



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Felix Norin

Missbruk av visstidsanställningar

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Marie Göransson

Termin: VT 2015

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

SAMMANFATTNING.....	3
SUMMARY IN ENGLISH	4
1 INLEDNING	5
1.1 BAKGRUND	5
1.2 SYFTE.....	5
1.3 FRÅGESTÄLLNING	5
1.4 AVGRÄNSNINGAR	5
1.5 METOD OCH MATERIAL	6
1.6 FORSKNINGSLÄGE	6
1.7 DISPOSITION	6
2 HÄNDELSEFÖRLOPP	7
3 EU-RÄTT	8
3.1 VISSTIDSDIREKTIVET.....	8
3.2 RÄTTSFALL FRÅN EU-DOMSTOLEN.....	10
3.2.1 C-268/06 IMPACT.....	10
3.2.2 C-212/04 ADENELER.....	13
3.2.3 C-586/10 KÜÇÜK	15
4 SVENSK RÄTT	16
4.1 LAGEN OM ANSTÄLLNINGSSKYDD	16
4.2 KRITIKEN FRÅN TCO	18
4.3 REGERINGENS BEMÖTANDE AV KRITIKEN	19
4.4 RÄTTSFALL FRÅN ARBETSDOMSTOLEN	21
4.4.1 AD 2013 nr 42	21
4.5 ARBETSMARKNADSDEPARTEMENTETS FÖRSLAG 2015	22
5 ANALYS OCH SLUTSATS.....	25
6 KÄLLFÖRTECKNING	27

Sammanfattning

År 2007 ändrades reglerna för visstidsanställning vilket ledde till att TCO anmälde Sverige till Europeiska kommissionen för att 5 § LAS strider mot kraven på skydd mot missbruk av visstidsanställda som finns i EU:s visstidsdirektiv. TCO:s kritik går ut på att med den nuvarande regleringen är det möjligt att stapla flera på varandra följande visstidsanställningar i form av allmän visstidsanställning, vikariat och säsongsarbete.

Kommissionen har stämt in i TCO:s kritik och framfört påtryckningar för att Sverige ska ändra regleringen. Den har även hotat med att ställa Sverige inför rätta i EU-domstolen om någon förändring inte sker. Den svenska regeringen har varit ovillig att ändra regleringen fram tills regeringsskiftet 2014.

Visstidsdirektivet ställer krav på objektiva skäl för att en visstidsanställning ska ingås, eller en maxgräns för hur lång en visstidsanställning får vara eller hur många gånger den får förnyas. Minst ett krav måste uppfyllas i nationell rätt. I svensk rätt övergår vikariat och allmän visstidsanställning till en tillsvidareanställning efter två år inom en femårsperiod. Allmän visstidsanställning kräver ingas objektiva skäl för att den ska ingås, och eftersom maxgränsen för hur länge en sådan anställning kan vara enbart räknas inom en femårsperiod kan det inte anses att något av visstidsdirektivets krav uppfylls angående allmän visstidsanställning.

Summary in English

The law for fixed-term work was changed in 2007 which led to a report to the European Commission from TCO against Sweden for not fulfilling the requirements in the Council Directive concerning fixed-term work in 5 § LAS. The criticism from TCO involves that with the current law, it's possible to stack different types of fixed-term work following each other.

The Commission agrees in the criticism and has asked Sweden to change its current law and also threatened make it a case in The Court of Justice of the European Union. The Swedish government has been unwilling to change the law just until the change of government in 2014.

The Directive concerning fixed-term work require for national law to have objective grounds for the enter of a fixed-term work, or a maximum limit for how long a fixed term-work can be, or how many times it can be renewed. At least one requirement needs to be in national law. In Swedish law a substitution and a general fixed-term work agreement become a permanent employment after two years within a period of five years. General fixed-term work agreement doesn't require any objective grounds for the agreement of such an employment, and because of the maximum limit only is counted within a period of five years it can not be considered that any of the requirements is fulfilled concerning this type of employment.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Formen visstidsanställning har länge förekommit och fyller sin funktion för att tillgodose tillfälliga behov arbetsgivaren har och bidragit till en flexibilitet på arbetsmarknaden. Formen tillsvidareanställning är dock den de flesta arbetstagare föredrar och det är även huvudregeln vid ett ingående av ett anställningsavtal att tillsvidareanställning ska gälla. Antalet visstidsanställda har på senare år ökat och 1999 utformades ett ramavtal till syfte att skydda de visstidsanställdas rättigheter som ligger till grund för ett direktiv som EU:s medlemsländer ska implementera. I samband med en lagändring av LAS 2007 uppkom en diskussion huruvida den nya regleringen anses uppfylla de krav som ställs i direktivet.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att undersöka och redogöra för visstidsdirektivet och hur svensk rätt stämmer överens med direktivets krav på skydd mot missbruk av på varandra följande visstidsanställningar.

1.3 Frågeställning

Uppfyller Sverige kravet på skydd mot missbruk av på varandra följande visstidsanställningar i EU:s visstidsdirektiv?

1.4 Avgränsningar

I denna uppsats har jag lagt fokus på missbruk av på varandra följande visstidsanställningar. Visstidsdirektivet berör även andra frågor för visstidsanställda, men dessa får diskuteras närmre i andra uppsatser. Med tanke på den kritik som riktats mot den svenska regleringen först uppkom efter 2007 års lagändring har jag i huvudsak skrivit om svensk rätt i samband med och efter att lagändringen trädde i kraft. Angående EU-rätten gäller det samma för tillkomsten av visstidsdirektivet.

1.5 Metod och material

Under uppsatsskrivandet har främst rättsdogmatisk metod använts genom tolkning av gällande rätt i form av förarbeten, lagtext, praxis och doktrin. I maj 2015 presenterade arbetsmarknadsdepartementet ett nytt förslag på regleringen om skyddet för visstidsanställda vilket föranledde en del skiftning i fokus. Detta förslag har ännu inte hunnit bli granskat i någon större utsträckning vilket kräver att jag ser det på ett kritiskt perspektiv. I övrigt är uppsatsen skriven i ett kritiskt perspektiv, och till viss del ur ett rättsutvecklingsperspektiv. En del material har hämtats från TCO:s hemsida vilket kan anses problematiskt eftersom det är de som riktat hårdast kritik mot Sverige, men eftersom det rör sig om en sammanställning av aktuella skrifter har jag trots deras inblandning ansett det lämpligt att hämta denna information därifrån.

