

Kandidatspeciale-Erhvervsjura 19.05- 2020

Hvad er definitionen på en arbejdstager i EU-arbejdsret, og hvordan påvirker det retstillingen for direktører i Danmark.

Mehmet Karakulak - 20146486

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.1 ABSTRACT.....	2
2.1 Indledning	3
2.2 Problemstillingen:	4
2.3 PROBLEMFORMULERING:	4
2.4 METODE:	4
2.5 Afgrænsning:	5
3.1 EU'S formål-værdier.....	7
3.2 EU-forrang.....	8
3.3 De EU-arbejdsretlige retskilder.....	9
3.4 EU's kompetence på det arbejdsretlige område. Fra snæver kompetence til bred.....	10
4.1 Restriktionsforbud for arbejdskraftens frie bevægelse	10
4.2 Proportionalitetsprincippet i arbejdstager sammenhæng	11
5.1 Reel og faktisk aktivitet:	12
5.2 Økonomisk aktivitet:	16
5.3 Arbejdsforholdet / Over- underordningsforhold.	16
5.4 Vederlags Kravet:	20
5.5 Job I den offentlige administration:.....	21
6.1 Arbejdstagerbegrebet i primærretten	23
6.2 Arbejdstagerbegrebet i Sekundærlovgivningen	25
6.3 Problemet med vikarbureaudirektivet 2008/104EF artikel 3, stk.1, a og artikel 3, stk. 1, b.	27
6.4 Arbejdstagerbegrebet i retspraksis.....	29
6.5 Tredjeland statsborgere	31
7.1 Del konklusion for EU arbejdstagerbegrebet:.....	32
8.1 Funktionærloven.....	33
8.2 Funktionærlovens personkreds	34
8.3 Tjenestestilling	35
8.4 Direktører.....	37
8.5 Ferieloven	44
9.1 Ligelønsloven – Artikel 157 EUF: Ligeløn og ligebehandling.....	45
9.2 Forskelsbehandlingsloven og rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling.....	46
9.3 Ligebehandling	47
10.0 Konklusion.....	47
Litteraturliste	50

1.1 ABSTRACT

The definition of the concept of worker in EU-law and how does this affect CEO's in Denmark.

Introduction

According to the french professor Alain Supiot who is a French professor in labor law said that even 40 years after the establishment of the EU, there is still not one definitive description of the concept of workers. Many of the EU-states have almost the same concept of worker today across various worker groups. The problem with the concept of workers is mainly how the member states implement these principles in their national legislation, and the interpretation of the concept, that the European court of justice and the European Union has defined on how to understand the concept.

The thesis will focus on how the European court and law defines the concept of worker, and which principles that defines the concept based on the principles of TFEU 45 of Freedom of movement and of residence. Therefor there will be an analysis of Articles, directives, and case law to define the concept. This thesis will focus on how Danish courts, and laws interpretation of the definition of an earner/lønmodtager with the perspective of CEO's. The main difference in Danish, and EU-law is that they use different concept of worker, even thus it seems similar, the Danish law and cases uses the definition of earner/lønmodtager while the EU uses the definition of worker/arbejdstager. The main findings on how the EU interprets CEO's with the case of Balkaya, Danosa case, to find which principles that the EU case law deduces. This thesis' main objective is not to conclude or suggest on how the worker definition should be, the thesis will according to the legal doctrines try to define, systemize the applicable law in both the EU-law and the Danish law.

The main findings

According to danish law there is not one single definition of the concept of worker/employer. The CEO's are neither accepted under the term worker in Danish law. According to funktionærlovens preliminary work from 1937, there was never the intention to include CEO's under funktionærloven. There have been instances of where CEO's could be defined as employees according to Danish law. Vast majority of the cases point out that there are various conditions to be met, before a CEO could be defined as an employee. In the cases where a CEO met the conditions, was mainly because of the CEO had limited privileges and rights to enforce the position as CEO. The Danish courts use a restricted interpretation to define the concept of employee/worker.

The EU-law and case law interprets the definition of worker more extended in comparison to Danish law. According to the EU-law a worker is a person who receives remuneration in return for his activities under the service for or under another person's direction. The same definition is also applicable for CEO'S.

The new holyday act in Danish law now includes CEO'S and the law now complies with the EU-law, according to the other areas of Danish law, there is still many areas which does not comply with the definition of a worker. It is hard to predict if other areas of the Danish laws

also would change the definition. Even though after the change of the holiday act, the CEO'S would still not be considered as employees in Danish law.

I can therefore conclude that a CEO in Danish law, would not be considered as an employee, but in EU-law a CEO would be considered as a worker.

2.1 INDLEDNING

Arbejdstagerbegrebet har siden 1980'erne været et diskuteret emne, i forbindelse med at definere arbejdstagerbegrebet. Alain Supiot som er en fransk professor i arbejdsret, udtaler i 1999 således at *'EF/EU efter ca.40 år efter oprettelsen endnu ikke har nået frem til en enkelt definition af begrebet lønmodtager'*¹. Historisk set har mange af EU/EØS-medlemsstaterne haft vidt forskellige lovgivninger gældende for arbejdstagere. I dag er det arbejdsretlige område næsten harmoniseret for alle kategorier af arbejdstagere. Der er i dag nogenlunde ensartet forståelse af arbejdstagerbegrebet, både på tværs af kategorier af arbejdstagere og på tværs af retsområder².

Ifølge Europa kommissionen, vil der ske seriøse strukturelle ændringer på den måde vi arbejder på pga. nye innovationer og teknologi, det medføre blandt andet at mange jobs allerede i 2035 vil være påvirket af automatiseringsprocessen. Allerede i 2035 regner man med at cirka halvdelen af alle professioner vil være delvist eller fuldt automatiseret³. I forhold til de andre medlemsstater så ligger automatiserings jobs tabene mindre i Danmark, da Danmark har et højere uddannelsesniveau. Det vil i højere grad påvirke jobsene i produktionen, men det kan også komme til at påvirke sektorer som journalistik, skat, konsulentbranchen og advokatbranchen. Ligeledes forventes der at der kommer nye former for arbejde i fremtiden⁴. Der forventes en massiv stigning af selvstændige pga. skiftende forretningsmodeller, der er en stor forskel på beskyttelse af selvstændige og ansatte i henhold til lovgivningen⁵.

Kommissionen mener at definition på arbejdstager, selvstændige og entreprenør nogle gange er sløret, da selvstændige mange gange stiller deres egne huse og biler til rådighed, da de er ansat under nye former for forretningsmodeller⁶. Spørgsmålet er således om den nuværende lovgivning er forberedt på sådan et skifte. En fastlæggelse af arbejdstagerbegrebet har således ikke været vigtigere både i henhold til dansk ret og EU-ret.

I dansk ret er der stadig mange særlige love for forskellige kategorier af lønmodtagere. Der gælder således andre regler/love for funktionærer i Danmark, end for andre lønmodtageregrupper⁷. I Danmark forskelsbehandler funktionærloven således arbejdere og funktionærer, især med hensyn til løn under sygdom og opsigelsesvarsler. Inden for de EU regulerede områder, vil forskelsbehandlingen formentlig være EU-stridig ifølge af EU-Domstolen. Det vil være anset for EU-stridigt efter Chartrets art. 20 om alle menneskers lighed

¹ EU-arbejdsret 5.udgave, Ruth Nielsen s.403.

² EU-arbejdsret 5.udgave, Ruth Nielsen s.407.

³ SWD 2016 (51) Final side. 27

⁴ SWD 2016 (51) Final side. 28 Figur 32.

⁵ SWD 2016 (51) Final side. 30.

⁶ SWD 2016 (51) Final side. 32.

⁷ EU-arbejdsret 5.udgave, Ruth Nielsen s.407.

for loven, da Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik traktatrang⁸. Denne forskel kommer også i udtryk i dansk ret, som er mere indskrænket i sin fortolkning af lønmodtagerbegrebet, der er en tydelig forskel på hvordan EU og Dansk ret fortolker direktørs "titel" altså om de reelt er lønmodtagere/arbejdstagere eller arbejdsgiver.

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i TEUF Artikel 45's synsvinkel på arbejdstagerbegrebet, som er udledt fra retten til fri bevægelighed og ophold. Dernæst den nationale fortolkning af lønmodtagerbegrebet, og om hvorvidt direktører falder ind under disse begreber.

2.2 Problemstillingen:

Der er en række problemstillinger der opstår med fortolkningen af arbejdstagerbegrebet/lønmodtagerbegrebet set ud fra TEUF Artikels.45's perspektiv og dansk ret, når begreberne skal implementeres eller anvendes i dansk ret. Jeg vil kigge på om hvorvidt EU fortolker begrebet, samt hvordan Dansk ret fortolker begrebet, og hvorledes denne begrebsfortolkning har af konsekvenser for retstillingen af direktører i Danmark og i EU-retten. Forskellen mellem EU-retten og Dansk ret, er at i dansk ret fortolker man begrebet indskrænket og i EU-retten udvidet, der vil i afhandlingen kigges nærmere på, hvad det har af betydning.

2.3 PROBLEMFORMULERING:

På baggrund af problemstillingen, har jeg opstillet denne problemformulering.

Hvad er definitionen på en arbejdstager i EU-arbejdsret, og hvordan påvirker det retstillingen for direktører i Danmark.

2.4 METODE:

Den anvendte metode for afviklingen af specialet er således den retsdogmatisk metode, hvor jeg ser retstillingen ud fra et dualistisk synsvinkel. Det betyder at EU-retten og den nationale ret betragtes som to separate systemer. Anvendelsen af den retsdogmatisk metode beror på at jeg har til formål for at analysere og beskrive den gældende retsstilling for arbejdstagerbegrebet

⁸ EU-arbejdsret 5.udgave, Ruth Nielsen s.408.

i henholdsvis EU-retten, samt lønmodtagerbegrebet i Dansk ret, samt hvorvidt direktører falder inden for disse begreber⁹.

For at fastlægge den nationale retstilling bliver der i afhandlingen anvendt danske love som funktionærloven, ferieloven, selskabsloven mv. samt de respektive forarbejder. De danske lovttekster er således brugt i sammenspil med retspraksis for at udlede retstillingen for direktører. Der er ligeledes anvendt faglitteratur i form af bøger, eksperteres udtalelser (HR Jura magasinet). Jeg har analyseret domme for at få et overblik over hvilke principper/præmisser den nationale domstol udleder.

Min arbejdstilgang har således været at jeg først har kigget og analyseret ordlyden af de primære kilder som er traktater i EU-retten så som Artikel 45, dernæst har jeg kigget på den sekundære lovgivning i form af direktiver og forordninger i EU-retten for at analysere hvad der menes med arbejdstagerbegrebet. Dernæst har jeg kigget på retspraksis for at systematisere de afgørende præmisser der er lagt vægt på for at opnå arbejdstagerstatus. Det kommer blandt andet i udtryk i afsnittene: Proportionalitetsprincippet i arbejdstager sammenhæng, Reel og faktisk aktivitet, Arbejdsforholdet / Over- underordningsforhold, Job I den offentlige administration, Problemet med vikarbureaudirektivet 2008/104EF artikel 3, stk.1, a og artikel 3, stk. 1, b, Arbejdstagerbegrebet i retspraksis, Tredjelands statsborgere.

Afhandlingens opbygning har til formål af at introducere de elementære rettigheder, samt hvad formålet er med EU. Dernæst illustrerer afhandlingen EU-rettens forrang over for de danske nationale love. Dernæst er der prøvet at illustrere at EU-rettens anvendelsesområde er blevet udvidet siden 1958. Yderligere har jeg illustreret der ikke må udføres restriktioner for arbejdskraftens frie bevægelighed, og hvornår den nationale lovgivning er proportionel, og hvor grænsen går i arbejdstagersammenhæng. Dernæst er opgaven opbygget for at illustrere afgørende principper i EU-retten med en række afsnit. For at illustrere disse principper er der anvendt retspraksis. Efter en gennemgående analyse af både primærretten, sekundærlovgivning samt retspraksis er der udledt en delkonklusion for arbejdstagerbegrebet i EU-retten.

I den nationale del har jeg fokuseret på funktionærloven, og dens forarbejder for at komme frem til hvad lønmodtagerbegrebet er og om direktører falder ind under disse bestemmelser under funktionærloven. Dernæst har jeg fokuseret på tjenestestilling begrebet, både i form af lovgivning og af retspraksis for at udlede en retstilling for det generelle lønmodtagerbegreb. For at udlede retstillingen for direktører har jeg anvendt de ovennævnte love, forarbejder og retspraksis samt faglitteratur. Til sidst er ferieloven analyseret med henblik på at finde ud af om anvendelsesområdet har ændret sig.

2.5 Afgrænsning:

I takt med den teknologiske udvikling bliver der opfundet nye måder at føre forretning på, f.eks. gennem ændring af forretningsmodeller. Denne udvikling kommer især til udtryk i

⁹ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori s.190

platformsøkonomi appsene, hvor man blandt kan bestille et lift, leje hus mv. Det har oprindeligt været med afhandlingens formål at inkludere denne problemstilling med, da denne problemstilling, måske ikke er så relevant ifølge mig selv i Danmark endnu, har jeg valgt at fokusere på direktørers retstilling. Samtidig ville fokuseringen på denne problemstilling føre til, at afhandlingen ikke havde været så detaljeret, og dermed virke overfladisk.

Ligeledes omfatter afhandlingen ikke problemstillinger med arbejdsgivers frie bevægelighed.

For at begrænse afhandlingen, har fokus ikke været på hvilke lønmodtagergrupper der falder under funktionærloven. Det primære fokus har været på direktører.

Der bliver ligeledes ikke behandlet alle de rettigheder som en arbejdstager opnår af at være EU-borger. De valgte elementer i afhandlingen har til formål af at belyse et princip/grundlag for de rettigheder der udtømmer arbejdstagerbegrebet.

Der er ligeledes ikke taget udgangspunkt i arbejdssøgende selvom de kan være omfattet af art. 45 TEUF.

3.1 EU'S FORMÅL-VÆRDIER

Til 1957 fra Rom-traktaten til 1992 af vedtagelsen af Maastricht-traktaten har der ikke været bemærkelsesværdige ændringer i EF's formelle mål. I Den daværende EØF art.2 var opgaven for EU en oprettelse af fællesmarked og gennem gradvis tilnærmelse af medlemsstaternes økonomiske politik at fremme følgende mål: en harmonisk udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed, en varig og afbalanceret ekspansion, en øget stabilitet, en hurtigere højnelse af levestandarden, snævrere forbindelser mellem de stater, som det forener. EU-retten har haft voksevækst og haft udvidelser for hvor langt EU-retten går ud over de økonomiske mål og opgaver. I 1963 fastslog EU-domstolen princippet om EU-rettens direkte virkning i Van Gend en Loos-sagen, i 1964 princippet om EU-rettens forrang i Costa/Enel-sagen¹⁰.

Fra perioden Maastricht-traktaten til Lissabon-traktaten har der været to parallelle målformuleringer i EF-traktatens art.2 EF og EU-traktatens art. 2 TEU. Målformuleringen i EF-traktaten var fokuseret på det indre marked, imens målformulering i art. TEU angav bredere politiske og sociale mål¹¹.

EU blev grundlagt efter Maastricht-traktaten og siden har EU's formål blevet fastlagt i art. 2 TEU til følgende mål. At oprette et fælles marked og en økonomisk monetær union igennem iværksættelser af fælles politikker eller aktioner. Fremme et harmonisk og afbalanceret udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed, en bæredygtig og ikke inflationær vækst, som respekterer miljøet, en høj grad af konvergens med hensyn til de økonomiske resultater, et højt beskæftigelsesniveau, et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden, og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed samt solidaritet mellem medlemsstaterne. Når man kigger på disse hensyn, er det oplagt at beskyttelse af arbejdstager falder ind under disse mål og værdier¹². I takt med tidens udvikling er der opstået flere og flere traktater igennem årene, som har udvidet beskyttelsesområderne på tværs af juridiske emner og love.

Arbejdskræftens frie bevægelighed giver enhver unionsborger retten til at rejse rundt til en anden medlemsstat for at kunne arbejde eller ophold med henblik på at oppebære en indtægt. Arbejdskræftens frie bevægelighed artikel 45 sikrer arbejdstagere imod diskrimination på baggrund af nationalitet med hensyn til beskæftigelse, arbejdsvilkår, løn og afskedigelser. Derledes nyder arbejdstagere og deres familier samme rettigheder som nationale borger, så som skattemæssige fordele og sociale fordele¹³.

Arbejdskræftens fri bevægelighed er reguleret i alle trin af EU-retten, primærretten, sekundærlovgivning og EU Domstolens praksis¹⁴

¹⁰ EU-arbejdsret 5. udgave, Ruth Nielsen s.52-53.

¹¹ EU-arbejdsret 5. udgave, Ruth Nielsen s.53.

¹² EU-arbejdsret 5. udgave, Ruth Nielsen s.54.

¹³ EU-arbejdsret 5. udgave, Ruth Nielsen s.295.

¹⁴ EU-arbejdsret 5. udgave, Ruth Nielsen s.247.

3.2 EU-forrang

Ifølge retskildehierarkiet er EU-retten et trin højere end national ret. Det betyder at en national regel der strider mod EU-retten er uvirksom og kan derfor ikke anvendes både i vertikale og horisontale relationer. Bindende EU-ret har altid forrang over for national ret, og medlemsstaternes grundlove. EU-domstolen fastslog i Kreil-sagen C-285/98 at ligebehandlingsdirektivet havde forrang for den tyske grundlov. EU-rettens forrang er ikke nævnt i traktaterne, men det er blevet fastgjort i Lissabon-traktaten i erklæring 17 som jævnføre til EU-domstolen praksis, at forrangsprincippet er et af de grundlæggende principper i EU-retten og er forbundet med EU-rettens særlige karakter. Forrangsprincippet har både været gældende før Lissabon-traktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009 hvor Charteret fik traktatrang. Når EU-reglerne har direkte virkning, betyder det at medlemsstaterne skal anvende EU-retten i den nationale ret, selv om de ikke er implementeret. Det differencer sig ved folkeretten, at den kun skal anvendes i dansk ret, når den er inkorporeret¹⁵

Der er siden 1960'erne været diskussioner om EU-rettens forrang over for den nationale ret, både i form af retspraksis og teori. De diskussioner har blandt andet været, hvem der er pligtsubjekter (det offentlige og/eller private), hvilke præcisionskrav, der skal stilles til en regel, for at den har direkte virkning og hvilke typer EU-regler (traktatbestemmelser, direktiver, mv), der har direkte virkning. EU-arbejdsretlige sager har spillet en afgørende rolle i EU-Domstolens udvikling af praksis herom, fordi arbejdsretlige tvister ofte opstår mellem private¹⁶.

