

ERN



RIGSADVOKATEN

Til samtlige statsadvokater,
samtlige politimestre og
Politidirektøren i København

DATO 28. november 2006

JOURNAL NR.

RA-2006-131-0004

BEDES ANFØRT VED SVARSKRIVELSER

+ bilag

RIGSADVOKATEN

FREDERIKSHOLMS KANAL 16
1220 KØBENHAVN K

TELEFON 33 12 72 00
FAX 33 43 67 10

Rigsadvokaten

Informererer Nr. 30/2006

**Ændret fortolkning af begrebet "fast beskæftigelse" i forbindelse med
vurderingen af udstationeringsforhold i sager om ulovlig
beskæftigelse af udenlandsk arbejdskraft**
(RA 2006-8000-0044)

1. Indledning

Ifølge udlændingelovens § 59, stk. 4, er det strafbart at beskæftige en udlænding uden fornøden arbejdstilladelse eller i strid med de for en arbejdstilladelse fastsatte betingelser.

EU-borgere skal som udgangspunkt ikke have arbejdstilladelse for at tage beskæftigelse her i landet, jf. udlændingelovens § 14. For statsborgere fra de otte nye østeuropæiske EU-lande gælder der dog en særlig overgangsordning for arbejdskraftens fri bevægelighed. Overgangsordningen indebærer, at statsborgere fra de nævnte lande ikke kan tage lønnet beskæftigelse som arbejdstagere i Danmark, før de har fået en opholds- og arbejdstilladelse fra Udlændingetjenesten i medfør af udlændingelovens § 9 a, stk. 5.

2. Udstationering af arbejdskraft

Overgangsordningen gælder kun for arbejdstagere, og ikke for personer, som ønsker at etablere sig som selvstændige erhvervsdrivende i Danmark, eller som ønsker at levere en tjenesteydelse her i landet. Det følger endvidere af EU-retten, at en virksomhed, der er etableret i et EU-land, kan medbringe eller udstationere sine egne ansatte, når virksomheden skal levere en tjenesteydelse i et andet EU-land.

Sådanne udstationerede arbejdstagere fra de nævnte østeuropæiske EU-lande er ikke omfattet af kravet om opholds- og arbejdstilladelse, såfremt en række nærmere angivne betingelser er opfyldt. Betingelserne fremgår af Beskæftigelsesministeriets manual om regler for ophold og arbejde i Danmark for statsborgere fra de nye østeuropæiske EU-lande, afsnit 8. Manualen ligger på Polnet.

RIGSADVOKATEN

SIDE 2

3. Ændret fortolkning af begrebet "fast beskæftigelse" i forbindelse med vurderingen af udstationeringsforhold.

I sager om overtrædelse af udlændingelovens § 59, stk. 4, hvor der er spørgsmål om forståelsen af udstationeringsreglerne, kan anklagemyndigheden indhente en udtalelse fra Udlændingesservice.

Det er bl.a. en betingelse for, at en arbejdstager kan betragtes som udstationeret og dermed være fritaget for opholds- og arbejdstilladelse, at arbejdstageren er fast beskæftiget i den udstationerende virksomhed.

Udlændingesservice har hidtil ved vurderingen af, om der har været tale om fast beskæftigelse, lagt betydelig vægt på, om de udstationerede arbejdstagere har været ansat på tidsbegrænsede eller tidsubegrænsede kontrakter. I tilfælde, hvor de udstationerede arbejdstagere har været ansat på tidsbegrænsede kontrakter, har Udlændingesservice således vurderet, at dette forhold talte imod, at der var tale om fast beskæftigelse.

Udlændingesservice har - på baggrund af en ny afgørelse fra EF-domstolen - præciseret sin fortolkning, således at man nu ved vurderingen af, om der er tale om fast beskæftigelse, foretager en bredere vurdering af omstændighederne omkring udstationeringsforholdet og herunder blandt andet tager i betragtning, hvilke ansættelsesformer der er sædvanlige i den pågældende branche. Dette indebærer, at også tidsbegrænsede ansættelsesforhold efter omstændighederne kan betragtes som fast beskæftigelse. Den samlede vurdering har til formål at føre til en stillingtagen til, om der reelt er tale om et arbejdsforhold, der bringer arbejdskraft ind på det danske arbejdsmarked i strid med overgangsordningen. Den ændrede fortolkning er nærmere beskrevet i Udlændinge-

services notat af 12. september 2006, der er vedhæftet denne Rigsadvokaten Informerer som bilag.