1.6 Forskningsläge

Denna fråga är i högsta grad aktuell och det har sedan lagändringen av LAS förekommit skriftväxlingar mellan EU-kommissionen och den svenska regeringen. Ett antal lagförslag har under årens lopp tagits fram där frågan huruvida svensk rätt stämmer överens med visstidsdirektivet diskuteras. I övrigt finns det en del doktrin på ämnet, där Birgitta Nyströms *EU och arbetsrätten* är den främsta som tar upp förhållandet mellan svensk- och EU-rätt

1.7 Disposition

Uppsatsen börjar med inledningen där bakgrund, syfte, frågeställning, avgränsningar, metod och material och forskningsläge tas upp. Därefter följer i kapitel 2 ett kort sammandrag av vad som har hänt och varför frågan är aktuell. Kapitel 3 berör EU-rätten och visstidsdirektivet med huvudfokus på ett antal rättsfall som fördjupar innebörden av direktivet. Kapitel 4 tar upp den svenska lagstiftningen med fokus på den kritik som riktats mot Sverige. I samma kapitel skriver jag även om nya lagförslag där det senaste från 2015 får störst utrymme. Jag tar även upp ett svenskt rättsfall som berör frågan. Uppsatsen avslutas med en analys och en slutsats.

2 Händelseförlopp

Efter att alliansen vunnit riksdagsvalet 2006 och bildat regering ändrades året därefter reglerna i 5 § LAS med syfte att utöka möjligheterna till tidsbegränsade anställningar.¹ Ändringen möttes av kritik främst från TCO som menade att den nya lagen strider mot EU:s visstidsdirektiv och inte uppfyller de i direktivet uppställda krav på skydd mot missbruk av visstidsanställda. År 2007 anmälde TCO Sverige till Europeiska kommissionen.²

Kommissionen lämnade 2010 en formell underrättelse till regeringen där den skriver att den svenska regleringen inte uppfyller de krav som ställs i visstidsdirektivet.³ Sveriges regering skriver i sitt svar att det är medlemsstaterna själva som avgör hur dessa ska uppfyllas och att den trots kritiken anser att Sverige uppfyller kraven i visstidsdirektivet.⁴

Regeringen tillsatte en departementsutredning 2011 i vilken det föreslås en lagändring i syfte att klargöra rättsläget.⁵ Någon sådan lagändring skedde emellertid inte. År 2012 tillsattes en ny departementsutredning som presenterade ett lagförslag vars syfte var att anpassa svensk rätt till visstidsdirektivet⁶. Enligt TCO innebar detta lagförslag snarare ett mindre skydd mot missbruk av visstidsanställningar.⁷ Någon lagändring skedde inte.

År 2013 lämnade kommissionen ett motiverat yttrande där den uppmanade Sverige att vidta nödvändiga åtgärder för att införa ett större skydd mot missbruk av visstidsanställningar, och skrev samtidigt att om ingen förändring genomförs kan kommissionen besluta att väcka talan i EU-

¹ Prop. 2006/07:111 s. 21-23

² TCO: Anmälan mot Konungariket Sverige

³ Kommissionens underrättelse 2007/4845, K(2010) 1434

⁴ Svar på formell underrättelse s. 1-3

⁵ Ds 2011:22 s. 78

⁶ Ds 2012:25 s. 31

⁷ TCO:s remissvar Ds 2012:25 s. 1-3

domstolen.⁸ Regeringen menade dock att den svenska lagstiftningen är tillräcklig och inga förändringar är planerade.⁹

År 2014 bildade Socialdemokraterna regering tillsammans med Miljöpartiet och i sin regeringsförklaring meddelade Stefan Löfven att missbruket av visstidsanställningar måste stoppas.¹⁰ I maj 2015 föreslog arbetsmarknadsdepartementet en förändring av nuvarande reglering i syfte att uppfylla visstidsdirektivet.¹¹

3 EU-rätt

3.1 Visstidsdirektivet

Utöver att skydda visstidsanställda mot diskriminering har visstidsdirektivet (99/70/EG) även till syfte att förhindra missbruk av på varandra följande visstidsanställningar. Detta slås fast i klausul 1 i det ramavtal som genom direktivet ska införlivas.

I klausul 5 finns bestämmelser om tre åtgärder för skydd mot missbruk av visstidsanställning, där minst en åtgärd måste införlivas i nationell rätt. De tre åtgärderna är:

- a) Bestämmelser om objektiva grunder för förnyad visstidsanställning.
- b) Bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar
- c) Bestämmelser om hur många gånger en visstidsanställning får förnyas.

Antalet visstidsanställningar ökar inom EU och från 1990 till att innefatta 10 procent var siffran 2008 uppe på 18 procent. Visstidsanställningar är även vanligare bland kvinnor.¹²

⁸ Motiverat yttrande riktat till Sverige

⁹ Svar på Europeiska kommissionens motiverade yttrande

¹⁰ Regeringsförklaringen 3 oktober 2014

¹¹ Ds 2015:29 s 11-12

¹² Nyström s. 304

Det ramavtal som ligger till grund för visstidsdirektivet tecknades mellan arbetsmarknadens parter EFS, UNICE och CEEP den 28 juni 1999. Direktivets syfte är att genomföra ramavtalet. Medlemsstaterna är skyldiga att införliva direktivet senast den 10 juni 2001, eller vid det datumet försäkrat sig om att arbetsmarknadens parter i den berörda medlemsstaten har genomfört det genom avtal. Medlemsstaterna kan få införlivandefristen förlängd med ytterligare ett år ifall det uppkommer särskilda svårigheter eller ifall genomförandet sker genom kollektivavtal. Därutöver är medlemsstaterna skyldiga att när som helst kunna garantera att visstidsdirektivet är efterföljs.¹³

