul som den på side 37, er det primært udbudsdirektivet, som undersøges.

Udbudsdirektivet er et omarbejdet direktiv, og er sammenskrevet, med visse mindre ændringer, af de tre direktiver om bygge og anlæg, indkøb og tjenesteydelser.⁸³ Det blev vedtaget d. 31. marts 2004 i EU og implementeret i dansk ret ved en bekendtgørelse om udbudsdirektivet.⁸⁴ Direktivet indeholder bestemmelser, som offentlige ordregivere skal følge om fx udarbejdelse og offentliggørelse af bekendtgørelser, frister, egnedsvurdering tildelingskriterier, tærskelværdier, udbudsformer osv. Det er ikke alle offentlige kontrakter, som er udbudspligtige efter udbudsdirektivet. Jf. art. 7 i udbudsdirektivet er det kun kontrakter, som har en værdi der overstiger en bestemt tærskelværdi, der er underlagt reglerne deri. EU-Kommissionen fastsætter ved forordning tærskelværdierne.⁸⁵

Direktivet nævner ikke direkte hverken arbejdsmiljøklausuler eller arbejdsklausuler, ligesom ILO-konventionen, som undersøges nærmere på side 63, gør det, men nævner i flere tilfælde sociale forhold, som ordregiver må tage med i betragtning i udbudsprocessen.

⁸³ 93/37/EØF, 93/36/EØF og 92/50/EØF

⁸⁴ BEK nr. 712 15/06/2011

⁸⁵ Tærskelværdierne for 2014 er fast ved Kommissionens Forordning nr. 1336/2013/EU og er at finde på Konkurrencestyrelsen hjemmeside <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Regler-og-vejledninger-mm/Taerskelvaerdierne/Taerskelvaerdier-2014>

Allerede i præamblen nævnes sociale forhold flere gange, fx betragtning 28 om integration eller reintegration på arbejdsmarkedet af handicappede, betragtning 33 om brug af vilkår til at skaffe beskæftigelse til personer med særlige integrationsproblemer, bekæmpe arbejdsløshed eller beskytte miljøet, og betragtning 46 om anvendelse af kriterier, der skal opfylde sociale krav hos særligt ugunstigt stillede befolkningsgrupper.⁸⁶

I princippet, hvis man i første omgang ikke tænker på, hvad der er lovligt og ikke, kan man sige, at den ordregivende myndighed kan inddrage sociale forhold i alle de stadier af udbudsprocessen, som nævnes i udbudsdirektivet. Det kan være gennem:

- Tekniske specifikationer: Det er de egenskaber, man ønsker ved det produkt man køber. Her kan man fx ved en nybygning sætte krav om adgangsmuligheder for handicappede.
- Udvælgelsesfasen: I denne fase vurderer man, hvorvidt tilbudsgiverne er egnede til at løse opgaven. Det kan være teknisk og/eller faglig formåen, der bliver udvalgt efter, jf. art. 48. Her kunne man fx stille som krav, at man skulle have et bestemt antal ansatte, som havde faglige eller uddannelsesmæssige kvalifikationer inden for arbejdssikkerhed.
- Tildelingsfasen: Til grund for tildelingen af kontrakten skal ordregiver enten udelukkende bruge den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hvis kriterier om sociale forhold skal inddrages, må det økonomisk mest fordelagtige tilbud anvendes, jf. 53(1)(a).
- Vilkår for udførelsen af kontrakten: Dette knytter sig ikke direkte til selve udbudsprocessen, men er vilkår som den, der vinder opgaven skal acceptere. Den som får opgaven påtager sig en forpligtelse for, hvordan kontrakten skal opfyldes.

En arbejdsmiljøklausul, som den jeg tager udgangspunkt i, er et kontraktkrav om, hvordan kontrakten skal udføres, og kommer derfor ind under den sidste kategori af de ovenstående. De forskellige faser må ikke blandes sammen, dette ses bl.a. i Beentjes sagen.

Beentjes sagen, C-31/87, var en sag mellem virksomheden Beentjes og det hollandske landbrugs- og fiskeriministerium. Tvisten omhandlede hovedsagligt, at Beentjes var blevet udelukket fra et udbud til fordel for det næstlaveste bud, på trods af at virksomheden havde det laveste bud. Begrundelsen for udelukkelsen var bl.a., at Beentjes ikke syntes i stand til at

⁸⁶ Se også betragtning 1,2, 5, 6, 28, 29, 32, 33, 34, 43, 44 og 46 om sociale og miljø forhold.

beskæftige så mange langtidsledige, som myndighederne havde sat som tildelingskrav i udbudsbekendtgørelsen. I den forbindelse indsendte den hollandske domstol nogle præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen.

Pr. 28 siger: "*Med hensyn til udelukkelse af en bydende, fordi han ikke er i stand til at beskæftige langtidsledige, bemærkes indledningsvis, at en sådan betingelse hverken vedrører undersøgelsen af entreprenørernes egnethed på grundlag af deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet, eller kriterierne for tildeling af den pågældende kontrakt...*"

Beskæftigelse af langtidsledige er et socialt hensyn, en horisontal politik, som myndighederne bruger de offentlige kontrakter til at opfylde ved at sætte betingelser til leverandørerne. Disse krav hænger, i dette tilfælde, ikke sammen med undersøgelsen af entreprenørens egnethed, på grundlag af de udtømmende regler, som opsættes i udbudsdirektivet art. 45 - 48 (dengang bygge- og anlægsdirektivet), eller kriterierne for tildeling af den pågældende kontrakt, art. 53 i udbudsdirektivet. Det betyder altså, at de krav om, hvordan kontrakten skal udføres, ikke skal forveksles med udvælgelses- eller tildelingskriterier, men alligevel kan være med i kontrakten som et kontraktvilkår, for den som vinder udbuddet, hvis:

Pr. 29 "*...en sådan betingelse for at være forenelig med direktivet skal være i overensstemmelse med alle fællesskabsrettens relevante bestemmelser, navnlig de forbud, der følger af de i Traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser.*"

Domstolen indicerer, at en sådan betingelse om beskæftigelse af langtidsledige kan være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, fordi det kan være nemmere for indenlandske virksomheder at opfylde kravet end for udenlandske, men lader det være op til de nationale domstole at tage stilling til, jf. pr. 30. Dette er en vigtig pointe at have med i diskussionen om lovligheden arbejdsmiljøklausuler. Som allerede omtalt omkring kædeansvar, kan der hurtigt blive tale om protektionisme, hvor man favoriserer indenlandske virksomheder ved at sætte krav til virksomhederne, som virker uoverskuelige for udenlandske virksomheder, som har lyst til at komme ind på markedet. I tilfælde af den klausul, som blev foreslået på side 37, kan der tænkes at blive et problem angående det kædeansvar, som hovedentreprenøren har, fordi ved at vælge fx en polsk virksomhed som

underleverandør, bliver det sværere at undersøge, hvordan de plejer at opføre sig i forhold til arbejdssikkerheden, og derfor vælger man hellere et dansk selskab, som man har erfaringer med, selv om de måske er dyrere, for således at undgå at skulle stå til ansvar for virksomhedens mulige manglende overholdelse af arbejdsmiljøklausulen.

Videre konkluderer domstolen i pr. 37: *"betingelsen om beskæftigelse af langtidsledige er forenelig med direktivet, hvis den ikke bevirker en direkte eller indirekte forskelsbehandling af bydende fra andre af Fællesskabets medlemsstater. En sådan supplerende særlig betingelse skal obligatorisk nævnes i udbudsbekendtgørelsen."*

Art. 26 i udbudsdirektivet kan siges at være en kodificering af bl.a. Beentjes dommen, for den siger, at sociale og miljømæssige krav til kontraktens udførelse er forenelige med EU-retten, hvis de opfylder de fællesskabsretslige regler og almindelige principper og kravene, der er nævnt i udbudsbekendtgørelsen. Art. 26 lyder:

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

Art. 26 hænger sammen med betragtning 33 i præamblen, som giver eksempler på, hvad for nogle særlige betingelser talen kan være om:

"Vilkårene for udførelse af en kontrakt er i overensstemmelse med dette direktiv, hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende, og hvis de er anført i udbudsbekendtgørelsen 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. Som eksempler kan bl.a. nævnes krav om - ved udførelsen af kontrakten - at ansætte langtidsledige eller iværksætte uddannelsesinitiativer for ledige eller for unge, at overholde substansen i de grundlæggende ILO-konventioner, hvis de ikke er gennemført i national ret, og at ansætte flere handicappede, end den nationale lovgivning kræver."