4. Fornytt forelæggelse for Udlændingsservice samt indberetning til Rigsadvokaten af sager, der har været sat i bero på afklaring af udstationeringsreglerne

Den ovenfor beskrevne præcisering af fortolkningen på udstationeringsområdet kan have betydning for verserende straffesager.

Udlændingsservice har derfor over for Rigsadvokaten tilkendegivet, at anklagemyndigheden kan indhente en fornytt udtalelse fra Udlændingsservice i de sager, hvor spørgsmålet om tidsbegrænset ansættelse har været centralt for vurderingen af, om kravet om fast beskæftigelse har været opfyldt, og hvor udtalelsen fra Udlændingsservice ligger forud for præciseringen af praksis i september 2006.

RIGSADVOKATEN

SIDE 3

Spørgsmålet om forståelsen af udstationeringsreglerne opstod i forbindelse med ankebehandlingen af en konkret sag om beskæftigelse af syv polske bygningshåndværkere ansat i et polsk firma på midlertidige ansættelseskontrakter, der blev afgjort af Københavns Byret i maj 2005. Denne sag har således i en periode været sat i bero på afklaringen af det nævnte fortolkningsspørgsmål.

Såfremt der i de enkelte politikredse er andre verserende sager, som ligeledes har været sat i bero på dette spørgsmål, skal jeg anmode om at modtage indberetning herom senest den 15. december 2006.

Indberetningen skal indeholde en kort beskrivelse af sagen, herunder vedlagt eventuelt anklageskrift eller dom fra byretten.

Henning Fode





Dato: 12. september 2006

Notat om fortolkningen af begrebet "fast beskæftigelse" i forbindelse med vurderingen af udstationeringsforhold

1) Baggrunden for problemstillingerne vedrørende udstationeringsforhold.

a) Overgangsordningen for de nye EU-lande.

I forbindelse med EU-udvidelsen den 1. maj 2004 med ti nye medlemslande indførte Danmark en national overgangsordning for arbejdstagere fra de otte østeuropæiske EU-lande Estland, Letland, Litauen, Polen Tjekkiet, Slovakiet, Slovenien og Ungarn, som betyder, at arbejdstagere fra disse lande som udgangspunkt skal have udstedt opholds- og arbejdstilladelse i Danmark efter udlændingelovens § 9 a, stk. 5, for at kunne arbejde lovligt som arbejdstagere i Danmark.

Overgangsordningen blev indført med henblik på at regulere betingelserne for adgang af arbejdskraft fra de otte østeuropæiske EU-lande til det danske arbejdsmarked. Opholds- og arbejdstilladelse er således blandt andet betinget af, at der er tale om arbejde på overenskomstmæssige eller på anden måde sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår.

Overgangsordningen er indført i overensstemmelse med tiltrædelsestraktaten med de otte nævnte lande, hvorefter arbejdstagere fra disse lande først efter en overgangsperiode opnår adgang til arbejdsmarkedet i et nuværende medlemsland i samme udstrækning og på samme vilkår som arbejdstagere fra de øvrige EU-lande.

b) Tjenesteydelser.

Den nationale overgangsordning gælder kun arbejdstagere, og ikke statsborgere fra de otte nævnte lande, som ønsker at etablere sig som selvstændige erhvervsdrivende i Danmark eller som ønsker at levere tjenesteydelser i Danmark. Disse personer kan udøve selvstændig erhvervsvirksomhed og levere tjenesteydelser i Danmark på lige fod med personer fra de øvrige EU-lande, det vil sige uden krav om opholds- og arbejdstilladelse.

For så vidt angår tjenesteydelser gælder følgende jf. EF-traktatens art. 49:

Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser, er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.



c) Udstationeringer i forbindelse med levering af tjenesteydelser.