Ramavtalet har två huvudsyften vilka är att förbättra kvaliteten på visstidsarbete genom en tillämpning av principen om icke-diskriminering samt att förhindra missbruk av visstidsanställningar som sker genom på varandra följande visstidsanställningar. Principen om icke-diskriminering innebär att visstidsanställda inte ska behandlas sämre än jämförbara tillsvidareanställda, om inte detta kan motiveras på objektiva grunder, att proportionalitetsprincipen ska tillämpas, att tillämpningsföreskrifter ska fastställas samt att den anställningstid som kvalificeras för ett visst anställningsvillkor ska vara den samma för visstidsanställda som tillsvidareanställda, om detta inte kan motiveras på objektiva grunder.¹⁴

Trots ett tydligt uttalat syfte ger visstidsdirektivet stort utrymme för medlemsstaterna för hur det ska uppfyllas. Det slås fast att tillsvidareanställning är och kommer att fortsätta vara den allmänna formen av anställningsförhållande. Visstidsanställningar svarar dock under vissa omständigheter mot både arbetstagarens och arbetsgivarens behov och hänsyn måste tas till specifika nationella, bransch- och säsongförhållanden. I direktivet nämns även att det är arbetsmarknadens parter som är bäst lämpade för finna lösningar som tillfredsställer både

¹³ Nyström s. 304

¹⁴ Nyström s. 305

arbetstagare och arbetsgivares behov, och att dessa därför ska ges en framträdande roll i genomförandet och tillämpningen av visstidsdirektivet.¹⁵

Medlemsstaterna ska själva definiera vad som innefattas av på varandra följande och tillsvidareanställningsformen.¹⁶

3.2 Rättsfall från EU-domstolen

3.2.1 C-268/06 Impact

I rättsfallet C-268/06 *Impact* har 91 arbetstagare vid flera olika irländska departement ingått på varandra följande visstidsanställningar för perioder som började löpa den före den 14 juli 2003, vilket är det datum då visstidsdirektivet införlivades i den irländska rätten. Enligt denna lag får ett avtal om visstidsanställning som vid eller efter lagens ikraftträdande, där arbetstagaren har varit visstidsanställd i mer än tre år utan avbrott, endast förnyas en gång för en period som inte överstiger ett år. Samma lag föreskriver även att en arbetsgivare kan bortse från dessa regler ifall det föreligger objektiva grunder. Inom den offentliga sektorn omfattas visstidsanställda av ett annat regelverk än tillsvidareanställda, vilket enligt de klagande är mindre förmånligt.

I målet har en del av de klagande varit visstidsanställda utan avbrott i mindre än tre år och dessa kräver samma anställningsvillkor som jämförbara tillsvidareanställda. Resterande har varit visstidsanställda i mer än tre år utan avbrott och kräver, utöver samma anställningsvillkor som jämförbara tillsvidareanställda även avtal om tillsvidareanställning. Arbetsgivarens syfte med dessa anställningsvillkor har varit att möta ett tillfälligt behov samtidigt som en permanent finansiering av de aktuella posterna inte kunde garanteras. Den allmänna praxisen har varit att förlänga avtalen om visstidsanställning med ett till två år. I ett antal fall har emellertid ett av de irländska departementen förlängt avtal om visstidsanställning upp till åtta år.

¹⁵ Nyström s. 304

¹⁶ Nyström s. 306

Impact, som företräder arbetstagarna, ingav ett klagomål till en Rights Commissioner och angav att dess medlemmars rätt till likabehandling hade åsidosatts, samt att de på varandra följande avtalen om visstidsanställning utgjorde missbruk. För perioden mellan den 10 juli 2001 och den 14 juli 2003 åberopades klausulerna 4 och 5 i visstidsdirektivets ramavtal. För perioden efter den 14 juli åberopades Section 6 i 2003 års irländska lag. Motparten (arbetsgivarna) invände att Rights Commissioner inte var behörig att pröva klagomålen som grundade sig på visstidsdirektivet då Rights Commissioner enligt motparten endast var behörig att pröva klagomål som grundar sig på nationell rätt. Enligt deras synsätt skulle klagomål som direkt grundar sig på direktivet inges till allmän domstol. Därutöver menade motparten att klausul 4 och 5 i visstidsdirektivet inte var ovillkorliga eller tillräckligt precisa för att kunna åberopas i nationell domstol. Rights Commissioner ansåg sig vara behörig och dömde till Impacts fördel.

Målet överklagades till Labour Court som ställde ett antal frågor till EU-domstolen med anledning av motpartens invändningar.

Den första frågan innefattar huruvida det är möjligt för den nationella domstolen att pröva krav som direkt grundar sig på visstidsdirektivet för en period som gäller mellan den tidpunkt då fristen för att införliva visstidsdirektivet gick ut till tidpunkten då direktivet införlivades i nationell rätt, samtidigt som det i nationell rätt saknas behörighetsregler för domstolarna att pröva sådana frågor.

EU-domstolen nämner inledningsvis att det är medlemsstaternas ansvar att precisera vilka myndigheter som är behöriga att pröva frågor som grundar sig på direktivet. Det finns däremot en skyldighet för varje medlemsstat att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att direktivet får full verkan. Med hänsyn till effektivitetsprincipen svarar EU-domstolen på den första frågan att en sådan specialdomstol i detta fall ska förklara sig vara behörig till att pröva frågor som grundar sig på direktivet, om skyldigheten att väcka en separat talan vid allmän domstol skulle ge upphov till processuella olägenheter.

Den andra frågan innefattar huruvida klausul 4.1 och 5.1 i ramavtalet i visstidsdirektivet är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att kunna åberopas av enskilda vid nationell domstol.

EU-domstolen kommer fram till att klausul 4.1 är ovillkorlig och tillräckligt precis för att kunna åberopas av enskilda vid en nationell domstol.

Angående klausul 5.1 skriver EU-domstolen att det i klausulen finns tre åtgärder åtgärder som räknas upp vilka har till syfte att förhindra missbruk. Det är upp till medlemsstaterna att välja en eller flera av dessa åtgärder för att säkerställa att ett missbruk av visstidsanställningar inte sker. En tolkning som skulle innebära att en enskild kan åberopa bristen på objektiva grunder vid ett avtal om visstidsanställning, trots att avtalet inte skulle strida mot någon av de andra åtgärderna är enligt EU-domstolen felaktig. Därför kan klausul 5.1 inte anses vara ovillkorlig eller tillräckligt precis för att kunna åberopas av en enskild vid nationell domstol.