Der stilles altså krav om, at betingelserne skal:

1. Vedrøre kontraktens udførelse,
2. være forenelige med fællesskabsretten, og skal
3. nævnes i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

Ad. 1 - Vedrøre kontraktens udførelse

Det betyder, at de krav, som stilles i kontrakten til udførelse af opgaven, skal have en vis tilknytning til de opgaver, der kræves for at fremstille den vare eller levere den tjenesteydelse, som bliver udbudt. Hvis man fx stillede et krav om, at der skulle ansættes et bestemt antal handicappede til en opgave i forbindelse med en anden kontrakt, så ville det ikke vedrøre kontraktens udførelse, eller hvis man ved en byggekontrakt krævede, at der blev bygget vuggestuepladser til personalets børn, så ville det ikke være en opgave, som er forbundet med de opgaver, som er nødvendige for at udføre de pågældende opgaver, og vedrører dermed ikke kontraktens udførelse.⁸⁷

Ad. 2 - være forenelige med fællesskabsretten

De krav, som stilles i kontrakten, må, ud over at være forenelig med EU-lovgivning generelt, være forenelige med bl.a. de før omtalte, grundlæggende EU principper som ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, de frie bevægeligheder osv.

Ad. 3 nævnes i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne

Kap. VI i udbudsdirektivet indeholder regler om udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelsernes indhold, offentliggørelse, tidsfrister, oplysningskrav osv.

Udbudsbekendtgørelsen udfyldes ved EU-udbud gennem en standardformular, og skal give potentielle tilbudsgivere mulighed for at danne sig et billede af opgaven, for at kunne vurdere, hvorvidt opgaven kunne være interessant at afgive et bud på. Udbudsbetingelserne skal supplere udbudsbekendtgørelsen og give mere detaljerede oplysninger om den ønskede anskaffelse, og hvordan kontrakten skal udføres.⁸⁸

⁸⁷ Eksempler taget fra EU-Kommissionens vejledning, "*Sociale hensyn ved indkøb. En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb*" s. 43f.

⁸⁸ Nielsen, Ruth, 2010, Udbud af offentlige kontrakter, s. 156 ff.

4.6 Folkeretten

ILO (International Labour Organisation) blev oprettet i 1919, og blev efter 2. verdenskrig en særorganisation under FN. ILO beskæftiger sig med arbejdsmarkedsspørgsmål, og dens medlemmer er stater. ILO vedtager konventioner og rekommandationer, som medlemsstaterne kan vælge at ratificere.⁸⁹

ILO konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter gør det obligatorisk for medlemsstater, som har ratificeret konventionen, at bruge arbejdsklausuler. Art. 2, stk. 1, som er den centrale bestemmelse i konventionen, siger:

Kontrakter, på hvilke nærværende konvention finder anvendelse, skal indeholde bestemmelser, der tilsikrer vedkommende arbejdere en løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres,

a) i henhold til kollektiv overenskomst eller anden anerkendt forhandlingsform mellem arbejdsgiver- og arbejderorganisationer, der repræsenterer en væsentlig del af henholdsvis arbejdsgiverne og arbejderne i vedkommende fag eller industri; eller

b) i henhold til voldgiftskendelse; eller

c) i henhold til nationale love eller administrative forskrifter.

Der skal altså i de offentlige kontrakter, som kommer ind under konventionens anvendelsesområde, sikres, at kontraktpartneren sikrer sine arbejdere løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er værre, i henhold til kollektive overenskomster, voldgiftskendelser, nationale love eller administrative forskrifter,⁹⁰ end for andre, som laver det samme arbejde. Arbejdsklausuler dækker altså over et bredere område end arbejdsmiljøklausuler, og ud fra ordlyden kan man sige, at det især er løn og arbejdstid, som er i fokus, mens arbejdsmiljø nok kommer ind under andre arbejdsvilkår. Begrebet *andre arbejdsvilkår* er dog ikke defineret nærmere i konventionen.

⁸⁹ Nielsen, Ruth, 2012, *Dansk arbejdsret*, s. 92

⁹⁰ Jf. art. 2, stk. 1 i ILO konvention nr. 94,

Danmark ratificerede i 1955 ILO konvention nr. 94., og den blev implementeret i dansk ret i 1966 gennem en cirkulærbeskrivelse, som blev udsendt til alle ministerier.⁹¹

ILO konvention nr. 94 gælder kun obligatorisk for centrale statslige myndigheder, jf. art. 1, stk. 2, og er dermed ikke bindende for regionale, kommunale og andre offentligretlige myndigheder. Det er altså langt færre ordregivere, som er bundet af reglerne i konventionen, end det er i udbudsdirektiverne.

Efter Rüffert -dommen⁹² kan der sættes spørgsmålstegn ved ILO-konvention 94 forenelighed med EU-retten. Sagen omhandlede den tyske delstat Land Niedersachsens udbudslovgivning. Lovgivningen forpligtede de offentlige myndigheder til kun at tildele byggeprojekter til virksomheder, som havde afgivet erklæring om at ville overholde en mindsteløn, som svarede til den kollektive overenskomst på området.

Domstolen kom frem til, at: *[Udstationeringsdirektivet] sammenholdt med artikel [56 TEUF], 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.*

Rüffert dommen omhandlede mindsteløn, og selv om begge situationer omhandler beskyttelse af arbejdstagere, så kan det være, at domstolen ville være kommet til en anden konklusion, hvis sagen omhandlede arbejdsmiljø. Jf. pr. 43 i dommen må det kunne dokumenteres, at den pågældende foranstaltning udgør et tvingende alment hensyn, hvis den skal være i overensstemmelse med EU-retten. Der skal bemærkes, at Tyskland ikke har ratificeret ILO konvention 94, og dommen nævner heller ikke konventionen med et ord.

Efter art. 351 TEUF viger EU-retten for folkeretlige forpligtelser, som medlemsstaterne har påtaget sig før indlemmelsen i EU. Hvis arbejdsklausulerne i ILO-konvention nr. 94 derfor

⁹¹ Cirkulærskrivelse om gennemførelse af Den Internationale Arbejdskonference vedtagne konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter til samtlige ministerier

⁹² C-346/06, Rüffert

skulle vise sig at være uforenelige med fx udstationeringsdirektivet⁹³ eller udbudsdirektivet⁹⁴ i EU-retten, så har ILO-konventionen forrang. Men art. 351 TEUF siger også, at 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"*

Hvis man ser på det nye udbudsdirektiv, så siger art. 18, stk. 2, at medlemsstaterne ved gennemførelsen af offentlige kontrakter træffer foranstaltninger, som sikrer at de økonomiske aktører *"overholder gældende forpligtelser ... i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsmæssige lovbestemmelser, der er nævnt i bilag X."*

Bilag X, som bærer overskrift *"Liste over internationale sociale og miljømæssige konventioner omhandlet i art. 18, stk. 2"*, nævner flere ILO-konventioner, men det er dog bemærkelsesværdigt at se, at ILO-konvention 94 ikke er nævnt deri.

I Danmark er ILO-konvention 94 implementeret i dansk ret, og art. 18, stk. 2 i det nye udbudsdirektiv siger, at medlemsstaterne skal træffe foranstaltninger for at sikre at *national lovgivning* overholdes. Derigennem kan man argumentere for og sige at myndighederne, jf. art. 18, stk. 2, skal sikre overholdelsen af ILO-konvention 94 i Danmark.

4.7 Delkonklusion

Ud fra den juridiske analyse kan der konkluderes, at en arbejdsmiljøklausul som den på side 37 i hvert fald ikke direkte er ulovlig i forhold til EU-retten.

I forhold til ophævelse af kontrakt i forbindelse med væsentlige forseelser, er der ikke noget problematisk ved at benytte sig af ophævelse i en klausul i en offentlig kontrakt, og spørgsmålet er mere, hvornår der kan være pligt til at ophæve en kontrakt.

Med hensyn til fremadrettet ekskludering kan ordregiver, jf. udbudsdirektivets art. 45(2)(d), frasortere virksomheder, som har begået en alvorlig fejl, og jf. Forposta-sagen kan denne alvorlige fejl være manglende overholdelse af kontraktmæssige forpligtelser. Jeg mener

⁹³ Direktiv 1996/71/EF

⁹⁴ Direktiv 2004/18/EF

således, at man kan argumentere for, at manglende overholdelse af kravene i en arbejdsmiljøklausul kan være sådan en alvorlig fejl, og at man dermed kan retfærdiggøre en ekskludering af vedkommende virksomhed fra fremtidige udbud.

Kædeansvar, som fremstillet i arbejdsmiljøklausulen på side 37, er en foranstaltning, som skal fremme et bedre arbejdsmiljø. Jf. udstationeringsdirektivet art. 3(1) er medlemsstaterne pålagt at sikre udstationerede arbejdstagere ens vilkår sammenlignet med arbejdstagere i værtslandet. Foranstaltningerne må, jf. retspraksis, hverken være direkte eller indirekte diskriminerende. Hvis et kædeansvar, som havde til formål at forbedre arbejdsmiljøet, skulle anses som indirekte diskriminerende, så ville det nok kunne retfærdiggøres som et tvingende alment hensyn, hvormed det kunne anses som lovligt.

Det nye udbudsdirektiv åbner mere op for ordregivers mulighed for at inddrage sociale hensyn i udbudsprocessen, og både kædeansvar og ophævelse er i det nye udbudsdirektiv, i modsætning til i det nuværende, direkte nævnt som en mulighed. Med det nye udbudsdirektiv vælger EU altså en kurs, som gør det nemmere og juridisk mindre problematisk at benytte sociale klausuler.