Traktaternes bestemmelser om værdier og målsætninger og kompetencenormer i TEU og TEUF er ikke direkte anvendelige. Dog er det en formodning at pligtregler i TEUF vil blive anset for direkte anvendelige¹⁷

Traktater der er klare og præcise, har direkte virkning. Det omhandler i relationerne med borgere og staten, og ofte forholdet mellem private. Det gælder både i horisontale og vertikale relationer. På det arbejdsretlige område 157 TEUF om ligeløn og art. 45 TEUF om arbejdskraftens fri bevægelighed direkte forpligtende virkning for private arbejdsgivere, pensionselskaber m.fl.¹⁸.

Forordninger har også direkte virkning i form af art. 288 TEUF om umiddelbart anvendelige. Forordninger har derfor direkte virkning i vertikale og horisontale relationer. Direktiver der er klare og præcise, har også direkte virkning i den vertikale relation, dog har de ikke direkte virkning i den horisontale relation. Det har derfor ikke en forpligtende virkning for private. Der har været en del retspraksis på området med sag C-152/84, Marshall I, C-91/92, Dori, C-192/94, El Corte Ingles mv¹⁹.

¹⁵ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.157.

¹⁶ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.157.

¹⁷ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.158.

¹⁸ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.158.

¹⁹ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.159.

EU-Domstolen praksis anses for at være bindende for de nationale domstole, for at sikre et harmoniseret og ensartet anvendelse af EU-retten i alle medlemsstaterne. EU-Domstolen praksis er således hjemlet i art. 4, stk. 3 TEU om pligten til loyalt samarbejde og har siden kommet i udtryk i Atlanta-sagen C-165/93²⁰.

3.3 De EU-arbejdsretlige retskilder

De EU-arbejdsretlige retskilder stammer fra EU's traktatgrundlag og grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper, bindende sekundærregulering (afledet ret: forordninger, direktiver, afgørelser), retspraksis primært i EU-Domstolens praksis, folkeret og EMRK²¹.

Primærretten består af traktaterne TEU og TEUF, Charteret om grundlæggende rettigheder og ikke kodificerede grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper²².

Traktatgrundlaget for EF/EU har siden 1958 ændret sig betragteligt til dags dato. Der er siden oprettelsen af traktaterne ændret i de grundlæggende traktater fem gange (Fællesakten 1986, Maastricht traktaten 1993, Amsterdam-traktaten 199, Nice traktaten 2003 og Lissabon traktaten 2009). I Nice-traktaten har der blot været en styrkelse og tydeliggørelse af retsgrundlaget for EU-arbejdsretten og en udbygning af grundretsværnet²³.

Primærretten indeholder regler om EU's formål og værdier og kompetencenormer vedrørende EU's institutioner, lovgivningsprocedurer mv²⁴

I 2009 fik EU's Charter om grundlæggende rettigheder samme værdi som traktaterne TEU og TEUF, som bygger på udelelige og universelle værdier som: frihed, lighed, ytringsfrihed mv²⁵.

Der er ligeledes vigtige almindelige principper ligesom inden for dansk ret, så findes der en række vigtige principper i EU-retten som ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet, og effektivitetsprincippet²⁶.

Forordninger er almengyldige, og den er bindende i alle medlemsstater. Forordninger er direkte forpligtende både vertikalt og horisontalt i forholdet mellem private parter. Forordningerne om arbejdskraftens fri bevægelighed er den vigtigste form for sekundærregulering. De vigtigste forordninger på området er således forordningen om vandrende arbejdskraft EU/2011/492 og forordningen om social sikring EF/883/2004²⁷

Direktiver er bindende for enhver medlemsstat, det er op til de nationale myndigheder for formen og midlerne for gennemførelsen af direktiverne. Medlemsstaterne er således forpligtet for at få den tilsigtede virkning af direktivet. Jeg har brugt en række direktiver for at analysere i hvilken kontekst arbejdstagerbegrebet bliver benyttet.

²⁰ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.159-160.

²¹ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s. 107.

²² EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s. 107.

²³ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.107.

²⁴ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s. 107.

²⁵ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s 108.

²⁶ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s. 109.

²⁷ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s. 109.

3.4 EU's kompetence på det arbejdsretlige område. Fra snæver kompetence til bred

De eneste arbejdsretlige emner der har været EF-reguleret har været i Rom-traktaten som trådte i kraft den 1. januar 1958. Emnerne som Rom-traktaten indebar blandt andet arbejdstagers og arbejdsgivers fri bevægelighed og ligeløn mellem kvinder og mænd²⁸

De fleste arbejdsretlige tvister fremkommer ofte internt i en medlemsstat. De interne tvister var oprindelig uden for EF/EU's kompetence, senere de følgende år har EU's kompetenceområde vokset. Nu omfatter næsten alle arbejdsretlige spørgsmål EU's kompetence²⁹.

EU har ene kompetence på bl.a. konkurrenceret mv. Dog er der på arbejdsretlige område delt kompetence mellem EU og Medlemsstaterne. Det betyder at EU og medlemsstaterne kan lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter på det arbejdsretlige område. Medlemsstaterne udøver deres kompetence, i det omfang EU ikke har udøvet sin, samt at det ikke strider imod EU-lovgivningen³⁰.

EU regulerer mange aspekter af arbejdsretten bl.a. beskæftigelsen, arbejdsvilkårene, den sociale tryghed, beskyttelsen mod arbejdsulykker, erhvervs sygdomme, sundhedsforskrifter for arbejde, organisationsretten og retten til kollektive forhandlinger mellem arbejdsgivere og arbejdstagere³¹.

4.1 RESTRIKTIONSFORBUD FOR ARBEJDSKRAFTENS FRIE BEVÆGELSE

I en række sager har der været domme om arbejdskraftens restriktionsforbud.

I Bosman sagen udtalte EU-domstolen at transferreglerne i fodbold udgør hindringer for arbejdskraftens frie bevægelighed som er i strid med art. 45 TEUF³². Transferreglerne var til hinder for arbejdsmarkedet frie bevægelighed da de regulerede adgangen for spillere til arbejdsmarkedet. Formålene med transferreglerne kan ikke retfærdiges, med hensyn til det sportslige aspekt, da arbejdsmarkedets frie bevægelse har forrang overfor sådan et hensyn³³. Der er i visse tilfælde disse hensyn kan indtræde som vil blive illustreret i et andet kapitel.

Fodbolden har som regel selv autonomi, dog må sportens interne regler ikke stride imod arbejdskraftens frie bevægelighed. De interne regler skal således have et legitimt mål og være forenelige med traktaten, og skal være begrundet i tvingende almene hensyn. De interne regler skal ikke gå ud over hvad der er nødvendigt for at nå det pågældende mål³⁴.

²⁸ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.56.

²⁹ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.56.

³⁰ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.57.

³¹ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.57-58.

³² EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.280-281.

³³ Bosman C-415/93 Præmis 104-103.

³⁴ Bosman C-415/93 Præmis 104-103.

Disse begrænsninger der er sat af FIFA eller af de nationale fodboldorganisationer sætter er derfor en restriktion for arbejdstageres frie bevægelighed.

4.2 Proportionalitetsprincippet i arbejdstager sammenhæng

Proportionalitetsprincippet kan spille en rolle ved vurderingen af restriktioner på den fri bevægelighed for arbejdstagere³⁵. For at demonstrere princippet har jeg valgt at belyse to sager Giersch-sagen C-20/12 og C-202/11 LAS.

C-20/12

Sagen omhandler en række af studerende som i studieåret 2010/2011 ansøgte om at blive tildelt økonomisk støtte til en videregående uddannelse med henblik på en kandidatuddannelse³⁶. De studerende som er bosiddende i henholdsvis i Belgien og Tyskland har ønske om at gennemføre en videregående uddannelse i Det forenede Kongerige³⁷. De studerende får dog afslag af ministeren med begrundelsen, om at de mangler at opfylde bopælskravet i artikel 2. litra b i forordning nr. 1612/68³⁸. Sagsøgerne har således påberåbt sig at den økonomiske støtte udgør en social fordel i henhold til artikel 7, stk.2. i forordning nr. 1612/68 hvorfor den er underlagt bestemmelserne om princippet om ligebehandling³⁹. De studerende har påberåbt sig en direkte forskelsbehandling, for så vidt som en luxembourgsk statsborger eller et familiemedlem til en luxembourgsk statsborger skal være bosat i Luxembourg for at kunne være omfattet af den økonomiske støtte fra staten til videregående uddannelse, hvorimod statsborgere fra andre medlemsstater skal have ophold der. Hvis det imidlertid fastlås, at luxembourgske statsborgere og statsborgere i de øvrige medlemsstater er underlagt det samme krav om bopæl på det luxembourgske område, udgør dette bopælskrav en indirekte forskelsbehandling, idet kravet lettere opfyldes af luxembourgske statsborgere end af statsborgere fra andre medlemsstater⁴⁰. Uden at gøre det for langt springer jeg direkte til konklusionen.

EU-Domstolen udtaler således i afgørelsen at:

'' Artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004, skal fortolkes således, at den i princippet er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter tildelingen af økonomisk støtte til videregående uddannelse gøres betinget af, at den studerende opfylder et krav om bopæl i denne medlemsstat, og hvorved der er indført en forskelsbehandling, der udgør en indirekte forskelsbehandling, mellem de personer, som er bosiddende i den pågældende medlemsstat, og de personer, der, uden at være bosiddende i denne medlemsstat, er børn af grænsearbejdere, som arbejder i nævnte medlemsstat''

Således udgør bopælsbegrebet ikke en indirekte forskelsbehandling mellem de personer der er bosiddende medlemsstat, og de personer der ikke i bor i den pågældende medlemsstats.

³⁵ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.286

³⁶ Giersch C-20/12 præmis 11.

³⁷ Giersch C-20/12 præmis 12.

³⁸ Giersch C-20/12 præmis 13.

³⁹ Giersch C-20/12 præmis 16.

⁴⁰ Giersch C-20/12 præmis 18.

Domstolen har i præmis 72 begrundet af bopælskravet kan være uforholdsmæssigt. Det er således i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet⁴¹. Medlemsstater er således underlagt proportionalitetsprincippet, når der skal sættes særlige krav for arbejdstagere.

I Sag C-202/11 Gik den belgiske lov ud over hvad der må være henset for at være proportionalt for at tilstræbe de legitime mål⁴².

Anton Las som er nederlandsk statsborger og bosat i Nederlandene ansat i en fast stilling som Chief Financial officer hos PSA Antwerp som har hjemsted i Antwerpen i Belgien. Koncernen er en multinational koncern, som driver en række havneterminaler. Selskabet har hovedkontor i Singapore, men arbejdet skulle udføres i Belgien, og visse arbejdsydelser blev leveret fra Nederlandene. Anton Las bliver ved en skrivelse d. 7 september 2009 afskediget med øjeblikkelig virkning. Anton Las var berettiget til afskedigelsesgodtgørelse svarende til tre måneders løn og en supplerende godtgørelse op seks måneder. Ved en skrivelse af Anton Las' advokat at arbejdskontrakten særlig artikel 8 vedrørende afskedigelsesgodtgørelsen ikke var affattet på nederlandsk, hvorfor den skulle anses for at være ugyldig i henhold til sprogdekretet i artikel 10 i arbejdskontrakten⁴³.

''På denne baggrund har Arbeidsrechtbank te Antwerpen besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Strider [sprogdekretet] mod artikel [45 TEUF] om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Den Europæiske Union, i det omfang det pålægger en virksomhed, der er beliggende i det nederlandske sprogområde, en pligt til ved ansættelse af en arbejdstager i en stilling med international karakter at affatte alle dokumenter, der vedrører arbejdsforholdet, på nederlandsk, hvis tilsidesættelse medfører ugyldighed?«''

EU-Domstolen begrundet i afgørelsen at '' Artikel 45 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en lovgivning i en delstatsenhed i en medlemsstat som den i hovedsagen omhandlede, som pålægger enhver arbejdsgiver, der har sit driftssted på denne delstatsenheds område, udelukkende at affatte arbejdskontrakter med grænseoverskridende karakter på det officielle sprog i denne delstatsenhed, idet retten ellers i embeds medfør erklærer disse kontrakter ugyldige⁴⁴''.

Proportionalitetsprincippet skal altid afvejes når, medlemsstaterne sætter særlige krav for arbejdstagere, eller om deres nationale love er hensigtsmæssig/ proportionalt.

5.1 REEL OG FAKTISK AKTIVITET:

For at en arbejdstager skal blive betragtet som en arbejdstager, er der visse kriterier der skal være opfyldt. Disse krav udspringer af TEUF artikel 45 om retten for fri bevægelighed og opholdsret for at blive anset som arbejdstager. I sagen Levin sagen skulle Europa domstolen

⁴¹ Giersch C-20/12 præmis 71, og afgørelsen samt EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.286

⁴² EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.286

⁴³ Anton Las Sag C-202/11 præmis 9-15

⁴⁴ Anton Las Sag C-202/11 Afgørelsen.

tage stilling til, hvad grænserne var for mindste lønnen for at blive betragtet som arbejdstager. For at belyse princippet om at beskæftigelsen skal være reel og faktisk har jeg valgt at forklare følgende domme.

Sagens fakta: Levin der er engelsk statsborger som er gift med en statsborger i et tredjeland, ansøgte den 13. januar 1978 om opholdstilladelse i Holland. Hendes ansøgning blev afvist d. 20. marts 1979 af politimesteren i Amsterdam på baggrund af den hollandske lovgivning. Afvisningen er begrundet af en bekendtgørelse som ifølge bekendtgørelsen ville være i strid med almenvellet, da hun af begyndelsen af 1978 ikke havde været i beskæftigelse, og således ikke kunne være betragtet som begunstiget EU-borger ifølge bekendtgørelsen.⁴⁵

Levin afsender en skrivelse 9. april 1979 til statssekretæren, justitsministeriet en anmodning om at ændre afgørelsen på baggrund af at hun ikke var i beskæftigelse i en periode i sig selv ikke var grundlag nok til at nægte hende opholdstilladelsen. I mellem tiden finder Levin et arbejde i en lønnet stilling.⁴⁶

Statssekretæren gør gældende at Levin ikke kan betragtes som begunstiget EU-statsborger, da hun ifølge hollandsk lov ikke tjener tilstrækkelige midler som svare til den fastsatte mindsteløns beløb.⁴⁷

Der bliver således rejst tre spørgsmål for EU-Domstolen at tage stilling til: Det første og andet spørgsmål: Ved det første og andet spørgsmål, der skal behandles sammen om hvorvidt fællesskabsrettens bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed omfatter statsborger i en medlemsstat, der på en anden medlemsstats område udøver lønnet beskæftigelse, der kun skaffer den pågældende indkomster, der ligger under det mindstebeløb tilskrevet af den nationale ret. Samt om hvorvidt den person der opholder sig hos værtslandet, skal have midler til rådighed for sit underhold⁴⁸.

Arbejdskraftens fri bevægelighed og retten til ophold på et medlemsstatsområde afhænger af en person udøver lønnet beskæftigelse eller har til hensigt at have lønnet beskæftigelse. Domstolen begrundet yderligere at betydningen af traktaterne skal fortolkes ud fra de almindelige anerkendte fortolkningsprincipper, med udgangspunkt i traktatens ordlyd og formål.⁴⁹ Det essentielle i denne dom forekommer i præmis 17, om hvad der er faktisk og reel beskæftigelse. Domstolen udtaler at, deltidsbeskæftigelse ikke er udelukket fra anvendelsesområdet for reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed, da traktaten garanterer den frie bevægelighed for personer, der udøver eller ønsker at udøve en økonomisk aktivitet⁵⁰. En arbejdstager har derfor ret til ophold, på baggrund af sin beskæftigelse er faktisk og reel, selvom det er under nationale loves mindste løns krav. Det har dog med den undtagelse at beskæftigelsen ikke må være af "lidet" omfang at det fremstår som rent marginalt

⁴⁵ Levin C-53/81 s. 1037.

⁴⁶ Levin C-53/81 s. 1037.

⁴⁷ Levin C-53/81 s.1037.

⁴⁸ Levin C-53/81 s 1047.

⁴⁹ Levin C-53/81 s. 1048 præmis 9.

⁵⁰ Levin C-53/81 s. 1050 præmis 17.

supplement⁵¹. Det er op til de nationale domstole at vurdere efter den anførte doms forstand, om hvilke arbejdstagere der reelt er arbejdstagere.⁵²

Sag: C-14/09 Genc,

Hava Genc har siden 18. juni 2004 været beskæftiget som rengøringsassistent hos L.Glas- und Gebäudereinigungservice GmbH. Den ugentlige arbejdstid udgjorde 5,5 timer til en timeløn på 7,87 euro og en gennemsnitlig månedsløn på omkring 175 euro. Hava Genc var berettiget til 28 dages betalt ferie, samt løn under sygdom. Ansættelsesforholdet er omfattet af de gældende kollektive overenskomster⁵³

Hava Genc søger om forlængelse af opholdstilladelse d.4. februar 2008, hvor hun får afslag af Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten. Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten gjorde gældende at Hava Genc ikke opfyldte betingelserne for Associeringsrådet afgørelse nr.1/80 – artikel 6 stk.1. De administrerende myndigheder begrundet blandt andet at hendes ægtefælle ikke har været selvstændig erhvervsdrivende siden maj 2003, hvorfor der ikke længere er beskyttelsesværdige hensyn for hendes ophold i Tyskland.⁵⁴

Der bliver således rejst følgende præjudicielle spørgsmål: *''Er en tyrkisk statsborger, der har tilknytning til det lovlige arbejdsmarked i en medlemsstat og varigt præsterer ydelser af en vis økonomisk værdi mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, arbejdstager i henhold til artikel 6, stk. 1, i [...] afgørelse nr. 1/80 [...], uanset at beskæftigelsens tidsmæssige omfang kun udgør ca. 14% af den overenskomstmæssige arbejdstid for en person, der er beskæftiget på fuld tid (her 5,5 timer ud af en ugentlig arbejdstid på 39 timer), og den indtægt, der opnås ved denne beskæftigelse, og som udgør den pågældendes eneste erhvervsindtægt, kun dækker ca. 25% af det beløb, som ifølge medlemsstatens nationale lovgivning er fornødent med henblik på at sikre livets ophold (her ca. 175 EUR ud af ca. 715 EUR)?''*⁵⁵

Det andet spørgsmål er ikke relevant, for belysningen om faktisk og reel økonomisk aktivitet, hvorfor det ikke er taget med.

Den europæiske domstol udtaler at der ikke blot skal tages hensyn til arbejdstidens omfang og vederlagets størrelse, der skal laves en samlet vurdering om eksempelvis retten til betalt ferie i 28 dage, løn under sygdom, samt aftaler om arbejdskontrakten overholder en gældende

⁵¹ Levin C-53/81 s. 1051 præmis 18

⁵² Raulin C-357/89 præmis 13.

⁵³ Genc C-14/09 . Præmis 10.

