

112

Social dumping

Kædeansvar og andre ansvarsformer

Klaus Pedersen og Søren Kaj Andersen

29. september 2010

ISBN 978-87-91833-52-6

Forskningscenter for
Arbejdsmarkeds- og
Organisationsstudier

Sociologisk Institut
Københavns Universitet
Øster Farimagsgade 5
1014 København K
Tlf: 35323299
Fax: 35323940
faos@sociology.ku.dk
www.faos.dk

1. Formål

Formålet med dette notat er at besvare nogle konkrete spørgsmål om mulighederne for at imødegå social dumping ved at indføre særlige ansvarsordninger ved udlicitering af arbejdsopgaver. Undervejs vil vi præcisere de begreber, der typisk anvendes på området.

Vi ser også nærmere på de retlige udfordringer, der knytter sig til en indsats overfor social dumping, og som tager udgangspunkt i det danske arbejdsmarkedssystem. De retlige udfordringer forstås bredt. De omfatter både generel formel regulering (lovgivning og administrative regler) og aftalt regulering (ansættelsesforhold) på individuelt og kollektivt niveau. Det retlige fokus er dog primært på mulighederne for og konsekvenser af at etablere nye ansvarsformer rettet mod social dumping. Modeller hvor de danske markedsaktører (danske ordregivere og overordnede entreprenører) i videst muligt omfang kan gøres retligt og økonomisk ansvarlige for systemeksterne aktørers (især udenlandske tjenesteyderes) manglende eller mangelfulde dækning af overenskomstmæssige krav samt betaling af skatte- og momsbetaling, og betaling af sædvanlige sociale bidrag (arbejdsmarkedsbidrag og ATP).

Der er naturligvis også andre måder at imødegå social dumping. Bl.a. retlige og administrative initiativer i form af myndighedskrav til EU-tjenesteyderes dokumentation for deres status, eller initiativer fra parter, som dem vi har set indført ved OK-2007 og OK-2010¹. Notatet går ikke ind i disse muligheder.

2. Spørgsmål

I notatet søger vi først og fremmest svar på nedenstående seks spørgsmål. Spørgsmålene er valgt, fordi de ofte bliver fremdraget i debatten om mulige nye initiativer mod løndumping og mere bredt - mod social dumping på det danske arbejdsmarked.

- Kan et kædeansvar, hvor overordnede entreprenører er ansvarlige for løn- og ansættelsesvilkår hos underordnede leverandører, og som er gennemført ved overenskomst, være i strid med eksisterende lovgivning eller EU-direktiver?
- Kan et kædeansvar gennemført ved lov, håndhæve partsaftaler (overenskomster, kontrakter mellem personer eller virksomhedsoverenskomster m.v.) uden at partsaftalerne via lovgivning er gjort almenlydige?

¹ Disse initiativer er beskrevet i FAOS-rapport: Nr. 108: OK 2010: Vedligeholdelsesforlig med modelperspektiv, Jesper Due, Jørgen Steen Madsen, FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, februar 2010; og Nr. 110: Social dumping, Søren Kaj Andersen, Klaus Pedersen FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, juni 2010

- Kan man fortsat konflikte for overenskomster i fuldt omfang, hvis dele af overenskomsterne er gennemført ved almengøring? Eller fastlægger dansk lovgivning og EU-regulering nogle begrænsninger herfor?
- Hvad er et bestilleransvar? Og hvilke muligheder og begrænsninger rummer det?
- Kan man gennemføre et ”bestilleransvar” – der omfatter bygherre og andre bestillere af en opgave – ved lov, uden at ansvaret kvalificeres gennem fastsættelse af et minimumsgrundlag, der også er gennemført ved lov. Altså også evt. individuelle aftaler, virksomhedsoverenskomster eller kollektive overenskomster?
- Er et tredjepartsansvar, fastsat ved overenskomst, i strid med konkurrenceloven eller andre love/direktiver, hvis det indebærer, at arbejdsopgaver kun må videreliciteres til andre overenskomstdækkede virksomheder?

3. Problemstillinger

Indledningsvis er der grund til at slå fast, at begrebet ”social dumping” er komplekst. Dette gælder både opfattelsen af udfordringerne/problemerne, og når fokus er på mulige fremtidige tiltag på området. Inden vi undersøger de enkelte spørgsmål, er der behov for en præcisering af hvilke problemstillinger, vi ser på her, samt hvilke grupper af arbejdstagere/virksomheder, der knytter sig hertil. Allerførst dog et par ord om begrebet ”social dumping”.

Der er mange bud på definitioner af ”social dumping”. Begrebet er ganske bredt og absolut ikke noget juridisk begreb, hvilket har betydning i denne sammenhæng. Begrebet har snarere en politisk karakter, hvilket også kommer frem i den negative ladning begrebet har. I forhold til arbejdsmarkedsområdet betyder den autonome danske aftalemodel sammen med retsprincippet om aftalefrihed, at der ikke er noget juridisk i vejen for at aftale løn og arbejdsvilkår som ligger under overenskomstmæssigt niveau.

En præcisering af ”social dumping” kan være, at det omhandler situationer, hvor der ikke udbetales løn efter overenskomsterne på det pågældende område, og at overenskomsternes bestemmelser om sociale goder (pension, feriepenge, sygepenge, barsel mv.) ikke respekteres. Med denne forståelse af ”social dumping” knytter vi an til ordlyden af den såkaldt Østaftale, som et bredt flertal i Folketinget stod bag ved EU-udvidelsen i 2004: ”..at arbejdstagere fra de nye EU-lande ansættes på overenskomstmæssige vilkår, eller på vilkår der på anden måde er sædvanlige for det danske arbejdsmarked”².

I debatten i Danmark bliver ”social dumping” fra tid til anden også brugt om udenlandske virksomheders eller arbejdstageres brud på gældende lovgivning –

² Aftale mellem Venstre, Konservative, Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti, Det Radikale Venstre og Kristendemokraterne om adgangen til det danske arbejdsmarked efter udvidelsen af EU pr. 1. maj 2004.

f.eks. skatte- og arbejdsmiljølovgivning. Nogle af disse forhold vil også blive inddraget i det følgende, omend fokus er på dumpning af løn- og arbejdsvilkår.