Ud fra analysen mener jeg, at der kan konkluderes, at arbejdsmiljøklausulen er i overensstemmelse med EU-retten. Det er dog vigtigt have for øje, at de almindelige EU-retlige principper altid skal følges, og her er det især proportionalitetsprincippet, som kan blive problematisk, særligt med hensyn til fremadrettet ekskludering, da det er en meget bebyrdende foranstaltning. Straffeforanstaltninger i klausulen må derfor benyttes med omtanke og kun under de rette omstændigheder.

Kapitel 5. Spilteoretisk analyse

5.1 Indledning

I den juridiske analyse i det forrige kapitel blev der fastslået, at en arbejdsmiljøklausul som den på side 37 nok ikke er i strid med EU-retten. I dette kapitel vil jeg undersøge, hvilke overvejelser parterne, som så skal bruge sådan en klausul, kan forventes at have, før de gør brug af eller indordner sig efter den. For at illustrere, hvilke beslutninger parterne tager og hvilke hensyn, der må tages i forhold til den anden parts beslutninger, vil jeg overskueliggøre beslutningsprocessen for begge parter ved spilteori, og lave et spiltræ som illustration. De tal, som bruges i spillet, kan ikke altid hentes direkte fra det virkelige liv, og er derfor i nogle tilfælde fiktive, men bruges til at illustrere, hvordan en potentiel situation kunne se ud. Til brug i en virkelig situation kan hver enkelt sætte sine egne værdier ind, så de passer i forhold til den konkrete situation.

5.2 Spillet ⁹⁵

Jeg vil lave en spilteoretisk model med spil i ekstensiv form, som beskriver den situation parterne er i og hvilke strategiske beslutninger, de skal tage, og hvordan de bedst forholder sig til hinanden. Der laves nogle antagelser i spillet om spillernes rationalitet og hvad de ved om de andre spillere, og disse antagelser er, 1) at spillets struktur er fælles viden (dvs. pay-off, spillere, strategier), 2) spillerne vil nyttemaksimere, og 3) at alle logisk deducerbare implikationer om spillet er fælles viden,⁹⁶ hvilket vil sige, at spillerne ved, hvad den logiske konsekvens af de præmisser som opstilles er.

Ved spil i ekstensiv form er tidspunktet for parternes beslutninger, i modsætning til spil i normal form, ikke samtidigt. Et spil i ekstensiv form indeholder følgende elementer⁹⁷:

1. Agenterne i spillet
2. En angivelse af, hvornår hver spiller kan træffe en beslutning
3. En angivelse af, hvilke strategimuligheder spillerne har ved hver beslutningsanledning

⁹⁵ Det spilteoretiske afsnit er inspireret fra spil i bogen *Games for Business and Economics* af Roy Gardner, s.279ff.

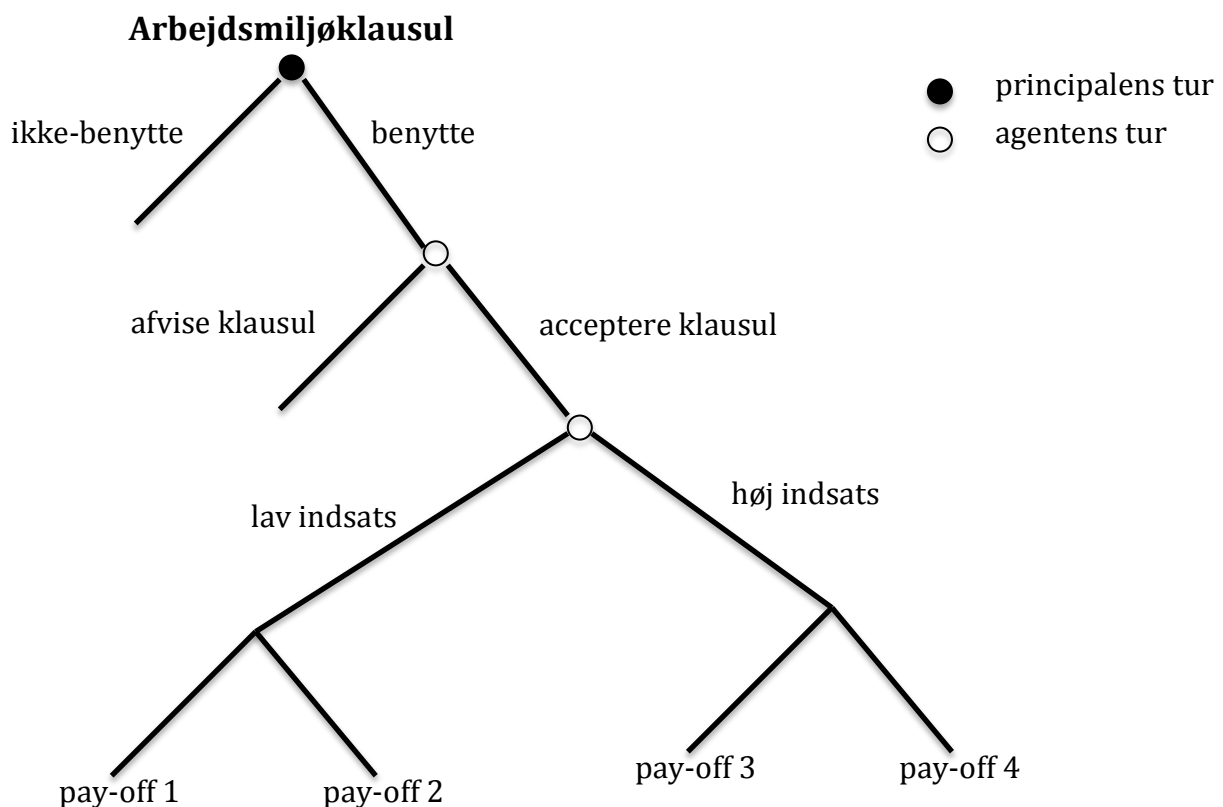
⁹⁶ Knudsen, Christian, *Økonomisk metodologi: Bind 2*, s.103

⁹⁷ Knudsen, Christian, *Økonomisk metodologi: Bind 2*, s.92f.,

4. Hver spillers pay-off, som er resultatet af enhver kombination af spillernes handlinger

Spillet repræsenteres ved et spiltræ som vist i figur 5.1 nedenfor (værdierne kommer på længere fremme), og ved hvert knudepunkt skal der træffes en beslutning:

Figur 5.2.1 - Spiltræ: Principal mod agent (uden værdier)



Ad. 1- Parterne i spillet:

Parterne i spillet er:

Principalen, som kan være staten, regionerne, kommunerne eller anden offentlig myndighed, som sender en opgave i udbud.

mod

agenten, som i denne sammenhæng er alle virksomheder, som beskæftiger østarbejdere, det være sig østeuropæiske virksomheder, som vinder et udbud, østeuropæiske virksomheder, som bliver valgt som underleverandør, eller danske virksomheder, hvor østarbejdere er ansatte.

Som i den økonomiske analyse i kap. 3 er der stadig talen om et principal-agent forhold, hvor myndighederne (principalen) her skal vælge, om man vil benytte en arbejdsmiljøklausul eller ikke, og det er virksomhederne som beskæftiger østarbejdere (agenten), som skal overholde denne klausul, og som derigennem påvirker principalens ønskede resultat. Principalen kan ikke være sikker på, hvilken indsats agenten lægger i at overholde klausulen. Derfor vil begreberne principal og agent fortsat blive brugt om parterne i dette afsnit.

Ad. 2 Beslutningstidspunkt

Parterne træffer ikke beslutninger samtidigt. Den sorte brik i spiltræet viser principalens beslutningstidspunkt, mens den hvide viser agentens. Det er altså først principalen, som skal bestemme sig for, hvorvidt han vil benytte sig af arbejdsmiljøklausulen, hvorefter agenten skal tage stilling til, om han vil acceptere klausulen eller ikke, og derefter om han vil yde en høj eller en lav indsats.

Ad. 3 Strategimuligheder

Strategierne, som spillerne har, repræsenteres ved de grene, som udspringer fra hvert knudepunkt på spiltræet. For principalen er det kun to valgmuligheder i dette spil, nemlig om han vil benytte sig af arbejdsmiljøklausulen, eller om han ikke vil benytte sig af den. Agentens valgmuligheder kommer i spil, såfremt principalen vælger at benytte klausulen. Derefter kan agenten vælge at acceptere eller afvise klausulen. Hvis klausulen accepteres, skal agenten vælge, om han vil yde en høj eller lav indsats for at overholde klausulen.

Ad. 4 Spillernes pay-off

Pay-off er de resultater, som følger af de beslutninger, som spillerne tager i spillet. Pay-off kan være de penge man tjener, eller de omkostninger man sparer som resultat af de beslutninger der tages, men pay-off kan også være andet end penge, som f.eks. antal år, som man kender det fra fangens dilemma, eller det kan være noget helt andet.