EF-traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser indebærer også retten til – for den virksomhed, der ønsker at levere en tjenesteydelse – at medsende (udstationere) medarbejdere som led i leveringen af tjenesteydelsen.

2) EF-domstolens praksis.

EF-domstolen har i flere tilfælde haft lejlighed til at tage stilling til rækkevidden af EF-traktatens bestemmelser på området vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser, herunder også om hvilke regler medlemslandene kan anvende i en situation, hvor et medlemsland har indført en national overgangsordning.

Det følger af EF-domstolens praksis, at en i EU etableret tjenesteyder som en konsekvens af EF-traktatens bestemmelse om tjenesteydernes fri bevægelighed har ret til at medbringe/udstationere sine ansatte uanset disses nationalitet, når tjenesteyderen skal levere en tjenesteydelse i et andet EU-land. Det følger ligeledes af EF-domstolens praksis, at tjenesteyderens ansatte hverken kan påberåbe sig status som arbejdstagere eller tjenesteydere, men derimod er beskyttet efter udstationeringsdirektivet, der vedrører den udstationeredes arbejdsvilkår under en i øvrigt lovlig udstationering.

Det fremgår af sag C-113/89 (Rush) og sag C-43/93 (Vander Elst), at en i EU etableret tjenesteyder har ret til at medbringe/udstationere sine egne ansatte (herunder tredjelandstatsborgere og statsborgere i et EU-land omfattet af en overgangsordning), når han skal levere en tjenesteydelse i et andet medlemsland. De pågældende ansatte kan medbringes/udstationeres uden opholds- og arbejdstilladelse til et medlemsland, som har indført en national overgangsordning, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

1. De skal være fast beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i ét EU/EØS-land (virksomhedslandet), og som leverer tjenesteydelser i et andet medlemsland.
2. De skal – forinden udstationeringen – lovligt opholde sig i virksomhedslandet og der have ret til at arbejde.
3. De skal opfylde de nationale regler om indrejse og ophold, dvs. være EU/EØS-statsborgere, være visumfri tredjelandstatsborgere eller være meddelt visum eller opholdstilladelse.
4. De skal have mulighed for at vende tilbage til hjem- eller virksomhedslandet efter udførelsen af arbejdet.

Kravet om, at udlændingen skal være fast beskæftiget i den udstationerende virksomhed, indebærer endvidere, at det må antages, at der efter omstændighederne vil kunne statueres omgåelse af en national overgangsordning i tilfælde, hvor der er tale om tjenesteydelser leveret af en virksomhed, som må anses for at være



etableret med det formål at bringe arbejdskraft ind på arbejdsmarkedet i et medlemsland, som har indført en national overgangsordning.

Særligt for så vidt angår tjenesteydelser, der består i levering af vikarydelser o.l., bemærkes det, at EF-domstolen i sin dom *Societe Rush Portuguesa, C-113/89*, har fastlagt en række principper for den fri udveksling af tjenesteydelser, når det gælder arbejdstagere fra en ny medlemsstat, der er omfattet af en overgangsordning.

EF-domstolen anførte i sin præmis nr. 15, at undtagelsesregler (konkret artikel 216 i den portugisiske tiltrædelsestraktat), der begrænser adgangen til de andre medlemsstaters arbejdsmarked, ikke finder anvendelse i en situation som den forelagte, idet ”sådanne arbejdstagere vender tilbage til deres hjemland efter udførelsen af arbejdet, uden at de på noget tidspunkt kommer ind på arbejdsmarkedet i den anden medlemsstat.”

Det fremgår imidlertid af dommens præmis 16, at disse betragtninger ikke gælder i alle tilfælde, idet begrebet præstering af tjenesteydelser omfatter meget forskelligartede aktiviteter.

Det fremgår således videre af præmis 16, at ”et selskab, der driver virksomhed i form af at stille arbejdskraft til rådighed – selv om et sådant selskab præsterer tjenesteydelser i Traktatens forstand – udøver en virksomhed, der netop har til formål at bringe arbejdstagere ind på arbejdsmarkedet i den pågældende medlemsstat. I sådanne tilfælde vil tiltrædelsestraktatens artikel 216 være til hinder for, at en virksomhed, der præsterer tjenesteydelser, stiller portugisiske arbejdstagere til rådighed”.

For så vidt angår kravet i *Vander Elst*-dommen om ”fast beskæftigelse” har EF-domstolen i en afgørelse af 19. januar 2006 i sagen ”Kommissionen mod Tyskland” C 244/04, udtalt, at der ikke kan kræves ansættelse i den udstationerende virksomhed af en fast angivet varighed som betingelse for at anse udstationeringsforholdet som en tjenesteydelse efter traktatens art. 49.

Det følger af præmis 53, at et krav om forudgående ansættelse af en vis varighed udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, og at et sådant krav er særlig skadeligt for virksomheder, der driver virksomhed inden for sektorer, der er karakteriseret ved ofte at benytte kortvarige kontrakter eller fastlagte ydelser eller for nylig oprettede virksomheder.

Ved fortolkning af begrebet ”fast beskæftigelse” skal der således indgå en vurdering af, hvilke forhold der er sædvanlige for den konkrete sektor, i hvilken virksomheden opererer.

Det følger videre af præmis 55, at domstolen i forbindelse med *Vander Elst*-dommen ikke har forsynet begrebet ”lovlige og fast beskæftigelse” med en betingelse om bopæl eller om ansættelse af en vis varighed i den medlemsstat, hvori den tjenesteydende virksomhed er etableret.

Domstolen anfører således, at der ikke for lovlig udstationering uden opfyldelse af nationale bestemmelser om opholds- og arbejdstilladelse kan kræves hverken en bestemt forudgående eller efterfølgende ansættelsesperiode.



3) Udtalelser fra Udlændingetjenesten.

Siden 1. maj 2004 har politiet og anklagemyndigheden i landets politikredse – navnlig på baggrund af anmeldelser fra forskellige danske fagforeninger – indledt efterforskning og i nogle tilfælde rejst straffesager vedrørende overtrædelser af udlændingelovens § 59 vedrørende ulovligt arbejde. Den materielle problemstilling i disse straffesager har hovedsageligt været spørgsmålet om, hvorvidt de udstationerede arbejdstagere reelt har været at betragte som arbejdstagere udstationeret som led i leveringen af en tjeneste- eller serviceydelse - og dermed fritaget for opholds- og arbejdstilladelse i Danmark - eller om de reelt har været at betragte som arbejdstagere på det danske arbejdsmarked – og dermed skal opfylde betingelserne for opholds- og arbejdstilladelse i udlændingeloven for at kunne arbejde lovligt.

Der har endvidere været rejst sager, hvor problemstillingen har været, hvorvidt en statsborger fra ét af de otte nævnte lande har kunnet anses som værende selvstændigt erhvervsdrivende - og dermed fritaget for opholds- og arbejdstilladelse i Danmark - eller om pågældende reelt måtte betragtes som lønmodtager hos en dansk arbejdsgiver – og dermed skulle opfylde betingelserne for opholds- og arbejdstilladelse i udlændingeloven for at kunne arbejde lovligt.

I forbindelse med politiets efterforskning og anklagemyndighedens behandling af sager med denne problemstilling har disse myndigheder efter aftale med Udlændingetjenesten og Integrationsministeriet i en række tilfælde indhentet vejledende udtalelser fra Udlændingetjenesten om, hvorvidt der efter servicens opfattelse på baggrund af de foreliggende oplysninger om de konkrete arbejdssituationer er tale om arbejdsforhold, som kræver opholds- og arbejdstilladelse i medfør af udlændingeloven.

De danske udlændingemyndigheders fortolkning af EU-retten på området vedrørende den fri bevægelighed af tjenesteydelser er anlagt med den formålsbetragtning at hindre udenlandske arbejdsgivere i at bringe arbejdstagere ind på det danske arbejdsmarked i strid med overgangsordningen og derved hindre udenlandske arbejdstagere i at unddrage sig opfyldelsen af kravet om opholds- og arbejdstilladelse efter udlændingelovens § 9 a, stk. 5.

Udlændingetjenesten har i forbindelse med udfærdigelsen af udtalelserne anvendt en fortolkning af kravet om ”fast beskæftigelse”, jf. Vander Elst-dommen, hvorved der er lagt vægt på, om det kunne lægges til grund, at de udstationerede medarbejdere har været ansat på tidsbegrænsede eller tidsubegrænsede kontrakter. Udlændingetjenesten har i tilfælde, hvor de udstationerede medarbejdere har været ansat på tidsbegrænsede kontrakter – som i visse tilfælde kun har haft en tidsmæssig udstrækning svarende til de entreprise-aftaler, der er indgået i Danmark – vurderet, at dette forhold har talt imod, at der har været tale om ”fast beskæftigelse” i Vander Elst-dommens forstand, hvilket har talt for, at der har været tale om ulovlig beskæftigelse i Danmark, når der ikke har foreligget opholds- og arbejdstilladelse.

Denne fortolkning er tillige anvendt ved Københavns Byrets dom af 31. maj 2005, hvor retten lagde til grund, at de polske arbejdstagere, som var sagens genstand,



ikke var omfattet af reglerne om udstationering af lønmodtagere, idet de var midlertidigt ansat og dermed måtte anses for løst tilknyttede det polske udstationerede firma.

Udlændingeservice har i en række sager derudover vurderet, hvorvidt det på baggrund af sagens øvrige momenter kunne lægges til grund, at der ikke har været tale om udstationering af medarbejdere som led i levering af tjenesteydelser, fordi det reelle formål med det udenlandske selskab har været at bringe udenlandsk arbejdskraft ind på det danske arbejdsmarked i strid med den nationale overgangsordning.

Udlændingeservice har ved vurderingen af kravet om "fast beskæftigelse" ikke lagt vægt på, om de udstationerede medarbejdere har været ansat i den udstationerede virksomhed i en bestemt forudgående eller efterfølgende tidsperiode, men blandt andet lagt vægt på, om medarbejderne har været ansat med henblik på at løse den ene konkrete opgave i Danmark i forbindelse med udstationeringen og på virksomhedens øvrige drift og aktiviteter i virksomhedslandet.

Udlændingeservice har været opmærksom på, at en række EU-lande har stillet krav om, at ansættelsen i virksomhedslandet forinden udstationeringen har været af en vis nærmere angiven varighed. Tyskland og Storbritannien har således krævet, at den ansatte skulle være ansat i virksomheden i mindst 12 måneder forinden indrejsen i værtslandet, mens Belgien og Luxemburg har krævet mindst 6 måneders ansættelse. Udlændingeservice har som nævnt ikke fundet, at der har været holdepunkter i EF-domstolens praksis for en sådan fortolkning.

Denne praksis er efterfølgende blevet bekræftet af EF-domstolen, jf. ovenfor.

4) Præcisering vedrørende fortolkningen af begrebet "fast beskæftigelse".

EF-domstolens seneste afgørelse (afgørelse af 19. januar 2006 i sagen "Kommissionen mod Tyskland" C 244/04), har givet Udlændingeservice anledning til at præcisere fortolkningen af kravet om "fast beskæftigelse".

På baggrund af dommen finder Udlændingeservice, at det forhold, at der foreligger et midlertidigt ansættelsesforhold, ikke kan tillægges den absolutte betydning, at ansættelsesforholdet dermed ikke kan betegnes som "fast beskæftigelse".

Der må i hver enkelt sag foretages en konkret vurdering af, om kravet om "fast beskæftigelse" er opfyldt.

I denne vurdering må inddrages en række momenter, herunder må de ansættelsesforhold, der er sædvanlige for den pågældende branche, tages i betragtning, herunder om en branche er karakteriseret ved ofte at benytte kortvarige ansættelseskontrakter. Det bemærkes i den forbindelse, at det forhold, at en virksomhed er nyoprettet, ikke i sig selv indebærer, at der er tale om en omgælsessituation.



Såfremt den udstationerede medarbejder er ansat på en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, må dette forhold tillægges betydning som et moment blandt flere ved vurderingen af, om ansættelsesforholdet kan betragtes som "fast beskæftigelse".