Den tredje har ställts med anledning av de avtal om visstidsanställning som ingåtts med upp till åtta år. Frågan är huruvida visstidsdirektivet utgör hinder för utformande av sådana avtal om de ingåtts efter att införlivandefristen för visstidsdirektivet löpt ut och innan direktivet införlivats i nationell rätt. EU-domstolen skriver att medlemsstaterna är skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att syftet bakom direktivet uppfylls. Att som offentlig arbetsgivare förnya avtal om visstidsanställning för ovanligt långa perioder precis före införlivandet av direktivet står enligt EU-domstolen i strid med direktivets syfte och är därför inte tillåtet. EU-domstolen nämner inget om privata arbetsgivare.

Den fjärde frågan innefattar huruvida det är möjligt som nationell domstol att pröva den nationella lagen vilken genom visstidsdirektivet införlivades retroaktivt från det datum då införlivandefristen löpt ut. Enligt EU-domstolen kan detta enbart göras ifall det inom den nationella rätten finns en uppgift av ett sådant slag som innebär att en sådan bestämmelse kan tillerkännas retroaktivt.

Den femte frågan har ställts för att få klarhet i klausul 4 i ramavtalet och huruvida de anställningsvillkor som avses omfattar löne- och pensionsvillkor. Klausul 4 berör principen om icke-diskriminering av visstidsanställda och innebär att en visstidsanställd som varit anställd lika länge som en tillsvidareanställd, ska ha rätt till samma anställningsvillkor, ifall det inte är motiverat på objektiva grunder. EU-domstolen kommer fram till att anställningsvillkor härrör från anställningsförhållandet, vilket innefattar lön och pension, men dock inte pension som härrör från ett lagstadgat socialt trygghetssystem.

3.2.2 C-212/04 Adeneler

I rättsfallet C-212/04 *Adeneler* hade kärandena ingått på varandra följande visstidsanställningar på ett grekiskt företag inom den offentliga sektorn under perioden maj 2001 till och med 10 juli 2002, då införlivandefristen för visstidsdirektivet gick ut för Grekland. De sista anställningskontrakten löpte ut mellan juni och september 2003 utan att förnyas. Samtliga visstidsanställningskontrakt löpte under en period på 8 månader. Det förflöt varierande tidsperioder mellan visstidsanställningarna för de olika arbetstagarna där den kortaste var 22 dagar och den längsta 10 månader och 26 dagar. Under samtliga förnyade visstidsanställningskontrakt utförde arbetstagarna samma arbete som de gjort tidigare på företaget. Enligt grekisk rätt utgör på varandra följande visstidsanställningar anställningar som är av samma beskaffenhet och där det inte förflyter mer än 20 arbetsdagar emellan dem.

Kärandena väckte talan i grekisk domstol och yrkade att domstolen skulle fastställa att visstidsanställningarna ska anses utgöra tillsvidareanställningar i överensstämmelse med ramavtalet i visstidsdirektivet. Enligt grekisk rätt är det inom offentlig sektor förbjudet att omvandla visstidsanställningar till tillsvidareanställningar om de ingåtts för att tillgodose arbetsgivarens tillfälliga eller säsongsmässiga behov. Kärandena anser att de ställt sina tjänster till förfogande för att tillgodose ett konstant och varaktigt behov i

den mening som avses i grekisk rätt, vilket föranleder att visstidsanställningarna ska omvandlas till tillsvidareanställningskontrakt. Kärandena menar att arbetsgivaren har missbrukat visstidsanställningsformen genom att ingå flera på varandra följande visstidsanställningar utan att det har funnits objektiva grunder för att göra så.

Den grekiska domstolen ställer ett antal frågor till EU-domstolen. Den första frågan innefattar vilket datum domstolen ska utgå ifrån i sin bedömning: samma datum som visstidsdirektivet införlivades, samma datum som Greklands införlivandetvist gick ut eller samma datum som den grekiska lagstiftningen trädde i kraft.

Den andra frågan innefattar objektiva grunder och huruvida det är tillåtet att förnya visstidsanställningar i enlighet med grekisk rätt som säger att det är tillåtet att göra sådana förnyelser ett obegränsat antal gånger, i synnerhet när det krävs enligt lag eller annan författning. Den tredje frågan innefattar huruvida möjligheten att förnya visstidsanställningar enligt grekisk rätt är förenliga med proportionalitetsprincipen och uppfyller syftet med visstidsdirektivet.

Den fjärde frågan innefattar huruvida ett förbud mot att omvandla på varandra följande visstidsanställningar till en tillsvidareanställning när visstidsanställningarna har ingåtts för att tillgodose arbetsgivarens tillfälliga eller säsongsmässiga behov men i själva verket har till syfte att tillgodose arbetsgivarens konstanta och varaktiga behov, är förenligt med visstidsdirektivet.

På den första frågan svarar EU-domstolen att när ett direktiv har införlivats för sent och inte har direkt effekt har de nationella domstolarna skyldighet att efter införlivandefristens utgång, tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och dess syfte.

På den andra frågan svarar EU-domstolen att objektiva grunder måste vara precisa och konkreta omständigheter som är kännetecknande för en viss verksamhet och därför kan motivera på varandra följande visstidsanställningar. Nationella bestämmelser som på ett abstrakt och allmänt sätt tillåter på varandra följande visstidsanställningar anses enligt EU-domstolen inte uppfylla dessa krav. På så sätt innebär visstidsdirektivet hinder för den grekiska lagstiftningen som är aktuell i fallet. Detta innebär också att den tredje frågan besvaras på så sätt att visstidsdirektivet har företräde över den grekiska rätten, vilket innebär att regeln om att det inte får gå mer än 20 arbetsdagar mellan visstidsanställningarna för att de ska räknas som på varandra följande inte är förenligt med visstidsdirektivet.