Principalens pay-off: I dette spil udmønter resultatet for principalen sig i renommé i forhold til arbejdsmiljøet, og alt andet lige nyttemaksimerer principalen ved, at renomméet bliver så godt som muligt. De faktorer, som påvirker renomméet, er antallet af arbejdsskader og hvor succesfulde de foranstaltninger, som principalen iværksætter for at forbedre arbejdsmiljøet,

er. Indberegnet i, hvorvidt et tiltag er succesfuldt, er både foranstaltningens påvirkning på arbejdsmiljøet, og hvor høje omkostninger det medfører for skatteborgeren. Renomméet er altså vigtigt for principalen, og derfor ønsker han fx at undgå at havne på avisforsiderne pga. sjusk med arbejdsmiljøet på arbejdspladserne i kommunen, fordi det vil sætte ham i dårligt lys og ødelægge hans renommé.

I spillet er tre mulige udfald (R, revenue) for principalen; enten bliver renomméet

- 1) godt, (R(G)), (grøn smiley), 
- 2) middel, (R(M)) (gul smiley) eller 
- 3) dårligt, (R(D)), (rød smiley) 

- Ved en grøn smiley, godt renommé, sker der få arbejdsulykker, og principalen bliver rost for sine foranstaltninger, der har til hensigt at fremme et bedre arbejdsmiljø.

- Ved gul smiley er situationen status quo, tilstanden er som den har været i flere år. Folk er ikke tilfredse med, at arbejdsmiljøet ikke er i top, og der er et ønske om forbedringer. Men situation kunne også være værre.

- Ved rød smiley er principalen upopulær, og der sker mange arbejdsulykker, og han havner på avisforsiderne for at have et dårligt arbejdsmiljø. Antallet af arbejdsulykker er det samme som før (som ved gul smiley), men det skaber negativ omtale at have iværksat initiativer, som ikke skaber resultater, men som kun koster myndighederne tid og kræfter, og som dermed er spild af skatteborgernes penge, plus at der måske lægges ekstra administrative byrder på virksomhederne, og at det hindrer konkurrencen på markedet unødvendigt.

Principalen foretrækker altså få ulykker, og dette kan udtrykkes som:

grøn smiley > gul smiley > rød smiley

Agentens pay-off: er i denne sammenhæng de omkostninger, som det medfører for agenten at overholde arbejdsmiljøklausulen. Der nyttemaksimeres ved at minimere omkostninger, som i denne sammenhæng beregnes ved:

$$\begin{array}{rcl}
& \text{omkostninger ved straf pga. manglende overholdelse af arbejdsmiljøklausul} \\
& \text{(omk(ikke-overh.)} \\
+ & \text{omkostninger ved lav/høj indsats i forhold til arbejdsmiljøet (H/L)} \\
= & \text{samlede omkostninger (nytte, pay-off)}
\end{array}$$

Agenten kan, med hensyn til kravene i klausulen, enten yde en

1) høj indsats eller

2) lav indsats

Det er billigere for agenten, som udgangspunkt, at yde en lav indsats end en høj, dvs. hvis der ikke er tale om nogle strafsanktioner. Ved en lav indsats forstås, at der fx på arbejdspladsen ikke stilles det krævede sikkerhedsudstyr til rådighed, eller at man ikke informerer arbejderne om, hvordan man sikrer et sikkert arbejdsmiljø. Det betyder en besparelse i form af tid og udstyr osv., sammenlignes ved hvis man ydede en høj indsats. Ved høj indsats overholder man de krav, som stilles til arbejdsmiljøet i arbejdsmiljøklausulen, og dermed betaler man den pris, som det koster i både kroner og i tid.

I dette spil antages, at det koster agenten 80.000 at levere en høj indsats, mens det koster 20.000 at levere en lav indsats, dvs. $H=80.000$ og $L=20.000$. Disse tal er fiktive og skal bruges som hjælp til at illustrere de centrale principper i spillet.

Sandsynligheden for godt/dårligt renommé ved henholdsvis høj og lav indsats

Sandsynligheden for et godt renommé for principalen ved en høj indsats fra agenten skrives som:

$$p[R(G)|H] \quad (p = \text{probability, sandsynlighed})$$

og sandsynligheden for et dårligt renommé for principalen ved en lav indsats fra agenten skrives:

$$p[R(D)|L]$$

Sandsynligheden for, at det ender godt/dårligt for principalen ved høj/lav indsats fra agenten kan ikke uden videre forudsiges, fordi det afhænger af faktorer, som er eksterne i forhold til

denne analyse, men jeg vælger at sætte tallene 90 % og 10 % ind. Dette betyder, at der ved høj indsats er 90 % sandsynlighed for et godt renommé (få ulykker) og 10 % sandsynlighed for et dårligt renommé (mange ulykker), og ved lav indsats er der 10 % sandsynlighed for et godt renommé og 90 % sandsynlighed for et dårligt renommé. Det kan skrives således:

$$p[G]|H = 90 \% \text{ og } p[D]|H = 10 \%$$

$$p[D]|L = 90 \% \text{ og } p[G]|L = 10 \%$$

Der behøves ikke nødvendigvis at være den samme sandsynlighedsfordeling mellem høj og lav, men det har jeg valgt at gøre i dette spil, da tallenes størrelse ikke har forankring i virkeligheden, men primært skal tjene som illustration af spillets centrale pointer. Der antages dog berettiget, at der er en langt større sandsynlighed for, at principalen får et godt renommé, grøn smiley, hvis han kan få agenten til at levere en høj indsats.

Forventet nytteværdi for spillerne

Principalens (pr) forventede nytteværdi, EV (expected value), ved høj indsats fra agenten er:

$$EV_{pr}(H) = p[G]|H * (R(G)) + p[D]|H * (R(D))$$

$$EV_{pr}(H) = 0,9 * (R(G)) + 0,1 * (R(D)),$$

og ved lav indsats:

$$EV_{pr}(L) = p[D]|L * (R(D)) + p[G]|L * (R(G))$$

$$EV_{pr}(L) = 0,9 * (R(D)) + 0,1 * (R(G))$$

Principalen kan altså være 90% sikker på et godt resultat, hvis agenten yder en høj indsats, mens sandsynligheden er 10 % for, at resultatet bliver dårligt. Og med lav indsats er resultatet omvendt.

Der er *ufuldkommen information* mellem parterne, og det betyder, at principalen ikke kan observere alt, som agenten gør og hvilken indsats han yder, derfor kan principalen ikke "belønne" (belønningen er i denne sammenhæng straf) agenten i forhold til hans indsats. Det eneste, principalen kan observere, er resultatet, dvs. at principalen kan observere, hvor mange ulykker der sker. Ud fra resultatet kan principalen sige, hvilken indsats, der med stor sandsynlighed er ydet, og om agenten sandsynligvis har overholdt arbejdsmiljøklausulen eller ikke, men han kan ikke være sikker, fordi agenten kan også have været så uheldig, at der, selv

om der blev ydet en høj indsats, alligevel skete en arbejdsulykke, eller omvendt har han været heldig, ved at yde en lav indsats uden at der skete en ulykke.

Agenten (ag) kan ved høj indsats forvente, at de forvente omkostninger, FO, bliver:

$$FO_{ag}(H) = p[G]|H] * omk(overholdelse) + p[D]|H] * (ikke-overholdelse) + H$$

$$FO_{ag}(H) = 0,9 * omk(overholdelse) + 0,1 * (ikke-overholdelse) + H$$

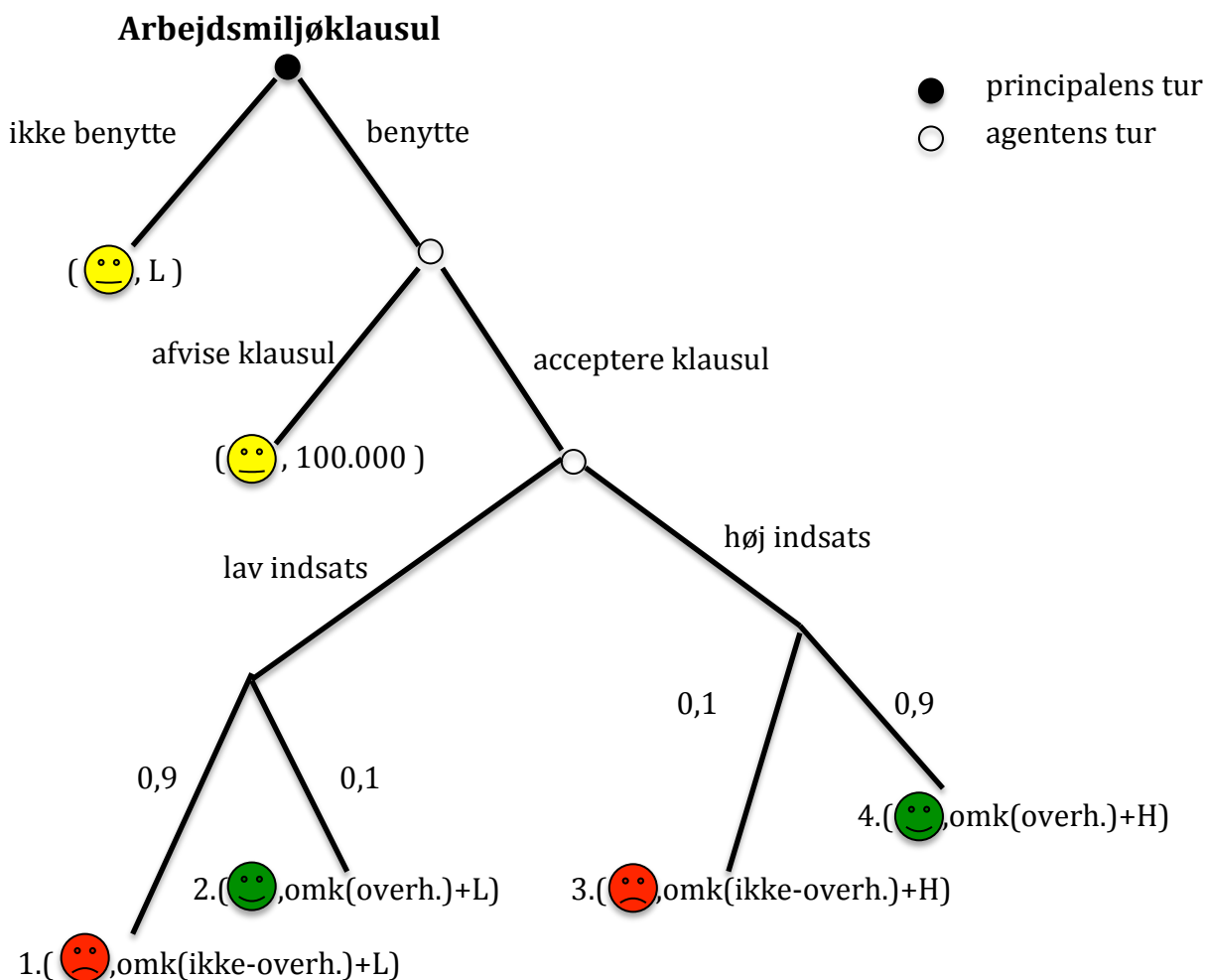
og ved lav indsats:

$$FO_{ag}(L) = p[D]|L] * omk(ikke-overholdelse) + p[G]|L] * omk(overholdelse) + L$$

$$FO_{ag}(L) = 0,9 * omk(ikke-overholdelse) + 0,1 * omk(overholdelse) + L$$

Hvis vi nu sætter alle tallene ind i spiltræet, ser det nu sådan ud:

Figur 5.2.2: Spiltræ - principal mod agent (med værdier)



note: (x,y) = (principalens renommé, agentens omkostninger).

Omkostningerne 100.000 for agenten ved at afvise klausulen er alternativomkostningerne, og er de omkostninger agenten har hvis han fx heller vælger at tage en anden opgave eller slet ikke lave noget. Dvs. hvis omkostningerne, som følger af arbejdsmiljøklausulen, overstiger dette tal, kan det bedre betale sig at afvise klausulen (og dermed hele arbejdsopgaven).

5.3 Løsning

For at finde *Nash-ligevægten*⁹⁸ benyttes baglæns induktion, som betyder, at man inducerer fra slutningen af spillet, og den spiller, som har det sidste træk vælger det træk, som giver ham den største nytte, og så går man videre til det næstsidste træk og vælger det træk, som giver spilleren størst nytte der osv., indtil man har arbejdet sig til tilbage til starten. Ved baglæns induktion finder man et *underspils perfekte ligevægt* (subgame perfekt equilibrium), som er en forfining af Nash-ligevægt begrebet, og som kræver, at enhvers spillers strategi er det bedste svar i forhold til de andre spilleres strategi ved ethvert beslutningstidspunkt i spillet, og ikke kun ved spillets start.⁹⁹

Skal agenten vælge høj eller lav indsats?

Principalen ønsker at havne på den grønne smiley, mens agenten ønsker at minimere egne omkostninger. Agenten har lavere omkostninger ved at yde en lav indsats, og derfor ville det, som umiddelbart er optimalt for agenten, være, at havne på pay-off nr. 2 ved at levere en lav indsats. Men for principalen er der en alt for lille sandsynlighed for, at man havner på pay-off nr. 2, altså den grønne smiley, ved en lav indsats fra agenten, og principalen ønsker derfor, at agenten yder en høj indsats, fordi det med meget større sandsynlighed giver et godt renommé i stedet for dårligt. Da han ikke kan monitorere agentens indsats, må han give incitamenter til agenten, som sikrer, at det betaler sig bedre for agenten at yde en høj indsats i stedet for en lav. Principalen skal altså lave en *tilskyndelse til forenelighed* (i litteraturen normalt kaldet "incentive compatibility constraint"), så at de forventede omkostninger for agenten er lavere ved høj indsats end ved lav. En "incentive compatibility constraint" fortæller præcist, hvilke incitamenter der skal være, for at agenten vil yde den ønskede indsats.¹⁰⁰ Incitamenterne skal resultere i, at:

⁹⁸ Nash-ligevægt er den situation hvor ingen spillere har incitament til at skifte strategi, altså ingen spiller kan få højere pay-off givet de andre spilleres valgt strategier

⁹⁹Knudsen, Christian, *Økonomisk Metodologi*, s. 96ff.

¹⁰⁰ Gardner, Roy, *Games for Business and Economics*, s. 274

$$FO_{ag}(H) < FO_{ag}(L)$$

Hvis vi så sætter tallene ind, så bliver det:

$$0,9 * \text{omk}(\text{overholdelse}) + 0,1 (\text{ikke-overholdelse}) + 80.000 < 0,9 * \text{omk}(\text{ikke-overholdelse}) + 0,1 * \text{omk}(\text{overholdelse}) + 20.000 \Leftrightarrow$$

$$\text{omk}(\text{overholdelse}) < \text{omk}(\text{ikke-overholdelse}) - 75.000$$

Det betyder altså i dette tilfælde, at straffen, som er indsat i klausulen, for ikke at overholde kravene i arbejdsmiljøklausulen, skal være så høj, at omkostningerne, som agenten har ved at yde en lav indsats, overstiger omkostningerne ved at yde en høj indsats med mindst 75.000, for ellers vil agenten ikke ønske at yde en høj indsats.

Hvis agenten er overbevidst om, at de foranstaltninger, som er i klausulen, i form af kædeansvar, ophævelse af kontrakten og fremadrettet ekskludering, medfører så store omkostninger for ham ved manglende overholdelse, at det bedre kan betale sig at overholde klausulen, så vil han, givet at han er nyttemaksimerende, yde en høj indsats. I kapitel 3 gennemgås indholdet af arbejdsmiljøklausulen, og deri argumenteres for, hvorfor de foranstaltninger, som er indsat i klausulen, giver mening og sandsynligvis vil medføre, at agenten gerne vil overholde klausulen og dermed yde en høj indsats.

Skal agenten acceptere eller afvise klausulen?

Det næste skridt er så, om agenten skal vælge at acceptere eller afvise klausulen. For at agenten skal acceptere klausulen skal:

$$FO_{ag}(H) < \text{end de maksimale omkostninger agenten vil betale for at acceptere klausulen}$$

Hvor høje omkostninger vil agenten så acceptere, før han hellere vælger at afvise klausulen?

Vi så i kap. 3, side 62, at en arbejdsmiljøklausul skal med i udbudsbekendtgørelsen, når de offentlige myndigheder laver et udbud, jf. art. 26 i udbudsdirektivet, og derfor er det en take-it-or-leave-it kontrakt, som man kan vælge at acceptere eller ikke. Der kan ikke forhandles om, at præcis den klausul skal droppes, derfor betyder det, at hvis man vil afvise klausulen, så afviser man hele arbejdsopgaven. Hvis principalen har valgt at benytte arbejdsmiljøklausulen,

og den er med i udbudsbekendtgørelsen, og agenten indleverer et tilbud, hvor han dog ikke accepterer klausulen, så er talen om et ikke-konditionsmæssigt tilbud, som både kan og skal afvises af ordregiver. Dette følger både af art. 26 og praksis i Klagenævnet for Udbud i bl.a. kendelse af 8.10.2004, Virklund Sport mod Randers Kommune, hvor et tilbud, som kom ind efter at fristen for indlevering var udløbet, og dermed ikke var i tråd med udbudsbetingelser i udbudsbekendtgørelsen, måtte afvises.