⁵⁴ Genc C-14/09 Præmis 11

⁵⁵ Genc C-14/09. Præmis 14, stk.1.

overenskomst. Samt længden af ansættelsesperioden som har været i 4 år⁵⁶.⁵⁷ Disse elementer udgør i sin helhed en indikation på at beskæftigelsen er **faktisk og reel økonomisk aktivitet**.⁵⁸

Selvom der er i sagen, er oplyst at Hava Genc arbejder i få timer, og den begrænsede udbetaling af vederlag som kunne tyde på at ansættelsesforholdet er rent marginalt supplement. Skal der tages en samlet bedømmelse af arbejdsforholdet⁵⁹. Ligeledes fastsætter EU-Domstolen ikke helt klare retningslinjer på hvor mange timer, der er rent marginalt supplement, og hvor meget vederlags størrelsen skal være på.

*''En person, som befinder sig i en situation som den, sagsøgeren i hovedsagen befinder sig i, er arbejdstager som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i afgørelse nr. 1/80 af 19. september 1980 om udvikling af associeringen vedtaget af associeringsrådet oprettet ved aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet, forudsat at den omhandlede beskæftigelse er af reel og faktisk karakter. Det tilkommer den forelæggende ret at foretage den nødvendige efterprøvelse af de faktiske omstændigheder med henblik på at vurdere, om dette er tilfældet i den sag, som er blevet indbragt for den.''*⁶⁰

Der kan således udledes af dommen, at når der skal bestemmes at beskæftigelsen er faktisk og reel skal der ligges vægt på følgende præmisser: Retten til betalt ferie og løn under sygdom, ansættelsesperioden, om arbejdsforholdet har samme betingelser som overenskomster og at arbejdstimerne og vederlaget ikke må været marginalt supplement.

I dommen Raulin C-357/89 udtaler Europa domstolen i præmis 14, at begrænsede timer kan være en indikation på at beskæftigelsen kan være rent marginalt supplement. Det er således den nationale domstols kompetence til at efterprøve om beskæftigelsen er rent marginalt⁶¹. Der kan ligeledes sættes vægt på om arbejdstageren skal stå til rådighed, så frem arbejdsgiveren anmoder om det⁶². Der bliver yderligere lagt vægt på om arbejdet er uregelmæssigt eller er af løsarbejde karakter⁶³.

Med hensyn til det tidsmæssige krav for arbejdsforholdet vurderer EU-Domstolen ikke at der er nogen karenstid på hvornår man skal blive betragtet som arbejdstager. Det kommer blandt andet i udtryk i sagerne C-22/08 og C-23/08 Vatsouras og Koupantantze⁶⁴.

I sagen C-23/08 er Athanasios Vatsouras græsk statsborger som flytter til Tyskland i marts 2006. Han ansøgte om bistandydelse og blev tildelt ydelser til og med 30. November 2006. Athanasios Vatsouras indtægt fra beskæftigelse blev fratrukket i den pågældende ydelse til 169 pr. måned. Ved ARGE'S afgørelse af 29. januar 2007 blev ydelsen forlænget til den 31. maj

⁵⁶ Genc C-14/09 præmis 27.

⁵⁷ https://prokarnovgroupdk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=levin&hide_flash=1&page=1&rank=1#EUIND007-NY-2_2_1

⁵⁸ Genc C-14/09 Præmis 28.

⁵⁹ Genc C-14/09 Præmis 26.

⁶⁰ Genc C-14/09 Præmis 45 stk.1.

⁶¹ Raulin C-357/89 Præmis 14.

⁶² Raulin C-357/89 Præmis 14.

⁶³ Raulin C-357/89 Præmis 14.

⁶⁴ https://prokarnovgroupdk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=ruth+nielsen&hide_flash=1&page=2&rank=43#EUIND007-NY-2_1

2007. Athanasios Vatsouras beskæftigelse ophørte ultimo januar 2007⁶⁵. Ved afgørelse 18. april 2007 besluttede ARGE, at udbetalingen af bistandsydelse skulle ophøre med virkning pr. 30 april 2007, klagen som Athana Vatsouras indgav, blev afvist den 4. juli 2007. Athanasios Vatsouras har derefter anlagt sag til prøvelse af afgørelsen ved Sozialgericht Nurnberg. I mellem tiden finder han ny beskæftigelse 4. juni 2007 og gør ham uafhængig af de sociale ydelser⁶⁶. De præjudicielle spørgsmål i udspringer fra art.45 TEUF om han skal anses for at være arbejdstager i artiklens forstand. I præmis 29 begrundet EU-Domstolen at varigheden af en beskæftigelse er kortvarigt ikke i sig selv kan begrunde udelukkelse af anvendelsesområdet i art.45⁶⁷.

Ud fra Europa domstolens retspraksis tyder det på at der skal laves en samlet bedømmelse af de ovennævnte kriterier for om den pågældende person skal være anset som arbejdstager henhold til artikel 45.

5.2 Økonomisk aktivitet:

Artikel 45 TEUF kan kun træde i kraft såfremt der foreligger en økonomisk aktivitet jf. artikel 45.stk2. ⁶⁸. Der skal således en økonomisk aktivitet for om en arbejdstager, kan blive anset som en arbejdstager. Samme princip om økonomisk aktivitet gælder også for artikel 49 for selvstændige⁶⁹. Sportsudøvelse for der er tale om økonomisk karakter, falder ind under TEUF artikel 45, stk.2. Dette har vidt gående konsekvenser for sporten i sin helhed. Dette betyder blandt andet, at de sportslige organisationer har et påkrav af at følge de EU retlige regler, dette kan eksempel være transferregler, udlændinge på holdet med mere, da specialtets fokus ikke er på de sport retlige emner, bliver der ikke uddybet mere detaljeret. Dog er sportsudøverne mere interessant i denne sammenhæng, sport udøvere der får et vederlag for deres ydelse bliver derfor betragtet som arbejdstagere⁷⁰. Ligeledes gælder de samme principper om omfanget af vederlaget ikke må være af lidet omfang, samt som marginalt supplement⁷¹. Arbejdskraftens frie bevægelighed gælder kun for personer der udøver økonomisk aktivitet, eller ønsker at udøve det⁷².

5.3 Arbejdsforholdet / Over- underordningsforhold.

Der er en række betingelser for at en arbejdstager kan blive betragtet som arbejdstager, disse betingelser udspringer i arbejdsforholdet. Arbejdsforholdet skal være underlagt en række betingelser som jeg vil illustrere med en række retspraksis. Grunden til jeg har valgt at

⁶⁵Athanasios Vatsouras sag C-22/08 præmis 11-12-13

⁶⁶Athanasios Vatsouras sag C-22/08 præmis 14.

⁶⁷ Athanasios Vatsouras sag C-22/08 præmis 29. og https://pro-karnovgroup.dk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=ruth+nielsen&hide_flash=1&page=2&rank=43#EUIND007-NY-2_1

⁶⁸ Dona 13/76 præmis12
,https://prokarnovgroup.dk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=dona&scope=document#EUIND007-NY-2_1

⁶⁹ <https://www.eu.dk/da/dokumenter/traktater/traktaten-euf/tredje-del/afsnit-iv/kapitel-2/artikel-49>

⁷⁰Dona 13/76 Præmis 12. Forelæsning Sportsjura m. Jesper Møller.

⁷¹ Levin C-53/81 Præmis 17.

⁷² Levin C-53/81Præmis 17.

illustrerer Lawrie-blum C-66/85 og Agegate C-3/87 er fordi det er nogen af de ældste domme som har dannet præcedens.

Lawrie-Blum C-66/87

Deborah Lawrie-Blum er britisk statsborger. Deborah har bestået kandidateksamen på universitet ved Freiburg af Oberschulamt Stuttgart, men på baggrund af sin nationalitet blev nægtet adgang til kurset i praktisk pædagogik, som kvalificere lærerkandidaten til ansættelse som lærer på gymnasiet⁷³. Lawrie-Blum der blev nægtet adgang til kursuset fordi hun ikke var tysk statsborger, anlagde sag ved Verwaltunggericht, Freiburg med henblik for at omstødt afslaget. Hendes påstand var at det var i strid med de fælleskabsretlige regler, om forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. I anden instans blev der ligeledes givet afslag, med begrundelsen at traktatens artikel 45, stk.4 ikke gælder for ansættelser i den offentlige administration. Ligeledes tilføjede appelininstansen at offentlige skolevæsen, er undtaget for traktatens anvendelsesområde, da der ikke er tale om økonomisk virksomhed⁷⁴. Deborah ankede til Bundesverwaltungsgericht, som besluttede at udsætte sagen indtil Domstolen har truffet præjudiciel afgørelse⁷⁵.

Der bliver således rejst følgende spørgsmål for EU-Domstolen: Giver fællesskabsrettens regler om fri bevægelighed artikel 45 og artikel 1 i forordning EØF nr.1612/68 af 15. oktober 1968 mulighed for en person som er statsborger af en medlemsstat retten til at gennemføre et kursus i praktisk pædagogik med videre henblik på ansættelse som lærer i et gymnasium, under samme forudsætninger som nationale borgere. Yderligere bliver der rejst spørgsmål om hvorvidt en tjenestemand som gennemgår et kursus i praktisk pædagogik som indledning til lærer beskæftigelsen, og som modtager vederlag for at præsterer i form af undervisning bør betragtes som arbejdstager i henhold til artikel 45, og hvorvidt om kurset burde betragtes som ansættelse i offentlig administration jfr. Artikel 45.stk.4, ⁷⁶. Spørgsmålet om hvorvidt arbejdstagerbegrebet skal forstås udtaler EU-Domstolen, at arbejdskraftens frie bevægelighed er et af de grundlæggende principper i Fællesskabet, hvorfor arbejdstager begrebet ikke må fortolkes forskelligt af medlemsstaterne, men at det skal have en fælleskabsretlig betydning, således skal arbejdstagerbegrebet fortolkes udvidet⁷⁷. Domstolen udtaler yderligere at begrebet må være på grundlag af objektive kriterier som udspringer af arbejdsforholdet. Domstolen udtaler at det væsentligste kendetegn for arbejdsforholdet er at der bliver præsteret ydelser mod vederlag, hvor der bliver givet anvisninger til arbejderen. ⁷⁸. I præmis 18 udtaler Domstolen at der skal være tre kriterier om der foreligger et arbejdsforhold i Lawrie-Blum sagen, at læreren er undergivet vejledning og opsyn af den skole, hvor han er ansat, samt at skolen fastlægger arbejdsydelser og arbejdstid, hvis anvisninger hun skal rette sig efter, og overholde. Der bliver således præsteret undervisning, for en (vis) økonomisk værdi for skolen. Således bliver Lawrie-Blum betalt for sin ydelse⁷⁹. Domstolen udtaler yderligere at ydelser der

⁷³ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:2

⁷⁴ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:8

⁷⁵ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:9

⁷⁶ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:10

⁷⁷ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:16

⁷⁸ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:17

⁷⁹ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:18

er præsteret i skolevæsnet, er af økonomisk karakter og falder ind under anvendelsen af artikel 45. Det kan ligeledes ikke benægtes at der ikke er økonomisk karakter af den grund at den har offentligretlig status⁸⁰. Det har ligeledes ingen betydning at læreren har en begrænset antal timer, og kun oppebære en minimumsløn, som en fastansat lærer i begyndelsen af sin karriere ikke kan være til hinder for at blive betragtet som en arbejdstager⁸¹, det er ligeledes direkte sammenlignelig med Levin sagen jf.(SIDE) om faktisk og real beskæftigelse sagen. Der er således tre betingelser der er udledt for dommen. Arbejdstageren skal yde arbejde for en anden. 2) arbejdstageren skal være undergivet en andens instruktionsbeføjelse og arbejdsydelsen skal ske mod vederlag⁸².

Den offentligretlige del: Der må ikke udøves forskelsbehandling af arbejdstagerne i Fællesskabet. Art.45, stk.4, TEUF er en undtagelse for de grundlæggende regel om fri bevægelighed og ophold. Visse stillinger kan ikke begrænses af en medlemsstat på baggrund af de har status som tjenestemænd. Således betragtes ansættelse om lærer ikke som ansættelse i den offentlige administration⁸³. Jeg har valgt at forkorte den offentligretlige del, da formålet med illustrationen er at belyse arbejdsforholdet, og ikke diskrimination.

Agegate C-3/87:

Denne sag fremhæver yderligere de krav som en arbejdstager skal være underlagt, for at blive anset som en arbejdstager. Sagen omhandler en ejer af et fiskerfartøj med navnet Ama Antxine, der er registeret i Det Forenede Kongerige, og sejler under britisk flag. Besætningen består delvis af spanske fiskere(partsfiskere), der aflønnes på baggrund af udbyttet af fangsten⁸⁴. I 1986 fik sagsøgeren en række licenser for fartøjet, med en række betingelser. Sagsøgeren mente at betingelserne var fællesskabsretligt stridigt, hvorfor han indgav en begæring til High Court of Justice of England and Wales om efterprøvelse af hvorvidt licenserne med betingelserne var lovlige⁸⁵. High Court har siden forelagt følgende præjudicielle spørgsmål, for at kunne løse tvisten⁸⁶.

Sprøgsmaal II

Om hvorvidt de spanske fiskere skal blive betragtet som arbejdstagere, når de aflønnes som partsfiskere.

EU-Domstolen udtaler i præmis 39 ad spørgsmål II, at arbejdstagerbegrebet skal defineres på objektive kriterier som rettigheder og pligter i arbejdsforholdet⁸⁷. Der skal yderligere ligges vægt på om den pågældende bærer en del af den kommercielle risiko, eller om hvorvidt man frit vælger sin arbejdstid, og selv ansætter sine medhjælpere. At en person modtager vederlag i form af en part, og at vederlaget beregnes på kollektiv basis, ikke i sig selv kan bevirke at

⁸⁰ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:20

⁸¹ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21

⁸² Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21 og EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.258.

⁸³ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:26

⁸⁴ Agegate C-3/87 præmis.6. Agegate.

⁸⁵ Agegate C-3/87 præmis 8.

⁸⁶ Agegate C-3/87 præmis 9.

⁸⁷ Agegate C-3/87 præmis 35.

pågældende mister status som arbejdstagere⁸⁸. Jeg har valgt at afgrænse de andre præjudicielle spørgsmål, da det ikke har med afhandlings problemformulering at gøre.

C-229/14 Balkaya:

I sagen Balkaya er der truffet afgørelse om medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser. Det er således en tvist mellem Ender Balkaya og Kiesel abbruch- und Recycling technik GmbH vedrørende afskedigelse af økonomiske årsager, virksomheden skulle lukke uden at have indgivet meddelelse om de planlagte kollektive afskedigelser til det tyske forbundsagentur for arbejde inden for afskedigelser⁸⁹.

Der ønskes EU-Domstolen til at tage stilling til om et kapitalselskabs styrelseskomite, som udfører sine arbejdsopgaver efter anvisninger og er under tilsyn af et andet organ i selskabet, som modtager vederlag af virksomheden, som han ikke ejer anpart af, om det falder in under begrebet arbejdstager som i denne sag⁹⁰.

Arbejdstagerbegrebet skal ikke defineres ved henvisning til medlemsstaternes lovgivninger, men at det skal tolkes ensartet i unionen, begrundelsen for EU-Domstolen er at medlemsstaterne kan ændre direktivets anvendelsesområde, og skade direktivets virkning⁹¹.

Yderligere begrundet EU-Domstolen at arbejdstagerbegrebet skal vurderes på objektive kriterier som personens rettigheder og pligter i arbejdsforholdet. EU-Domstolen vurderer at det væsentligste kendetegn ved et arbejdsforhold er således om den pågældende person præsterer ydelser mod vederlag for en anden efter anvisninger (jf. dom Kommissionen mod Italien, C-596/12, EU:C:2014:77, præmis 17, som henviser til tilsvarende dom Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, præmis 39)⁹²

Det er derfor ikke nogen afgørende betydning for EU-retten, hvorvidt ansættelsesforholdet bliver fortolket af tysk retspraksis. (jf. i denne retning dom Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis)⁹³. EU-Domstolen begrundet yderligere at sædvanligvis har en direkte en mindre grad af afhængighed i forhold til andre arbejdstagere i forhold til tysk ret. Der skal derfor i hvert enkelt tilfælde vurderes om hvorvidt der foreligger en underordningsforhold med hensyn tagen til de elementer og omstændigheder der

⁸⁸ Agegate C-3/87 Præmis 36-37.

⁸⁹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> Præmis 1-2.

⁹⁰ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> præmis 31.

⁹¹

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> præmis 33.

⁹²

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> præmis 34.

⁹³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> Præmis 35.

kendetegner forholdet imellem en arbejdstager og arbejdsgiver jf. i denne retning dom Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, præmis 46)⁹⁴.

I denne sag, bliver der derfor ikke et endegyldigt givet grønt lys til at fortolke at alle direktører burde være henset som arbejdstagere, der skal foretages en undersøgelse af en række betingelser, så som hvilke betingelser direktøren er blevet ansat under, og hvilke funktioner den pågældende person er blevet tildelt, og hvordan disse funktioner udføres. Dertil er der yderligere begrænsninger med hensyn til hvilke rækkevidde af de beføjelser sådan en medarbejder må have. Der er yderligere krav at den pågældende medarbejder skal være under tilsyn pålagt under selskabet således der er et underordningsforhold. Der er ligeledes betingelser for de omstændigheder hvorunder den pågældende medarbejder kan afskediges jf. dom Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, præmis 47)⁹⁵. Konklusionen på denne sag er således at en direktør som han ikke ejer anparter af godt kan afskediges i henhold til direktivet, da han var underlagt en andet organs anvisninger og tilsyn⁹⁶.

Dommen udvider direktiv 98/59EF's anvendelsesområde. Det betyder at direktører og ulønnet praktikanter skal omfattes om masseafskedigelse i direktivet forstand. I Danmark har retsstillingen for direktører i aktieselskaber, anpartsselskaber og kommanditselskaber og ledere i andre i andre former for virksomheder, som indtager en lignende selvstændig stilling ikke skal medregnes i optællingen. Det har dog ændret sig med denne dom⁹⁷.

5.4 Vederlags Kravet:

For ethvert ansættelsesforhold for at blive omfattet af Art.45 TEUF, skal en arbejdstager tage imod vederlag for at præstere ydelsen⁹⁸. Arbejdskræftens frie bevægelighed giver enhver unionsborger retten til at rejse rundt til en anden medlemsstat for at kunne arbejde eller ophold med henblik på at oppebære en indtægt. Arbejdskræftens frie bevægelighed Art. 45 TEUF sikrer arbejdstagere imod diskrimination på baggrund af nationalitet med hensyn til beskæftigelse, arbejdsvilkår, løn og afskedigelser. Der ledes nyder arbejdstagere og deres familier samme rettigheder som nationale borger, så som skattemæssige fordele og sociale fordele⁹⁹. Kravet for at en arbejdstager er omfattet af Art.45 TEUF er således at han tager ophold med henblik på at oppebære en indtægt, det betyder at arbejdstageren skal rejse til en medlemsstat med henblik på at få vederlag. Artikel 45, er kun gældende for personer der forfølger økonomisk aktivitet¹⁰⁰

⁹⁴ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> præmis 37.