På den fjärde frågan svarar EU-domstolen att det inom nationell rätt måste finnas effektiva och likvärdiga garantier för arbetstagarnas skydd, vilket innefattar såväl privat- som offentligt anställda. Saknas ett sådant skydd (vilket det bevisligen gör i Grekland för offentligt anställda) utgör visstidsdirektivet hinder för nationell rätt som inte skyddar mot missbruket. Saknas objektiva grunder för visstidsanställningarna utgör detta i så fall missbruk.

3.2.3 C-586/10 Kücük

I EU-rättsfallet C-586/10 Kücük har en tysk kvinna i 11 år haft olika vikariat som domstolssekreterare och vill få sitt anställningsavtal att gälla tills vidare. Men då den tyska rätten inte haft någon tidsgräns för när visstidsanställningar övergår till tillsvidareanställningar, utan istället krav på objektiva skäl för förnyad visstidsanställning, får Kücük inte rätt till tillsvidareanställning då hon vid varje vikariat ersatt en annan anställd som varit borta.¹⁷

¹⁷ C-586/10 Kücük

4 Svensk rätt

4.1 Lagen om anställningsskydd

I svensk rätt återfinns skyddet i lag (1982:80) om anställningsskydd 5 §:

Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas

1. för allmän visstidsanställning,
2. för vikariat,
3. för säsongarbete, och
4. när arbetstagaren har fyllt 67 år.

Om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren antingen i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år, eller som vikarie i sammanlagt mer än två år, övergår anställningen till en tillsvidareanställning.

Den nuvarande regleringen innebar, när den infördes, att avtal om visstidsanställning även kan träffas för säsongarbete. Till skillnad från vikariat och allmän visstidsanställning kan en visstidsanställning för säsongarbete aldrig omvandlas till en tillsvidareanställning. Det krävs därför att det föreligger objektiva skäl för att en sådan anställning ska ingå om visstidsdirektivet ska uppfyllas. I förarbetena nämner inte regeringen specifikt krav på objektiva skäl men skriver ändå att vissa näringar präglas av stora säsongvariationer där det inte är lönsamt och effektivt att inte ha möjligheten att anställa personal enbart under en viss period av året.¹⁸

Vikariat godtas enligt arbetsdomstolen utan några särskilda begränsningar men skriver också att det måste vara fråga om ett äkta vikariat i LAS:s mening.¹⁹

Med utgångspunkt i visstidsdirektivet går det att konstatera att Sverige uppfyller kraven på att en visstidsanställning ska grundas på objektiva skäl för vikariat och säsongarbete. Sverige har även i viss mån en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar som gäller anställningsformerna allmän visstid och vikariat. Tidsgränsen är

¹⁸ Prop. 2006/07:111

¹⁹ AD 1994 nr 22

på två år och gäller separat för varje anställningsform, och den gäller enbart under en femårsperiod. När det gäller bestämmelser om hur många gånger en visstidsanställning får förnyas har Sverige inte några sådana, bortsett från tidsbegränsad provanställning i 6 § LAS som inte får förnyas alls.

När visstidsdirektivet införlivades i Sverige 2002 såg de svenska reglerna om skyddet mot missbruk av visstidsanställda annorlunda ut. Begreppet allmän visstidsanställning fanns inte, och de objektiva skäl för att ingå visstidsanställning ansågs vid tidpunkten utgöra tillräckligt skydd mot missbruk av visstidsanställda för att en lagändring inte skulle ske då.²⁰

Bakom visstidsanställningsformen har det traditionellt funnits två grundtankar: verksamhetens behov samt arbetstagarens status. Genom införandet av allmän visstidsanställning i och med lagändringen 2007 (och även tidigare genom begreppet överenskommen visstidsanställning) har betydelsen av dessa två grundtankar minskat. Det är med allmän visstidsanställning tillåtet att tidsbegränsa en anställning i två år utan någon särskild grund. Glavå skriver att detta har inneburit såväl förbättringar som försämringar ur arbetsgivarens perspektiv. Förbättringar i och med att utrymmet för visstidsanställningar generellt är större. Försämringarna innefattar tidsbegränsningar som skapar problem i verksamheter där man är vana vid långa visstidsanställningar på grund av verksamhetens natur. Grundtankarna finns dock kvar i form av vikariat och säsongsanställning som berör verksamhetens behov samt 67-årsregeln som berör arbetstagarens status.²¹

Visstidsreglerna är semidispositiva och i kollektivavtal förekommer både utvidgningar och inskränkningar. Det är upp till arbetsmarknadens parter att inom särskilda områden upprätta kollektivavtalslösningar som är anpassade till branschen, vilket enligt Glavå är ännu viktigare idag jämfört med

²⁰ Prop. 2001/02:97 s. 50-53

²¹ Glavå s. 279

tidigare då det fanns möjlighet till tidsobegränsade visstidsanställningar som grundade sig i arbetets särskilda beskaffenhet.²²

Angående vikariat skriver Glavå att Arbetsdomstolens syn på anställningsformen har gått mot ett mer generöst förhållningssätt. På sjuttioalet ställdes strikta krav på personanknytning och ifall det fanns ett permanent behov av ytterligare arbetskraft var vikariatsformen inte tillåten. Numera räcker kravet på anknytning till en viss person och dess arbetsuppgifter.²³

Beträffande anställningsformen säsongarbete hänvisar Glavå till motiven bakom 1974 års lag om anställningsskydd och skriver att säsonganställningar rör sig om situationer där alternativet kan vara att anlita en konsult, entreprenör eller annan självständig företagare. Säsonganställningar kan även vara under längre perioder och ett exempel som Glavå nämner är AD 1981:152 där anställningsformen fick användas för slamsugningsarbete mellan april till november på grund av risken för snö och kyla under årets resterande månader.²⁴

Sigeman skriver att det vid varje vid varje anställningstillfälle knappast kan krävas att termen allmän visstidsanställning ovillkorligen används. Ifall det finns en uttrycklig överenskommelse om att en visstidsanställning ska ingå ska varje anställningstillfälle betraktas som en separat allmän visstidsanställning och mellanliggande perioder mellan sådana anställningar ska inte beaktas i beräkningen av sammanlagd anställningstid. Detta förutsätter att arbetstagaren kan tacka nej till ett erbjudande om arbete.²⁵

4.2 Kritiken från TCO

TCO:s kritik går ut på att 5 § LAS strider mot visstidsdirektivet i att begreppet "allmän visstidsanställning" inte kräver några objektiva skäl för

²² Glavå s. 279

²³ Glavå s. 288-291

²⁴ Glavå s. 296-298

²⁵ Sigeman och Sjödin s. 190-191

att anställningsformen ska kunna ingås. Den nuvarande regleringen innebär utökade tidsgränser jämfört med tidigare där varje anställningsform räknas separat vilket bidrar till ökade möjligheter för arbetsgivare att varva olika sorters visstidsanställningar och på så vis förhindra att en visstidsanställning övergår till en tillsvidareanställning. Dessutom finns det ingen gräns för hur många gånger en visstidsanställning kan förnyas, vilket innebär att en anställning aldrig behöver gå över till en tillsvidareanställning, så länge ett vikariat eller en allmän visstidsanställning överskrider ett år inom en femårsperiod.²⁶

TCO tog i sin anmälan upp ett hypotetiskt exempel som går ut på att en arbetsgivare kan anställa en person i sex månader som provanställd (regleras i 6 § LAS), sedan två år som vikarie, ytterligare två år som allmän visstidsanställd och däremellan några månader säsongsarbete och uppehåll för semester vilket gör att femårsperioden tar slut och ger upphov till nytt staplande av visstidsanställningar.²⁷

4.3 Regeringens bemötande av kritiken

Den svenska regeringen försvarade lagstiftningen i ett svar på kommissionens underrättelse där den, som argument för att visstidsanställningar inte missbrukas, bland annat nämnde att tillsvidareanställning enligt 4 § LAS gäller om inget annat avtalats.²⁸ TCO anser dock inte att den är tillräckligt stark för att utgöra något konkret skydd mot missbruk, och kan endast ha betydelse om det föreligger tvist för vilken anställningsform som har träffats.²⁹

Vidare sa regeringen att vikariatsanställningar måste avspegla den verkliga personalsituationen och att säsongsarbete bara kan utföras under en viss del av året. Regeringen påpekade även att det enligt 25 § LAS finns en företrädesrätt för visstidsanställda som blivit uppsagda på grund av

²⁶ TCO: Anmälan mot Konungariket Sverige

²⁷ TCO: Anmälan mot Konungariket Sverige s. 4

²⁸ Svar på formell underrättelse s. 1-4

²⁹ TCO:s yttrande till kommissionen s. 7-8

arbetsbrist om de varit anställda sammanlagt mer än tolv månader de senaste tre åren. I bemötandet av TCO:s kritik framhålls att det är medlemsstaterna själva som avgör med vilka medel målet med visstidsdirektivet ska uppfyllas, något regeringen ansåg sig göra. Det nämns även att syftet med den svenska regleringen är att öka sysselsättningen genom att göra det lättare för arbetsgivare att anställa folk på visstid.³⁰

Angående möjligheten att varva olika typer av visstidsanställningar svarade regeringen att de objektiva skäl som krävs vid säsongsarbete och vikariat, där det även finns en tidsgräns, utgör hinder mot missbruk av på varandra följande visstidsanställningar. Att tidsgränserna är separerade har enligt regeringen ingen avgörande betydelse eftersom de tillsammans med övriga bestämmelser i LAS sammantaget ger ett tillräckligt skydd. Om det av en arbetsgivare skulle förekomma ett systematiskt kringgående av skyddet har svensk domstol alltid möjlighet att se till att visstidsdirektivet efterföljs.³¹ Det saknar enligt TCO emellertid betydelse för frågan om LAS följer visstidsdirektivets krav.³²

TCO hävdar emellertid att vikariat och säsongsarbete inte är tillräckligt definierade och att det kan ifrågasättas om det verkligen krävs några objektiva skäl för dessa typer av anställning. TCO har även hänvisat till svensk rättspraxis där domstolen i AD 2002 nr 3 accepterat flera visstidsanställningar som staplats på varandra, utan krav på att vikariaten stämt överens med någon annan anställds frånvaro.³³

Regeringen konstaterar att huvudregeln enligt 4 § LAS är att anställningskontrakt ska gälla tills vidare. TCO anser dock inte att den är tillräckligt stark för att utgöra något konkret skydd mot missbruk, och kan endast ha betydelse om det föreligger tvist för vilken anställningsform som har träffats.³⁴

³⁰ Svar på formell underrättelse s. 1-4

³¹ Svar på formell underrättelse s. 6-8

³² TCO:s yttrande till kommissionen s. 10

³³ TCO:s yttrande till kommissionen s. 8

³⁴ TCO:s yttrande till kommissionen s. 7-8

Företrädesrätten för visstidsanställda är ett annat argument från regeringens håll men TCO anser att den är såpass begränsad att det inte utgör tillräckligt skydd. Dels måste arbetstagaren bli uppsagd på grund av arbetsbrist, vilket kan vara svårt att avgöra då en visstidsanställning upphör efter en viss tid eller händelse. Dessutom måste arbetstagaren ha varit anställd i sammanlagt 12 månader, vilket av arbetsgivare i vissa branscher satts i system att undvika. Till en ny anställning krävs även tillräckliga kvalifikationer, vilka bestäms av arbetsgivaren. Det ställs heller inga krav på att en arbetsgivare ska inrätta tillsvidareanställningar, varför företrädesrätten inte skyddar missbruk av på varandra följande visstidsanställningar.³⁵

4.4 Rättsfall från Arbetsdomstolen

4.4.1 AD 2013 nr 42

I rättsfallet AD 2013 nr 42 har en utbildad förskollärare genom flera på varandra följande visstidsanställningar arbetat som obehörig lärare och vikarierande lärare under en period som överskrider två år. Domstolen bedömer att arbetet som obehörig lärare inte är ett vikariat och således räknas den sammanlagda anställningstiden separat för de arbetena. Trots att han ersatte en sjuk lärare motiveras domstolens beslut av skollagens bestämmelser kring obehörig lärare som är en självständig grund för tidsbegränsad anställning och därför inget vikariat. Förskollärares förbund har i sin talan hänvisat till visstidsdirektivet, men detta ges av domstolen ingen större betydelse:

Förbundet har dock inte grundat sin talan på konkreta påståenden om att den vikariatsanställning som begärs omvandlad till en tillsvidareanställning - eller någon av de tidigare förnyade tidsbegränsade anställningarna - skulle innefatta ett missbruk av möjligheterna till visstidsanställning eller annars vara otillåten.³⁶

³⁵ TCO:s yttrande till kommissionen s. 9

³⁶ AD 2013 nr 42

Arbetsdomstolen slipper på så sätt att uttala sig om svensk rätt överrensstämmer med visstidsdirektivet och skyddet mot missbruk av visstidsanställningar.

4.5 Arbetsmarknadsdepartementets förslag 2015

Den 11 maj gav arbetsmarknadsdepartementet ut en promemoria med ett lagförslag i syfte att få den svenska regleringen att bättre stämma överens med visstidsdirektivets krav på förebyggande åtgärder mot missbruk av staplade visstidsanställningar. Förslaget består i en ny paragraf, 5 a §, vilken lyder:

En allmän visstidsanställning enligt 5 § övergår till en tillsvidareanställning om en arbetstagare

1. under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år, eller
2. under en period då tidsbegränsade anställningar enligt 5 § följt på varandra utan uppehåll eller med högst 180 dagars mellanrum, har varit anställd hos arbetsgivaren i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år.

Ett vikariat enligt 5 § övergår till en tillsvidareanställning om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren som vikarie i sammanlagt mer än två år.

Det som sägs i första och andra styckena gäller inte om arbetstagaren har fyllt 67 år.

Arbetsmarknadsdepartementet föreslår i och med detta att fjärde punkten första stycket, samt andra stycket tas bort från nuvarande reglering.³⁷

Förslaget tar särskild hänsyn till den kritik som TCO och sedermera kommissionen riktat mot Sverige, genom att det i förslaget blir omöjligt kombinera säsonganställning och vikariat med allmän visstidsanställning för länge innan den allmänna visstidsanställningen överskrider två år och anställningen omvandlas till en tillsvidareanställning.

³⁷ Ds 2015:29 s. 11-12

Att enbart reglerna om allmän visstidsanställning förändras motiverar arbetsmarknadsdepartementet med att det för vikariat och säsongsarbete krävs objektiva skäl för att en sådan anställning ska ingås, vilket innebär att regleringen av dessa anställningsformer redan stämmer överens med visstidsdirektivet. Arbetsmarknadsdepartementet skriver att sådana anställningar kan följa på varandra hur länge som helst utan att strida mot direktivet, men skulle det ingå allmänna visstidsanställningar i kedjan kan det hävdas att det måste finnas en bortre gräns för möjligheten att stapla visstidsanställningar. Detta eftersom det inte krävs några objektiva skäl för att en allmän visstidsanställning ska ingås.³⁸

Arbetsmarknadsdepartementet diskuterar även möjligheterna till att införa en generell takregel som gäller oberoende av vilken typ av visstidsanställning det rör sig om. Den menar att en sådan reglering skulle vara förutsebar och säkerställa att kraven i visstidsdirektivet uppfylls, men nackdelarna innebär att möjligheterna att använda visstidsanställningar begränsas. Arbetsmarknadsdepartementet menar att detta är problematiskt både från ett politiskt och EU-rättsligt perspektiv. Problemet i den nuvarande regleringen är allmän visstid som saknar objektiva skäl för att anställningen ska ingås och inte har övre sammanlagd tidsgräns (enbart inom en femårsperiod) eller regler för hur många gånger anställningen får förnyas. Att förändra reglerna om säsongsarbete och vikariat krävs därför inte för att Sverige ska uppfylla kraven på åtgärder mot missbruk av visstidsanställningar i direktivet.³⁹

Arbetsmarknadsdepartementet menar en sådan begränsning i onödan skulle försvåra för många småföretag inom exempelvis hotell- och restaurangbranschen, företag i glesbygd och företag med stora säsongsvariationer.⁴⁰

³⁸ Ds 2015:29 s. 38-39

³⁹ Ds 2015:29 s. 38-39

⁴⁰ Ds 2015:29 s. 40

I sin promemoria diskuterar arbetsmarknadsdepartementet problemen med de tre åtgärderna i visstidsdirektivet. För både alternativ 5.1 a och 5.1 c måste man ha koll på vad som anses vara en förnyelse av en visstidsanställning.⁴¹ Visstidsdirektivet ger möjligheter för medlemsstaterna att på egen hand välja hur åtgärderna ska införas, så att avgöra när en förnyelse av en visstidsanställning sker borde i min mening inte vara särskilt svårt. Efter att anställningskontraktet går ut och detta följs av ett nytt anställningskontrakt som inte innebär en tillsvidareanställning bör en visstidsanställning ha förnyats, även när en rådande visstidsanställning förlängs bör detta också räknas som en förnyelse.

Alternativ 5.1 a bygger på objektiva grunder, vilket arbetsmarknadsdepartementet inte anser vara helt klarlagt trots en rad domar från EU-domstolen. Alternativ 5.1 c innebär svårigheter att avgöra var gränsen för antalet förnyelser bör ligga, framförallt eftersom det i så fall ska gälla generellt över hela arbetsmarknaden i och med att det är fråga om en allmän lagreglering.⁴²

Arbetsmarknadsdepartementet tar upp frågan om vad som bör anses som visstidsanställningar som följer på varandra. I den nuvarande regleringen är detta inte aktuellt i och med att det saknar betydelse ifall ett vikariat eller en allmän visstidsanställning följer på en föregående. Det enda som spelar roll är anställningstiden under en femårsperiod. Av klausul 5.2 a i visstidsdirektivet följer att medlemsstaterna, efter samråd med arbetsmarknadens parter ska fastställa vad som ska betraktas som "på varandra följande". Medlemsstaternas handlingsutrymme är dock inte obegränsat, vilket framgår av EU-domstolens praxis. I promemorian konstateras det snabbt att det inte ska krävas att anställningarna ska följa på varandra utan uppehåll. Detta eftersom det annars blir lätt att kringgå den begränsning "på varandra följande" innebär genom att göra ett uppehåll mellan anställningarna för att bryta kedjan. En sådan tolkning skulle heller inte vara förenligt med direktivet. Det måste enligt

⁴¹ Ds 2015:29 s. 40

⁴² Ds 2015:29 s. 40-41

arbetsmarknadsdepartementet därför krävas att det får gå en viss tid efter att en anställning upphör tills att en ny inleds. I promemorian hänvisas till EU-domstolen som kommit fram till att gränsen för när ett när ett uppehåll varat tillräckligt länge för att en ny visstidsanställning inte längre kan anses som på varandra följande inte kan ligga vid 20 arbetsdagar. Enligt domstolen kan däremot ett uppehåll på 60 kalenderdagar avbryta en anställningskedja vilket leder till att en ny visstidsanställning inte behöver anses följa på det tidigare. Enligt EU-domstolens måste det däremot vid en nationell bedömning beaktas hur många på varandra följande visstidsanställningar som har träffats med samma person, eller för ett fullgörande av samma arbete för att utesluta att visstidsanställningar missbrukas av arbetsgivaren.⁴³

En reglering som innebär att man måste göra en bedömning från fall till fall för vad som kan anses som "på varandra följande" skulle enligt arbetsmarknadsdepartementen däremot ge upphov till en osäkerhet och medföra att arbetsgivare avstår från att anställa med tanke på risken för tolkningsproblem och tvister. Även arbetstagare kan få det svårt att ta tillvara sina rättigheter med en sådan otydlig reglering.

Arbetsmarknadsdepartementet är därför mer intresserade av en tydlig regel för hur långt ett uppehåll får vara innan en ny visstidsanställning inte längre anses följa på den föregående, som gäller oberoende av enskilda omständigheter. En tidsperiod på 180 dagar mellan två anställningar anses enligt arbetsmarknadsdepartementet inte kunna innebära att de två anställningarna följer på varandra oavsett enskilda omständigheter och det är därför där gränsen bör ligga.⁴⁴

5 Analys och slutsats

Med tanke på att det finns så få svenska rättsfall som handlar om missbruk av visstidsanställningar är det svårt att avgöra om svensk rätt stämmer överens med EU-rätt då det aldrig blivit prövat. AD undviker mer eller mindre frågan i AD 2013 nr 42. Utgången av domen kan ändå tolkas på så sätt regeringens uttalanden om att domstolsprövning ska se till att EU-rätten

⁴³ Ds 2015:29 s. 42-43

⁴⁴ Ds 2015:29 s. 43

efterföljs inte riktigt stämmer eftersom AD inte hänvisar till visstidsdirektivet i sin argumentation trots att det åberopas av en av parterna.

EU-rättsfallet *Kucuk* visar stora möjligheter för medlemsstaterna att införa skyddet mot missbruk av visstidsanställningar på eget önskat sätt. Sverige har valt att inrätta regler om både objektiva skäl och en övre sammanlagd tidsgräns vid en första anblick kanske verkar vara nog tillräckligt men eftersom Sverige har valt två åtgärder kan en arbetsgivare med viss finurlighet kringgå skyddet genom att använda de olika typerna av visstidsanställningar vid väl avvägda tidsperioder och på så vis undvika tillsvidareanställning under femårsperioden. Eftersom denna möjlighet till staplande av visstidsanställningar finns, samtidigt som det inte föreligger några objektiva skäl för att ingå allmän visstidsanställning, eller någon övre tidsgräns för hur länge en sådan anställning får vara (då den enbart gäller inom en femårsperiod) anser jag inte att Sverige med nuvarande reglering uppfyller kravet på skydd mot missbruk av på varandra följande visstidsanställningar i EU:s visstidsdirektiv.

Kommissionen har ännu inte väckt talan mot Sverige och jag anser det vara tveksamt om det kommer bli någon sådan överhuvudtaget.

Arbetsmarknadsdepartementet har lagt fram ett nytt förslag som enligt min mening ser ut att kunna uppfylla kraven i visstidsdirektivet. Förslaget innebär inte några större förändringar mot nuvarande reglering så ifall det läggs fram som en proposition är det troligt att den går igenom riksdagen. Alliansregeringen har dock varit nöjda med den nuvarande regleringen och inte velat ändra den tidigare, men faktumet att de borgerliga partierna inte längre sitter i regeringen och på så sätt kan agera större på egen hand talar för att en lagändring kan komma att ske. Ifall regeringen och vänsterpartiet haft majoritet i riksdagen är det inte otänkbart att ett nytt lagförslag hade skilt sig mer från den nuvarande regleringen. Med det rådande parlamentariska läget därför ambitionen i första hand varit att slippa att behöva ställas till svars inför EU-domstolen.

6 Källförteckning

Doktrin

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, andra upplagan, Lund

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, fjärde upplagan, Stockholm

Sigeman, Tore och Sjödin, Erik, *Arbetsrätten - en översikt*, 2011, femte upplagan, Stockholm

EU-rätt

Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP

EU-praxis

C-586/10 Küçük

Svenska förarbeten

Ds 2011:22

Ds 2012:25

Ds 2015:29

Regeringens proposition 2001/02:97

Regeringens proposition 2006/07:111

Svensk lagstiftning

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Svensk praxis

AD 1994 nr 22

AD 2013 nr 42

Övrigt

Europeiska kommissionen, memo, Februaripaketet om överträdelser: de viktigaste besluten, 21 februari 2013

Regeringsförklaringen 3 oktober 2014

Följande är hämtat från TCO:s hemsida 22 maj 2015

Direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP

Kommissionens formella underrättelse till Sverige 2007/4845, K(2010)

1434

Motiverat yttrande riktat till Sverige

Sveriges svar på Europeiska kommissionens motiverade yttrande

Sveriges svar på formell underrättelse

TCO: Anmälan mot Konungariket Sverige på grund av att nya regler om visstidsanställningar i Sverige innebär ett bristande genomförande av

TCO: Statistik bevisar missbruk av visstidsanställningar

TCO:s remissvar till Ds 2012:25

TCO:s yttrande till kommissionen med anledning av regeringens svar