Derudover kan nævnes, at Konkurrencestyrelsen skriver i en rapport¹⁰¹ om sociale klausuler, at: *Den virksomhed, som ordregiver vælger at indgå kontrakt med, skal acceptere en social klausul i ordregivers udbud. Det er som udgangspunkt tilstrækkeligt, at en tilbudsgiver – når den pågældende afgiver sit tilbud – fremadrettet forpligter sig til at opfylde vilkåret, hvis kontrakten tildes tilbudsgiveren. Det er således ikke et krav, at vilkåret skal være opfyldt på tidspunktet for selve indgivelsen af tilbuddet. Hvis tilbudsgiveren i sit tilbud ikke accepterer vilkåret, fx ved at tage et forbehold, er tilbuddet ikke i overensstemmelse med udbudsbetingelserne og er dermed ukonditionsmæssigt. Ordregiver er i givet fald som udgangspunkt både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet.*¹⁰²

Hvis vi så går væk fra juraen og tilbage til økonomien, kan man argumentere for, at den omkostning, som det medfører at overholde klausulen, vil blive medregnet i det tilbud, som afgives i udbuddet eller til hovedleverandøren, og derfor vil prisen på arbejdet bare blive tilsvarende højere. Derfor kan man argumentere for, at agenten altid vil acceptere klausulen, og så bare have en tilsvarende højere pris. Det er dog ikke alle fremtidige konsekvenser, som man kan forudse, fx med kædeansvar kan man stilles til ansvar for fejl, som underleverandører laver, og det kan være svært at overskue i forvejen. Derfor kan det være hensigtsmæssigt at sætte en maksimums grænse for, hvor høje omkostninger, man vil acceptere, før man anser projektet for ikke at være profitabelt.

¹⁰¹ Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud. Rapport er udarbejdet af en tværministirel arbejdsgruppe, og kap. 2 om de "Retlige rammer for sociale klausuler i udbud" er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen hovedansvarlig/skribent for, jf. s.42 i rapporten

¹⁰² s. 8, Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud.

I dette spil antages, at hvis agentens omkostninger overstiger 100.000, så er projektet ikke længere profitabelt for agenten, og det kan bedre betale sig for ham slet ikke at lave arbejdet. I sådan en situation vil han derfor vælge at afvise klausulen og dermed hele kontrakten.

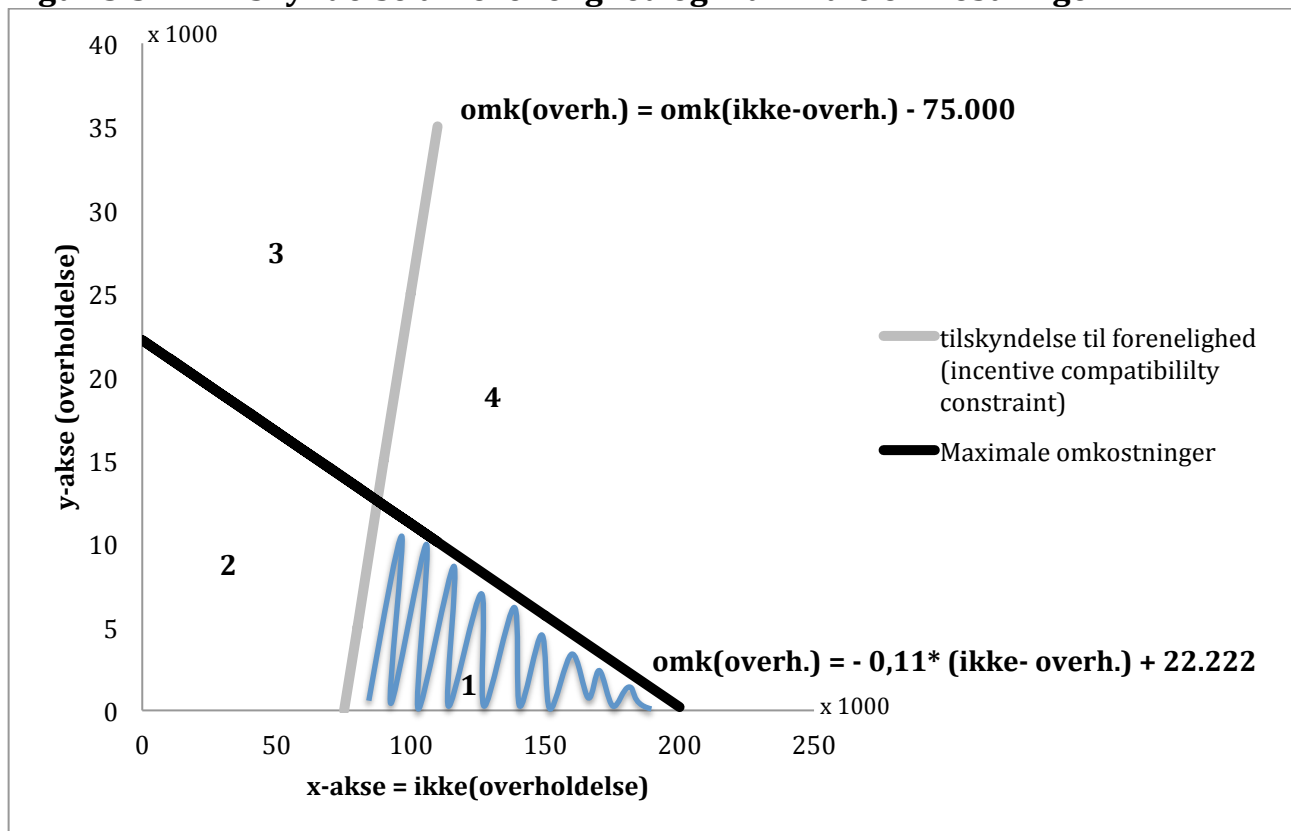
Det betyder, at:

$$FO_{ag}(H) < 100.000$$

$$0,9 * \text{omk}(\text{overholdelse}) + 0,1 * (\text{ikke-overholdelse}) + 80.000 < 100.000$$

$$\text{omk}(\text{overholdelse}) < -0,11 * (\text{ikke-overholdelse}) + 22.222$$

Figur 5.3.1 - Tilskyndelse til forenelighed og maximale omkostninger



I den ovenstående figur er de to ligninger sat ind i en graf, dvs. ligningen for agentens maximale omkostninger for at deltage, og ligningen for de minimale omkostninger, som incitamenterne må have, for at agenten vil yde en høj indsats. For at opfylde begge betingelser skal agentens forventede omkostningerne ligge inden for det blå skraverede felt. Hvis omkostningerne ligger i det blå skraverede felt, vil agenten jf. spillets forudsætninger acceptere klausulen. Hvis omkostningerne ligger i område 2, området til venstre for det skraverede felt, så vil agentens forventede omkostninger være acceptable, altså ligge under

hans maximale offeromkostninger. Han vil acceptere klausulen, men vil yde en lav indsats, fordi straffeforanstaltningerne giver for lille et incitament til at yde en høj indsats. I område 3 er incitamenterne også for små til, at agenten vil yde en høj indsats, plus at agenten vil afvise klausulen, og dermed hele kontrakten, fordi det overskrider hans maksimale omkostningsgrænse. I område 4 er incitamenterne til at yde en høj indsats i orden, men agentens maksimale omkostninger er overskredet og kontrakten vil være afvist. Figuren nedenfor illustrere, hvad der sker hvis agentens forventede omkostninger, havner på de forskellige områder i figur 5.3.1, og hvordan agentens reaktion vil være:

Figur 5.3.2

	Over de max. omkostninger	Under de max. omkostninger
Incitament til lav indsats	område 3 (lav, afvis)	område 2 (lav, accepter)
Incitament til høj indsats	område 4 (høj, afvis)	område 1 - det blå skraverede (høj, accepter)

Det vil sige, at det er indenfor det blå skraverede område, de forventede omkostninger for agenten skal ligge. Det er bedre for konkurrencen på et marked, at myndighederne lægger så få byrder på virksomhederne som muligt, derfor burde principalen have interesse i at straffe så lidt som muligt, men alligevel straffe så meget, at agenten har incitament til at yde en høj indsats.

Ved at sige, at agenten ingen straf får ved overholdelse, altså at straffen for overholdelse = 0, så skal straffen for ikke-overholdelse ligge et sted mellem 75.000 og 202.018. Disse tal findes ved at sætte 0 ind i stedet for overholdelse i ligningerne, og således se hvor de to linjer skærer x-aksen. Det betyder altså, at i dette spil kan principalen, ved at vælge en straf på 75.000 for ikke-overholdelse og 0 for overholdelse, straffe agenten med så minimale omkostninger som muligt, og alligevel nok til at agenten vil yde en høj indsats, og ikke vil afvise klausulen.

Vil principalen benytte eller ikke-benytte klausulen?

For principalen står nu valget mellem at benytte klausulen eller ikke. Hvis principalen vælger at benytte, så bliver hans forventede nytte være:

$$EV_{\text{pri}}(H) = 0,9 \cdot (R(G)) + 0,1 \cdot (R(D))$$

Der er nu 90 % chance for, at han får en grøn smiley, og 10 % mulighed for, at han får en rød smiley. Hvis han vælger ikke at benytte arbejdsmiljøklausulen, får han 100 % sikkert en gul smiley. Derfor afhænger det af hans risikovillighed, og af hvor høj værdi han ser i at få et godt renommé.