Udfordringer knyttet til den fri bevægelighed

Problemerne med social dumping på arbejdsmarkedsforhold - det vil især sige løn under overenskomstmæssigt niveau - blev først rigtigt tydelige 1-1½ år efter EU-udvidelsen mod Øst i maj 2004. FAOS har nærmere beskrevet omfang og indhold i denne udvikling i to rapporter udarbejdet for forligskredsen bag *Østaf-talen* i Folketinget, i en rapport til byggeriets parter, samt i det såkaldte *Polonia projekt*³. Hovedkonklusionerne i dette arbejde kan kort sammenfattes således:

- Løn- og arbejdsvilkår for udenlandsk arbejdskraft, herunder østeuropæere, der blev ansat direkte i danske virksomheder afveg kun i mindre grad fra forholdene for de danske ansatte.
- For udenlandske tjenesteydere, som medbringer udstationerede fra deres hjemland (især de nye medlemslande i Øst- og Centraleuropa og delvis Tyskland) samt visse grupper af vikarer lå bl.a. lønniveauet i mange flere tilfælde langt under overenskomstniveauet. At dette forekom, var tæt forbundet til problemer med:
 - at organisere de udstationerede arbejdstagere/vikarer,
 - at tegne overenskomster med udenlandske tjenesteydere,
 - at overholde overenskomster og/eller,
 - at sanktionere brud på overenskomster.
- Selvstændige enkeltmandsvirksomheder udgjorde et problem, både i deres egenskab af grænseoverskridende tjenesteydere og ved grænseoverskridende formel etablering i Danmark.

Som det også blev forudsat i de nævnte FAOS-rapporter, er der efter udløbet af Østaf-talens overgangsordning i maj 2009 stødt yderligere udfordringer til. Her tænkes først og fremmest på vikarer fra vikarbureauer i de nye medlemslande, som Danmark havde inddraget under overgangsreglerne for individuelle vandrende arbejdstagere, om opholds- og arbejdstilladelse, forhåndsgodkendelse etc. Denne fremgangsmåde blev opretholdt selvom den var juridisk omdiskuteret, især foranlediget af landbrugets arbejdsgivere.

³ De fire rapporter: Nr. 92: Østeuropæiske arbejdere i bygge- og anlægsbranchen. Rekrutteringsstrategier og konsekvenser for løn-, ansættelses- og aftaleforhold, Jens Arnholtz Hansen, Søren Kaj Andersen, FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, januar 2008. Nr. 96: Det udvidede EU og den fri bevægelighed for østtjenesteydere. Omfang og effekter på det danske arbejdsmarked, Klaus Pedersen, Søren Kaj Andersen, Nr. 110: Social dumping, Søren Kaj Andersen, Klaus Pedersen FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, juni 2010 Polonia i København. Et studie af polske arbejdsmigranternes løn-, arbejds- og levevilkår i Storkøbenhavn, Nana Wesley Hansen, Jens Arnholtz Hansen, Udgivet: 2009 Forlag: LO-DOKUMENTATION nr. 1 2009.

Med overgangsordningens ophør har vikarer fra udenlandske vikarbureauer fri og lige adgang til det danske arbejdsmarked på linie med vandrede arbejdstagere, tjenesteydere og udstationerede. Med vikardirektivet⁴, som senest skal være implementeret i dansk ret den 5. december 2011 sker der dog en stramning af vikarbeskyttelsen, idet direktivet forudsætter, at vikarer får samme løn- og arbejdsvilkår som ansatte hos brugervirksomheden. Det er fortsat uafklaret, om hovedvægten ved implementeringen herhjemme lægges på lovgivnings- eller overenskomstsyste- met. Ligeledes er det præcise indhold i den kommende regulering endnu uafklaret.

Herudover er der tilsyneladende også – set ud fra pressedækningen af konkrete sager – et voksende antal tilfælde, hvor danskere bruger EU-tjenesteydelsesreglerne til selv at etablere f.eks. servicevirksomheder i et andet EU-land, hvor de også ansætter den arbejdskraft, som efterfølgende udstationeres til arbejdsopgaver i Danmark. Lignende konstruktioner er også set på vikarområdet.

FAOS' notater til *østforligskredsen* beskrev sektorudfordringerne med social dumping – i hovedtræk – således:

Det grønne område: Individuelle vandrede arbejdstagere, tjenesteydere og deres udstationerede og vikarer. Udenlandske tjenesteydere og deres udstationerede er formentlig både nu og på sigt den største udfordring, efter at skattemyndighederne har anerkendt muligheden for at bruge underentrepriser inden for sektoren. Der er også grupper af vikarer med lønninger langt under overenskomstniveau. Selv med en effektiv implementering af vikardirektivet kan pres- set fra udenlandske vikarer forblive højt pga. af ordningen med 30 pct. brutto- skat samt muligheden for at undgå betaling af arbejdsmarkedsbidrag og ATP, når der foreligger attest E101⁵. Udenlandske enkeltmandsvirksomheder er ikke konstateret som et særligt problem. Til gengæld nævnes der tilbagevendende uregelmæssigheder ved internationale praktikantordninger.

Byggeriet: Tjenesteydere og deres udstationerede medarbejdere er formentlig det største problem. Dernæst følger problem med selvstændige enkeltmands- virksomheder, som i nogle tilfælde er falske selvstændige; også kaldet ”arm- ben-firmaer”. Beretninger om konkrete sager i pressen og i faglige nyhedsbreve tyder på, at den sidstnævnte gruppe fylder stadig mere. Udenlandske vikarvirksomheder og individuelle vandrede arbejdstagere er næppe noget større pro- blem i byggeriet i dag.

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv, 2008/104/EF af 19. november 2008 om vi- kararbejde.

⁵ En attest, som indhentes fra myndighederne i hjemlandet (DK: Pensionsstyrelsen) om at personen er social sikret i hjemlandet, og derfor ikke behøver sikring i værtslandet.

Transportområdet: Chaufførvikarer, ulovlig carbotagekørsel (dvs. ulovlig tjenesteydelsesvirksomhed). Sektorens problemer med selvstændige enkeltmandsvirksomheder angår danske vognmænd, der underbyder, f.eks. fordi de har udenlandske chauffører, som trods overenskomstdækning ikke får overenskomstmæssig løn.

Service: Problemerne her – primært på hotel, rengøring og distribution – har ikke fået megen opmærksomhed. Inden for avisdistribution er der fundet flere eksempler på at østeuropæere (især rumænere) har arbejdet på vilkår der, trods formel overenskomstdækkede, i flere tilfælde lå under niveauet for området. Hertil kommer problemer med løn og arbejdsvilkår for udenlandske studerende, praktikanter eller ligefrem illegale, fra lande uden for EU.

Hvornår brydes overenskomster eller lovgivning?

I forhold til gennemgangen ovenfor er det vigtigt at præcisere, hvornår der er tale om brud på overenskomst eller lovgivning. Ofte ses problemerne fremstillet som generelle og uden adskillelse af, hvad det er der *kan dumpes* i relation til forskellige grupper af arbejdstagere og virksomheder. Der tales bl.a. om, at der ikke betales skat, arbejdsmarkedsbidrag, moms, ATP og overenskomstmæssig løn. Imidlertid er der forskel på de forpligtelser, der gælder for de enkelte grupper:

- *Individuelle vandrende EU-arbejdstagere:* Skal betale samme skat og sociale bidrag (ATP og arbejdsmarkedsbidrag) som danske ansatte, med mindre de undtagelsesvist falder ind under forsker- eller specialistordningen.
- *EU-tjenesteydere og deres udstationerede:* Skal *ikke* betale skat eller sociale bidrag til opholdslandet, såfremt opgaven varer mindre end 6 mdr. og de medbringer en attest E101, som fritager de udstationerede for at skulle betale ATP og arbejdsmarkedsbidrag⁶. Momsen for arbejdsopgaven skal den danske virksomhed, der køber tjenesteydelsen, selv tilbageholde (jf. den såkaldte 'omvendte opkrævning' iværksat 1. januar 2009⁷). Ved levering af EU-tjenesteydelser til privatpersoner i Danmark, skal tjenesteyderen fortsat selv indbetale momsen. I modsætning til de øvrige grupper – bortset evt. fra vikarer fra udenlandske vikarbureauer – begrænser Rom-forordningen og Udstationeringsdirektivet⁸ også tjenesteydernes forpligtelser til at følge andre offentligretlige krav samt krav til løn- og arbejdsvilkår i værtslandet.
- *Vikarer fra udenlandske vikarbureauer:* Har begrænset skattepligtig på 30 pct. bruttoskat, som den danske brugervirksomhed skal tilbageholde. Ligesom udstationerede, kan udenlandske vikarer undgå at betale ATP og arbejdsmarkedsbidrag ved at medbringe attest E101 fra hjemlandet.

⁶ 1. januar 2011 bliver arbejdsmarkedsbidragets status fra social bidrag til skat.

⁷ EU-direktiv 2008/8/EF.

⁸ Rom-forordningen: EC593/2008; Udstationeringsdirektivet: 96/71/EF.

- *Selvstændige enkeltmandsvirksomheder*: Som nævnt findes de i to versioner – etableret i Danmark eller i andet EU-land. Etableret i andet EU-land anses de for at levere en tjenesteydelse i Danmark og følger reglerne herfor. Etableret i Danmark gælder samme beskatnings- og bidragsregler som for danske virksomheder.

I besvarelsen af de spørgsmål der er nævnt i indledningen vil vi også komme ind på, hvad de her nævnte begrænsninger i arbejdsformernes ”sociale forpligtelser” i værtslandet betyder i forhold til afledte ansvarsordninger, som f.eks. tredjepartsansvar, bestilleransvar og kædeansvar.

Et begreb man ofte støder på i forbindelse med omtalen af social dumping er ”illegalitet”; altså at en person eller en gruppe af personer omtales som ”illegale”. For mange leder begrebet tankerne hen på, at disse personer enten opholder sig ulovligt i Danmark eller arbejder i Danmark uden at have ret til det. I forhold til de her nævnte arbejdsformer, udført af EU-statsborgere, er det vigtigt at understrege, at ingen af dem falder under denne forståelse af at være ”illegale”. Efter denne definition kan en EU-borger kun være illegal, når vedkommende forbliver i et andet EU-land uden at opfylde opholdsdirektivets⁹ regler, og som følge heraf er blevet udvist af landet efter en konkret, individuel og begrundet afgørelse.

Hvor omfattende er problemerne?

Der mangler i høj grad viden om omfanget af problemerne med social dumping: Hvor mange personer arbejder til en løn og på vilkår, der ligger under det overenskomstsmæssige niveau? Og i hvilket omfang bliver pligten til at betale skat og sociale bidrag omgået af virksomhederne?

Dette er også spørgsmål, som både EU-kommissionen og EU-domstolen (herefter: Domstolen) tilbagevendende har rejst. I forhold til Domstolen er spørgsmålet om omfanget af den sociale dumping blevet naturligt at rejse, efter at man i Viking¹⁰- og Laval¹¹-dommene understregede, at den grundretlighedsbeskyttede konfliktret kan antastes af EU-retten til fri bevægelighed over grænserne. Der er således behov for at kunne dokumentere konkret indhold og størrelsesorden af social dumping, for derudfra f.eks. at kunne bruge ”tvingende almene hensyn” som begrundelse for indgreb i den fri bevægelighed. Man kan tænke sig, at dokumentationen bl.a. kan bestå i, at medlemslandene påviser omfanget af problemerne samt giver konkrete eksempler på, at manglende restriktioner af frihedsrettighederne har ført til social dumping i værtslandet.

Imidlertid er data på området fortsat meget beskedne, både generelle data om antallet af EU-tjenesteydere, udstationerede, selvstændige og vikarer, der kommer til Danmark, og i endnu højere grad data om omfanget af social dumping,

⁹ EC2004/38

¹⁰ Sag C-438/05 af 11. december 2007.

¹¹ Sag C-341/05 af 18. december 2007.

målt i antallet af personer, der er udsat for dumping og ved værdien af løndumping.

Nøgletalsregistret rummer ret præcise oplysninger om antallet af individuelle vandrende arbejdstagere, og har også oplysninger om tilgangen af selvstændige erhvervsdrivende og udstationerede arbejdstagere, jf. RUT-registret¹², men ikke data om bestandene af udenlandske selvstændige eller udstationerede arbejdstagere, bortset fra registreringerne i RUT.

Selvstændige enkeltmandsvirksomheder, EU-tjenesteydere og deres medbragte udstationerede er registreret i RUT-registret¹³. Samme grupper er repræsenteret i Statsforvaltningernes oversigt over udstedte EU-opholdsbeviser samt i Pensionsstyrelsens data om attest E101, udstedt til udstationerede og udenlandske selvstændige enkeltmandsvirksomheder i hjemlandet.

Særligt omfanget af udstationerede og selvstændige erhvervsdrivende er det vanskeligt at få klarhed om. I et forsøg på at validere de nævnte officielle data, fik Avisen.dk i juni-juli måned foretaget en særkørsel hos Danmarksstatistik ud fra betalingsbalancetal for 2008 fremskrevet til 2009. Tal der er baseret på lønindkomst udbetalt til personer uden registret dansk bopæl. Tallene indeholder angiveligt også lønindkomst til udstationerede ved tjenesteydelser. Efter at have fratrukket 20.000 svenske og tyske grænsependler viste estimatet, at 44.000 helårspersoner uden dansk folkeregister adresse havde arbejdet i Danmark i 2009. Avisen.dk vurderede at dette antal hovedsageligt dækkede over udstationerede arbejdstagere fra Østeuropa og Tyskland. Det er vigtigt at understrege, at der knytter sig usikkerhedselementer til dette tal.

Opgørelser af værdien af manglende lønudbetaling mv. som følge af social dumping er som nævnt stort set fraværende, bortset fra de restancer fagbevægelsen har opgjort i sager, hvor Arbejdsretten har pålagt udenlandske virksomheder en bod, uden at virksomhederne har betalt, samt opgørelser fra SKAT om moms- og skatterestancer for udenlandske virksomheder¹⁴.

4. Fremtidige tiltag – muligheder og begrænsninger

Den høje datausikkerhed om omfanget af social dumping betyder, at overvejelserne om initiativer rettet mod problemet bygger på et usikkert grundlag, hvor der mangler præcis viden om problemernes indhold og samlede omfang. Hvad angår mulige fremtidige tiltag, bliver det heller ikke lettere af, at de muligheder der jævnlig fremføres angår ganske komplekse juridiske spørgsmål.

I det følgende vil vi forsøge at klargøre nogle af de muligheder og begrænsninger for reduktionen af social dumping elementet, der ligger i nogle af de lancerede forslag til nye ansvarsformer, som er beregnet for tilfælde, hvor ar-

¹² www.jobindsats.dk/Udenlandsk_arbejdskraft.

¹³ <http://www.eogs.dk/sw40877.asp> (data fra registret er ikke offentligt tilgængelige).

¹⁴ Data indgår i forskningsrapport Nr. 110: Social dumping, Søren Kaj Andersen, Klaus Pedersen, FAOS, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, juni 2010

bejdsopgaver løses via underentreprenører. Byggeriet er naturligvis typeeksemplet, men metoden anvendes også i andre sektorer.

Ansvarsbegreber

Ud over de tidligere nævnte begrebsproblemer (social dumping og illegalitet) synes det også at volde problemer at præcisere de forslag, der bliver lagt frem og debatteret om hvordan man kan imødegå social dumping. Flere af forslagene er nævnt i de oplistede spørgsmål indledningsvis i dette notat: *tredjepartsansvar*, *bestiller-/ordregiveransvar*, *kædeansvar*, *entrepriseansvar* og *solidaransvar*.

Juridisk er der flere dimensioner i et ansvarsbegreb: *ret- og pligtsubjekter* - dvs. hvem er ansvarlige og hvem kan gøre ansvaret gældende - *ansvarsgrundlaget* - dvs. om ansvaret forudsætter at den ansvarlige har handlet forsætligt, uagtsomt (kan underopdeles i grov og simpel uagtsomhed), eller om ansvaret er objektivt - dvs. at ansvaret kan gøres gældende, uanset hvad den ansvarlige har gjort for sikre sig imod, at problemerne opstod.

I tilfælde som her, hvor der er flere ansvarlige involveret kan der foretages en fordeling af ansvaret efter ansvarsformerne - begrænset, lige og solidarisk. Ved *begrænset* ansvar er aktørernes ansvar begrænset til bestemte krav (f.eks. omsætningen eller løndelen ved opgaven). Ved et *solidarisk* og *lige* ansvar kan hele kravet gøres gældende overfor hver enkelt af de ansvarlige.

I dette notat er udgangspunktet, at den enkelte arbejdstager kan gøre ansvar gældende (er retssubjekt) i forhold til individuelle aftaler (ansættelsesaftaler), at fagforeninger kan gøre ansvar gældende i forhold til rettigheder i kollektive overenskomster, og at både arbejdstagere og fagforeninger kan gøre ansvar gældende ved et lovbaseret ansvar. Tilsvarende er det lagt til grund, at ansvarsgrundlaget er et objektivt ansvar; hvilket betyder, at arbejdsgiveren/bestilleren er ansvarlig, uanset hvad vedkommende har gjort for at undgå problemet. Endelig er det forudsat, at ansvaret er solidarisk og lige; hvilket indebærer at de alle er fuldt ansvarlige for alle krav, således at de hver især kan pålægges at betale hele kravet mod efterfølgende selv at inddrive kravet fra den eller de konkret ansvarlige.

De ovenfor nævnte ansvarsbegreber er så relativt nye, at der endnu ikke synes at have dannet sig konsensus om deres præcise indhold. I dette notat har vi tildelt begreberne følgende indhold:

Tredjepartsansvar: Et ansvar, hvor det alene er den umiddelbart overordnede entreprenør/ordregiver, der hæfter for den umiddelbart underordnede entreprenørs/leverandørs utilstrækkelige eller mangelfulde overholdelse af kollektive eller individuelle aftaler, som den overordnede entreprenør er bundet af. Det økonomiske ansvar kan være afgrænset i forhold til: løndele, sociale ydelser (ATP og arbejdsmarkedsbidrag, arbejdsskadedækning), skat og moms.

Bestiller-/ordregiveransvar: Et ansvar, hvor bygherren eller den initiale ordregiver er økonomisk ansvarlig for hele kæden nedefter. Til forskel fra kædeansvaret (nedenfor) angår bestilleransvaret ikke virksomheder, som selv bidrager til levering/udførelse af arbejdsopgaven. Eftersom bestilleren/ordregiveren ikke selv udfører arbejdsopgaver, vil vedkommende ikke være overenskomstdækket, og bestilleransvaret må derfor baseres på lovgivning eller på interne brancheaftaler. På byggeriets områder har der tidligere været forslag fremme om at lægge et standardansvar for løn- og arbejdsvilkår samt evt. offentlige bidrag (skat, moms etc.) ind i de almindelige betingelser for byggeopgaver – de såkaldte AB-92 betingelser¹⁵. Ved at lade disse betingelser indgå i leveringsaftaler med underentreprenører kan byggeherren inddrage underentreprenører i ansvaret.

Kædeansvar: Et ansvar som dækker en hel entreprisekæde – dog uden at bestilleren/bygherren/initiale ordregiver er omfattet. I vores forståelse af kædeansvaret er alle overordnede entreprenører ansvarlige – *solidarisk og lige* – for mangelfuld overholdelse af kollektive aftaler hos enhver af de efterfølgende underentreprenører. At de er ansvarlige *solidarisk og lige* betyder, at rettighedssubjektet kan kræve fuld dækning hos hver enkelt af de overordnede entreprenører i entreprisekæden. Rettighedssubjektet kan i denne sammenhæng være fagforeningen, myndigheder eller arbejdstageren afhængig af ansvarets specifikke udformning.

Entrepriseansvar: Er i de fleste fremstillinger synonymt med *kædeansvar*, i dette notat bruges *entrepriseansvar* dog som et overbegreb, som dækker alle de øvrige nævnte ansvarsformer, hvor både bygherre og underentreprenør er omfattet.

Solidaransvar: Er den norske model, som svarer til *kædeansvar*, og hvor ansvaret knytter sig til de overenskomstbestemmelser, som er gjort almenlydige via lov, samt hvor alene den krænkede arbejdstager er rettighedssubjekt. Kravet skal rejses civilretligt ved de ordinære domstole. Arbejdstilsynet kan yde vejledning ved forberedelsen af processen men ikke varetage arbejdstagerens interesser under en retssag.

I det følgende vil vi forsøge at give svar på de spørgsmål som er rejst indledningsvis i notatet, eller i det mindste forsøge at afgrænse og præcisere, hvilke forudsætninger en besvarelse af spørgsmålene hviler på. Vi baserer fremstillingen på begrebsafgrænsningen ovenfor.

Kædeansvar ved overenskomst

Kan et kædeansvar gennemført ved overenskomst være i strid med lov eller direktiver?

¹⁵ Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge og anlægssektoren, 1992.

Spørgsmålet baserer sig på den forudsætning, at et *kædeansvar* er muligt at basere alene på kollektiv overenskomst. Alle syv eksisterende entreprisansvarsordninger, som kendes fra andre EU-lande¹⁶ er baseret på lovgivning, og det samme gælder den tyske ordning, som blev anerkendt af EU-domstolen ved Wolf-Müller dommen¹⁷.

Via princippet om kontraktfrihed er der ikke formelle juridiske hindringer for at indføre bestemmelser i en sektor-, virksomheds- eller tiltrædelsesoverenskomst om, at de omfattede arbejdsgivere er ansvarlige for manglende/mangelfuld efterlevelse af overenskomsten i nogle bestemte eller alle efterfølgende entrepriseled. Den materielle udmøntning af et sådant krav giver imidlertid anledning til en række spørgsmål/overvejelser:

- I forhold til dansk ret er det formentlig alene aftalelovens § 36¹⁸, om tilside-sættelse af urimelige aftaler, der rummer et vist potentiale for, at en entreprenør, ud fra en konkret vurdering, kan undsige sig et kædeansvar baseret på en overenskomst, som vedkommende ellers er bundet af. Danske domstole har været særdeles tilbageholdene med at anvende § 36, men muligheden er altså til stede og er ifølge juridiske eksperter¹⁹ særlig fremtrædende, når der er stor forskel i jævnbyrdigheden mellem aftaleparterne. Man kan forestille sig, at aftalelovens § 36 kan udløses i tilfælde, hvor det har været vanskeligt eller umuligt for en entreprenør at overskue konsekvenserne af et aftalebaseret kædeansvar. Dette vil f.eks. være i tilfælde af konkurs hos underentreprenører, eller i tilfælde, hvor omfanget af kædeansvaret er defineret bredt eller er ubestemt afgrænset, og f.eks. indeholder pensionsopsparing, uddannelsesmidler, valgfrihedsmidler, sociale goder i overenskomsterne, lokalt aftalte lønninger/løntillæg etc.
- I forhold til udenlandske tjenesteydere sætter udstationeringsdirektivet/Rom-forordningen grænser for de forpligtelser værtsstaten kan pålægge den tjenesteydende virksomhed. De mest vidtgående muligheder – set fra det danske arbejdsmarkedssystemets side – er indeholdt i udstationeringsdirektivet, jf. kernekravene i art. 3(1) samt *ordre public*. Ordre public giver medlemsstaterne en begrænset mulighed for at regulere den fri bevægelighed, når målet er at varetage væsentlige, almene ordens-, sikkerheds- og sundhedsmæssige interesser.

¹⁶ Er detaljeret beskrevet i European Foundatins rapport, ”Liability in subcontracting processes in the European construction sector” 2008,

¹⁷ Sag C-60/03.

¹⁸ Lovbekendtgørelse nr. 781, af 26.8.96 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

¹⁹ Se f.eks. Michael Steinicke, Aftalelovens ugyldighedsregler, p. 7.

Uden for udstationeringsdirektivet fastlægger Rom-forordningen²⁰, at aftalen mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren er udgangspunktet for at bestemme hvilke regler, der skal gælde for ansættelsesforholdet (hjemlandets eller opholdslandets). Hvis der ikke er indgået sådan en aftale, så gælder reglerne der hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører arbejde for arbejdsgiveren – altså hjemlandets regler (jf. forordningens art. 8).

Laval-, Rüffert²¹- og Luxembourg²² dommene præciserede især to forhold; dels at medlemslandene ikke via autonome arbejdsmarkedssystemer kan pålægge udenlandske tjenesteydere forpligtelser, der går videre end udstationeringsdirektivets kernebeskyttelse (art. 3(1)) og dels, at adgangen til at anvende *ordre public* overfor udenlandske tjenesteydere alene tilkommer staten/offentlige myndigheder, og er meget begrænset i sit indhold.

I forhold til udenlandske tjenesteydere er det samtidigt vigtigt, at et overenskomstbaseret kædeansvar opfylder principperne om *ligebehandling* og *transparens* samt ikke krænker forbudet mod bevægelseshindrende *restriktioner*. Sidstnævnte forudsætning betyder, at kædeansvaret hverken direkte eller indirekte må udgøre en forhindring for EU-tjenesteyderes adgang til Danmark, med mindre hindringen er *objektivt begrundet* med forhold, som er dækket af traktatens hensyn og i øvrigt er *proportional*.

Et andet spørgsmål i den forbindelse er, om danske overordnede entreprenørers evt. fravalg af udenlandske underentreprenører, som følge af bekymring for det økonomiske ansvar – knyttet til et bredt afgrænset overenskomstbaseret *kædeansvar* – vil blive tolket som en uretmæssig, indirekte restriktion?

Samlet set er det altså formelt muligt at indføre et *kædeansvar* alene via overenskomst. En sådan model rummer dog særlige udfordringer og rejser tilmed en række spørgsmål, som i dag ikke kan besvares entydigt ud fra eksisterende regulering og domspraksis. Som nævnt må det imidlertid anses for sikkert, at en overenskomstbaseret model – lige så lidt som en lovbaseret model – giver mulighed for at stille krav til udenlandske tjenesteydere, som går ud over den ”hårde kerne” af krav i udstationeringsdirektivet (art. 3(1)).

Af disse krav indgår i dag mindsteløns-, vikar- og ligelønsreglerne i nogle overenskomster. For mindstelønkravets vedkommende kan man i denne forbindelse diskutere, om der reelt er tale om en mindsteløn; i det mindste udenfor normallønsområdet (transport og service), hvor der ikke aktuelt er nævneværdige problemer med social dumping, som kan løses via et *kædeansvar*.

²⁰ EC593/2008 af 17. juni 2008.

²¹ Sag C-346/06

²² Sag C-319/06

Det er også vigtigt at være opmærksom på, at de nævnte begrænsninger, som f.eks. udstationeringsdirektivet opstiller for indholdet af et overenskomstbaseret *kædeansvar*, også vil slå igennem i forhold til en overordnet dansk entreprenør. Selv inden for rammen af et solidarisk ansvar, er det således ikke muligt at stille økonomiske krav til en overordnet entreprenør, der går videre end den forpligtelse som den underordnede entreprenør har misligholdt.

Kædeansvar ved lov baseret på aftaler/overenskomster og uden almen-gyldige overenskomstbestemmelser

Kan et kædeansvar gennemført ved lov håndhæve partsaftaler (overenskomster, kontrakter mellem personer eller virksomhedsoverenskomster m.v.) uden almen-gyldige overenskomstbestemmelser?

Et *kædeansvar* må nødvendigvis have et materielt indhold. Det må angives, hvad ansvaret omfatter. Et lovbestemt *kædeansvar*, der henviser til overenskomster almengør herved samtidig overenskomsterne generelt eller de dele heraf, som loven henviser til. I denne forstand kan man sige, at der ved ændringen af udstationeringsloven i 2008²³ efter Laval-dommen skete en indirekte almengøring af adgangen til at konflikte, idet alle virksomheder – også udenlandske tjenesteydere – skal acceptere faglige konflikter for overenskomstkrav, der opfylder nogle særlige forudsætninger. En lov der går skridtet videre og fastlægger et kædeansvar for ”en kæde” af arbejdsgivere/entreprenører må nødvendigvis præcisere indholdet af dette ansvar, og derved sker der samtidig en almengøring af indholdet.

Et lovbasert kædeansvar der f.eks. henviser til overenskomster eller de specifikke overenskomstdele vil derigennem ophøje disse overenskomster eller overenskomstdele til almene krav inden for hele branchen eller sektoren; evt. geografisk afgrænset som tilfældet er i Norge.

Som nævnt ovenfor vil et lovbasert kædeansvar også skulle holde sig inden for rammerne af udstationeringsdirektivets art. 3(1), også selv om ansvaret alene baserer sig på henvisning(er) til overenskomst(er). Som det er nævnt tidligere, har lovgiver efter udstationeringsdirektivets art. 3(10) en adgang til at stille yderligere krav efter *ordre public* princippet. Indholdet heri er imidlertid begrænset, hvilket bl.a. Luxembourg-dommen og Rüffert-dommen viste.

Konfliktadgang for almengjorte overenskomster

Kan man fortsat konflikte for overenskomster i fuldt omfang, hvis dele af overenskomsterne er gennemført via almengøring? Eller fastlægger dansk lovgivning eller EU-regulering begrænsninger herfor?

Efter princippet om kontraktfrihed kan borgere frit aftale det som allerede fremgår af eksisterende lovgivning. Derimod må aftaler ikke indgås i strid med lovgivningen, jf. aftalelovens §§ 36 og 37. Spørgsmålet om konfliktadgangen på lovregulerede områder er ikke noget problem i sig selv. Faktisk er dette jo, hvad man allerede har gjort i den omtalte ændring af udstationeringsloven, hvor man har fastsat betingelserne for, hvornår der kan konfliktes for en overenskomst.

²³ Lov nr. 263 af 23. april 2008 om ændring af lov om udstationering.

Her er lovkravet, at overenskomsterne skal opfylde nogle bestemte vilkår om at være indgået af de mest repræsentative parter i sektoren, dække hele Danmark etc.

Igen er der dog grund til at understrege, at der overfor udenlandske tjenesteydere kun kan konfliktes for betingelserne i udstationeringsdirektivets art. 3(1) og ekskl. *ordre public*. En almengøringsmodel giver mulighed for også at tage *ordre public* hensyn.

I denne sammenhæng er der i øvrigt grund til at være opmærksom på et element i Laval-dommen, som hidtil ikke har fået megen dansk opmærksomhed, nemlig spørgsmålet om forskelsbehandling. I Laval-dommen bemærkede Domstolen, at der fandtes bygge- og anlægsvirksomheder i Stockholms-området, som ikke havde indgået overenskomst. Dette element blev dog ikke i sig selv afgørende for sagens udfald, fordi dommen kunne begrundes med bruddet på de specifikke krav i udstationeringsdirektivet om at fastsætte en mindsteløn, hvilket ikke eksisterede på bygge- og anlægsområdet i Sverige. Problemet med forskelsbehandling vil imidlertid melde sig på ny og evt. med forøget styrke, hvis håndhævelse (kontrol og sanktionering – konflikt) i en almengøringslov overlades til arbejdsmarkedets parter, fordi parterne i så fald bærer ansvaret for at *alle* virksomheder inden for en sektor og evt. geografisk afgrænset pålægges at indgå overenskomst.

Endelig knytter der sig formentlig en yderligere udfordring til at lade arbejdsmarkedets parter stå for håndhævelsen af almengjorte overenskomster: Forbudet mod uretmæssige formelle restriktioner. Problemstillingen er tydeliggjort ved den svenske ændring af udstationeringsloven efter Laval-dommen²⁴. I modsætning til den danske ændring, valgte man i Sverige at sidestille individuelle arbejdsaftaler (ansættelsesaftalen) og reelle lønforhold (jf. lønseddel) med overenskomsten. Det er således *ikke* tilladt for svenske fagforeninger at konflikte for at en overenskomst, hvis arbejdsgiveren allerede opfylder kravene (for EU-tjenesteydere: Kravene i udstationeringsdirektivets art. 3(1)). Netop dette element i den svenske lovændring medførte kraftig kritik fra den svenske fagbevægelse. Baggrunden for den svenske fremgangsmåde er imidlertid, at den svenske regering vurderede, at det ville udgøre en *uretmæssig hindring* (ulovlig restriktion) for den fri bevægelighed af tjenesteydelser at opstille et formelt krav om, at udstationeringsdirektivets krav kun kan opfyldes ved indgåelse af en overenskomst. Man kan diskutere, om denne fortolkning er overforsigtig, men der er næppe tvivl om, at overvejelsen er væsentlig i en model, hvor konfliktretten ”institutionaliseres” som håndhævelsesværktøjet for almengjorte overenskomster/-elementer.

Bestilleransvar uden lovregulering af løn-/arbejdsvilkår

Hvad er et bestilleransvar? Og hvilke muligheder begrænsninger rummer det?

Som nævnt indledningsvis, forstår vi her bestilleransvaret som snævrere end kædeansvaret. Bestiller-, bygherre- eller ordregiveransvaret, som her er synonymt, indebærer, at den initiale ordregiver er ansvarlig for misligholdelser hos

²⁴ Lag (2010:228) om ændring i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

alle, der bidrager til at løse eller levere ordren/bestillingen. Til forskel fra kædeansvaret, vedrører bestilleransvaret ikke virksomheder, som selv bidrager til levering/udførelse af arbejdsopgaven. Indholdet af ansvaret kan naturligvis afgrænses på forskellig vis og kan omfatte f.eks. lønforhold, offentlige sociale bidrag og/eller skat og moms.

Ud fra den nævnte definition af *bestilleransvaret* vil bestilleren/ordregiveren/bygherren ikke være omfattet af en overenskomst, eftersom vedkommende ikke selv har ansatte, som "håndværksmæssigt" bidrager til at løse opgaven. For bestillere, der selv bidrager til opgaven vil *kædeansvaret* ovenfor eller *tredjepartsansvaret* nedenfor, være relevant. Et bestiller- eller bygherreansvar er kendt fra arbejdsmiljølovgivningen, hvor § 37 i arbejdsmiljøloven gør det muligt at pålægge bygherrer ansvar for forhold på byggepladsen der ikke lever op til arbejdsmiljøkravene. Her er ansvaret imidlertid ikke objektivt.

Et *bestilleransvar* indført ved lov skal respektere de samme nævnte begrænsninger som *kædeansvaret*; herunder at bestilleren ikke kan gøres ansvarlig for mere end det umiddelbare pligtsubjekt, f.eks. en udenlandsk tjenesteyder, kan gøres ansvarlig for. Endvidere vil ansvaret, afhængig af indholdet (løn dele, sociale ydelser, skat, moms, sociale goder i overenskomsten mv.) kunne få et så ubestemt indhold, at bestilleren – i en solidarisk ansvarsmodel – reelt ikke har mulighed for at vurdere rækkevidden/konsekvenserne heraf, eller beskytte sig imod det. At gennemføre et bestilleransvar ved lov vil det derfor nok forudsætte en meget klar og afgrænset fastlæggelse af ansvaret, således at man ikke ender ud i en konflikt med aftalelovens § 36.

Såfremt et bestilleransvar *de facto* begrænser den fri bevægelighed, fordi bestillere/ordregivere/bygherre ikke tør anvende udenlandske tjenesteydere, af bekymring for omfanget af de økonomiske ansvar, så er der risiko for, at ordningen ses som en ulovlig restriktion af den fri bevægelighed.

Tredjepartsansvar via overenskomst

Er et tredjepartsansvar, fastsat ved overenskomst, i strid med konkurrenceloven eller andre love/direktiver, hvis det indebærer, at arbejdsopgaver kun må videliciteres til andre overenskomstdækkede virksomheder?

Et tredjepartsansvar etableret via overenskomst, der ligefrem afskærer overenskomstdækkede arbejdsgivere fra at anvende ikke-overenskomstdækkede virksomheder som underentreprenører, vil udgøre en hindring/begrænsning for den fri bevægelighed og vil samtidig kunne udgøre en uretmæssig forskelsbehandling imellem danske og udenlandske virksomheder. Det afgørende for denne vurdering vil være, om det er lettere for danske virksomheder end for udenlandske tjenesteydere at opfylde et formelt krav om overenskomstdækning.

Særligt i forhold til udenlandske tjenesteydere vil et krav om indgåelse af komplette danske overenskomster, som nævnt tidligere, være i strid med udsta-

tioneringsdirektivets bestemmelser om, at kun art. 3(1) kravene kan kræves opfyldt i værtslandet.

Om et sådant tredjepartsansvar også rummer problemer i forhold til konkurrenceretten²⁵ er mere usikkert. Under alle omstændigheder går princippet om fri bevægelighed forud for konkurrenceretten, hvilket betyder at et tredjepartsansvar først vil blive vurderet i forhold til principperne om ligebehandling, og restriktionsforbud, inden der tages stilling til, om ansvaret begrænser konkurrencen i EU til skade for forbrugere og konkurrerende virksomheder.

Som nævnt vil et tredjepartsansvar, der helt generelt afskærer adgangen til Danmark af udenlandske, ikke-overenskomstdækkede virksomheder med stor sandsynlighed udgøre såvel en indirekte national forskelsbehandling som en urimelig hindring af den fri bevægelighed²⁶. Derfor vil det være underordnet, at initiativet også – i et eller andet omfang – kan begrænse konkurrencen i den eller de sektorer, hvor kravet indføres. Den sidstnævnte vurdering kan basere sig på, at de virksomheder der tiltræder sådanne aftaler skaber sig en kartellignende beskyttelse mod virksomheder udenfor aftalen.

Til gengæld vil der næppe være noget i vejen for at etablere et tredjepartsansvar via overenskomst efter en model, hvor en underordnet entreprenør forpligtes til at dække manglende opfyldelse af overenskomsten hos en umiddelbart underordnet entreprenør. Igen må der tages forbehold overfor EU-tjenesteydere, hvor hverken tjenesteyderen eller dennes hvervgiver kan forpligtes ud over udstationeringsdirektivets art. 3(1). Derimod rummer denne model ikke problemer i forhold til aftalelovens beskyttelsesregel eller andre retsprincipper, fordi ansvaret vil være begrænset, og der vil være mulighed for, at den overordnede entreprenør/bestiller kan kontrollere forholdene hos underentreprenøren og dermed begrænse sin risiko ved ansvaret.

5. Sammenfatning og perspektiver

Vi har i det ovenstående gennemgået forskellige typer af ansvarsordninger, der sigter på at entreprenører/leverandører, som indgår i levering af en arbejdsopgave, samt evt. også bestilleren/bygherren, kan pålægges at opfylde gældende danske overenskomster for arbejdstagere i efterfølgende entreprised. Vi har også set nærmere på behov og muligheder for at lade de overordnede entreprenører være ansvarlige for underleverandørers lovpligtige bidrag til det offentlige (skat, moms, arbejdsmarkedsbidrag, ATP etc.).

Formålet har ikke været at svare på, hvordan det danske arbejdsmarked kan beskyttes mod social dumping, men alene at pege på nogle af de centrale problemstillinger, som er vigtige at holde sig for øje ved udformning af sådanne ansvarsordninger. Notatet fremhæver også nogle af de centrale resultater fra de

²⁵ EU-konkurrenceretten er især implementeret ved Konkurrenceloven (lovbekendtgørelse nr 972 af 13/08/2010)

²⁶ Som f.eks. Bosman-dommen (C-415/93) og Walrave-dommen (c-36/74) viste, må private organisationsaftaler heller ikke hindre den fri bevægelighed.

empiriske undersøgelser af de faktiske problemer med social dumping, som viser, at det især er udenlandske tjenesteydere og deres udstationerede, samt dernæst selvstændige enkeltmandsvirksomheder, som udgør et problem. Vikarer fra udenlandske bureauer er også en synlig problemstilling, som det kommende vikardirektiv dog formentlig vil imødegå. Desværre giver de informationskilder, herunder datasystemer, der er til rådighed, ikke noget særligt godt overblik over omfanget af problemerne.

Med notatet peger vi først og fremmest på, at ingen af de her præsenterede ansvarsformer (*entrepriseansvar, bestilleransvar, kædeansvar og tredjepartsansvar*), og næppe heller nogen andre, udgør en ”genvej” til fulde overenskomstmæssige vilkår for alle EU-arbejdstagere, der dukker op på det danske arbejdsmarked. Udstationeringsdirektivet og Rom-forordningen blokerer for denne mulighed, både når EU-udstationerede kommer til Danmark og når danskere udstationeres i andre EU-lande. I begge tilfælde skal kravene til løn- og arbejdsvilkår samt andre offentligretlige krav til ansættelsesforholdet holde sig inden for art. 3(1) i udstationeringsdirektivet, evt. suppleret af *ordre public*, hvis man vælger lovgivningsvejen.

I notatet peger vi også på, at erkendelsen af den øgede mangfoldighed af arbejdsformer på det danske arbejdsmarked lægger op til nogle nøgterne overvejelser om bl.a. definitionen af ”mindsteløn”, og hvordan denne mindsteløn reguleres og håndhæves. Om det sker ved lov, ved aftale eller begge dele i sammenhæng. De samme overvejelser har været fremme i forbindelse med ændringen af udstationeringsloven efter Laval-dommen, uden de dog ved den lejlighed synes bragt helt til ende.

Notatet forsøger også at aflive nogle myter, ikke mindst om mulighederne for at kombinere lovbaseret kædeansvar med overenskomstregulering, uden at der derved sker almengyldiggøring. Efter vores vurdering er denne model en umulig, selvmodsiggende kombination. Et lovbaseret kædeansvar må have en materiel kerne, som – hvis den skal række videre end den nuværende almen-gjorte konfliktret – må angive de overenskomstkrav ansvaret omfatter. Dermed bliver der reelt tale om en almengyldiggøring.

Hvilke perspektiver er der for fremtiden? Som nævnt indledningsvis har notatet også forbigået de administrative og andre retlige initiativer, der formentlig også kan bidrage at imødegå problemerne med social dumping. Arbejdsmarkedets parter har ved de seneste overenskomstaftaler i 2007 og i 2010 selv taget en række initiativer inden for denne ramme²⁷. Andre muligheder kan f.eks. bestå i at danske myndigheder og evt. arbejdsmarkedets parter etablerer tættere samarbejder og udveksler informationer med hjemlandene for EU-tjenesteydere og deres udstationerede med henblik på at imødegå de forskellige aspekter af social dumping.

²⁷ Søren Kaj Andersen, Klaus Pedersen, Social dumping. FAOS Forskningsnotat 110, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, juni 2010