⁹⁵ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> Præmis 38, og HR Jura Magasinet 13/2018 s.29.

⁹⁶ EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.260.

⁹⁷ <https://www.twobirds.com/da/news/articles/2015/denmark/eu-dom-vedrorende-arbejdstagerbegrebet-ved-masseafskedigelser>

⁹⁸ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:17

⁹⁹ EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.295.

¹⁰⁰ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21

Hvem vederlaget bliver betalt af, er således ikke et krav, det kan godt være støtte midler af staten, så som aktivering/praktik¹⁰¹.

Det har ligeledes ingen betydning om arbejdstageren har begrænset antal timer, og kun oppebære en minimumsløn eller under minimumslønnen som er fastsat af medlemsstaterne, ikke er til hinder for at blive betragtet som arbejdstager¹⁰².

En person der modtager vederlag i form af en part, og at vederlaget beregnes på kollektiv basis, er ikke i sig selv nok, til at det kan påvirke pågældende at miste status som arbejdstager¹⁰³.

5.5 Job i den offentlige administration:

Artikel 45 om fri bevægelighed og ophold har således en undtagelse jf. Art.45. stk.4 TEUF der omhandler at der er en undtagelse for ansættelser i den offentlige administration. Når man undersøger retspraksis, er der blevet klargjort for hvilke jobstillinger der falder ind under offentligt hverv. Ud fra ordlyden af Artikel 45. stk.4 kan det forudsættes at det gælder for alle offentlige stillinger, dog er retspraksis og hvad formålet med artikel noget andet ifølge EU-Domstolen.

Denne undtagelse er en tilsvarende i art.51 TEUF som omhandler om virksomheders udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat. Undtagelsen giver adgang til at diskriminere på ansættelsesstadiet, men ikke senere i ansættelsesforholdet og aflønning¹⁰⁴. Art.51 TEUF omhandler kun stillinger i den offentlige administration der er tilknyttet til udøvelse af offentlig myndighed eller varetagelse af statens almene interesser. Ansatte der udfører servicefunktioner for staten falder nødvendigvis ikke inden for ordlyden af offentlig administration, der er derfor denne skel mellem at udøvelse af offentlig myndighed eller at være ansat under en myndighed ikke umiddelbar er den samme definition¹⁰⁵.

Den offentlige administration omfatter således statslig, kommunal og regional administration. Der er dog undtagelse med kommunal ansættelse at hvis en unionsborger der har bopæl i et EU-land. Hvor han ikke er statsborger efter art.22 TEUF har valget og valgbar ved kommunalvalg i den medlemsstat, hvor han har bopæl på samme betingelser som statsborgerne i denne stat jf. 94/80/EF¹⁰⁶

I Sotgiu-sagen i præmis 5-6 gjorde Domstolen det klart at der ikke var nogen sondring i bestemmelsen Art.45 stk.4 det er derfor ingen betydning om arbejdstageren er ansat som arbejder, funktionærer eller tjenestemand eller om ansættelsesforholdet falder ind under det offentlige retlige del eller privatretten¹⁰⁷

¹⁰¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> Præmis 49 og EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.260

¹⁰² Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21

¹⁰³ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=9ea7d0f130def8bd00373b0a45b18d5eead118242baa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhiLe0?text=&docid=95196&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=fir&st&part=1&cid=341549> Præmis 36-37.

¹⁰⁴ EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.264, og Sotgiu 152/73 Præmis 4.

¹⁰⁵ EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.264.

¹⁰⁶ EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.264-265.

¹⁰⁷ EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.265, og Sotgiu 152/73 Præmis 5-6.

Ordet offentlig administrationen varierer fra sprog til sprog, og kan derfor kan der opstå misforståelser for medlemsstaterne. Hvis alle landene implementerede deres egen betydning af ordet, ville det være modstridigt til formålet imellem lighed og harmoniseringen for alle medlemsstaterne¹⁰⁸.

I sag 149/79, Kommissionen mod Belgien har Domstolen taget stilling til en række arbejdsbetingelser der falder uden for undtagelsen i art.45, stk.4 TEUF. Det er stillinger som rangearbejder, læsearbejder, lokomotivfører, sporlægger, sporskifter, ufaglært maler, saddelmager, lampist, vikler, rengøringsmedarbejder, kantinedarbejder, ufaglært værkstedsarbejder, snedker, gartnermedhjælper, sygeplejerske, barneplejerske, natvægter, opsynsmand, barneplejerske, sygeplejerske i vuggestuer, elektriker og blikkenslager¹⁰⁹

I dommens præmis 7 siges det : *''Det fremgår af denne dom, navnlig af præmisserne 12 og 19, at de ansættelser, som traktatens artikel 48, stk. 4, omhandler, er sådanne stillinger, som står i forbindelse med den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, nemlig i det tilfælde det er overdraget forvaltningen at udøve offentlig myndighed og være ansvarlig for varetagelsen af statens almene interesser, hvormed sidestilles interesser hos andre lignende offentlige myndigheder, såsom kommunale myndigheder''*¹¹⁰.

Der er dog visse stillinger der var omfattet under art.45, stk. 4 TEUF. Ledende tilsynsførende for teknisk kontor, ledende tilsynsførende, tilsynsførende med arbejder, tilsynsførende med inventar, natvægter ved den kommunale forvaltning i Bruxelles samt stillingen som arkitekt ved den kommunale forvaltning i Bruxelles¹¹¹.

Sag 307/84, Kommissionen mod Frankrig omhandler om en sag om traktatbrud, hvor EU-Domstolen udtalte at art.45, stk.4 TEUF omfatter stillinger, som er typiske for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, når den er blevet overdraget udøvelsen af offentlig myndighed og ansvaret for varetagelsen af statens almene interesser¹¹².

I 2001 tog EU-Domstolen stilling til at den private sektor ikke kan være omfattet af undtagelsen af art 45, stk.4. I 2003 Tog EU-Domstolen yderligere stilling til fortolkningen af undtagelsen af art 45, stk.4. for privatsektoren der udførte opgaver for staten i form af offentlige myndighedsfunktioner. Det vedrører stillinger som kaptajn og øverste styrmand på skibe i den private sektor, der fører medlemsstaternes flag. Ifølge Domstolen kan medlemsstaterne kun reservere disse stillinger for sine statsborger, hvis rettighederne er overdraget ved offentlig lovgivning¹¹³

I en sag mod Italien antog EU-Domstolen at det strider mod art.45 TEUF at forskelsbehandle vandrende arbejdstager i forskerstilling ved en statslig forskningsinstitution¹¹⁴

¹⁰⁸ Europa kommissionen Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609, s.11.

¹⁰⁹ Europa kommissionen Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609, s.12. og EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.265.

¹¹⁰ sag 149/79, Kommissionen mod Belgien

¹¹¹ sag 149/79, Kommissionen mod Belgien Præmis 8 og EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.265

¹¹² Sag 307/84, Kommissionen mod Frankrig, EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.265

¹¹³ Europa kommissionen Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609, s.12.

¹¹⁴ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.265

i en række sager imod Grækenland statuerede EU-Domstolen at Grækenland har tilsidesat de forpligtelser ved at udelukke statsborgere fra andre medlemsstater, som allerede var bosat og havde beskæftigelse i Grækenland. Stillingerne er således leder af eller underviser ved frontistiria-skoler og private musik og danseskoler, ansættelser i virksomheder der varetog el-, gas- og vandforsyning, transport, post, Athens opera, kommunale orkestre mv. som ikke er omfattet af undtagelsen i art. 45, stk.4. TEUF¹¹⁵.

Politiske funktioner, bortset fra fagforeningsfunktioner, falder uden for princippet om arbejdskraftens fri bevægelighed jf. art.8 i forordningen om vandrende arbejdstagere har arbejdstagerne samme rettighed mht. medlemskab af fagforeninger som indlændinge¹¹⁶.

Retspraksis der er udsprunget art. 45, stk.4. undtagelsen giver os et godt incitament for at klassificere om den pågældende er arbejdstager efter art 45. eller falder inden for undtagelsen.

6.1 ARBEJDSTAGEREBEGREBET I PRIMÆRRETEN

De grundlæggende regler om arbejdskraftens fri bevægelighed udspringer af art. 45 TEUF. Der er været få ændringer af traktaten siden indtrædelsen siden 1958. Efter Lissabon-traktatens ikrafttrædelse har traktaten fået dens nuværende ordlyd¹¹⁷.

I art. 45 TEUF, stk.2. er der ligeledes en diskrimination og restriktions forbud mod forskelsbehandling af arbejdstagere i beskæftigelse, aflønnings og øvrige arbejdsvilkår det indebærer også retten til at søge stillinger og til indrejse og ophold i andre EU-lande, hvor formålet er at få beskæftigelse¹¹⁸. Arbejdstagere har derfor krav på ligebehandling fra de offentlige myndigheder fra medlemsstaterne. Disse rettigheder begrænser kontraktfriheden i ansættelsesforhold og arbejdsgiverens ledelsesret. Arbejdstageren kan derfor ikke diskriminere EU-arbejdstagere og deres familier på baggrund af nationalitet ved udøvelse af arbejdsgiverens antagelsesret, afskedigelsesret. Det betyder også at arbejdstagere er omfattet af en række beskyttelses direktiver, som bliver behandlet i den sekundære lovgivning kapitel¹¹⁹.

Begrebet arbejdskraft i art. 45, stk.1. og stk.2 TEUF. er EU-retsligt begreb, medlemslandene kan derfor ikke selv definere, hvad arbejdskraft er.

Reglerne om arbejdskraftens fri bevægelse i art. 45 TEUF skal ses i sammenhæng med art. 145 TEUF om en samordnet strategi for beskæftigelse og art. 151 TEUF om social- og arbejdsmarkedspolitikken¹²⁰

Der er i artikel art. 157 TEUF og art. 153 TEUF nævnt arbejdstagere. EU-Domstolen tager dog ikke udgangspunkt i de andre traktater når der bliver taget stilling til om en pågældende person er en arbejdstager. Udtrykket arbejdstager i art. 157, stk.1 TEUF må ikke defineres nationalt. Arbejdstagerbegrebet i art. 157, stk.1. TEUF om ligeløn skal medlemsstaterne ikke fortolke

¹¹⁵ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.266.

¹¹⁶ sag C-118/92, EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.266.

¹¹⁷ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.247.

¹¹⁸ Art. 45 TEUF, stk.2. og EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.247-248.

¹¹⁹ Art. 45 TEUF, stk.2. og EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.247-248.

¹²⁰

https://pro-karnovgroup-dk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=arbejdstager&scope=document#EUIND007-NY-2_1

begrebet restriktivt. Ifølge artiklen, er en arbejdstager en person som i en periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden efter dennes anvisninger¹²¹.

Reglerne om den fri bevægelighed suppleres med art. 48 TEUF om vandrende arbejdstagers sociale sikring, uden at definere yderligere på arbejdstagerbegrebet¹²². Omvendt reglerne om den frie etableringsret art. 49 TEUF og art. 56 indebærer at ikke alle arbejdstagerforhold må kvalificeres som lønmodtagerforhold på nationalt plan. Det skyldes at der er en udvidet national anvendelse af arbejdstagerbegrebet og det kan kompromittere disse friheder. Det betyder at hvis de nationale sociale beskyttelser udstrækker sig udover art. 45's TEUF-område kan det kollidere med art. 49 og 56 TEUF, ligeledes kan der opstå problemer i relation til EU-konkurrencereguleringerne jf. artikel 101 TEUF¹²³.

''Artikel 45: Fri bevægelighed og ophold

[tidligere artikel 39 TEF]

1. Arbejdskraftens frie bevægelighed sikres inden for Unionen.

2. Den forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår.

3. Med forbehold af de begrænsninger, der retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed, indebærer den retten til:

a) at søge faktisk tilbudte stillinger

b) frit at bevæge sig inden for medlemsstaternes område i dette øjemed

c) at tage ophold i en af medlemsstaterne for der at have beskæftigelse i henhold til de ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, der gælder for indenlandske arbejdstageres beskæftigelse

d) at blive boende på en medlemsstats område på de af Kommissionen ved forordninger fastsatte vilkår efter at have haft ansættelse der.

4. Bestemmelserne i denne artikel gælder ikke for ansættelser i den offentlige administration¹²⁴

Siden ikrafttrædelsen 1958 har ordlyden af traktaten siden været næsten uændret¹²⁵''.

¹²¹EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.404.

¹²² HR-Jura magasinet Professor., JUR.DR Ole Hasselbalch s.22, og art. 48 TEUF.

¹²³ HR-Jura magasinet Professor., JUR.DR Ole Hasselbalch s.22, jf. art. 45,56 og 49 TEUF.

¹²⁴ <https://www.eu.dk/da/dokumenter/traktater/traktaten-euf/tredje-del/afsnit-iv/kapitel-1/artikel-45>.

¹²⁵ ¹²⁵ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.247.

6.2 Arbejdstagerbegrebet i Sekundærlovgivningen

Forordningen om vandrende arbejdskraft:

Ifølge art.46 TEUF kan rådet ved hjælp af direktiver eller forordninger vedtage foranstaltninger, for at sikre arbejdskraftens fri bevægelighed. Reglerne findes i forordningen om vandrende arbejdskraft EU/2011/492. Forordningen art.7 stk.2, er med til at supplere art.45 TEUF og giver yderligere rettigheder til vandrende arbejdstagere og deres familier de samme sociale fordele om indenlandske arbejdstagere. Der er ligeledes tilknyttet en europæisk jobnetværk til forordningen (EURES), hvor arbejdstagere og arbejdsgiver i EU kan matche¹²⁶.

I Rådets direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet fremgår det under artikel 3 litra a at en arbejdstager er enhver person, som en arbejdsgiver har i sin tjeneste, herunder praktikanter og lærlinge, bortset fra hushjælp. Artikel 3 litra b udtømmer således at en arbejdsgiver er en enhver fysisk person eller juridisk person, der har stiftet et arbejdsmæssigt forhold med arbejdstageren, og som har ansvaret for virksomheden eller institutionen. Det er således en udvidet fortolkning af begge begreber som ikke definerer noget konkret om arbejdstager eller arbejdsgiverbegrebet ¹²⁷.

I Europa-Parlamentet OG Rådets Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser er der ligeledes benyttet sig af begrebet arbejdstager i art 2, stk.2. Arbejdstagerbegrebet skal fortolkes som i lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret. Det skal formentlig forstås at den supplere art. 45 om fri bevægelighed og ophold¹²⁸.

I Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS - Bilag : Rammeaftale om deltidsarbejde bliver der brugt ordet arbejdstagere hyppigt uden at det yderligere specificere arbejdstagerbegrebet ¹²⁹.

I Rådets direktiv 2010/18/ om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF § 1, stk.2-3. bliver der ligeledes benyttet sig af begrebet arbejdstager. Forordningen er dog mere præcis med hvilke grupper af arbejdstagere der nyder beskyttelse af forældreorlov. Direktivet finder anvendelse på arbejdstagere, mænd såvel som kvinder der har en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold, som er defineret ved lov, kollektiv overenskomst og/eller gældende praksis i den enkelte medlemsstat. Der er kan ligeledes ikke lempes med beskyttelsen over for de arbejdstagere der arbejder på deltidsbeskæftigelse, tidsbegrænset ansættelsesforhold, eller personer der har indgået en

¹²⁶ EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.250.

¹²⁷ Rådets direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet

¹²⁸ Europa-Parlamentet OG Rådets Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser Art.2.stk2.

¹²⁹ Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS - Bilag: Rammeaftale om deltidsarbejde

ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold med en vikarvirksomhed. Ud fra dette direktiv kan man fortolke at personer der falder ind under disse betingelser, er arbejdstagere efter direktivet¹³⁰.

Rådets direktiv 98/59/EF af 20. juli 1998 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser og Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) begge direktiver bruger begge ordet arbejdstagere, men der er ingen udtømmende specifikationer for hvad der definerer begrebet arbejdstager.

Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter. Art 2 litra d bliver der henvist til at en arbejdstager er en enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning. Direktivet undgår at definere med hensyn til definitionen af arbejdskontrakt eller arbejdsforhold jf. art 2, stk.2. Direktivet efterlader derfor op til den nationale ret til at bestemme hvilke grupper af arbejdstagere der falder ind under arbejdstagerbegrebet, selvfølge at forudsætningen er at det ikke er EU-retsligt stridigt¹³¹.

Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2008/94/EF af 22. oktober 2008 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, bliver der direkte specificeret at arbejdstagerbegrebet i direktivets forstand ikke berører den nationale definitioner af udtrykkene arbejdstager, arbejdsgiver, løn, erhvervet ret og delvis erhvervet ret¹³².

I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden bliver der udtrykkeligt nævnt at partsfiskere er arbejdstagere ifølge direktivet, imens der ikke nævnes andre arbejdsgrupper. Ordlyden af direktivet er derfor i samme linje med retspraksis i sag Agegate C-3/87. Direktivet beskriver således at partsfiskere har ret til årlige ferie, da de er betraget som arbejdstagere¹³³.

Direktivernes formål er at beskytte arbejdstageren, hvor det ikke har været muligt i traktaterne. Af denne årsag, har den sekundærelovgivning ikke været til opgave at udtømme arbejdstagerbegrebet. Ud fra den sekundære lovgivning er der ikke endegyldigt tydelige definitioner på arbejdstagerbegrebet, dog henviser den sekundære lovgivning i direktiver og forordninger ofte til den nationale forståelse af arbejdstagerbegrebet.

¹³⁰Rådets direktiv 2010/18/ om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF

¹³¹ Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter Artikel 2.

¹³² Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2008/94/EF af 22. oktober 2008 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens artikel 2, stk.2.

¹³³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden betragtning 13.

6.3 Problemet med vikarbureaudirektivet 2008/104EF artikel 3, stk.1, a og artikel 3, stk. 1, b.

Ifølge Ole Hasselbalch udgør vikarbureaudirektivet 2008/104EF et særligt problem. Ordlyden af artikel 3, 1, litra a beskriver at en arbejdstager er *''enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i medfør af de nationale arbejdsretlige bestemmelser''*. Og efter artikel 3, 1, litra b er en arbejdstager *''en arbejdstager, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau med det formål at blive udsendt til en brugervirksomhed for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under dennes tilsyn og ledelse''*¹³⁴. I direktivets artikel 3, stk.2. står der at direktivet ikke berører national lovgivning for så vidt angår definition af aflønning, arbejdsaftale, ansættelsesforhold eller arbejdstager¹³⁵. Ole Hasselbalch mener at direktivet efterlader et indtryk af at afgrænsningen til at definere arbejdstagere er overladt til medlemsstaterne, så længe det ikke definerer de af direktivet omhandlede arbejdstagere helt ud af det nationale arbejdstagerbegreb¹³⁶.

I sag C-216/15 Ruhrlandklinik definerede EU-Domstolen hvordan vikarbureaudirektivet 2008/104EF artikel 3, stk. 1, a og artikel 3, stk.2. skal forstås.

Ruhrlandklinik driver en hospitalsklinik i Essen Tyskland. 2010 indgik Ruhrlandklinik en aftale med sygeplejerskeforeningen om udsendelse af arbejdskraft. Sygeplejerskeforeningen var således forpligtet til at stille plejepersonale til rådighed for klinikken med en økonomisk godtgørelse, der dækker personaleomkostningerne med tillæg af et fast administrationsgebyr på 3%¹³⁷. Sygeplejerskeforeningen regulerer ikke deres medlemmer med en ansættelseskontrakt. Medlemmernes forpligtelse sker ved indmeldelse i sygeplejerskerforeningen¹³⁸. K som er sygeplejerske og medlem af sygeplejerskeforeningen skulle den 1. januar 2012 udsendes som plejemedarbejder til Ruhrlandklinik¹³⁹. Ved en skrivelse 2.december 2011 nægtede samarbejdsudvalget at give samtykke til ansættelsen, da den ikke var midlertidig og at ansættelsen var i strid med vikararbejde, der forbyder en ikke midlertidig ansættelse af arbejdstagere til brugervirksomheder.¹⁴⁰ Ruhrlandklinik mente, at afslaget var grundløst. De anmodede retten ved en afgørelse at tillade en tidsbegrænset udsendelse af medarbejderen. De lavere retsinstanser gav Ruhrlandklinik medhold. Samarbejdsudvalget sender således en appel til forbundsdomstolen i arbejdsretlige sager i Tyskland¹⁴¹. I henhold til tysk ret bliver medlemmerne af sygeplejerskeforeningen ikke betragtet som arbejdstagere, da medlemmerne ikke er forbundet med en arbejdsaftale¹⁴². Forbundsdomstolen har således adspurgt EU-Domstolen til at tage stilling til følgende præjudicielle spørgsmål: *''Skal K, selvom hun ikke*

¹³⁴ HR-Jura magasinet Professor., JUR.DR Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018 og vikarbureaudirektivet 2008/104EF

¹³⁵ vikarbureaudirektivet 2008/104EF

¹³⁶ HR-Jura magasinet Professor., JUR.DR Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018

¹³⁷ C-216/15 Ruhrlandklinik, præmis 1.

¹³⁸ C-216/15 Ruhrlandklinik, præmis 10-13.

¹³⁹ C-216/15 Ruhrlandklinik, præmis 14.

¹⁴⁰ C-216/15 Ruhrlandklinik, præmis 15

¹⁴¹ C-216/15 Ruhrlandklinik præmis 16.

¹⁴² C-216/15 Ruhrlandklinik præmis 18.

*har karakter af arbejdstager i henhold til tysk ret, vil kunne betragtes som sådan i henhold til EU-retten og nærmere bestemt i henhold til artikel 1, stk.1 i direktiv 2008/104*¹⁴³.

Det følger af direktivets vikarbureaudirektivet 2008/104EF artikel 3, stk. 1, ordlyd at en arbejdstager er enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i medfør af de nationale arbejdsretlige bestemmelser¹⁴⁴. I præmis 26 begrundet EU-Domstolen at det skal forstås at enhver person, der præstere et stykke arbejde i den pågældende medlemsstat skal blive betragtet som arbejdstager¹⁴⁵. EU-Domstolen begrundet yderligere for at fastlægge artikel 3, stk.2. at EU-lovgiver har haft til hensigt at medlemsstaterne fastlægge de personer der hører ind under arbejdstagerbegrebet som omhandlet i nationalret, som direktivet formål er at beskytte. Vikarbureaudirektivet har ikke formål til at harmonisere begrebet¹⁴⁶. I præmis 32 begrundet EU-Domstolen yderligere at bestemmelsen heller ikke skal fortolkes som et afkald fra EU-lovgivers side at selv at fastlægge rækkevidden af direktivets arbejdstagerbegrebet¹⁴⁷. EU-Domstolen begrundet yderligere at EU-lovgiver ikke har overladt det til medlemsstaterne entydigt af defineret begrebet¹⁴⁸.

Ole Hasselbalch udtaler i HR-Jura Magasinet at – udtaler at EU-lovgiver har allerede præciseret rammerne for direktivet i artikel 3, stk. 1, litra a at den skal forstås i relation til dommens dommens præmis 27. Ifølge præmissen er det væsentligste kendetegn ved et arbejdsforhold, at en person i en vis periode præstere ydelser mod vederlag for en anden efter dennes anvisninger. Ole Hasselbalch udtaler: ” *Med andre ord: Hvis et direktiv indeholder blot en form for definition af arbejdstagerbegrebet, ja, så er arbejdstagerbegrebet EU-retligt, uanset at der tillige i direktivet henvises til, at det ikke berører den nationale definition* ”¹⁴⁹.

Selvom direktivet omhandler de der i national ret falder ind under begrebet som arbejdstager, vil fortolkningsprincipperne i form af formålsfortolkning og modsætningstilslutninger for direktivet begrænse medlemsstaternes adgang for at udelade bestemte grupper for definitionen. Medlemsstaternes muligheder afhænger således af direktivernes formål og forudsætninger¹⁵⁰.

Direktiverne forhindrer derimod ikke hvis medlemsstaterne udvider beskyttelsen i direktivet, eller med andre ord tilføjer nye arbejdstagergrupper inden for anvendelsesområdet¹⁵¹.

¹⁴³ C-216/15 Ruhrländklinik præmis 19.

¹⁴⁴ vikarbureaudirektivet 2008/104EF artikel 3, stk. 1

¹⁴⁵ C-216/15 Ruhrländklinik præmis 26.

¹⁴⁶ C-216/15 Ruhrländklinik præmis 31.

¹⁴⁷ C-216/15 Ruhrländklinik præmis 32, HRJura Magasinet Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018

¹⁴⁸ C-216/15 Ruhrländklinik præmis 32

¹⁴⁹ HRJura Magasinet Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018

¹⁵⁰ HRJura Magasinet Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018

¹⁵¹ HRJura Magasinet Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018

6.4 Arbejdstagerbegrebet i retspraksis

For at blive betragtet som en arbejdstager skal der efter EU-Domstolen tage stilling til en række betingelser, betingelserne er at der skal foregå reel og faktisk aktivitet, økonomisk aktivitet, over – underordningsforhold, vederlags krav og hvilke ansvarsbeføjelser en medarbejder har, eller hvilken grad af selvstændighed.

Arbejdstagerbegrebet må ikke fortolkes forskelligt af medlemsstaterne, det skal derfor have en fællesskabsretlig betydning. EU-Domstolene er mere tilbøjelige til at fortolke begrebet udvidet¹⁵². Domstolen udtalte i Lawrie-blum sagen at begrebet skal være på basis af objektive kriterier som udspringer af arbejdsforholdet¹⁵³.

Det fremkommer af Levin sagen at deltidsarbejde er faktisk og reel beskæftigelse, også selvom arbejdstiden var begrænset samt, at arbejdstageren ikke opfyldte de minimumskrav fra den Hollandske regering om mindsteløn¹⁵⁴. I sag C-14/09 udgjorde den ugentlige arbejdstid 5,5 timer til en timeløn på 7.87 euro og en gennemsnitlig månedsløn på omkring 175 Euro. Hava Genc var berettiget til betalt ferie, samt løn under sygdom. Ansættelsesforholdet var ligeledes omfattet af de gældende kollektive overenskomster. EU-Domstolen lagde vægt på at der skal laves en samlet vurdering med hensyn til arbejdsforholdet. Det der taler for at arbejdet var faktisk og reel, i sagen Genc var at hun havde ret til betalt ferie, at arbejdskontrakten overholdt gældende overenskomst, samt at ansættelsesperioden som har varet i 4 år¹⁵⁵. Få arbejdstimer og et begrænset vederlag kan tyde på at beskæftigelsen er rent marginalt, men der skal tages en samlet vurdering¹⁵⁶. Jf. også sag C-22/08 og C-23/08 Vatsouras og Koupatantze præmis 29 *''Hertil bemærkes, at arbejdstagerbegrebet i artikel 39 EF ifølge fast retspraksis er et fællesskabsretligt begreb, som ikke må fortolkes indskrænkende. Enhver person, der udøver en reel og faktisk beskæftigelse, bortset fra beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement, skal anses for »arbejdstager«. Kendetegnet ved et arbejdsforhold er ifølge denne praksis, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger (jf. bl.a. dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 16 og 17, og af 11.9.2008, sag C-228/07, Petersen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 45)''*¹⁵⁷. Det vigtige element som præmis 29 også beskriver, er at arbejdstagerbegrebet ikke må fortolkes indskrænkende. Ligeledes fastsætter EU-Domstolen ikke helt klare retningslinjer på hvor mange timer, der er rent marginalt supplement, og hvor meget vederlags størrelsen skal være på.

Artikel 45 TEUF kan kun træde i kraft såfremt der foreligger en økonomisk aktivitet jf. Art 45, stk.2. TEUF. Det betyder at arbejdstager skal præstere en ydelse for vederlag, for at blive betragtet som en arbejdstager¹⁵⁸.

¹⁵² Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:16

¹⁵³ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:17

¹⁵⁴ C-53/81

¹⁵⁵ C-14/09

¹⁵⁶ Raulin C-357/89

¹⁵⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75439&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6939882> præmis 29.

¹⁵⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:61981CJ0053&from=EN> Præmis 17.

I Lawrie-Blum sagen fastlagde EU-Domstolen at hun var en arbejdstager, da hun var underlagt en andens instruktionsbeføjelse¹⁵⁹. I Agegate sagen udtalte domstolen at der skal ligges vægt på hvem der bærer den kommercielle risiko, hvorvidt man har frihed til at vælge sin arbejdstid, eller hvorvidt om man har beføjelserne til at ansætte nye medhjælpere¹⁶⁰. Man mister derimod ikke sin status som arbejdstager, hvis man modtager vederlag som beregnes på kollektiv basis som ofte forekommer i hverv som partsfiskere. Både i form af den sekundære lovgivning, og af retspraksis er partsfiskere arbejdstager¹⁶¹.

I Balkaya sagen C-229/14 er det interessante punkt om hvorvidt en direktør var en arbejdstager. I sagen bliver der ikke givet et endegyldigt grøn lys til at fortolke at alle direktører skal være betragtet som arbejdstager, man kan sige at EU-Domstolen fortolker arbejdstagerbegrebet en smule indskrænket i denne tilfælde, da der ikke gives de samme undtagelser for en anden arbejdsgruppe. For direktører gælder der en række betingelser så som hvilke betingelser direktøren er blevet ansat under, og hvilke funktioner den pågældende person er blevet tildelt, og hvordan disse funktioner udføres. Dertil er der yderligere begrænsninger med hensyn til hvilke rækkevidde af de beføjelser sådan en medarbejder må have. Der er yderligere krav at den pågældende medarbejder skal være under tilsyn pålagt under selskabet således der er et underordningsforhold. Der er ligeledes betingelser for de omstændigheder hvorunder den pågældende medarbejder kan afskediges jf. dom Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, præmis 47)¹⁶²

Med hensyn til vederlaget er det ikke afgørende for om man bliver betragtet som en arbejdstager. Vederlaget kan godt være støtte midler af staten for personer der er på aktivering/praktik¹⁶³. Det har ligeledes ingen betydning for, om arbejdstageren tjener under de nationale medlemsstaters minimumsløn¹⁶⁴. En person der modtager vederlag i form af en part, og at vederlaget beregnes på kollektiv basis, er ikke i sig selv nok, til at det kan påvirke pågældende at miste status som arbejdstagere¹⁶⁵.

Personer der falder ind under undtagelsen af Art.45, stk.4 TEUF er ikke omfattet af arbejdstagerbegrebet. Politiske funktioner, bortset fra fagforeningsfunktioner, falder uden for

¹⁵⁹ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21 og EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.258.

¹⁶⁰ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130def8bd00373b0a45b18d5ead118242baa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhiLe0?text=&docid=95196&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=341549> Præmis 36-37.

¹⁶¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130def8bd00373b0a45b18d5ead118242baa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhiLe0?text=&docid=95196&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=341549> Præmis 36-37.

¹⁶² <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> Præmis 38, og HR Jura Magasinet 13/2018 s.29.

¹⁶³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165652&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6877167> Præmis 49 og EU-arbejdsret 5.udgave Ruth Nielsen s.260

¹⁶⁴ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21

¹⁶⁵

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130def8bd00373b0a45b18d5ead118242baa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhiLe0?text=&docid=95196&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=341549> Præmis 36-37.

princippet om arbejdskraftens fri bevægelighed jf. art.8 i forordningen om vandrede arbejdstagere har arbejdstagerne samme rettighed mht. medlemskab af fagforeninger som indlændinge¹⁶⁶. I sag 149/79, Kommissionen mod Belgien har Domstolen taget stilling til en række arbejdsbetingelser der falder uden for undtagelsen i art.45, stk.4 TEUF. Det er stillinger som rangearbejder, læsseearbejder, lokomotivfører, sporlægger, sporskifter, ufaglært maler, saddelmager, lampist, vikler, rengøringsmedarbejder, kantinemedarbejder, ufaglært værkstedsarbejder, snedker, gartnermedhjælper, sygeplejerske, barneplejerske, natvægter, opsynsmand, barneplejerske, sygeplejerske i vuggestuer, elektriker og blikkenslager¹⁶⁷. Ud fra retspraksis, kan man udlede at det er stillinger, hvor stillingerne af sikkerhedsmæssige hensyn ikke overdrages ud til ”udlændinge” da det omhandler om statens interesser.

Med hensyn til tidskravet udtalte EU-Domstolen i sag C-23/08 i præmis 29 at varigheden af en beskæftigelse er kortvarigt ikke i sig selv kan begrunde udelukkelse af anvendelsesområdet i art.45¹⁶⁸.

For at definere arbejdstagerbegrebet i praksis, skal der laves en samlet vurdering af de ovennævnte principper som er udledt fra retspraksis. Der findes ikke en universal opskrift på arbejdstagerbegrebet, det er op til den konkrete sag, for at vurdere om hvorvidt man falder ind under arbejdstagerbegrebet.

6.5 Tredjeland statsborgere

Art. 45 TEUF finder kun anvendelse for personer der er tilknyttet til en medlemsstat igennem statsborgerskab. Borgere for tredjeland kan ikke nyde beskyttelse af reglerne om arbejdskraftens fri bevægelighed. EU-Domstolen har i flere omgange lagt retspraksis for området, som jeg vil beskrive herunder.

Sagen C-238/83 omhandler om børnetilskud til et barn, der studerer i en anden medlemsstat, når forældrene til barnet er borgere i et tredjeland eller ikke udøver nogen virksomhed som lønmodtager¹⁶⁹.

Richard Meade der er amerikansk statsborger, hans hustru er britisk statsborger, de har siden 1973 været bosat i Frankrig, hvor Meade udøver virksomhed som selvstændig. Parret har to børn som er britiske statsborgere. I daværende tidspunkt var de berettiget og fik udbetalt børnepenge af Caisse d’allocations familiales de la région parisienne. I 1977 tog et af børnene til Det forenede kongerige for at starte på en kostskole. Da myndighederne Caisse d’allocations familiales de la region parisienne i januar 1980 fik kendskab til at omstændighederne standsede de udbetaling af børnetilskuddet, hvor efter parret fik et krav om at tilbagebetale 6436,80 FF fordi de har fået udbetalt børnetilskud, hvor de ikke har været berettiget til det. Ægteparret havde i mellemtiden ikke tilbagebetalt beløbet, hvorfor de blev stævnet af Caisse d’allocations familiales de la région parisienne dem for Commission de premiere instance du contentieux de

¹⁶⁶ sag C-118/92, EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.266.

¹⁶⁷ Europa kommissionen Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609, s.12. og EU-arbejdsret 5. udgave Ruth Nielsen s.265

¹⁶⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75439&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6939882> præmis 29.

¹⁶⁹ C-238/83 sagens fakta.

la securite sociale et de la mutualite sociale agricole de Paris. Ægteparret påstod sig frifundet da de mente at det ville være en krænkelse af princippet om den frie bevægelighed for personer, og at det ville hindre den pågældende barn i at gennemføre sin skoleuddannelse i en anden medlemsstat. Myndighederne anerkendte at EU-Domstolen skulle afgøre spørgsmålet om følgende præjudicielle spørgsmål: er art 48 (nuværende art. 45 TEUF) til hinder for at myndighederne kan kræve familieydelserne, der er udbetalt til et barn med engelsk statsborgerskab, tilbage med den begrundelse at barnet er under uddannelse i England, og med samme begrundelse standse udbetalingen af disse ydelser. EU-Domstolen begrundede med i henhold til artikel 2, stk. 1, finder forordning 1408/71 kun anvendelse på arbejdstagere som er statsborgere i medlemsstaterne, samt at art. 45 TEUF kun sikrer den frie bevægelighed for personer, der er arbejdstagere i medlemsstaterne og deres familiemedlemmer. Da barnets fader er statsborger i et tredjeland og barnets moder ikke udøver lønnet virksomhed kan disse omstændigheder kan forordningen 1408/71 ikke finde anvendelse i sagen¹⁷⁰. Afgørelsen for EU-Domstolen er således at hverken forordningen eller art. 45 TEUF er til hinder for at national lovgivning kan begrænse retten til børnetilskud, når et barn gennemfører sin skolegang i en anden medlemsstat, når forældrene er statsborgere i et tredjeland eller ikke udøver lønnet virksomhed¹⁷¹

For arbejdskraft fra statsborgere som Norge, Island og Liechtenstein er de i vildt omfang stillet som unionsarbejdstager i kraft af EØS-aftalen. Yderligere blev der indgået en aftale om gradvis åbning af arbejdsmarkedet med Schweiz som indtrådte i 2002-06-01. Der er ligeledes en associeringsaftale med Tyrkiet som indeholder en række bestemmelser om den gradvise gennemførelse af den frie bevægelighed for arbejdskraft mellem EU og Tyrkiet¹⁷².

7.1 DEL KONKLUSION FOR EU ARBEJDESTAGERBEGREBET:

Jeg kan derfor konkludere efter en gennemgående analyse af den primære EU-ret og den sekundærelovgivning samt retspraksis at en arbejdstager er en person der præsterer en ydelse

¹⁷⁰ C- 238/83 præmis 7.

¹⁷¹ C- 238/83 Afgørelse.

¹⁷²

https://pro-karnovgroup-dk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=arbejdstager&scope=document#EUIND007-NY-2_1

Arbejdskraften – introduktion

mod vederlag under anvisningen af en anden¹⁷³. De andre elementer som styrker formodningen om at personen er arbejdstager er at arbejdskontrakten overholder gældende overenskomster, samt der er betalt ferie, samt løn under sygdom¹⁷⁴. Deltidsansatte er ligeledes omfattet af arbejdstagerbegrebet og et lavt lønniveau medfører ikke at personen ikke er arbejdstager¹⁷⁵. Ligeledes kan kortvarige(karenstid) ansættelser ikke medfører at arbejdstagertitlen bortfalder¹⁷⁶. Dog er personer der arbejder på stillinger inden for statens interesser, altså højtstående stillinger der kræver høj betrothed ikke omfattet af arbejdstagerbegrebet¹⁷⁷. Omvendt er praktikanter eller andre personer der får deres vederlag som tilskud af staten eller anden organisation omfattet af arbejdstagerbegrebet¹⁷⁸.

For direktører gælder der lidt en anden retstilling EU-Domstolen fortolker det lidt indskrænket når det gælder direktører, nemlig for at differencere imellem de direktører der reelt er ejer, og de direktører der er ansat som arbejdstager. EU-Domstolen erkender derfor at direktører der ejer og selv styre virksomheden ikke er omfattet af arbejdstagerbegrebet, da der ikke foreligger de principper som statuere et arbejdsforhold. EU-Domstolen har fremlagt en række betingelser for at kunne identificere de direktører som er omfattet af arbejdstagerbegrebet. For de direktører der er omfattet af arbejdstagerbegrebet, forpligter dem en række betingelser, så som hvilke betingelser direktøren er blevet ansat under, og hvilke funktioner den pågældende person er blevet tildelt, og hvordan disse funktioner udføres. Dertil er der yderligere begrænsninger med hensyn til hvilke rækkevidde af de beføjelser sådan en medarbejder må have. Der er yderligere krav at den pågældende medarbejder skal være under tilsyn pålagt under selskabet således der er et over-underordningsforhold af direktøren, det er typisk bestyrelsen som har pligten til at føre tilsyn over for direktøren¹⁷⁹. Det vigtigste princip som er udledt fra retspraksis, er dog, at en person er arbejdstager hvis han præsterer sin ydelse mod vederlag, dette er hovedprincippet.

8.1 FUNKTIONÆRLOVEN

Begrebet "funktionær" dukker allerede op i slutningen af 1800, uden at have fastlagt for hvad det egentlig betyder i dansk ret¹⁸⁰. Ordet funktionær stammer fra det franske fonctionnaire i slutningen af nittendeårhundrede som var et begreb man brugte på personer der var i en stilling som krævede en fast over-underordningsforhold i offentlige og private stillinger¹⁸¹.

¹⁷³ Find vederlag mod ydelse

¹⁷⁴ C-14/09 Genc

¹⁷⁵ Levin C-53/81

¹⁷⁶ C-22/08 og C-23/08

¹⁷⁷ Meade C-238/83

¹⁷⁸ Lawrie-Blum C-66/87 Præmis:21

¹⁷⁹ Balkaya C-229/14,

¹⁸⁰ Funktionærloven 80 år Aage Jacob Jensen, Lars Svenning Andersen. S. 18

¹⁸¹ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 39.

I 1920'erne begyndte man konkretiserer funktionærbegrebet, for blandt andet for at fastlægge vilkårene for denne gruppe lønmodtagere. Denne fastlæggelse af begrebet er kommet i udtryk af den nuværende funktionærlovs § 1. Allerede mere end 100 år før konkretiseringen af funktionærbegrebet blev der skelnet mellem "tyende" og højere "tjenende" disse to lønmodtagergrupper havde forskellige regler der gældte for hver respektive lønmodtagergrupper. De tyende udførte manuelt arbejde, imens de højere tjenende udførte mere overordnede opgaver, som regel af kontormæssigt eller administrativt eller i form af arbejdsledelse. Denne opgavefordeling er kommet i stærkt udtryk i den nuværende funktionærlov § 1. For hvilken type arbejdsopgaver der kvalificerer en funktionær¹⁸². Hovedområdet for funktionærerne i 1938 har været baseret på lønmodtagere som er beskæftiget inden for handel og kontor og arbejdsledelse, med årene har denne liste vokset gradvist¹⁸³.

Funktionærlovens ikrafttrædelse i 1938 var baseret på retspraksis før 1938 som har til formål at regulere forholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Funktionærloven regulerer i dag mange aspekter af arbejdsforholdet imellem en arbejdsgiver og en funktionær, så som ferie, misligholdelse og fratrædelse/opsigelse/fyring mv. funktionærlovens formål er således at sikre funktionærerne nyder en minimumsbeskyttelse, som funktionærerne kan falde tilbage på. Funktionærlovens bestemmelser kan ikke ved aftale mellem parterne fraviges til ugunst for funktionæren jf. funktionærlovens § 21. Det betyder at aftalepunkter der strider imod funktionærlovens § 21, skal erstattes med lovens almindelige regler¹⁸⁴.

Der er ingen grund til at uddybe funktionærlovens udvikling igennem årene, men jeg vil gerne uddybe hvad formålet var med funktionærloven for at finde ud af om direktører har været tiltænkt til at falde ind under funktionærbegrebet.

8.2 Funktionærlovens personkreds

Medarbejdere hvis arbejdsopgaver overvejende omfatter funktionærlovens § 1, stk.1 litra a og b. som er handels- og kontormedhjælpere, som beskæftiger sig ved køb og salg, ved kontorarbejde eller arbejde der kan ligestillet dermed. Dertil er lagersekspedition også omfattet. Medarbejdere der er omfattet i litra b kræver at arbejdet består af teknisk eller klinisk bistandydelse af ikke-håndværks- eller -fabrikmæssig art, og andre medhjælpere, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed. Disse arbejdsopgaver eller teknisk/klinisk arbejde/viden er alle omfattet af funktionærlovens regler¹⁸⁵. Derudover er der et krav med at arbejdet skal mindst bestå af ugentligt 8 timers arbejde jf. funktionærlovens § 1, stk.1, og at den pågældende person er underlagt en tjenestestilling, det betyder at personen skal være underlagt arbejdsgiverens instruktioner jf. funktionærlovens § 1, stk.2. Hvis den pågældende person lever op til disse betingelser, falder man ind under funktionærlovens personkreds¹⁸⁶.

¹⁸² Funktionærloven 80 år Aage Jacob Jensen, Lars Svenning Andersen. S. 18

¹⁸³ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 48

¹⁸⁴ H.G Carlsen Dansk funktionærret 8. udgave. S.42-43

¹⁸⁵ Funktionærlovens §1, litra a og b.

¹⁸⁶ Funktionærlovens § 1, stk.2.

Den pågældende medarbejder kan til enhver til opnå funktionærstatus under arbejdsforholdet, ligeledes kan funktionæren miste funktionærstatus under arbejdsforholdet jf. U 1943.807 H¹⁸⁷. Statusændringen på en medarbejder kan være baseret på de arbejdsopgaver som den pågældende udfører i ansættelsesforholdet¹⁸⁸.

8.3 Tjenestestilling

Kravet om at en lønmodtager skal være underlagt over-underordningsforhold blev første gang tilføjet i loven i 1948 som stadig til dags dato det er udmøntet i funktionærlovens § 1, stk.2, at den pågældende person skal indtage en tjenestestilling, således han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner¹⁸⁹.

Ole Hasselbalch udtaler at lønmodtagerbegrebet ikke er entydigt i dansk ret jf. Hasselbalch, Ole (1979b) s.91. lønmodtager som er beskyttet i de forskellige lovgivninger så som sygedagpenge og arbejdsløshedsunderstøttelse og i relation til ferielov og konkursprivilegium giver en samlet beskrivelse af, hvornår der foreligger et tjenesteforhold. Hvis man kigger på arbejdsskadeborsikring og ATP-bidrag, bliver direktører derimod betragtet som lønmodtagere¹⁹⁰.

Hvis man opfylder de betingelser som er fastlagt under funktionærlovens § 1 så bliver man betragtet som en funktionær. Med den undtagelse at arbejdet er så selvstændigt, at vedkommende må anses for sin egen arbejdsgiver¹⁹¹.

Der ligger nogle konkrete vurderinger for at fastlægge om den pågældende person er under en tjenestestilling, de udspringer af ansættelsesforholdet, der er ligeledes opremset betingelserne i cirkulære.nr.129 af 4. juli 1994 pkt. 3.1.1 og 3.1.12¹⁹²:

Arbejdsgiveren har adgang til at fastsætte instrukser for arbejdets udførelse, samt tilsyn og kontrol. At den på gældende person(lønmodtageren) i overvejende grad har samme arbejdsgiver. At der i mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren er indgået en aftale om løbende arbejdsydelse. At lønmodtageren får fastsat arbejdstider af arbejdsgiveren. At lønmodtageren har ret til opsigelsesvarsel. At lønnen er beregnet på almindelige tjeneste vilkår så som timeløn, månedsløn mm. At vederlaget bliver betalt i perioder. At arbejdsgiveren afholder udgifterne i henhold til udførelsen af arbejdet. At lønindkomsten er i overvejende grad A-indkomst. At indkomstmodtageren anses for at være en lønmodtager så ferieloven, arbejdsløshedsforsikring, funktionærloven mv finder anvendelse¹⁹³. Disse bestemmelser er fastlagt ud fra cirkulæret, det er mere vanskeligt i praksis at fastgjorde hvem der er lønmodtagere.

¹⁸⁷ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 44.

¹⁸⁸ Lærebog i Ansættelsesret og personale jura 6. udgave. S. 162.

¹⁸⁹ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 82, og Funktionærlovens § 1, stk.2.

¹⁹⁰ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 82

¹⁹¹ Funktionærloven § 1, stk.2, og Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 82

¹⁹² Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 44.

Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 82-83.

¹⁹³ Cirkulære om personskatteloven CIR nr. 129 af 04/07/1994

Ansættelsesaftalen beror således på en lydighedspligt imellem arbejdstager og arbejdsgiver. Som også gælder for direktører, derfor skal de principper som dommen udleder forstås analogt med direktører også.

U.2001.987 H

Sagsøgeren er medlem af et ventilatørhold og været det siden 1973, som har haft til opgave at passe en respirationshæmmet patient L. Sagsøgeren var tilknyttet Foreningen af Danske Lægestuderendes vagtbureau i København. Foreningen af Danske Lægestuderende har til opgave at hjælpe de studerende med, ansættelse i Amtsrådsforeningen. De studerende er således tilknyttet Foreningen af Danske Lægestuderende, dertil er de studerende underlagt en overenskomst, og ifølge overenskomsten skal lønafregning foregå på grundlag af arbejdsedler, som de studerende udfylder, og som attesteres af institutionen. Derefter skal institutionen refundere lønudgifter og udgifter til uddannelse af ventilatører, samt betale administrationsgebyr i henhold til lønomsætningen. Ifølge overenskomstens bestemmelser skal ventilatørerne ansættes under Jonstrupvang Bebyggelsens målsætninger, som er en selvejende institution under Spastikerforeningen. Jonstrupvang har alt ansvaret for patienten L, de leder og distribuere arbejdet som omhandler patienten. Ved en skrivelse af 28. marts 1995, kunne Foreningen af Danske Lægestuderende havde svært ved at ansætte nye medlemmer, hvorfor de blev nød til at reducere døgndækningen. D.8. maj 1996 meddelte FADL Jonstrupvang-Bebyggelsen at ventilatørholdet ville ophøre 11.maj 1996¹⁹⁴.

Påstande, præmisser- dom

Ifølge vidneudsagnene for de forskellige medarbejdere har det være FADL som har givet dem instrukser, organiseret arbejdet, planlagt vagter mv. og ikke Jonstrupvang Bebyggelsen. Da holdet bliver nedlagt, sagsøger sagsøgeren i hans primære påstand at han indtog en tjenestestilling, og har krav på erstatning og godtgørelse i henhold til funktionærloven. Han gør gældende at det var FADL der havde udarbejdet instrukser, samt betalte hans løn. Han gør gældende at hans lange ansættelsesperiode fra 1. januar 1973 har opnået ham sådan en karakter, at det klart må være omfattet af funktionærlovens beskyttelsesregler. Han gør gældende at han altid var undergivet FADL's instrukser og ledelse, og at han havde en personlig arbejdsforpligtelse for FADL. Sagsøgeren gør subsidiært gældende at hvis ikke FADL, bliver betragtet som arbejdsgiveren må Jonstrupvang Bebyggelsen være arbejdsgiveren, idet de oprindelig aftale havde ansvaret for ledelsen og fordelingen af arbejdet. Ligeledes var sagsøger forpligtet til at deltage i arbejde med andre patienter. Til støtte for den subsidiære påstand har sagsøgeren gjort gældende at der må være FADL og Jonstrup Bebyggelsen der imellem dem skal hæfte solidarisk, da de har haft et arbejdsgiversamvirke¹⁹⁵.

FADL bestrider at de har været arbejdsgiver for sagsøgeren, de argumentere for at de blot har været et bureau som formidler sine ansættelse videre til andre forskellige institutioner. Jonstrup

¹⁹⁴ U.2001.987 H

¹⁹⁵ U.2001.987 H

Bebyggelse har således påberåbt friholdelsespåstand, med grundlag at de havde en aftale med FADL, og har anført at deres funktion har været begrænset og har en manglende økonomisk interesse. Erstatningspåstanden er 6 måneders opsigelse jf. funktionærlovens § 2, stk.3, med tillæg af feriepenge, samt fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn. Jf. funktionærlovens § 2 a. Landsretten udtaler at sagsøgeren udførte sit arbejde som medlem af FADL, og at der ikke var nogen direkte ledelses- eller instruktionsbeføjelse ved Jonstrupvang Bebyggelsen. Landsretten udtaler at derfor at sagsøgeren var omfattet af funktionærlovens regler, da arbejdets karakter og varighed anses for at være omfattet, og at sagsøgeren var underlagt FADL. Højesterettens bemærkninger arbejdet efter sin art er omfattet af funktionærloven. Højesteretten udtaler yderligere at der har foreligget et gensidigt forpligtende arbejdsforhold, at han må have indtaget en tjenestestilling som anført i funktionærlovens § 1, stk.2.¹⁹⁶

Med hensyn til lidt selvkritik havde det været bedre, jeg havde valgt en dom der er omhandlet en direktør, men princippet er det samme. Jeg vil neden under komme yderligere analysere domme hvor direktør der er under en tjenestestilling. Den tidligere dom U 2001. 987 har således været baseret på om ansættelsesaftalens lydighedspligt.

8.4 Direktører

En direktør er en person som har ansvaret over den daglige ledelse af et selskab. Direktøren kan blive valgt af en bestyrelse som har til opgave sikre den overordnede og strategiske ledelse af selskabet. Bestyrelsen skal i aktieselskaber ansætte et tilsynsråd, som har til opgave af at føre tilsyn med direktionen¹⁹⁷. Direktionen har til opgave at der skal bogføres efter gældende lovgivning, samt at formueforvaltningen bliver ført på forsvarligt vis. Selskaber der både har en direktion og bestyrelse påhviler der et fælles ansvar. Direktionen skal sikre sig at selskabet har en sund økonomi/likviditet for at opfylde de forpligtelser, som selskabet har til formål¹⁹⁸. Der er således to måder at selskaber kan indrette deres ledelsessystem på, det klassiske et strengt ledelsessystem som udgør af generalforsamling, bestyrelse og direktør/direktion, det to strengede system udgør af generalforsamling, tilsynsråd og direktør/direktionen. Forskellen på de to systemer er at direktionen/direktøren har et yderligere ansvar i det to strengede system, nemlig at varetage selskabets strategiske ledelse. Dette ansvar henhører til bestyrelsen i det et strengede system¹⁹⁹. Direktøren/direktionen skal derfor varetage den daglige ledelse, samtidig skal de følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har bemyndiget til direktionen. Direktionen må ikke således ikke beskæftige sig med dispositioner, som er usædvanlige af arten eller for stor betydning. Det kræver således særlig bemyndigelse fra bestyrelsen at gå ud over de anvisninger²⁰⁰.

Der er mange betegnelser for en direktør, så som administrerende direktør, vice direktør, CEO mv. titlen har ikke nogen betydning for om direktøren falder ind under ferieloven, samt

¹⁹⁶ U.2001.987 H

¹⁹⁷ Selskabsloven § 111-117-118

¹⁹⁸ Selskabsloven § 111-117-118

¹⁹⁹ Funktionærloven 80 år Aage Jacob Jensen, Lars Svenning Andersen. S. 154

²⁰⁰ Selskabsloven § 117. og stk.2.

funktionærloven. Der skelnes i dansk ret mellem de ”rigtige direktører” og de direktører som falder ind under funktionærloven og ferieloven. Denne skildring er baseret på de arbejdsopgaver som en direktør er fastsat til at varetage. Umiddelbart er det ikke så nemt i dansk ret at lave den sondring, og ofte er den ikke på lige linje med de domme i EU-retten. Der er en stærk formodning om i dansk ret, hvis man er anmeldt til Erhvervsstyrelsen som direktør at man falder uden for funktionærloven, da stillingen er så selvstændig²⁰¹.

I revisionsbetænkningen i 1947 af funktionærloven kommer det udtryk at direktører i aktieselskaber, er så selvstændig en stilling at direktøren må sidestilles som en arbejdsgiver. Der begrundes i betænkningen at de repræsenterer flere firmaer samt selv tilrettelægger ruter og kundebesøg. Ifølge revisionsbetænkningen aflægger direktøren ikke rapport og disponerer frit med hensyn til deres arbejde og skal sidestilles med forretningsdrivende²⁰².

Funktionærloven fra 1948 indskrænker funktionærlovens anvendelsesområde, således at den øverste ledelse skal stilles som arbejdsgiver²⁰³. Det fremgik her af funktionærlovens § 1, stk.2, at man først skulle vurdere om hvorvidt om den pågældende person havde så selvstændig stilling, at man ikke længere er omfattet af loven²⁰⁴.

Venstre Landsrets dom af 27. januar 2005 sag B-288-04 Var personen D ansat som direktør i selskabet A. Direktøren blev opsagt oktober 1999. Efter opsigelsen fortsatte direktøren som daglig leder indtil slutningen af januar 2001. Direktøren blev herefter bortvist. Direktøren gjorde gældende at var overgået til at være funktionær efter han blev opsagt i 1999. Landsretten gjorde gældende at direktøren ikke kunne betragtes som funktionær, da han var registeret som direktør, og havde den overordnede ledelse af selskabet indtil januar 2001²⁰⁵.

Yderligere en sag fra retspraksis er U 2007.1949 VL kom domstolen frem til at direktøren ikke var omfattet af funktionærloven. Sagen om handler om en direktør A som var blevet ansat af selskabet T, og i den forbindelse oprettet en direktørkontrakt med en konkurrenceklausul med en konventionalbod på 200.000 kr. A opsagde sin stilling, der blev oprettet en fratrædelsesaftale, som bl.a. henviste til konkurrenceklausulen. Efter fratrædelsen opretter A en hjemmeside for sin egen virksomhed. Selskabet T opfattelse var at A drev en konkurrerende virksomhed. T anlagde sag mod A mod betaling af konventionalboden på 200.000 kr. A påstod frifindelse med henvisning til at konkurrenceklausulen ikke fandt anvendelse, da den ikke var vedtaget, og hvis den var vedtaget, har klausulen ikke været gyldig, da hans stilling reelt var overordnet funktionær og ikke direktør. I henhold til bevisførelsen har retten lagt til at A ikke kun har været overordnet funktionær, da han også var registeret som direktør i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Konkurrenceklausulen var således gyldig, da han ikke var funktionær. Retten udtaler at A's funktioner blev særligt udøvet i salgsområdet, han forelagde visse beslutninger for virksomhedens stifter og eneaktionær, men A har ikke kunne bevise at han

²⁰¹ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 84.

²⁰² Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S.151 og Lovforslag nr. L 178. Fremsat den 27. januar 2000 i ferieloven

²⁰³ Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 152.

²⁰⁴ Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 152.

²⁰⁵ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 84.

havde så ringe grad af faktisk kompetence, at han kunne betragtes som overordnet funktionær²⁰⁶.

Der er visse elementer som er afgørende for funktionærstatus for direktører, det er således hvis direktøren har funktionærstatus under ansættelsesforholdet, eller hvis direktøren mister funktionærstatusen under ansættelsesforholdet, kan han ikke gøre funktionærlovens bestemmelser gældende, dertil kan det også påvirke fratrædelsesgodtgørelse samt godtgørelse for urimelig opsigelse. Dertil er der situationer hvor en virksomhed kan være under krise, hvor direktøren bliver afskediget og midlertidigt lader en anden overtage de funktioner som direktøren har haft. I disse tilfælde hvor direktøren bliver sat under "administrationen" kan normalt ikke være adgangsbillet for at statuere funktionærstatus²⁰⁷. Det kan blandt andet ses i dommen af Østre Landsrets dom af 8.december 2011 (B-495-11) Hvor F skulle være administrerende direktør i et nyt selskab. Da selskabet ikke blev stiftet, blev F direktør i et andet selskab, af samme ejer. Han fik titlen agent direktør. Under arbejdsforholdet var han undergivet et over- og underordningsforhold af A. Stillingens selvstændighed var derfor ikke af en grad, hvor man ikke kunne statuere funktionærstatus²⁰⁸.

Globaliseringen og internationaliseringen har ændret beføjelsesområderne for direktører rundt omkring i verden, som også er i tilfældet af Danmark. Multinationale selskabers strukturer gør at direktører får indskrænkede beføjelser, det giver anledning til overvejelser om der formelt foreligger en tjenestestilling. De multinationale selskaber er ofte struktureret således der en national administrerende direktør som ofte referer til en områdedirektør, som igen referer til et højere hierarkisk højere direktør som en europæisk direktør. I disse tilfælde er det nøje fastlagt, hvilke dispositioner der kræver godkendelse af et højere hierarkisk niveau ovenover. Det der karakteriserer de internationale selskaber, er at der stilles et krav om løbende rapportering til det højere hierarkiske niveau. Rapporteringer foregår ofte med korte intervaller, ofte ugentligt. Rapporteringerne har tit omfattende krav af hvad indholdet af rapporterne skal indeholde. Yderligere er de suppleret med detaljerede instrukser, for hvordan selskaberne skal tackle de opståede problemstillinger inden for økonomi, salg, markedsføring, personale m.m. Omstændigheder at der er omfattende rapportering kan per automatik ikke være grundlag for at der foreligger en tjenestestilling, men det er nok et vurderingsmoment af domstolene som tæller med i bedømmelsen²⁰⁹.

Jeg har valgt at kigge nærmere på U.2004.1708 Salgsdirektør i dansk A/S, som var en del af en international koncern, som ikke var omfattet af ferieloven. For at analysere hvilke betingelser, domstolen har lagt vægt på.

Sagsøgeren er Ingeniørforeningen i Danmark, som har mandatar for D, som har sagsøgt Compuware A/S. Den primære påstand er således at Compuware A/S skal betale 260.927 med tillæg af procesrente²¹⁰.

²⁰⁶ U.2007.1949

²⁰⁷ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 85

²⁰⁸ af Østre Landsrets dom af 8.december 2011 (B-495-11)

²⁰⁹ Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 87

²¹⁰ U.2004.1708 Primær påstand.

Sagsfremstilling: Koncernen er et multinationalt selskab der leverer edb-og serviceydelser i 25 lande, med 40 afdelinger og omkring 10.000 ansatte. Koncernen har hovedsæde i Detroit. D blev ansat 7. februar 2000, og ansættelseskontrakten blev underskrevet 3.marts 2001. I følge ansættelseskontrakten havde D følgende opgaver:

''1.3. The Sales director shall be responsible for the day-to-day management of the Company subject to the instructions and guidelines laid down by the Board.

1.4. Transactions and decisions which given the scope of the activities of the Company are of an unusual nature or magnitude require the consent of the Board . . .

8.1. The Sales director shall be entitled to annual holidays of the same duration as provided in the Danish Holiday with Pay Act (Ferie-loven) in force from time to time, i.e. at the moment 5 weeks a year. The Holiday with Pay Act shall not apply to the Sales director''²¹¹.

D blev sygemeldt 1. maj 2001 og den 5. oktober blev han afskediget med virkning af udgangen af februar 2002. I henhold til en aftale som D indgik med Maurice Groeneveld som er Vice President for Northern Europe, samtidig med at han var registreret hos Erhvervs- og selskabstyrelsen som direktør for selskabet som D var ansat under. følger det at han ikke kunne gøre nogen krav gældende bortset for feriegodtgørelse for maj 2001 og maj 2002. I en skrivelse meddeler Maurice Groeneveld at selskabet alligevel ville betale for feriegodtgørelse, da de ikke var forpligtet til det. Ingeniørforeningen anmodede d.7. februar 2002 at selskabet skulle betale feriegodtgørelse med fremsatte rentepåkrav. Da selskabet nægtede at betale det, blev der anlagt en sag ved stævning 21.juni 2002²¹².

Bevisførelsen: Jeg vil prøve i bevisførelsen at gøre det så kort som muligt, jeg vil navnlig udvælge de elementer der er centralt i sagen. Altså om der foreligger en tjeneste stilling, og hvilken grad af selvstændighed havde D, vederlagets sammensætning og størrelse mm.

D forklarer: at der ikke på noget tidspunkt skulle være tale om, at han var leder af hele selskabet i Danmark. Der var således to andre chefer, den ene chef af konsulentafdelingen, som refereret direkte til Groeneveld og en nordmand, økonomichefen refererede til forskellige amerikanske eller europæiske hovedkvarter. D havde således ingen kompetence over de 2 andre chefer. Hvis der opstod uenigheder, mellem cheferne måtte Groeneveld afgøre. Han forklarer yderligere at han ikke havde nogen kontakt med selskabets bestyrelse, samt ikke var anmeldt direktør. D forklarer at han hverken var budgetansvarlig, de blev alene dikteret af Groeneveld. Omkostningssiden henhørte under økonomichefen, der ledes begrundet D, at han ikke havde noget med selskabets regnskabafklæggelse at gøre. D forklarer, at han flere gange om dagen har været i kontakt med Groeneveld, og rent fysisk et par gange om måneden, somme tider 1 gang om ugen, og somme tider flere dage i træk. Ligeledes skulle store kontrakter over 2-300.000 godkendes af Groeneveld. Hans ferier blev tilrettelagt, med konsultation med Groeneveld. Ligeledes skulle forretningsrejser godkendes af Groeneveld. D forklarer at hans arbejdstid udgjorde cirka 30% på ledelsesopgaver samt, resten på salgsarbejde. Hans basisløn

²¹¹ U.2004.1708 Sagsfremstilling.

²¹² U.2004.1708 Sagsfremstilling.

har været på 52.000 kr. om måneden samt en bonusordning baseret på selskabets omsætning, og ikke overskuddet. Han forklarer yderligere at han havde den højeste basisløn, men ikke den højeste samlede løn. Ligeledes havde han den dyreste leasingbil af alle cheferne til omkring 12.000 kr. om måneden²¹³.

Maurice Groeneveld forklarer: at D havde beføjelserne og kompetencen til at ansætte og afskedige personale. Groeneveld siger at hans arbejdsopgaver mere var i form af sparring og coach for D. Groeneveld forklarer at han aldrig eller sjældent gav direkte instrukser, og hvis der blev afgivet instrukser, har det været i form af berøre koncernen uden for Danmark. Han forklarer yderligere at det ikke har været retningslinjer for den daglige aktivitet, ligeledes benægter at han der ikke skulle være tale om at godkende dispositioner. Han begrundet ligeledes at D kunne indgå i store kontrakter selv. Med hensyn til godkendelse af rejserne var det nogle generelle regler i koncernen. Han fortæller at han mødtes med D en gang om måneden, og talte sammen 3 gange om ugen. Ligeledes siger han at D's stilling som salgsdirektør er den højeste rang i nationale selskaber²¹⁴.

Økonomichefen Allan Kjær udtaler at det var D som var den øverste leder af de 2 andre chefer. Selvom han udtrykker at der var en stærk ledelse fra USA om blandt andet produktudvikling, strategi, budgettering og bonusplaner²¹⁵.

En anden salgskonsulent udtaler ligeledes, at D var den øverste leder i Danmark, samt mange godkendelse skulle komme fra det europæiske hovedkvarter²¹⁶.

Kort om parternes argumenter: Er at D skulle være have udbetaling af feriegodtgørelse, da han var under tjenestestilling, og skal statueres som lønmodtager. Der er ingen grund til at nævne de andre argumenter, selvom det kan være relevant, men de vigtigste punkter er gengivet under bevisførelsen²¹⁷.

Ballerup Rets dom 18. februar 2003, retten udtaler:

At D havde en så højt placeret selvstændig stilling at det ikke betegnes som at D havde et tjenesteforhold under selskabet. Retten i Ballerup ligger vægt på at han var ansvarlig for de forretningsmæssige aktiviteter, samt størrelsen af de kontrakter som han varetog på selskabets vegne. Ligeledes selvom han ikke var registeret som direktør i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, var ikke nok til at han kunne falde ind under anvendelsesområdet af ferieloven²¹⁸.

Ingeniørforeningen vælger således at anke dommen, imens Compuware A/S har påstået stadfæstelse.

Landsretten begrundelse om dom:

²¹³ U.2004.1708 Bevisførelsen.

²¹⁴ U.2004.1708 Bevisførelsen

²¹⁵ U.2004.1708 Bevisførelsen

²¹⁶ U.2004.1708 Bevisførelsen

²¹⁷ U.2004.1708 Parternes argumenter.

²¹⁸ U.2004.1708 Ballerup rettens afgørelse.

Landsretten erkender at D ikke havde den samme stilling, som en direktør normalt vil have i et aktieselskab. Ligeledes at han på mange punkter skulle konsultere med Groneveld. Landsretten begrundet at man alligevel skal tage stilling, til at selskabets har en omsætning på 60 mio. kr. samtidig med at han var selskabets direkte chef, for den største afdeling. Ligeledes at han varetog af de generelle spørgsmål, og havde kompetence til at tage af de anliggender som falder ud over de to andre afdelinger. Retten ligger til grund at D var den højeste lønnet i selskabet. Yderligere begrundet retten at begrænsningerne i hans stilling, må være en konsekvens af at arbejde som direktør i en multinational koncern, med central styring²¹⁹.

Landsretten udtaler yderligere: *''Afgørelsen af, om en direktør for et aktieselskab falder uden for ferielovens regler, beror navnlig på, om han som lønmodtager indtager en tjenestestilling, hvor han præsterer en tjenesteydelse og er undergivet en overordnetes instruktionsbeføjelse, eller om han har en selvstændig stilling med en sådan grad af ansvar og råderum, at der ikke foreligger en egentlig tjenestestilling. Endvidere skal der blandt andet lægges vægt på vederlagets karakter og sammensætning''*²²⁰.

Efter en helhedsvurdering af D's arbejdsvilkår samt de andre omstændigheder, vurderer Landsretten at den store bonus, som var baseret på den danske selskabs salg, kan D ikke være omfattet af ferieloven samt berettiget til feriepenge²²¹. Selvom der i sagen i traditionel forstand at direktøren ikke har samme beføjelser som en direktør i et aktieselskab, ligger der altså vægt på at der personen er den højeste hierarkiske status i selskabet, og det giver et højere ansvar samt råderum, hvor man ikke kan tiltræde en tjenestestilling i Dansk ret. Der er ligeledes ikke et enkelt moment, som afvejer tungest, men en samlet bedømmelse af alle vilkårene.

I Østre Landsrets dom af 1. marts 2005 (B-542-04, B-547-04 og B-522-04) fik direktøren medhold i, at han var funktionær. Landsretten lagde vægt på at direktøren havde ansvaret for salgsorganisationen som bestod af 3 personer, ligeledes at han ikke havde kontakt med bestyrelsen i koncernen. D havde alene områdedirektør som han refererede til. Ligeledes var direktøren anmeldt som direktør i Erhvervs- og selskabsstyrelsen, men kun af skattemæssige årsager. Direktøren havde dog ikke retten til at tegne selskabet alene. Ligeledes var han ikke ansvarlig over for regnskabet, yderligere har direktøren været underlagt en stram styring og kontrol af de hierarkiske højere direktører. Retten lagde yderligere vægt på at direktøren afleverede omfattende rapporter, samt at han ikke kunne ansætte personale. Direktøren var dog den højest lønnede i den nordiske del af salgsorganisationen, men lønnen har ikke været baseret på resultatorienteret²²².

Tidligere/Nuværende ejere/ejerandel:

²¹⁹ U.2004.1708 Øster Landsrettens afgørelse.

²²⁰ U.2004.1708 Øster Landsrettens afgørelse.

²²¹ U.2004.1708 Øster Landsrettens afgørelse.

²²² Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave. S. 89 - Østre Landsrets dom af 1. marts 2005 (B-542-04, B-547-04 og B-522-04)

Personligt ejede virksomheder er ikke omfattet af selskabsloven. Når der skal fastlægges om hvorvidt en direktør har været under en tjeneste stilling i personligt ejede virksomheder, skal der som regel laves en helhedsvurdering om hvorvidt direktøren har udøvet ledelse²²³.

I henhold til Ferieloven Lovbekendtgørelse af 2019-10-04 1025 giver § 3 udtryk for at en person med afgørende indflydelse på den virksomhed, som den pågældende arbejder i, anses ikke som værende lønmodtager. Det fremgår det af jf. lovforslag nr. L 114 af 21. marts 2012 at et ejerskab på omkring 10-15 procent, ikke vil føre til at den pågældende person bliver undladt som lønmodtager²²⁴. Dog går den ydre grænse på omkring 50 procent ejerskab vil statuere at den pågældende person ikke længere kan betragtes som en lønmodtager. Forarbejderne udtaler yderligere at hvis en person ejer andele i virksomheden fra 10-50 procent, skal der laves en konkret vurdering af den pågældendes ansættelsesvilkår og beføjelser i virksomheden.

I U. 2011.1538 kom det til udtryk at den tidligere direktør og virksomhedsejer som forsatte som markedschef, derefter havde overdraget sin virksomhed ikke var berettiget til kompensation efter funktionærlovens § 18 a for kundeklausulforpligtelse²²⁵.

Direktøren F ejede 100% af Holdingselskabet H, som ejede virksomheden K. Direktøren F solgte aktierne i K til en konkurrerende virksomhed D for 7.750.000 Kr. i henhold til aftalen skulle F forblive ansat i virksomheden K. Ved overdragelsen af aktierne blev der oprettet en konkurrenceklausul. Ligeledes kunne virksomheden K ikke opsiges direktøren i 2 år. I 31. januar 2008 bliver direktøren opsagt på baggrund af samarbejdsvanskeligheder. Direktøren anlagde derfor sag mod virksomheden K med krav om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, samt kompensation efter §18 a, og kørselsgodtgørelse for årene 2006-2007 og til sidst godtgørelse efter ansættelsesbevisloven for 590.000 Kr. Direktørens påstand har været at opsigelsen var urimelig, samt at de klausuler som de havde indgået, har været i strid med funktionærlovens præceptive bestemmelser. Direktøren fik således medhold i byretten, K ankede dommen til landsretten. Landsretten gjorde gældende at direktøren havde ret til 1 månedsløn efter funktionærlovens § 2, samt at han havde ret til kørselsgodtgørelse. Der var således så omfattende mangler på ansættelseskontrakten, at Direktøren havde krav på 7.500 Kr. Landsretten frifandt dog kompensationskravet i henhold til funktionærlovens § 18 a, da direktøren og selskabet ikke havde et forhold som kunne karakteriseres som arbejdsgiver og lønmodtager, da parterne var jævnbyrdige. Ligeledes ligger landsretten vægt på at ansættelsesforholdet har været en konsekvens af virksomhedsoverdragelsen, hvorfor direktøren ikke kunne gøre krav på kompensation²²⁶.

Aktiebesiddelse kan som regel ikke udelukke at en person for at miste status som lønmodtager. Retspraksis på dette område er begrænset da begge parter er udsat for procesrisiko, altså at udfaldet kan hælde i begge retninger, derfor løses de ofte forligsmæssigt²²⁷. Wendelboe Christensen, Kildegaard og Moalem konkludere at ” at aktiebesiddelse på under 15% typisk

²²³ Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 162.

²²⁴ jf. lovforslag nr. L 114 af 21. marts 2012

²²⁵ I U. 2011.1538

²²⁶ I U. 2011.1538

²²⁷ Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 163.

ikke vil udelukke lønmodtagerstatus, medmindre der tillige er andre forhold, som giver den pågældende væsentlig indflydelse. Sådanne andre forhold kan være særlige aftaler om udvidet stemmeret, medlemskab af bestyrelse, eller ansættelse som direktør i virksomheden'²²⁸. Det er altså sammenspillet mellem indflydelsen og stillingen. Lise Lauridsen og Anja Staugaard Jensen udtaler i HR Jura Magasinet 16/2010 at ''...at en nominel ejerandel på 15% og opefter normalt vurderes at være udtryk for at den pågældende kapitalejer befinder sig i en ligeværdig situation i forhold til de øvrige medejere og dermed falder uden for begrebet lønmodtager''²²⁹. Med hensyn til retspraksis kan det betragtes med stor sandsynlighed at ejerpartnere i interessentskaber, partnerskaber, partnerselskaber og lignende selvom ejerandelene er af ringe karakterer statuere det ikke tjenestilling forhold. De afgørende argumenter for om en person med ejerandele kan være underlagt tjenestestilling, er formentlig hvis det bliver udøvet i ejersinteresse eller den ansattes²³⁰.

8.5 Ferieloven

De danske lovgivninger på tværs af retsområder bliver ''moderniseret'' det betyder at lovgivninger nu ændre ordlyden til at de skal gælde for lønmodtagere, det er også på linje med EU-retten. Det kommer blandt andet i udtryk i den nye ferielov, lov om ansættelsesklausuler. Den gamle ordlyd lyder således '*Lønmodtagere i offentlig eller privat tjeneste har ret til ferie og feriegodtgørelse eller løn efter reglerne i denne lov*' jf. Lovbekendtgørelse 1999-06-25 nr. 538 om ferie. Den nye ordlyd lyder således jf. ferielovens § 1, stk.2. '*Ved lønmodtager forstås i denne lov en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold*' Ordlyden af den nye bestemmelse er således identisk, med arbejdstagerbegrebet i EU-retten. I forarbejderne til Lovforslag nr. L 178. Fremsat den 27. januar 2000 i ferieloven bliver der udtrykt at lønmodtagerbegrebet i dansk ret ikke er fortolket ens, der er således en forskellig definition på begrebet afhængig af hvilke retsområde begrebet bliver brugt i. Det er således en forskellig tolkning i skattelovgivning, i den arbejdsretlige lovgivning, funktionærloven og ferieloven. Forarbejderne anerkender at afgrænsningen bliver sværere med tiden, da der opstår nye ansættelsesformer. Den nye ferielovs definition er således ensartet med loven om ansættelsesbeviser. Yderligere fremgår det af forarbejder at '*En lønmodtager er karakteriseret ved at være en person, som i kraft af en arbejdsaftale har pligt til personligt at udføre erhvervsmæssigt arbejde (yde en tjenesteydelse) efter arbejdsgiverens instruktioner, for arbejdsgiverens regning og risiko, under arbejdsgiverens tilsyn og i arbejdsgiverens navn, og som har krav på en modydelse for arbejdet (tjenesteydelsen) betalt af arbejdsgiveren - som hovedregel et vederlag, der sædvanligvis udmåles i forhold til den medgåede tid (timeløn, 14-dages løn eller månedsløn). Vederlaget er typisk A-indkomst for den pågældende*'²³¹.

²²⁸ Erik Wendelboe Christansen, Heidi Kildegaard og Dan Moalem, Aktieoptionsloven – ansættelsesretlig regulering af aktieafløsning, 2006 s.47 og Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 163.

²²⁹ Falder medarbejderaktionærer udenfor lønmodtagerbegrebet i Danmark, HR Jura Magasinet, 10/2016 S.71 og Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 163.

²³⁰ Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 165.

²³¹ Lovforslag nr. 178 af 27. januar 2000, jf. FT 1999/2000, Tillæg A, s. 4928 i Ferieloven.

Yderligere tilføjer forarbejder til loven at *''Der skal med andre ord være tale om et over-/underordningsforhold eller en tjenestestilling. Der behøver dog ikke nødvendigvis at være tale om instruktionsbeføjelse i traditionel forstand. Det er almindeligt anerkendt, at arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse kan bestå i at fastsætte rammer for arbejdets udførelse, hvorefter den ansatte udfører arbejdet eventuelt med løbende rapportering til arbejdsgiveren om, hvordan arbejdsopgaven løses''*²³².

Det store spørgsmål må være, er direktører omfattet af den nye ferielov. Den nye ferielov udspringer af ændringen af arbejdstidsdirektivet. Det fremgår af arbejdstidsdirektivet i artikel 7 at *''Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis''*²³³.

Med arbejdstagere mener direktivet, at det skal være alle arbejdstagere, der i henhold til EU-retten, kan blive betragtet som sådan.

Ferielovsudvalget udtalt at den nye ferielov skal gå ud over den danske arbejdsretlige sammenhæng, det EU-retlige forpligtelser i forhold til personer, der er omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb ligeledes implementeres i loven²³⁴. Ferielovudvalget udtaler yderligere at det mest hensigtsmæssige vil være at lade de personer der er omfattet af arbejdstagerbegrebet for også at være omfattet af lønmodtagerbegrebet i ferieloven. Dertil tilføjer de at direktører og praktikanter vil være omfattet af ferielovens lønmodtagerbegreb²³⁵. Man ikke længere tage stilling til om den pågældende person har en afgørende indflydelse på den virksomhed den pågældende person arbejder i²³⁶. Det tyder på når loven træder i kraft den 1. september 2020, så er der en stor chance for at direktører nu er omfattet af ferieloven.

9.1 LIGELØNSLOVEN – ARTIKEL 157 EUF: LIGELØN OG LIGEBEHANDLING

Det fremgår af artikel 157, stk.1. at enhver medlemsstat skal gennemføre princippet om ligeløn til mænd og kvinder for samme arbejde. I artikel 2 fremgår det at *''løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier''*²³⁷. Det fremgår yderligere af Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om

²³² Lovforslag nr. L 178. Fremsat den 27. januar 2000 i ferieloven og Funktionærloven 80 år af Aage Jacob Jensen og Lars Svenning Andersen S. 153.

²³³ Arbejdstidsdirektivet artikel 7.

²³⁴ Ny ferielov og overgang til samtidighedsferie betænkning nr. 1568 s.103

²³⁵ Ny ferielov og overgang til samtidighedsferie betænkning nr. 1568 s.103

²³⁶ Ny ferielov og overgang til samtidighedsferie betænkning nr.1568 s.103

²³⁷ Artikel 157 EUF: Ligeløn og ligebehandling stk.2.

lige løn til mænd og kvinder artikel 2, at enhver arbejdstager har retten til at gøre sine rettigheder gældende for domstolen, hvis arbejdstageren føler at sine rettigheder er blevet krænket²³⁸.

I den danske lovgivning om Ligelønsloven, er der ikke noget der yderligere definerer lønmodtagere. Det er derfor vanskeligt at vurdere om hvorvidt, om man skal tage sondringen efter danske definition eller den EU-retlige. I henhold til det EU-retlige så er en arbejdstager en person der præsterer en ydelse mod vederlag, men hvis man tager udgangspunkt i den danske sondring, vil direktører sandsynligvis ikke været omfattet af lovens anvendelsesområde²³⁹.

9.2 Forskelsbehandlingsloven og rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1. at *'' En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår ''*²⁴⁰. Der bliver i loven ikke defineret hvordan lønmodtagerbegrebet skal tolkes, eller om det skal tolkes anderledes end et allerede fastlagte. I beskæftigelse Beskæftigelsesministeriets Vejledning om forskelsbehandlingsloven af 06-02-2019 fremgår det at der ikke er nogen fast definition af hvad en lønmodtager er, der skal derfor foretages en helhedsvurdering af hvert enkelt tilfælde. Der er således i vejledningen sat nogle vejledende momenter for om man er omfattet, den er dog ikke udtømmende.

- Personen skal udføre arbejdet personligt,
- Personen i høj grad er undergivet tilsyns- og instruktionsbeføjelse,
- arbejdet skal udføres for arbejdsgiverens regning og risiko,
- arbejdet skal udføres i arbejdsgiverens navn, personen skal have anvist et eller flere, faste arbejdssteder,
- arbejdsgiveren indeholder A-skat²⁴¹.

Der er således i princippet ikke noget til hinder for at en direktør ikke skulle kunne være omfattet af forskelsbehandlingsloven definition af lønmodtagerbegrebet.

Ligeledes fremgår det af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv at *'' I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde ''*²⁴². I artikel 1 i direktivet beskriver således at formålet med direktivet er *at ''at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af*

²³⁸ Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder artikel 2.

²³⁹ HR Jura Magasinet 13/2018 Smitter det EU-retlige lønmodtagerbegreb af på danske direktører s. 32

²⁴⁰ Forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1.

²⁴¹ Beskæftigelsesministeriets Vejledning om forskelsbehandlingsloven 06-02-2019 s. 10.

²⁴² af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv artikel 2.

forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering''²⁴³. Ligeledes fremgår det af artikel 3, at forskelsbehandlingen gælder uanset branche og niveau i erhvervshierarkiet²⁴⁴. Med hensyn til direktivet om direktører falder ind under bestemmelsesområdet, må svares med at, det gør det, direktivets brede anvendelsesområde omfatter også de direktører, som ikke er under tjenestestilling²⁴⁵.

9.3 Ligebehandling

Det fremgår af rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkårs artikel 2, at der ikke må forskelsbehandles på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning til ægteskabelig eller familiemæssig stilling²⁴⁶. Ligeledes er der forbud mod at forskelsbehandle både i den private og den offentlige sektor både direkte og indirekte jf. artikel 3. stk.1²⁴⁷. i direktivet. I direktivets art.3 litra a kommer det udtryk at det ligeledes gælder for selvstændige og erhvervsmæssig beskæftigelse, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet²⁴⁸.

Ligebehandlingsloven har næsten samme ordlyd som den EU-retlige, den danske lovtæst lyder således '' *Enhver arbejdsgiver skal behandle mænd og kvinder lige ved ansættelser, forflytninger og forfremmelser''²⁴⁹. Ligebehandlingsloven anvendelsesområde omfatter også direktører, da der er en generelt forbud mod at forskelsbehandle²⁵⁰.*

10.0 KONKLUSION

I henhold til funktionærlovens § 1, stk.1 litra a og b at en funktionær er en person som beskæftiger sig med handel- og kontormedhjælpere, som beskæftiger sig ved køb og salg, ved kontorarbejde eller arbejde der kan ligestilles dermed. Dertil tilføjer funktionærloven § 1, stk.2. at den pågældende person skal være underlagt arbejdsgiverens instruktioner. Med undtagelsen at stillingen ikke er for selvstændigt, så vedkommende kan anses for at være sin egen arbejdsgiver. Det er ofte i dette kriterie der udgør at direktører i dansk ret falder uden for lønmodtagerbegrebet. I dommen U.2001.987 H kommer det til udtryk at, hvis der skal være forelagt en tjenestestilling, skal arbejdsforholdet være et gensidigt bebyrdende forhold. Det fremgår af betænkningen af funktionærloven at direktører ligeledes ikke har været tiltænkt til

²⁴³ af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv artikel 1.

²⁴⁴ af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv artikel 3 og HR Jura Magasinet 13/2018 Smitter det EU-retlige lønmodtagerbegreb af på danske direktører s. 32

²⁴⁵ HR Jura Magasinet 13/2018 Smitter det EU-retlige lønmodtagerbegreb af på danske direktører s. 33

²⁴⁶ direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkårs artikel 2,

²⁴⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF

²⁴⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF art.3 litra a.

²⁴⁹ Ligebehandlingsloven § 2.

²⁵⁰ HR Jura Magasinet 13/2018 Smitter det EU-retlige lønmodtagerbegreb af på danske direktører s. 32

at falde ind under funktionærloven. Ligeledes ordlyden af funktionærloven der indskrænkede anvendelsesområdet for funktionærloven jf. § 1, stk.2. at man skulle vurdere om hvorvidt det var selvstændigt at den falder ud over anvendelsesområdet. Retspraksis i dansk ret har dog ikke fulgt forarbejdernes / lovens formulering. Direktører kan ifølge retspraksis falde ind under anvendelsesområdet af funktionærloven, dog med den undtagelse at direktørers stillings selvstændighed skal være så begrænset at direktørerne kan anses for at være funktionærer. Momenterne der taler imod en begrænset stilling ifølge retspraksis, er at hvis direktør er registreret i Erhvervs- og selskabsstyrelsen, vil formodningen ofte være at man ikke er lønmodtager. Dette beror dog på helhedsvurdering, i ansættelsesforholdet. Direktører kan i ansættelsesforholdet opnå og miste funktionærstatus, disse beror på de arbejdsopgaver som direktøren har. I tilfælde af direktøren bliver sat under ”administration” medfører heller ikke funktionærstatus.

Direktører i multinationale selskaber hvor direktøren har begrænset beføjelser, medfører heller ikke at direktøren falder ind under funktionærlovens anvendelsesområde da stillingen ofte har en stor grad af selvstændighed og et stort ansvar samt råderum, at der i dansk retspraksis ikke kan være tale om en egentlig tjenestestilling. Retspraksis lægger desuden vægt på vederlagets størrelse samt, sammensætning.

Ejerskab på omkring 10-15 % vil normalvis ikke føre til at man ikke længere kan statuere som lønmodtager, dog ligger retspraksis vægt på at hvis man har en væsentlig indflydelse kan man ikke længere statuere som lønmodtager. Direktører bliver i henhold til dansk ret betragtet for at have så væsentlig indflydelse at direktøren bliver betragtet som jævnbyrdige med partnerne.

Med ændringen af ordlyden af den nye ferielov som nu gælder for personer der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold, er ligeledes identisk med EU-retten. Med betragtning af forarbejderne til loven, samt at det er EU ”inspireret” kan der ligges til grund at direktører højst sandsynlig nu falder inden for anvendelsesområdet af ferieloven. At direktører nu falder inden for anvendelsesområdet af ferieloven, ændrer dog ikke på retstillingen om at direktører falder inden for det danske lønmodtagerbegreb.

EU-domstolen har en udvidet fortolkning af arbejdstagerbegrebet i forhold til dansk ret, i dansk ret bliver der lagt vægt på en række betingelser som udspringer af de nationale love, for at statuere lønmodtager. En direktør er i EU-retten er en person der modtager vederlag for at præstere en ydelse, dog har retten lagt vægt på følgende kriterier også, uden at det har afgørende betydning jf. Balkaya dommen. For de direktører der er omfattet af arbejdstagerbegrebet, forpligter dem en række betingelser, så som hvilke betingelser direktøren er blevet ansat under, og hvilke funktioner den pågældende person er blevet tildelt, og hvordan disse funktioner udføres. Dertil er der yderligere begrænsninger med hensyn til, hvilke rækkevidde af de beføjelser sådan en medarbejder må have. Der er yderligere krav at den pågældende medarbejder skal være under tilsyn pålagt under selskabet således der er et over- underordningsforhold af direktøren, det er typisk bestyrelsen som har pligten til at føre tilsyn over for direktøren. Det vigtigste princip som er udledt fra retspraksis, er dog, at en person er arbejdstager hvis han præstere sin ydelse mod vederlag, dette er hovedprincippet.

I dansk ret fortolker man lønmodtagerbegrebet indskrænket, det er formentlig i strid med EU-retten. Ligeledes forskelsbehandler funktionærloven således arbejdstagere og funktionærer, især med hensyn til løn under sygdom og opsigelsesvarsler. Inden for de EU regulerede områder, vil forskelsbehandlingen formentlig være EU-stridig ifølge af EU-Domstolen. Det vil være anset for EU-stridigt efter Chartrets art. 20 om alle menneskers lighed for loven, da Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik traktatrang²⁵¹.

Er der et skifte i dansk ret, hvor man arbejder henimod at harmonisere begrebet, er nok for tidligt at forudse endnu, dog er ændringen af ferieloven et skridt der hen af. Jeg kan således konkludere på baggrund af afhandlingen at en direktør i dansk ret falder uden for lønmodtagerbegrebet, men vil være arbejdstager i et EU-retsligt perspektiv.

²⁵¹ EU-arbejdsret 5.udgave, Ruth Nielsen s.408.

LITTERATURLISTE

Juridisk faglitteratur:

- HR-Jura magasinet Professor., JUR.DR Ole Hasselbalch s.23 udgave 13/2018
- HR Jura Magasinet, 10/2016
- EU-arbejdsret 5.udgave, Ruth Nielsen
- Lars Svenning Andersen Funktionærret 5. Udgave
- Funktionærloven 80 år Aage Jacob Jensen, Lars Svenning Andersen
- Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori
- H.G Carlsen Dansk funktionærret 8. udgave
- Lærebog i Ansættelsesret og personale jura 6. udgave, Ole Hasselbalch og Natalie Videbæk Munkholm

Danske domme:

- U.2001.987 H
- U.2007.1949 V
- Østre Landsrets dom af 8.december 2011 (B-495-11)
- U.2004.1708 Ø
- U. 2011.1538 VL

Lovforslag/betænkning:

- revisionsbetænkningen i 1947 af funktionærloven
- Lovforslag nr. 178 af 27. januar 2000, jf. FT 1999/2000, Tillæg A, s. 4928 i Ferieloven
- Ny ferielov og overgang til samtidighedsferie betænkning nr. 1568
- lovforslag nr. L 114 af 21. marts 2012

EU Litteraturliste

EU-afgørelser:

- Giersch-sagen C-20/12
- Bosman- C-415/93
- Anton Las Sag C-202/11
- Levin C-53/81
- Genc C-14/09
- Raulin C-357/89
- Athanasios Vatsouras sag C-22/08
- Dona C-13/76
- Levin C-53/81
- Agegate C-3/87
- Lawrie-Blum C-66/87
- Balkaya C-229/14,
- Kommissionen mod den franske republik 307/84
- Kommissionen mod Belgium C-149/79,
- C-216/15 Ruhrlandklinik

- Meade C-238/83

Direktiver

- Rådets direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet
Europa-Parlamentet OG Rådets Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser Art.2.stk2.
- Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS - Bilag: Rammeaftale om deltidsarbejde
- Rådets direktiv 2010/18/ om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF
- Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter Artikel 2.
- Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2008/94/EF af 22. oktober 2008 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens artikel 2, stk.2.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden betragtning 13.
- vikarbureaudirektivet 2008/104EF
- Arbejdstidsdirektivet artikel 7.

Kommissionen:

- SWD 2016 51 Europa kommissionen Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609,

Internet:

- <https://www.twobirds.com/da/news/articles/2015/denmark/eu-dom-vedrorende-arbejdstagerbegrebet-ved-masseafskedigelse>
- https://pro-karnovgroup-dk.zorac.aub.aau.dk/document/7000462441/1?frt=arbejdstager&scope=document#EUIND007-NY-2_1

Automatisk lagring Kandidat-afhandling-Mangler-indholdsfortegnelse-og-litteraturliste RETTET - Word

Side 55 af 56 18765 ord Dansk

Skriv her for at søge

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

Hjem Indsæt Design Layout Referencer Forsendelser Gennemse Vis Hjælp

Times New Rom 12

F K U v ab x2 x? A v A v A v

Udvalgt tekst: om oplævelse af direktiv 96/34/EF

Skripttype Afslnit

Typografier

AabbccDd 1 Normal

AabbccDd 1 Ingen af...

AABBCC 1 Overskrift 1

Aabbcc 1 Overskrift 2

AaBt 1 Titel

AabbccDd 1 Undertitel

Søg v

Erstat

Markér v

Redigering

Dikter v

Stemme

Følsomhed

Del

8

Mehmet Karakulak MK

8

55

- Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmede af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdsdagens rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bevirker eller et dele af virksomheder eller bevirker Artikel 2.
- Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2008/94/EF af 22. oktober 2008 om beskyttelse af arbejdsdagens i tilfælde af arbejdsgivervens insolvens artikel 2, stk. 2.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om arbejdstidens betragtning 13.
- Vikarordredirektivet 2008/104/EF
- Arbejdsdagsdirektivet artikel 7.

Kommissionen:

- SWD 2016 51 Europa kommissionen Bussells, 14.12.2010 SEC(2010) 1609.

Internet:

- <https://www.tvobirds.com/dan/news/articles/2015/denmark-en-dom-vredorend-arbejdsdagsbegreb-ved-massarkedegelser>
- https://pro-karogroup.dk/zora-arb-aau-df-document/700046244/1?fr=arbejdsdagsbegreb&scope=document&document=INDD007-NTY-2_1

Ordooptælling ? X

Statistik:	
Sider	56
Ord	18.765
Tegn (uden mellemrum)	111.259
Tegn (med mellemrum)	129.791
Afsnit	368
Linger	1.832

Medtag tekststreker, fodnoter og sluhnoter

Luk

56

Fokus

DAN