Hvilken værdi principalen tillægger et godt renommé er svært at sige, og må bestemmes i hvert enkelt tilfælde, men for at tage et eksempel, og vi fx siger, at principalen værdsætter rød smiley 0, gul 10 og grøn 20, så bliver hans forventede nytte ved at benytte klausulen:

$$EV_{\text{pri}}(H) = 0,9 \cdot (20) + 0,1 \cdot (0) = 18,$$

og hvis han vælger ikke at benytte klausulen, bliver hans nytte:

$$EV_{\text{pri}}(\text{ikke-benytte}) = 1 \cdot (10) = 10$$

dvs.: $EV_{\text{pri}}(H) > EV_{\text{pri}}(\text{ikke-benytte})$, og derfor vil han i det tilfælde altid vælge at benytte arbejdsmiljøklausulen, givet at han er en egennyttemaksimerende aktør.

Denne løsning, altså at principalen vælger at benytte arbejdsmiljøklausulen og agenten accepterer og yder en høj indsats, vil dermed være dette underspils perfekte ligevægt, fordi ingen af parterne vil have incitament til at vælge en anden strategi, fordi det ville forværre begge parter udfald.

Ved at benytte baglæns induktions metoden kan parterne i spillet altså forudsige de bedste strategier og udfaldet af spillet. Den opstillede model fortæller, hvad der er den mest fornuftige strategi for parterne at vælge ved hvert beslutningstidspunkt, og det følger af antagelserne om, at parterne vil træffe den beslutning og vælge den løsning, hvor de opnår maksimal egennytte.

5.4 Delkonklusion

Løsningsmodellen, som jeg i dette afsnit har opstillet, kan bruges som hjælp for parterne, det være sig de offentlige myndigheder på den ene side, og virksomheder, som skal efterleve indholdet i klausulen på den anden side, omkring hvilke overvejelser de skal gøre sig, før de vælger henholdsvis at anvende og at efterleve klausulen. Ved spiltræet illustreres, hvilke

beslutninger der skal træffes i sådan en proces, og de matematiske udregninger og den grafiske afbildning i figur 5.3.1 bruges som hjælpeværktøj til at belyse, hvilken løsning er den mest hensigtsmæssige at vælge.

De forhold, som må indgå i parternes overvejelser, er primært hvilket værdi de tillægger deres målsætninger. De tal, som er benyttet i modellen, er fiktive tal, som bruges for at illustrere de centrale budskaber, og derfor må den enkelte part vælge egne tal. Principalen må overveje, hvilken værdi det gode renommé, som følger af at forbedre arbejdsmiljøet, har for ham, og om prisen, man betaler for at benytte arbejdsmiljøklausulen, er det værd. Agenten må overveje sine maksimale offeromkostninger, altså hvornår klausulen gør, at projektet ikke mere er profitabelt for ham, og hvilke omkostninger en henholdsvis høj og lav indsats har. Når disse tal er på plads kan de indsættes i løsningsmodellen, for at se om det er hensigtsmæssigt at benytte sig af klausulen.

Kapitel 6. Konklusion

Afhandlingens overordnede formål var at finde frem til, hvordan man gennem udbud kan forbedre arbejdsmiljø blandt østarbejdere i Danmark, og der blev fremsat tre spørgsmål i problemformuleringen, for hvilke svarene gerne skulle være med til at fremme det overordnede formål. For at finde frem til svarene på spørgsmålene i problemformuleringen er der lavet tre forskellige analyser.

Spørgsmålet til den økonomiske analyse i kap. 3 var, hvordan man kan sikre overholdelse af arbejdsmiljølovgivningen gennem udbud. Her kom jeg frem til, efter at have undersøgt forskellige muligheder, en løsning i form af en arbejdsmiljøklausul. Fokus i klausulen er primært på at lægge ansvaret for et godt arbejdsmiljø på arbejdsgiveren gennem nogle straffeforanstaltninger og en solidarisk hæftelse blandt virksomhederne. Kædeansvaret skal løse adverse selection problemet, mens ophævelse og fremadrettet ekskludering skal løse moral hazard problemet. Jeg konkluderede, at det er arbejdsgiveren, som må gå foran, når det kommer til at skabe et godt arbejdsmiljø, fordi viljen til forbedring må komme oppe fra i virksomhederne, fordi frykten for fx at miste jobbet er stor blandt østarbejderne, som påpeget i kap. 2, og derfor kan arbejderne være tilbøjelige til at lade være med at overholde arbejdsmiljølovgivningen for at minimere tid og arbejdsomkostninger, og således tilfredsstille arbejdsgiveren. Hvis det derimod, i højere grad end i dag, kom et krav oppefra i virksomheden om at overholde arbejdsmiljølovgivningen, fordi virksomhederne gennem arbejdsmiljøklausulen fik et større incitament til at overholde reglerne, så mener jeg, at arbejdstagerne ville følge med.

Den juridiske analyse bygger videre på den økonomiske analyse, og der spørges i problemformuleringen om, hvorvidt mit løsningsforslag, arbejdsmiljøklausulen, er i overensstemmelse med EU-retten. Ud fra den juridiske analyse mener jeg, at man kan sige, at arbejdsmiljøklausulen som udgangspunkt er i overensstemmelse med EU-retten. Jeg mener ikke der er belæg for at sige, at klausulen strider imod EU-retten, hverken i forhold til udbuds- eller udstationeringsdirektivet. Også ift. til Traktaterne hvor sociale fremskridt er nedskrevet som et af EU's målsætninger, og det må derfor siges at være et legitimt formål at forfølge for medlemsstaterne. Det er dog vigtigt at være omhyggelig med, hvordan man

bruger sådan en arbejdsmiljøklausul, så der ikke handles imod de almindelige EU-retlige principper, i denne sammenhæng særlig proportionalitetsprincippet. Jeg mener, at især fremadrettet ekskludering muligvis kan være i strid med proportionalitetsprincippet, og derfor nok kun må bruges i særlige tilfælde.

Den spilteoretiske analyse spørger så hvilke faktorer bør indgå parternes overvejelser før de vælger at benytte sig af arbejdsmiljøklausulen. Den spilteoretiske model som opstilles i analysen illustrerer hvilke faktorer er vigtige at have med, og kan bruges som et hjælpeværktøj for parterne, når de skal beslutte sig om hvorvidt en arbejdsmiljøklausul er en hensigtsmæssig løsning for dem eller ikke.

Som sagt i delkonklusionen lige før, så må principalen overveje, hvilken værdi det gode renommé, som følger af at forbedre arbejdsmiljøet, har for ham, og agenten må overveje sine maksimale offeromkostninger og hvilken omkostninger en heldholdsvis høj og lav indsats har for ham. Ved at indsætte deres egne tal og følge modellen trin for trin, vil parterne få et godt overblik over beslutningsprocessen, og det vil give dem et forbedret beslutningsgrundlag når de skal bestemme sig for om de vil vælge at benytte arbejdsmiljøklausulen i sine kontrakter eller ikke.

Der må samlet konkluderes, at der foreligger værktøjer gennem udbud for myndighederne til at løse problemet med den relativt store ulykkesfrekvens blandt østarbejdere i Danmark. Som denne afhandling har vist foreligger der løsninger, som ordregivere kan benytte sig af, uden at juraen er i vejen. Spørgsmålet er så mere, hvor villige myndighederne er til benytte sig af disse løsningsmuligheder, når de sættes op imod fx økonomiske omkostninger. Også kan, som det spilteoretiske afsnit omtalte, frygten for blive upopulær spille ind, før man vælger at benytte sig af sådan en foranstaltning, måske fordi man føler sig usikker omkring effekten af handlingen, og frygter at sætte begrænsninger på konkurrencen på markedet, som ikke medfører det ønskede resultat, og dermed skabe sig selv et dårligt omdømme.

EU åbner med det nye udbudsdirektiv endnu mere op for, at ordregivere kan benytte sig af sociale hensyn ved udbud. Fx med muligheden for self-cleansing. Det må siges at være godt, at EU med det nye udbudsdirektiv sætter større fokus på sociale hensyn, herunder arbejdsmiljøet, fordi dette "race to the bottom" på arbejdsmiljøet kan hverken danskere eller

østeuropæere leve med. For danskere betyder den nedadgående konkurrence på arbejdsmiljø, at man kan blive nødt til at gå på kompromis med arbejdsmiljøet, for at følge med i konkurrencen, mens det for østarbejdere, som lovligt benytter sig af EU's frie bevægelighedsregler og søger og får et job i et andet EU land, betyder, at de må leve med dårlige arbejdsvilkår og en stor risiko for at komme ud for en arbejdsulykke.

Litteraturliste

Bøger

- Arrowsmith, Sue & Kunzlik, Peter, 2009, *Social and Enviromental Policies in EC Procurement Law - New Directives and New Directions*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, 1. edition.
- Andersen, Mads Bryne og Lookofsky, Joseph, 2010, *Lærebog i Obligationsret I - Ydelsen Beføjelser*, København: Karnov Group Denmark, 3. udgave
- Gardner, Roy, 2003, *Games for Business and Economics*, John Wiley & Sons Inc, 2nd Revised edition.
- Knudsen, Christian, 1997, *Økonomisk metodologi - Bind 2 - Virksomhedsteori og industriøkonomi*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.
- Nielsen, Ruth, 2012, *Dansk arbejdsret*, , København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.
- Nielsen, Ruth, 2010, *Udbud af offentlige kontrakter*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. reviderede udgave
- Nygaard, Claus, 2006, *Strategizing - kontekstuel virksomhedsteori*, Frederiksberg: Forlaget Samfundslitteratur, 3. udgave.
- Poulsen, Sune Troels m.fl., 2011, *EU-udbudsretten*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.
- Sornn-Friese, Henrik, 2007, *Hvad er en virksomhed? Erhvervsøkonomisk teori og analyse*, 1. udgave.
- Tvarnø, Christina D og Nielsen, Ruth, 2008, *Retskilder og retsteorier*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.

Artikler

- Eisenhardt, Kathleen M., 1989, *Agency Theory: An Assessment and Review*, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1, 57-74.

Rapporter

- *Anmeldte arbejdsulykker 2006-2001*, Arbejdstilsynets årsopgørelse 2011, Arbejdstilsynet 2012.
- *Anmeldte arbejdsulykker 2007-2012*, Arbejdstilsynets årsopgørelse 2012, Arbejdstilsynet 2013.

- *Idékatalog – migrantarbejdere og arbejdsulykker*, Rapport gennemført af COWI, FrydendalConsult og Sociologisk Institut på KU i perioden jan. 2011-dec 2012, Forfattere: Petersen, Marchen Vinding m.fl. (link 2)
- *Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union*, 2012, rapport udarbejdet af Yves Jorens m.fl. fra Ghent University, Department of Social Law, Belgien.
- Produktivitetskommissionens, Analyserapport 6, *Offentligt-privat samarbejde*, februar 2014.

Avisartikler

- Andersen, Iver Houmark, 21. juni 2013, *Mette Frederiksen parat med nye reformer*, Ugebrevet A4 (link1)
- Kragh, Torben, d. 3. januar 2014, *Otte dødsulykker i byggeriet i 2012*, Licitationen – Byggeriets dagblad (link 5)

Lov-, direktiv-, og traktatoversigt

- *Aftaleloven*, LBKG 1996-08-26 nr. 781 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område som ændret ved L 2011-12-28 nr. 1376.
- *Arbejdsmiljøloven*, lovebekendtgørelse af 7. September 2010 nr. 1072, som ændret ved L 2010-12-21 nr. 1538, L 2011-06-14 nr. 597, L 2013-02-20 nr. 155, L 2013-04-09 nr. 356, L 2013-06-12 nr. 639, L 2014-03-18 nr. 238 og L 2014-06-25 nr. 736.
- *Det nye udbudsdirektiv*, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.
- *Forsyningsvirksomhedsdirektivet*, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.
- *ILO konvention nr. 94*, C094 - Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) Convention concerning Labour Clauses in Public Contracts (Entry into force: 20 Sep 1952) Adoption: Geneva, 32nd ILC session (29 Jun 1949) - Status: Up-to-date instrument (Technical Convention).
- *Traktat om den Europæiske Union* (TEU)

- Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)
- *Udbudsdirektivet*, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- Lov af 29. januar 2004 om tildeling af offentlige kontrakter (Dz. U. nr. 113, pos. 759) (polsk lov benyttet i Forposta sagen)
- Rådets direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet.
- *Udstationeringsdirektivet*, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.
- *Udstationeringsloven*, lovbekendtgørelse nr. 342 af 3. april 2014 om udstationering af lønmodtagere mv.

Soft-law

- Europa Kommissionen, 2001: *Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter*. KOM(2001) 566 endelig. (link 3)
- Europa Kommissionen, 2011, *Sociale hensyn ved indkøb. En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb*. Dokument, der er udarbejdet på grundlag af SEK(2010) 1258 (endelig) (link4)

Domsliste

- *Forposta*, C-465/11, Forposta SA mod Poczta Polska Sa, Domstolens dom af 13. december 2012.
- *Gebhard*, C-55/94, Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Domstolens dom af 30. november 1995, Saml. 1995, s. I-04165.
- *HI*, C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien, Domstolens dom af 18. juni 2002, Saml. 2002, s. I-05553.

- *Impresa Lombardini*, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS, Domstolens dom af 27. november 2001, Saml. 2001, s. I-09233.
- *Johnston*, sag 222/84, Marguerite Johnston mod The Chief Constable, Domstolens dom af 15. maj 1986, Saml. 1986, s. 1651.
- *Kommissionen mod Italien*, C-3/88, Kommissionen mod Italien, Domstolens dom af 5. december 1989, Saml. 1989, s. 04035.
- *Kommissionen mod Tyskland*, C-493/99, Kommissionen mod Tyskland, Domstolens dom af 25. oktober 2001, Saml. 2001, s. I-8178.
- *Laval un Partneri*, C-341/05, Laval un Partneri Ltd mod Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Domstolens dom af 18. december 2007, Saml. 2007, s. I-11767.
- *Portugaia Construções*, C-164/99, Portugaia Construções (præ.jud. spg omkring straffesag), Domstolens dom af 24. januar 2002, Saml. 2002, s. I-00787.
- *Rüffert*, C-346/06, Dirk Rüffert mod Land Niedersachsen, Domstolens dom af 3. april 2008, Saml. 2008, s. I-01989.
- *Storebæltssagen*, Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Domstolens dom af 22. juni 1993, Saml. 1993, s. I-03353.
- *Tyskland mod Rådet*, C-426/93, Tyskland mod Rådet, Domstolens dom af 9. november 1995, Saml. 1995, s. I-03723.
- *Universale Bau*, C-470/99, Universale Bau Ag mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, Domstolens dom af 12. december 2002, Saml. 2002, s. I-11617.
- *Überschar*, C-810/79, Peter Überschar mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Domstolens dom af 8. oktober 1980, Saml. 1980, s. 02747.
- *Virklund Sport mod Randers Kommune*, Klagenævnet for udbud, kendelse af 8.10.2004.
- *Wolff & Müller*, C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG mod José Filipe Pereira Félix, Domstolens dom af 12. oktober 2004, Saml. 2004, s. I-09552.

Hjemmesider

- Link1: http://www.ugebreveta4.dk/mette-frederiksen-parat-med-nye-reformer_14060.aspx (Ugebrevet A4)

- Link2: <http://arbejdstilsynet.dk/~media/at/at/01-arbejdstilsynet/arbejds milj oeforskningsfonden/afrapporterede-stoetteprojekter/ulykkesforebyggelse/idekatalog-migrantarbejdere-og-ulykker%20pdf.ashx> (Arbejdstilsynet)
- link3: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0566&from=DA> (KOM(2001))
- link4: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=da> (European Agency for Safety and Health at Work)
- Link 5: <http://www.licitationen.dk/artikel/VisArtikel.aspx?siteID=LI&loopenr=101030050&pID=1> (Licitationen - Byggeriets Dagblad)
- link 6: <http://arbejdstilsynet.dk/da/regler/bekendtgorelser.aspx> (Arbejdstilsynet)
- link7: <http://arbejdstilsynet.dk/da/statistik/arbejdsskader/arbejdsskader-nyhedsbreve/anmeldte-arbejdsulykker-2011.aspx?p=1> (Arbejdstilsynet)
- link8: <http://www.danskbyggeri.dk/presse+-c12-+politik/presse+-c12-+politik/temaer/erhverv+og+%C3%B8konomi/virksomhedernes+vilk%C3%A5r/virksomheder+f%C3%A5r+nej+til+l%C3%A5n> (Dansk Byggeri)
- link9: www.produktivitetskommissionen.dk (Produktivitetskommissionen)
- link10: <http://arbejdstilsynet.dk/da/tilsyn/smiley.aspx> (Arbejdstilsynet)
- link11: www.amr.dk (Arbejds milj ørådet)
- link12: <http://www.amr.dk/Files/Sagsmapper/M%C3%B8de%20med%20ministeren/Forslag%20til%20en%20m%C3%A5lretning%20af%20Arbejdstilsynets%20og%20parternes%20arbejds milj %C3%B8indsats.pdf> (Arbejds milj ørådet)
- link13: <http://arbejdstilsynet.dk/da/om%20arbejdstilsynet/interne-instrukser-og-kvalitetsprocedurer-mv/kvalitetsprocedurer/risikobaseret-tilsyn/rt-1-risikobaseret-tilsyn-generelt.aspx> (Arbejdstilsynet)
- link14: <http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/l177/spm/3/svar/803394/992938.pdf>
- link15: <http://www.ds.dk/da/raadgivning/arbejds milj oeledelse> (Dansk Standards hjemmeside)

- link16: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN> (Det nye udbudsdirektiv)
- link17: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7921&langId=en (Rapport)

Forkortelser

D : dårligt renommé

EV: Expected value (forventet nytte)

FO: Forventede omkostninger

G : godt renommé

H : høj indsats

ILO : International Labour Organization

L : lav indsats

M : middel renommé

omk(overholdelse) : omkostninger ved overholdelse af arbejdsmiljøklausul

omk(ikke-overholdelse) : omkostninger ved ikke-overholdelse af arbejdsmiljøklausul

p : probability, sandsynlighed

R : Revenue

TEU : Traktat om den Europæiske Union

TEUF : Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde