



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Per-Ove Forsberg

Visstidsanställningar i Sverige på kollisionskurs med EU-rätten?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: VT 2015

INNEHÅLL

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	8
1.2 AVGRÄNSNINGAR	9
1.3 METOD OCH MATERIAL	10
1.4 FORSKNINGSLÄGE	13
1.5 DISPOSITION	14
2 EU-RÄTTEN	15
2.1 FLEXICURITY	15
2.2 VISSTIDSDIREKTIVET	16
2.3 EU-RÄTTEN OCH DEN SVENSKA MODELLEN	17
2.4 DEN SVENSKA MODELLEN AVSEENDE INDIVIDENS SKYDD	18
2.5 RÄTTSPRAXIS AVSEENDE VISSTIDSDIREKTIVET	19
2.5.1 ADENELER-MÅLET	19
2.5.2 IMPACT-MÅLET	20
2.5.3 MARRUSO-MÅLET	21
2.5.4 KÜCÜK-MÅLET	22
2.6 SKYDDSREGLERS OLIKA UTFORMING	22
3 HISTORISK BAKGRUND	23
4 TIDSBEGRÄNSADE ANSTÄLLNINGSFORMER I SVENSK RÄTT	27
4.1 VIKARIAT	27
4.2 ANSTÄLLNING FÖR SÄSONG	28

4.3 FÖR ARBETSTAGARE SOM FYLLT 67 ÅR	28
4.4 SOM ALLMÄNT VISSTIDSANSTÄLLD	29
4.5 ANSTÄLLNING PÅ PROV	29
4.6 RÄTTVERKNINGAR AV OTILLÅTNA ANSTÄLLNINGAR	29
4.7 ANSTÄLLNINGSSKYDDET I SVERIGE I ETT VIDARE PERSPEKTIV	31
4.7.1 OMSTÄLLNINGSAVTAL OCH TRYGGHETSAVTAL	32
4.7.2 FÖRETRÄDESRÄTT TILL ÅTERANSTÄLLNING	32
4.7.3 FÖRETRÄDESRÄTT TILL TJÄNST MED HÖGRE SYSSELSÄTTNINGSGRAD	37
5 INFÖRLIVANDET AV VISSTIDSDIREKTIVET I SVENSK RÄTT	38
5.1 TCOS ANMÄLAN	39
5.2 EU-KOMMISSIONENS KRITIK MOT SVERIGES INFÖRLIVANDE AV VISSTIDSDIREKTIVET	40
5.3 SVERIGES REGERINGS SVAR PÅ KOMMISSIONENS KRITIK	40
5.4 KOMMISSIONENS MOTIVERADE YTTRANDE	42
5.5 SVERIGES REGERINGS SVAR PÅ KOMMISSIONENS MOTIVERADE YTTRANDE	42
5.6 TCO:S FÖRSLAG	43
5.5 REGERINGENS FÖRSLAG TILL ÄNDRING AV LAS, DS 2015:29	44
6 DISKUSSION	44
6.1 Rättsekonomisk analys	45
6.1.1 NUVARANDE LAS	46
6.1.2 TCO:S FÖRSLAG OM NY LAS	47
6.1.3 DS 2015:29	47
6.1.4 OMSTÄLLNINGSAVTALEN	48
6.2 VILKET FÖRSLAG ÄR EFFEKTIVAST?	49
6.3 RÄTTSVETENSKAPLIG ANALYS; STRIDER NUVARANDE RÄTTSLÄGE MOT EU-RÄTTEN?	50
6.4 VILKEN VARIANT AV LAS FÖRORDAS?	51
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52

Summary

Current Swedish labor rules may be on a collision with the European legal rules concerning time-limited employments arising from the EU directive 99/70/EC¹. The view of the European commission is that the directive has not been fulfilled and properly incorporated in the national rules. There are valid arguments that the level of protection as intended in the directive is achieved, regardless of the commissions view. This paper aims to investigate what this argument is based upon and give a motivated answer if the argument could be considered valid by the European Court in a ruling. This is done with a traditional legal method.

Council's directive 1999/70/EC states that all Member States have to ensure that one or more of the points in clause 5 have to be implemented in the national rules, if the same level of protection is not achieved otherwise. Those points are a maximum number of possible time-limited employments for the same employee, a purpose for the time-limited employment that can be motivated on objective grounds and a maximum timeframe for fixed-term employments stacked on each other.

The rules regarding fixed-term employment contracts in Sweden differs, some forms require objective purpose, other require both an objective purpose and a time-limit. One form, general fixed-term employment requires a time-limit only, no objective reason has to be given. This form of fixed term employment is at the heart of the discussion of possible abuse. It is when combining the different forms of fixed-term contract (where one form can be used without objective reason) that the possible abuse occurs.

The parties on the labor market and the Swedish government as well as the European commission have been arguing and discussing the matter. The main defense of the Swedish government has been; Abuse of the current rules does not occur, if it does it is through a very limited extent and the Swedish labor system in general gives the same protection as intended by the Council's directive 1999/70/EG.

I have come to the conclusion that there are valid arguments stating that Sweden fulfills the directive in the way it has been implemented. However, I do not think that Sweden would win against the Commission in a ruling. I consider the outcome uncertain, based on the findings in this paper. One defense of the Swedish government on the criticism from the European Commission is that there is a low

¹ Council Directive 1999/70/EC of June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP. Published in Official Journal of the European Communities. 1999-07-10. L 175/43

frequency of actual abuse of current rules. Another defense of the Swedish government is that the same level of protection as intended by the directive is achieved in the current legislation. This may be true, when looking at the Swedish rules engulfing temporary employments as a whole, Sweden may however still be in peril of losing in a ruling of the EC-court, I explain this view in the paper. A new suggestion to put aside all doubts regarding whether the directive is fulfilled or not was put forward by the Swedish government in May 2015, the government whitepaper; DS 2015:29. If the proposition for a new legislation is approved, we will never have a definitive answer to what the EC-court would rule.

It is for the time being not sure if DS 2015:29 will become valid law or not, the road ahead is unsure. We have the current Employment protection act, that may or may not fulfill the directive, there is a suggestion for new Employment protection act, put forward by TCO, and there is the suggestion for a new Employment protection act from the government. In the paper these three possible routes are compared with a law and economics method. How strong is the level of protection in each suggestion, and what is the cost in economic terms for that protection.

Sammanfattning

Den nuvarande svenska arbetsrätten kan vara på kollisionskurs med EU-rätten avseende tidsbegränsade anställningar när det gäller implementeringen av direktiv 99/70/EG. EU-kommissionen anser att det finns en kollision mellan direktivet och sättet det införlivats i nationell rätt. Det finns bärkraftiga argument att samma skyddsnivå som avses i direktivet uppfylls indirekt genom de svenska arbetsrättsliga reglerna i sin helhet. I uppsatsen undersöks vad argumentet om samma skyddsnivå baseras på, samt ge en motiverad bedömning ifall det skulle kunna godtas av EU-domstolen vid ett rättsligt avgörande. Detta görs med en rättsvetenskaplig metod.

Rådets direktiv 1999/70/EG säger att alla medlemsstater måste säkerställa att en eller flera av punkterna i klausul 5 måste implementeras i nationell rätt, ifall inte motsvarande skyddsnivå uppnås på annat sätt. Punkterna i klausul 5 anger ett tak för möjligt antal tidsbegränsade anställningar för en anställd, ett objektivet motiverat syfte med den tidsbegränsade anställningen samt en längsta tid för på varandra följande tidsbegränsade anställningar.

De svenska reglerna för tidsbegränsade anställningar är utformade på ett annorlunda sätt. Vissa tidsbegränsade anställningsformer kräver ett objektivet syfte, andra kräver både objektivet syfte samt en längsta tid. En form, allmän visstidsanställning, har endast en begränsning i tid och kräver inget objektivet syfte, denna anställningsform har varit vad som fokuserats mest på i diskussionen om ett eventuellt missbruk av visstidsanställningar. Det är när flera olika typer av visstidsanställningar kombineras (varav en form inte kräver något objektivet motiverat syfte) som det möjliga missbruket uppkommer.

Den svenska arbetsmarknadens parter och den svenska regeringen såväl som EU-kommissionen har debatterat och diskuterat frågan. Det huvudsakliga försvaret från svensk regerings sida på kritik från kommissionen har varit; Missbruk av regelverket förekommer inte. I den mån missbruk förekommer är det av ringa omfattning. Den svenska arbetsrätten ger samma nivå av skydd som eftersträvas i Rådets direktiv 1999/70/EG.

I uppsatsen framkommer slutsatsen att det finns goda skäl att anta att Sverige uppfyller visstidsdirektivet på det sätt direktivet blivit implementerat i svensk rätt. Jag tror dock inte att Sverige hade vunnit ett rättsligt avgörande i EU-domstolen. I varje fall är ett sådant rättsligt avgörande behäftat med en betydande osäkerhet, baserat på vad som framkommer i uppsatsen. Ett försvar av den svenska

regeringen på kommissionens kritik rörande missbruk av visstidsanställningar är att ett eventuellt missbruk är ringa. Ett annat försvar, framfört av den svenska regeringen att motsvarande skydd som eftersträvas i direktivet uppnås genom redan befintliga rättsregler. Detta argument kan vara sant när de svenska rättsreglerna som omgärdar visstidsanställningar ses i sin helhet. Sverige riskerar trots detta att förlora en fördragsbrottstalan inför EU-domstolen. Detta synsätt utvecklas i uppsatsen. Ett förslag till ny Lag om Anställningsskydd² (i fortsättningen kallad LAS) som definitivt undanröjer alla tvivel huruvida direktivets skyddsnivå uppnås eller inte lämnades av regeringen i Maj 2015; DS 2015:29. Ifall förslaget blir gällande rätt kommer frågan hur EU-domstolen ställt sig aldrig att få ett svar.

Det är i nuläget inte säkert ifall DS 2015:29 kommer att antas, vägen framåt är osäker. Nuvarande LAS uppfyller eller uppfyller inte visstidsdirektivet. Det finns ett förslag till ny LAS som TCO föreslått, och det finns det förslag som regeringen lagt fram. I uppsatsen undersöks de tre möjliga riktningarna för LAS med en rättsekonomisk metod. Hur starkt är arbetstagar skyddet i varje förslag och vad är kostnaden i ekonomiska termer för det skyddet.

² Lag (1982:80) om anställningsskydd, I fortsättningen kallad LAS

Förord

Jag vill tacka alla de personer som gjort det möjligt för mig att färdigställa denna uppsats. Min fru Josefin Forsberg för akademisk hjälp såväl som allt annat; ifall jag någon gång når din nivå i akademiskt skrivande, är målet nått. Tack mina barn, stöttande kollegor på mitt arbete samt mina föräldrar och svärföräldrar som ställt upp med barnpassning och barnhämtning i en mycket hektisk tid.

Jag vill även tacka min handledare Per Norberg samt studievägledare Kjell Frisdal, som båda gjort det tjänsten krävt och mer.

Ett särskilt tack framförs till Jan-Olof Wannius som hjälpte mig med en häst jag inte hade tid med när tidsnöden var stor och som även osjälvviskt erbjöd lokal i sitt kontor för att jag skulle få skriva ostört, även om detta inte utnyttjades fanns ständigt möjligheten.

Tack till Bo Benell, för uppmuntran och kontakter, utan den uppmuntran och support jag fått från alla dessa personer hade uppsatsen aldrig blivit färdig.

Tack en än gång Per Norberg, *ibland kan elevens okunskap överbryggas av lärarens visdom.*

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Bet.	Betänkande
Visstidsdirektivet	Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP
Ds	Departementsserien
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
Kommissionen	Europeiska kommissionen
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
MBL arbetslivet	Lag (1976:580) om medbestämmande i
Prop.	Proposition
SCB	Statistiska centralbyrån
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
Svenskt Näringsliv	Svensk centralorganisation för arbetsgivare
TCO	Svensk fackförening för arbetstagare, Tjänstemännens centralorganisation

1 Inledning

Anställningar på viss tid behövs och fyller en viktig funktion i samhället. Företag kan ha fullt legitima skäl att erbjuda anställningar för viss tid. Det kan vara fråga om vikariat, då den ordinarie arbetstagaren är frånvarande av olika skäl. Det kan vara säsongsbetonade anställningar, där ren logik säger att anställningen inte kan vara permanent året runt. Det kan utan vidare källreferering antas vara så att ifall pistvakterna på Skistar AB³ varit anställda 40 timmar i veckan året runt, även under den tid av året då skidbackarna prunkade under högt gräs och sommarblommor, en menlig inverkan på liftkortens pris kunnat förutspås. Att lagstiftaren förstår problematiken och önskar även säsongsbetonade verksamheters fortlevnad framgår såväl av nuvarande LAS utformning som av förarbeten.⁴ Tidsbegränsade anställningar behövs, de finns och accepteras i stort som nödvändiga inslag på arbetsmarknaden. De tidsbegränsade anställningarna väcker dock ofta debatt. Till vilken grad behövs de, vad är skälen till att de används och missbrukas lagstiftarens intention med anställningsformerna i praktiken ute på svenska företag? Det är frågor som politiker, debattörer, fackförbund, arbetsgivare, jurister och ekonomer debatterar och analyserar. I regeringens svar (nedan kap 5.3 Sveriges regerings svar på kommissionens kritik) på EU-kommissionens kritik avseende införlivandet av visstidsdirektivet i Svensk rätt framhävs ökad flexibilitet på arbetsmarknaden som nödvändigt. Regeringen betonar vikten av flexibilitet på arbetsmarknaden för att minska arbetslösheten, särskilt bland ungdomar samt för att öka konkurrenskraften.⁵

I 5 § Lag 1982:80 om anställningsskydd framgår det vilka former av tidsbegränsade anställningar som är tillåtna enligt lag. Dessa är allmän visstidsanställning⁶, vikariat, säsongsanställning samt om arbetstagaren fyllt 67 år. Dessutom kan arbetstagare provanställas i högst 6 månader, detta framgår av 6§ LAS. Då LAS är semidispositiv (kan avtalas bort i kollektivavtal, men inte i enskilda anställningsavtal)⁷ kan andra anställningsformer, eller varianter på de

³ Tidigare Sälenstjärnan AB, företag som driver liftar, skiduthyrningar och skidskolor på resmål i svenska fjällen

⁴ Prop 2006/06:111 s 23

⁵ http://www.tco.se/Global/2013-2014_Genrebilder_nyheter/Regeringens%20svar%20juni%202014%202007-4835%20svar%20p%c3%a5%20kompl%20MY.pdf s 8

⁶ Bortavtalat i flera kollektivavtal, se till exempel tjänstemannaavtalet UNIONEN/ALMEGA; http://www.unionen.se/sites/default/files/259_0842_avtalstryck_2013-2016_0.pdf

det finns dock en stor variation i sättet varpå LAS i kraft av semidispositiviteten är bortavtalad, många kollektivavtal utökar tvärtom möjligheten till visstidsanställningar på grund av branschspecifika förutsättningar.

⁷ Glavå Mats, ARBETSRÄTT, Lund, Studentlitteratur 2011 s 85

i LAS uppräknade anställningsformerna förekomma i olika kollektivavtal.

I LAS 5§ framgår också att när en arbetstagare varit anställd hos arbetsgivare antingen som allmänt visstidsanställd eller som vikarie i två år övergår anställningen i en tillsvidareanställning. Det är alltså möjligt att stapla olika former av visstidsanställningar på varandra för att ha en arbetstagare anställd under en längre tid, utan att arbetstagaren når lagens kriterium (kvalifikationstiden) för att anställningen ska övergå i en tillsvidareanställning.

Denna möjliga "stapling" av tidsbegränsade anställningar på varandra kanske inte är helt i överrensstämmelse med EU-rätten.

Den svenska arbetstagarorganisationen TCO (Tjänstemännens centralorganisation) påpekade redan innan nuvarande regler antogs 2007 att de troligen stred mot EU:s direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (i fortsättningen kallat visstidsdirektivet). TCO anmälde Sverige 2010 till EU-kommissionen för bristande genomförande av visstidsdirektivet och kommissionen inledde en fördragsbrottstalan mot Sverige.

1.1 Syfte och frågeställningar

Det finns en möjlig (och enligt EU-kommissionen, faktisk) kollision mellan svensk arbetsrätt och EU-rätten avseende visstidsanställningar. Argumenten från Sveriges sida i diskussionen med EU-kommissionen har varit i korthet, att Sveriges arbetsrättsliga lagstiftning ger motsvarande skydd i sin helhet som EU:s visstidsdirektiv. Det vill säga; den skyddsnivå som eftersträvas i direktivet uppnås redan genom nationella rättsregler. Syftet med uppsatsen är att undersöka om samma skyddsnivå som eftersträvas i direktivet kan anses vara uppfylld genom att svensk arbetsrätt i sin helhet i varje fall garanterar motsvarande skydd som direktivet eftersträvar. Frågan är inte besvarad av EU-domstolen och beroende på förslaget om ny LAS, DS2015:29 kommer den troligen aldrig att bli besvarad genom ett rättsligt avgörande. Det finns två alternativ till nuvarande LAS som i uppsatsen jämförs med nuvarande LAS samt varandra där skillnader i skyddsnivå för arbetstagarna ställs mot kostnaden i ekonomiska termer för det uppnådda skyddet.

Att lagstiftningen kring anställningar verkligen har samhälls-ekonomiska effekter stöds bland annat av en doktorsavhandling där det undantag från turordningsreglerna i LAS som infördes 2001 avseende företag med högst tio anställda undersöktes ur ett produktivitetperspektiv. Avhandlingen visar att förädlingsvärdet per

anställd ökade med 2,5 % initialt upp till 3,5 % i ett senare skede jämfört med företag som inte omfattades av reformen.⁸

Stor vikt har lagts vid visstidsdirektivet och svenska regler avseende visstidsanställningar. Den svenska arbetsrätten som rör anställningsskydd samt tidsbegränsade anställningar belyses i ett vitt perspektiv. För att besvara frågan till vilken grad visstidsdirektivet är införlivat i svensk rätt undersöks i tillämpliga delar även EU-rättens status i rättshierarkin, hur ska ett direktiv införlivas och hur mycket valfrihet lämnas till medlemsländerna i sättet att införliva det? Denna fråga är i och för sig tillräckligt vid och komplicerad för att utgöra huvudämne för en egen uppsats, jag anser dock att den är intimt sammankopplad med frågeställningarna i detta arbete och även om EU-rättens status i rättshierarkin blir både kort och översiktligt, måste den i relevanta delar beröras.

En frågeställning tillkom under arbetes gång, den 12 Maj 2015 kom regeringen med ett lagförslag DS2015:29 Om förändringar av reglerna kring visstidsanställningar i LAS, syftet var att försvåra missbruk mer tydligt uppfylla visstidsdirektivet. Detta lagförslag som i högsta grad rör de frågeställningar finns i uppsatsen bifogas som bilaga. Förslaget ifall det genomförs kommer säkerligen att undanröja de tvivel som fanns om huruvida visstidsdirektivets skyddsnivå är uppfylld i svensk rätt eller inte.

1.2 Avgränsningar

Jag har valt att titta på Svensk Lag samt svenska förarbeten, EU-rätt och Praxis från EU-domstolen samt Arbetsdomstolen avseende tidsbegränsade anställningar. Jag har valt bort de tidsbegränsade anställningar som kommer av speciallagstiftning, exempelvis anställningsförordningen (1994:373), lagen (2012:332) om vissa försvarsmaktsanställningar, högskoleförordningen (1993:100) och skollagen (2010:800), i den mån speciallagstiftning nämns är det för att påvisa en relation till LAS, inte för att utreda speciallagstiftningen och dess effekter i sig själv. Jag har valt att inte fördjupa mig i den svenska eller europeiska diskrimineringslagstiftningen, den är relevant när visstidsanställningar diskuteras, men hamnar i periferin när det gäller missbruk flera på varandra följande visstidsanställningar.

I presentationen av rättsekonomi har jag valt bort faktorer som i ett rättsekonomiskt arbete hade tagit mycket stor plats, till exempel frågor som rör en konkurrens, marknad och asymmetrisk eller perfekt information. Det förutsätts i presentationen av rättsekonomi att

⁸ Bjuggren Carl Magnus, Family matters Essays on Family Firms and Employment Protection, Linköping LiU-Tryck 2013, s 12

figuranterna i framställningen är rationella individer som drivs av verkliga behov. När transaktionskostnader nämns görs detta endast i relation till uppkomsten av den frivilliga transaktionen. Att transaktionskostnader kan öka välbefindandet för någon annan i samhället är i relation till huruvida den frivilliga transaktionen uppkommer eller inte, irrelevant och berörs inte i framställningen. Avsikten med användandet av rättsekonomisk metod i jämförelsen av lag och lagförslag som görs i diskussionsdelen är inte att ge absoluta svar i kronor och ören, endast den inbördes relationen i större eller mindre kostnad avses påvisas.

1.3 Metod och material

Sedvanlig rättsvetenskaplig metod innebär att man med hjälp av rättskällor (lagar, förarbeten, praxis, offentliga utredningar samt doktrin) beskriver gällande rätt.⁹ Frågeställningarna i uppsatsen tangerar i flera fall politik och samhällsvetenskap, där flexibilitet på arbetsmarknaden ställs mot anställningstrygghet, där ökad sysselsättning ställs mot trygghet för de redan sysselsatta. I diskussions och analysdelen av de enskilda frågorna kommer uppsatsen att beröra samhällsvetenskapen och politiska avvägningar där olika val ställs mot varandra i relation till gällande rätt.

Jag har även lagt ett rättsekonomiskt perspektiv på arbetsrätten. Arbetsrätten fyller två i min mening två huvudfunktioner: skyddet för arbetstagaren (individen) och skyddet för samhället (sysselsättning åt så många som möjligt). Rättsekonomi är den disciplin inom juridiken som ser på rätten från ett ekonomiskt perspektiv¹⁰, med det slutgiltiga målet att öka välbefindandet i samhället.¹¹ Den rättsekonomiska analysen är min mening ett ypperligt verktyg för att studera flex-delen i begreppet flexicurity, där "flex" får stå för flexibilitet och ökad tillväxt och "icurity" får stå för individens skydd.¹² Till skillnad från rättsvetenskaplig metod är rättsekonomisk metod inte lika vanligt förekommande i juridiska arbeten, särskilt inte inom arbetsrätt, valet bör därför motiveras och utvecklas:

Rättsekonomi sägs ofta bestå av två delar, en deskriptiv och en normativ del;

"Den deskriptiva delen av rättsekonomi försöker beskriva de ekonomiskt effektiva lösningarna på juridiska problem. Denna del av

⁹ Korling Fredric och Zamboni Mauro m.fl., Juridisk metodlära, Lund Studentlitteratur 2013 s 21

¹⁰ Dahlman Christian, Glader Marcus, Reidhav David, Rättsekonomi En introduktion, Lund, Studentlitteratur 2004 s 9

¹¹ Cooter, Robert, Ulen Thomas, Law and Economics, Boston 6 u, s 205ff

¹² Angående begreppets betydelse, se Rönmar, Mia *Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment* i Rönmar, Mia (red.) *Labour Law: fundamental rights and social Europe*, 2011, Oxford Hart, s 157

rättsekonomin analyserar hur olika regler och principer påverkar den ekonomiska effektiviteten i samhället. Här försöker man beskriva den ekonomiska rationaliteten bakom rättsregler, beskriva vilka lösningar på juridiska problem som är effektivast och beskriva hur rättsregler kan tolkas utifrån ett ekonomiskt perspektiv.¹³

Den normativa delen av rättsekonomin försöker istället för att beskriva de ekonomiskt mest effektiva lösningarna föreskriva dessa lösningar:

”Den normativa delen av rättsekonomin svarar på varför vi bör utforma rätten så att den ekonomiska effektiviteten främjas. Här försöker man visa varför samhällsekonomisk effektivitet är ett mål som bör ges företräde framför andra samhällsmål.”¹⁴

Alla frivilliga transaktioner som sker i ett samhälle ökar det totala välbefindandet, med välbefindande menas här tillfredsställelse mätt i pengar.¹⁵ Det kan exemplifieras med att person A äger något, vad som helst, låt oss säga det är en cykel. Person B, har behov av en cykel, A äger en cykel. När dessa två potentiella avtalsparter möts erbjuder sig B att köpa A:s cykel. A är villig att sälja cykeln för 500 kronor, B som är mycket förtjust i cykeln är villig att betala 700 kronor. Skillnaden mellan vad A är villig att sälja cykeln för och vad B är villig att betala för cykeln kallas inom rättsekonomi för kvasiränta. Så länge A och B gör en affär inom spannet 500-700 kronor ökar samhällets totala välbefindande. Betalar B 650 kronor för cykeln så får han en cykel vars nytta han värderade till 700 kronor för 650 kronor. Hans välbefindande ökar med 50 kronor. A som var villig att skiljas från cykeln för 500 kronor får sitt välbefindande ökat med 150 kronor. Det kvittar var i spannet det slutgiltiga priset hamnar, samhällets totala välbefindande ökar alltid med kvasiräntan, i detta fall 200 kronor, eftersom A och B båda anser sig ha fått det bättre än innan transaktionen genomfördes, ökar deras välbefindande. Eftersom ingen annan har fått det sämre ökar det totala välbefindandet i samhället. Problemet är att inte hela kvasiräntan fördelas mellan A och B. Det tillkommer transaktionskostnader.¹⁶

Transaktionskostnader består av kostnader för kontakt, kostnader för kontrakt och kostnader för kontroll. Ifall A annonserar sin cykel på för ändamålet avsedd internetsida är annonsens införande förbundet med kostnader, dessa kostnader minskar kvasiräntan. Ifall B köper A:s cykel på avbetalning blir köpet förbundet med kostnader för kontroll, A måste se till att B betalar, om han inte gör det måste han påminna B och kanske vidta andra åtgärder. Transaktionskostnader är av ondo för uppkomsten av frivilliga transaktioner. Ju större transaktionskostnader ju mindre affärer kommer till stånd, ju mindre totalt välbefindande i det studerade samhället.¹⁷

¹³ Dahlman m.fl. s 70

¹⁴ Dahlman m.fl. s 70

¹⁵ Dahlman m.fl. s 78f

¹⁶ Dahlman m.fl, s 75ff

¹⁷ Dahlman m.fl, s 85f

Resonemanget ovan också tillämpas på arbetsrättslig lagstiftning. Lagstiftaren är väl medveten om detta, i DS 2002:56 diskuteras lagreglers förutsägbarhet¹⁸ Ifall transaktionskostnaderna vid en anställning ökar minskar antalet frivilliga transaktioner, det vill säga färre personer anställs jämfört med vad som kunnat förväntas med mindre transaktionskostnader. Lagstiftningen och rättsreglernas utformning har en viktig roll i detta resonemang.

Transaktionskostnader består även av kostnader för kontakt och kostnader för kontroll av kontrakt. Med klara och lättkontrollerade regler, där osäkerheten om framtida förhållanden är minimal, minskar transaktionskostnaderna och fler frivilliga transaktioner (avtal om anställning mellan arbetsgivare och arbetstagare) kan förväntas komma till stånd.¹⁹ Osäkerhet om gällande rättsläge tvingar parterna i en transaktion att reglera ramarna för denna själva, detta görs genom att man upprättar ett avtal. Att upprätta kontrakt är en transaktionskostnad, ju mer som behöver regleras mellan parterna ju högre transaktionskostnad. Med regler där det framtida förhållandet mellan parterna är osäkert (här eventuell omvandling till anställningsform som inte avsågs i det ursprungliga avtalet) ökar kostnaderna för att ingå avtalet. Transaktionskostnaderna ökar, kvasiräntan minskar och färre frivilliga transaktioner kommer till stånd.

Risk är en transaktionskostnad, ifall B i exemplet ovan ska köpa cykeln av A men saknar kontanta medel för att genomföra köpet kan han få anstånd med betalningen av A. För A uppkommer då risken att han aldrig får betalt för Cykeln. Den osäkerheten kan få A att avstå från försäljningen. Applicerat på anställningsförhållandet kan man föreställa sig att en arbetsgivare vill inrätta en ny tjänst för att se om arbetsgivarens produkt går att sälja på en ny marknad. Arbetsgivaren anser att han inom ett till två år vet ifall produkten blir en framgång på den nya marknaden eller inte. Problemet för arbetsgivaren är att LAS medger provanställning med som längst sex månader. Arbetsgivaren tar alltså en risk som är större än den han tagit ifall han var fri att avtala om vilken anställningstid han ville. Denna riskkostnad kan medföra att han avstår från att anställa, satsningen på den nya marknaden uteblir. Transaktionskostnaden blev för hög i förhållande till kvasiräntan. Mot resonemanget om risk för arbetsgivaren kan anföras att ifall den nya satsningen inte blir lyckosam kan arbetsgivaren enligt svenska regler enkelt säga upp den anställde på grund av arbetsbrist. Motargumentet är riktigt men tar inte helt bort transaktionskostnaden. Vid uppsägning på grund av arbetsbrist gäller turordningsreglerna i LAS, arbetsgivaren kanske får säga upp en annan arbetstagare, en uppsägning på grund av

¹⁸ Ds 2002:56, Arbetsmarknadsstyrelsens rapport, s 93

¹⁹ Angående osäkra framtida förhållanden och dess inverkan på transaktionens uppkomst se, Cooter m.fl s 89

arbetsbrist medför också kostnader, vilket på samma sätt inte kan sägas om en tidsbegränsad anställnings avslutande.

Så fort det finns en möjlighet att en tidsbegränsad anställning övergår i en tillsvidareanställning utan att motsvaras av ett faktiskt permanent behov minskar arbetsgivarens incitament att anställa. Arbetsgivaren kan istället för att anställa, hyra in arbetskraft utan att anställningsförhållande uppstår. Arbetsgivaren kan också helt avstå från att utöka antalet anställda. Valet står inte alltid mellan ett absolut behov som måste fyllas till varje pris. Det kan också stå mellan en satsning på ökad produktion (med anställning) eller stagnerad produktion (utan nyanställning). Anställningsförfarandet är ett risktagande för varje arbetsgivare, hur stort detta risktagande är anges till icke obetydlig del av de rättsregler som omgärdar anställningsförfarandet.

När rättsregler diskuteras i uppsatsen använder jag mig dels av traditionell rättsvetenskaplig metod, dels av rättsekonomisk metod.

Material som använts och analyserats har främst varit EU:s direktiv 1999/70/EG om visstidsarbete, § Lag 1982:80 om anställningsskydd, förarbeten, EU-domstolens praxis. Material från TCO samt relevant doktrin.

Jag hade från början av arbetet en bestämd uppfattning om att de svenska reglerna om turordningsregler samt rätt till återanställning var, om inte unika för Sverige så i varje fall ovanliga i andra rättsordningar. Litteratur och artiklar om återanställningsrätt i jämförbara länder har inte gått att uppbringa. Ifall det inte finns en återanställningsrätt lik den svenska i andra rättsordningar är detta inte särskilt förvånande. För att vidimera mitt påstående hade jag mailkontakt med Dr. Wolfgang Frisch, doktor i juridik i Düsseldorf samt Sip W.van Dijk, advokat med inriktning på arbetsrätt i Arnhem, Holland, vilka bekräftade mitt antagande.

Dr Frisch skickade generöst med en dom från BAG där det fastslås att det gällande tidsbegränsade anställningar i Tyskland inte finns någon återanställningsrätt.²⁰

1.4 Forskningsläge

Frågan om visstidsanställningars vara eller icke vara samt reglerna som omger de tidsbestämda anställningsformerna är i högsta grad politisk lika mycket som juridisk. Med regeringsskiften ändras fokus från flexibilitet och ökad sysselsättning till arbetstagar skydd och rättvisa. Eftersom vi hade ett regeringsskifte 2014 från en

²⁰ Bundesarbeitsgericht Urt. V. 20.02.2002, Az.: 7 AZR 600/00

alliansregering till en socialdemokratiskt ledd regering, är det troligt att fokus skiftas igen. Det finns en risk att uppsatsen blir en historisk inlaga om vad som kunde skett eller nästan skedde. Frågorna som ställs är dock ur både ett juridiskt och samhällsvetenskapligt perspektiv både intressanta och berättigade. Det finns en pågående skriftväxling mellan EU-kommissionen och Sverige avseende den svenska implementeringen av visstidsdirektivet, den mynnade i Maj 2015 ut i ett förslag om ny LAS (DS 2015:29), vi har inte sett slutet på frågorna om den svenska arbetsrätten och EU-rätten och reglerna kring visstidsanställningar i LAS och än så länge är frågan i allra högsta grad aktuell.

För att få en uppdaterad bild av forskningsläget har jag har sökt på internet med för ämnet relevanta sökord. Jag har även sökt i de olika databaser som erbjuds av Lunds universitet efter relevanta artiklar om visstidsanställningar, flexicurity, visstidsdirektivet och företrädesrätt. Jag har även börjat i författarledet och letat publicerade artiklar av de personer jag förväntat mig berört ämnena. Här har jag sökt på Birgitta Nyström, Ann-Numhauser-Henning, Mia Rönmar, Reinhold Fahlbeck, Catherine Barnard och flera andra.

Ett antal artiklar med relevans för uppsatsen hittades.²¹

1.5 Disposition

Kapitel 1 börjar med inledningen, uppsatsens ämne introduceras och presenteras. Här finns även syfte och frågeställningar samt avgränsningar för uppsatsen. I kapitel 1 finns även vilken metod och material som använts samt uppsatsens disposition.

I Kapitel 2 tas EU-rätten upp, den hierarkiska ordningen, hur direktiv ska implementeras. Vad är direkt verkan och direkt effekt? Följt av en beskrivning av visstidsdirektivet där jag även tittar på den praxis som finns när det gäller att tolka direktivet som är relevant för frågeställningarna i uppsatsen. I kapitel 2 jämförs även det europeiska synsättet på det individuella skyddet i arbetsrätten med den svenska synen på det individuella skyddet.

I kapitel 3 finns en historisk genomgång av visstidsanställningar i Sverige, vad som har varit tillåtet och när det har ändrats. Den historiska resumén leder fram till rättsläget nu (kapitel 4), där LAS och praxis avseende tidsbegränsade anställningar redogörs för. Sist i kapitel 4 sammanfattas den svenska arbetsrätten avseende anställningsskydd i ett vidare perspektiv.

²¹ De artiklar som hittades och som refererats till i uppsatsen var: Rönmar, Mia och Numhauser-Henning Ann, Flexicurity, employability and changing employment protection in a global economy – a study of labour law developments in Sweden in a European context och Ann Numhauser-Henning, The EU Ban on Age-Discrimination and Older workers: Potentials and Pitfalls, The International journal of comparative labour law and industrial relations, 2013, Kluwer Law

I Kapitel 5 behandlas införlivandet av visstidsdirektivet i svensk rätt. Här redogörs för TCOs anmälan av Sverige inför kommissionen samt vad denna lett till, kommissionens kritik och regeringens svar sist i kapitel 5 presenteras regeringens lagförslag avseende ny LAS, DS 2015:29.

I kapitel 6 Kommer min analys där det som beskrivits i tidigare kapitel diskuteras och analyseras. Analysen är indelad i två delar, den första delen av analysen är rättsekonomisk där nuvarande LAS, TCO:s förslag till ny LAS samt DS 2015:29 jämförs avseende skyddsnivå och avseende kostnaden i ekonomiska termer för samhället vid ett eventuellt genomförande. Den andra delen av analysen är rättsvetenskaplig, där frågan är ifall nuvarande regler strider mot EU-rätten och ifall förslagen till ändring av LAS gör det, min slutsats motiveras med bakgrund av vad som framkommit i uppsatsen.

2. EU-rätten

Inom EU har medlemsländerna länge haft en stor gemensam utmaning i den låga sysselsättningen under 1990-talet steg arbetslösheten kraftigt inom EU och var som störst 1994 med 11,1 %.²² EU:s strävan att gemensamt göra något åt den låga sysselsättningen har gjort att sysselsättningspolitiken fått en alltmer framskjuten plats i EU:s arbete.²³ Ett nyckelkoncept eller en ledstjärna i EU:s sysselsättningspolitik är begreppet flexicurity

2.1 Flexicurity

Kommissionen och medlemsstaterna har enats om att flexicurity innebär:

”flexibla men samtidigt trygga kontraktsförhållanden, en aktiv arbetsmarknadspolitik för övergång mellan anställningar, system för livslångt lärande och moderna system för social trygghet, allt detta i kombination med en social dialog.”²⁴

Det finns en tendens i flexicuritydiskursen att fokus skiftas från skydd för anställningen till skydd för anställbarhet, det viktiga är inte att samma arbete bibehålls, utan att något arbete bibehålls.²⁵

Framgångsrika nationella exempel på uppfylld flexicurity är Hollands *Flexibility and security act* från 1999 och Danmarks gyllene triangel av flexicurity. I Holland kombineras ett flexibelt regelverk för

²² Nyström Birgitta, EU och arbetsrätten, Stockholm, Nordstedts s 18

²³ Nyström s 81f

²⁴ Nyström s 85

²⁵ Rönmar, Mia och Numhauser-Henning s 7

bemanningsarbete och visstidsanställningar med ett rättsligt skydd (inklusive socialt skyddsnet) som begränsar staplandet av visstidsanställningar på varandra. Det holländska systemet ett förutsägbart ramverk med minimerade byråkratiska hinder samtidigt som individskyddet upprätthålls. I Danmark kännetecknas flexicurity av ett svagt anställningsskydd för individen kombinerat med en aktiv arbetsmarknadspolitik och generösa arbetslöshetsersättningar.²⁶

”Några klagar över att Danmark saknar råvaror – om vi bara hade lite mer olja i Nordsjön. Men det är fel. Danmark har den bästa råvaran i världen – sin flexibla arbetskraft.”²⁷ citat av Claes Hjort Frederiksen (venstre), dansk arbetsmarknadsminister 2001-2009

Visstidsdirektivet är en integrerad del av flexicurity, genom visstidsdirektivet är det tänkt att ge möjlighet till flexibla anställningar (för att främja sysselsättningen genom att göra det enklare att anställa) samtidigt som ett bra skydd mot missbruk av de flexibla anställningarna bibehålls.

Flexicurity låter som den bästa av världar, flexibla anställningar med bra skydd, det finns trots det anledning att varna för ett nytt utanförskap enligt Catherine Barnard, Professor i EU-rätt vid Universitetet i Cambridge; med flexicuritystrategin kan en ny typ av medborgarskap växa fram, ett som kräver ett aktivt medverkande på arbetsmarknaden. Där individer måste bli mer anställningsbara och beredda på de uppoffringar som hög anställningsbarhet medför, att ofta byta arbete, att skaffa sig de färdigheter som arbetsgivarna efterfrågar. Även om en anställning innebär social integration kan det fokus på anställningen som ligger i flexicurity skapa en ny grupp av utsatta; de som inte kan, eller inte vill ha ett arbete.²⁸

2.2 Visstidsdirektivet

Det fanns långt före visstidsdirektivet ambitioner inom EU att reglera visstidsanställningar inom unionen redan 1982 presenterade kommissionen ett förslag till direktiv som reglerade användandet av visstidsanställningar, detta ledde dock aldrig till något direktiv. På kommissionens initiativ inleddes förhandlingar mellan den europeiska fackliga samarbetsorganisationen (EFS), den europeiska industri och arbetsgivarorganisationen (UNICE) och det europeiska centrumet för offentliga företag (CEEP), dessa europeiska arbetsmarknadsparter enades 1999 i ramavtalet om visstidsarbete. Ramavtalet blev EU-rätt

²⁶ Rönmar Mia och Numhauser-Henning Ann s 4, med hänvisningar

²⁷ www.gp.se/ekonomi/1.150733-danmarks-gyllene-triangel-

²⁸ Barnard Catherine, EU employment law, Oxford, Oxford University Press, 2012 s 110f

genom rådets direktiv 1999/70EG, även känt som och hädanefter kallat visstidsdirektivet.²⁹

För att uppfylla EU:s visstidsdirektiv krävs enligt klausul 5 att *en eller flera* de uppräknade åtgärderna i klausul 5 genomförs (såvida den skyddsnivå som avses i direktivet inte redan är uppfylld genom nationella bestämmelser), dessa är:

- 1) bestämmelser om objektiva grunder för förnyad visstidsanställning,
- 2) bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar,
- 3) Bestämmelser för hur många gånger en visstidsanställning får förnyas.

Medlemsstaterna har själva att efter samråd med arbetsmarknadens parter att bestämma under vilka förutsättningar visstidsanställningar ska betraktas som *på varandra följande* samt *visstidsanställningar*.

Klausul 8 (genomförandebestämmelser) säger att:

”1. Medlemsstater och/eller arbetsmarknadens parter kan bibehålla eller införa för arbetstagarna mer förmånliga bestämmelser än vad som anges i detta avtal”³⁰

Huvudfrågan för Sveriges har blivit ifall nationella bestämmelser ger det skydd som eftersträvas, frågan är här inte bara huruvida regler som skyddar mot missbruk faktiskt existerar, utan dessutom ifall de är tillräckliga för att faktiskt förhindra missbruk.³¹

2.3 EU-rätten och den svenska modellen

Det finns en grundläggande skillnad mellan EU-rättens synsätt och det svenska synsättet på rätten och rättens funktion. EU-domstolen har ett betydligt mer individualistiskt synsätt än vad den svenska rätten (sedvänjan) har. EU-domstolen har funnit att icke allmängiltigförklarade, icke utsträckta kollektivavtal av den typ som finns i Sverige och Danmark inte är tillräckliga medel för att genomföra ett direktiv. Anledningen är att de inte täcker alla arbetstagare och att det individuella skyddet därför inte kan garanteras. De arbetsrättsliga reglerna inom EU har haft störst inflytande från den kontinentala rättstraditionen och fokuserar på den

²⁹ Vigneau Christophe, Ahlberg Kerstin, Bercusson Brian, Bruun Niklas, Fixed-term work in the EU – A European agreement against discrimination and abuse, Helsingborg, Print AB, 1999 s 13

³⁰ Visstidsdirektivet klausul 8, p1

³¹ Vigneau m,fl 1999 s 116ff

individuella arbetstagarens rättigheter, mot både stat och arbetsgivare.³²

Eu har i sin rättskultur en diafragmentalt annorlunda grundsyn, individens rättigheter är okränkbara. Denna syn på individens rättigheter har framförallt drivits på och skapats av icke-politiska institutioner som EU-kommissionen och EU-domstolen. Man har tagit stor hänsyn till bestämmelserna och syftena i EU-fördragen. EU-domstolen har tagit detta perspektiv för skyddet av individuella rättigheter som ett uppdrag domstolen har i egenskap av europeisk författningsdomstol. I och med EU-domstolens i grunden individualistiska syn på individens rättigheter kan det med fog antas att frekvensen av kränkande av rättigheter på individnivå inte har avgörande betydelse i bedömningen av själva kränkningen. Denna grundsyn, på skyddet för individen som överordnat det kollektivs väl framkommer också i rättsfallen i kapitel 2.5, nedan.

2.4 Den svenska modellen avseende individens skydd

I Sverige ses det som naturligt med avsteg från turordningsreglerna ifall arbetsgivaren har speciella behov, de få offras för de många, kollektivet går före individen. Detta synsätt är intimt sammankopplat med semidispositivitet. Det trubbiga lagstiftningsinstrumentet kompletteras av ett anpassningsbart och lättroligt kollektivavtalssystem som är till gagn för både arbetsgivare och arbetstagare kan branschanpassa trubbiga regler. Fackföreningar och arbetsgivare förväntas vara ansvarstagande organisationer som förvaltar denna makt väl.³³ Mats Glavå, docent i arbetsrätt vid Göteborgs universitet beskriver detta svenska fenomen oerhört väl:

”Semidispositiviteten är samhällsansvarets kanske främsta verktyg. Här ges arbetsmarknadsparterna ett instrument för att möjliggöra långsiktigt samhälleligt ansvarstagande, men det innebär att enskilda individers särintressen och trygghet offras. Och detta är inte bara en konsekvens av semidispositivitetens användande; det är det som är dess poäng. Individernas behov av trygghet i sina anställningar få ge vika för det överordnade kollektiva intresset av att långsiktigt trygga landets konkurrenskraft och därmed tillväxt och reallönförbättringar.”³⁴

³² Nyström s 59f

³³ Glavå s 95f

³⁴ Glavå s 96

2.5 Rättspraxis avseende visstidsdirektivet

Några fall från EU-domstolen har behandlat visstidsanställningar och visstidsdirektivet, vad som är särskilt intressant för frågeställningarna i uppsatsen har sammanfattats under respektive rättsfall.

2.5.1 Adeneler-målet

I Adeneler-målet³⁵ som gällde grekiska regler avseende kvalifikation för tillsvidareanställning genom staplande av visstidsanställningar på varandra. De grekiska reglerna angav att för att anses vara på varandra följande fick det inte gå mer än 20 dagar mellan anställningarna. Ifall mer än 20 dagar skiljde anställningarna åt ansågs de inte vara på varandra följande och kvalificerade inte arbetstagaren för tillsvidareanställning. Domstolen underkänner de grekiska reglerna om kvalifikation och motiverar det med att ramavtalets (klausul 5.1) syfte och ändamålsenliga verkan åtsidosätts om den tillåts. Domstolen anser att risken för missbruk är överhängande och påpekar att den grekiska regeln gör det möjligt att anställa arbetstagare under tidsbegränsat under flera års tid, som inte har annat val än att acceptera 20-dagars avbrott i mycket långa kedjor av tidsbegränsade anställningar.

I Adeneler-målet betonade domstolen att ramavtalets syfte är att skydda arbetstagarna från otrygga anställningsvillkor och att ramavtalets ändamålsenliga verkan inte får äventyras. Det finns en princip som säger att tillsvidareanställning är den generella anställningsformen, denna princip får inte åtsidosättas i nationell rätt.

2.5.2 Impact-målet

Målet Impact³⁶ gällde det irländska införandet av visstidsdirektivet. Irland skulle ha infört direktivet i nationell rätt 2001, detta skedde genom lagstiftning först två år senare, 2003. Frågorna som domstolen tog ställning till var huruvida klausul 4.1 (icke

³⁵ Mål C-212/04 Konstantinos Adeneler med flera mot Ellinkos Organismos Galatkos (ELOG), REG 2006 I-6057

³⁶ Mål C-268/06 Impact mot Minister for Agriculture and food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for communications, Marine and Natural Resources, Minister for foreign affairs, Minister for Justice, Equality and Law reform, Minister for Transport, REG 2008 I-2843

diskriminering) och klausul 5.1 (förbud mot missbruk av rullande visstidsanställningar) hade vertikal direkt effekt. Domstolen kom fram till att klausul 4.1 har vertikal direkt effekt (kan åberopas av enskild inför nationell domstol), det har däremot inte klausul 5.1, som inte finns innehålla någon ovillkorlig och tillräckligt precis skyldighet som enskild kan åberopa inför nationell domstol, det vill säga klausul 4.1 har vertikal direkt effekt, klausul 5.1 har det inte. Domstolen fann även att det innebar missbruk att Irland (som arbetsgivare) gett ett antal visstidsanställda arbetstagare nya visstidsanställningar med mycket lång tidsbegränsning (upp till åtta år). Klausul 5.1 tvingar medlemsländerna, fastän den inte har direkt effekt att vidta de åtgärder som behövs för att direktivets syfte ska kunna uppnås. Ett speciellt förhållande i *Impact* fallet var att tiden för införlivande av visstidsdirektivet gått ut, men lagen som införlivade direktivet inte började gälla förrän två år senare. Det var att under dessa två år förlänga visstidsanställningar för mycket lång tid som ansågs konstituera missbruk. Ifall det gjorts hade arbetstagarna under den långa tid visstidsanställningarna var tänkta att fortgå, inte kunnat ta del av de bättre villkor den irländska lagen som implementerade direktivet gett dem.

I relation till den huvudsakliga invändning som Sveriges regering anfört mot kommissionens kritik (att den skyddsnivå som avses i direktivet redan genom befintliga regler uppnås) är det av intresse att domstolen i *Impact* målet slår fast en av de åtgärder som räknas upp i klausul 5.1 ska införas för att förhindra missbruk, när:

”den nationella rätten inte redan innehåller likvärdiga åtgärder” och
”Medlemsstaterna ges emellertid samtidigt rätt att själva bestämma med hjälp av vilka medel som nämnda mål ska uppnås.”³⁷ samt att det
”omfattas av medlemsländernas skönsmässiga bedömning, att i detta syfte avgöra huruvida en eller flera av de i klausulen uppräknade åtgärderna ska tillämpas, eller huruvida redan existerande likvärdiga lagliga åtgärder ska utnyttjas, på ett sätt som tar hänsyn till behoven i särskilda branscher och/eller till kategorier av arbetstagare.”³⁸

2.5.3 Marrusu-målet

³⁷ *Impact* p70

³⁸ *Impact* p71

Marrusu-målet³⁹ behandlar i likhet med Vasallo-målet⁴⁰ frågan ifall offentliga anställningar kunde undantas från de generella italienska reglerna om kvalificering för tillsvidareanställning vid tidsbegränsade anställningar. Domstolen fastslår att så är fallet, det finns ingenting i direktivet som hindrar att nationell lagstiftning särskiljer regler för kvalifikation för tillsvidareanställning vid tidsbegränsade anställningar inom offentlig sektor och privat sektor. Skyddet för arbetstagare är lika viktigt, men reglerna kan avvika. En förutsättning för att reglerna kan skilja sig åt och fortfarande uppfylla visstidsdirektivet är att det finns andra effektiva åtgärder som förhindrar missbruk inom offentlig sektor, sådan kan vara till exempel skadestånd.

Återigen ses det genomgående temat i EU-domstolens tolkning av visstidsdirektivet. På vilket sätt direktivet uppfylls är underordnat, det viktiga är direktivets syfte, att det finns effektiva åtgärder som förhindrar missbruk, samt att arbetstagarens skydd mot osäkra anställningar upprätthålls.

2.5.5 Küçük-målet

Bianca Küçük hade varit kontinuerligt anställd på tretton olika vikariat under elva år som domstolssekreterare. Küçük ville få sitt senaste vikariat omvandlat till en tillsvidareanställning av tysk domstol. Den tyska domstolen bad EU-domstolen om ett förhandsavgörande avseende tolkningen av visstidsdirektivet.

EU-domstolen ansåg att ett kontinuerligt behov av vikarier som tillgodosågs med anställningar för visstid under en mycket lång tid var förenligt med visstidsdirektivet. Ifall varje enskild vikariatsanställning, även i en mycket lång kedja av vikariatsanställningar är objektivt motiverad, konstituerar inte antalet vikariat eller den sammanlagda längden av vikariat per automatik ett missbruk. Tvärtom fann domstolen att vikariatsanställningarna även då de pågått under en mycket lång tid var förenliga med klausul 5.1 a i direktivet.⁴¹ Eu domstolen säger:

”Den omständigheten att ett behov av vikarier skulle kunna tillgodoses genom ingående av avtal om tillsvidareanställning innebär inte i sig att en

³⁹ Mål C-53/04 Cristiano Marrusu och Gianluca Sardino mot Azienda Ospedaliera Ospedale San Marton di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate REG 2006 I-7213

⁴⁰ Mål C-180/04 Andrea Vasallo mot Azienda Ospedailera Ospedale San Martion di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, REG 2006 I-7471

⁴¹ Mål C-586/10 Bianca Küçük mot Land Nordrhein-Westfalen

arbetstagare som beslutar att ingå avtal om visstidsanställning vid tillfällig brist på arbetskraft gör sig skyldig till missbruk och överträder klausul 5.1 i ramavtalet om visstidsanställning och den nationella lagstiftning genom vilken ramavtalet genomförs, även om en sådan tillfällig brist på arbetskraft är återkommande eller till och med konstant.”⁴²

Det går utanför direktivets syfte att kräva att ett permanent behov av objektivet motiverade visstidsanställningar ska täckas med tillsvidareanställningar.

2.6 Skyddsreglers olika utformning

Ser man på de arbetsrättsliga skyddsreglerna i länderna som ingår i EU-samarbetet finner man betydande skillnader. Det finns som tidigare sagt ett stort inslag av valfrihet när det gäller att garantera den enskilde arbetstagarens skydd mot missbruk av användandet av visstidsanställningar. Den svenska arbetsrätten avviker jämfört med andra europeiska länder på en rad punkter. Den tenderar att i vissa fall vara extremt arbetsgivarvänlig, så förhåller det sig till exempel med skälen till en arbetsbristuppsägning. I Sverige behöver arbetsgivaren inte på något sätt motivera varför en nedläggning sker, han har endast att visa att arbetsbrist uppstår. Myndighet eller domstol kan inte pröva skälen till neddragningen. Så är inte fallet i andra länder. I Norge måste en utläggning av verksamhet till annat företag (som får arbetsbrist som följd) motiveras med att det är nödvändigt för verksamheten. I Frankrike och Italien kan också skälen till neddragningar i verksamhet överprövas, likaså i Tyskland. Det finns olika sätt att skapa en fungerande arbetsrättsordning.

Sverige har generellt sett ett i en internationell jämförelse generöst skyddsnät, sett till kollektivet som helhet, samtidigt som det förhållandevis enkla sättet att säga upp arbetstagare på grund av arbetsbrist skapar en flexibilitet som ibland saknas i andra rättsordningar.⁴³

Problemet när det gäller uppfyllandet av visstidsdirektivet är att systemet till stor del, med sina förmånliga socialförsäkringssystem, företräde till återanställning, a-kassa med mera ger en kollektiv rättvisa (kollektivt skydd). Den kollektiva rättvisan uppfyller ibland

⁴² Küçük, p 50

⁴³ Beträffande det generösa synsättet på arbetsbristuppsägningar se Rönmar, Mia och Numhauser-Henning Ann, s 14ff och Källström Kent, Malmberg Jonas, Anställningsförhållandet, Västerås, Edita, 2013 s 143ff

men inte alltid behovet av individuell rättvisa och individuellt skydd, min kommentar.

3. Historisk bakgrund

Lagen om anställningsskydd LAS (1974:12) tillkom 1974, innan denna lags införande fanns ingen laglig reglering om anställningens form mellan arbetsgivare och arbetstagare. Arbetsgivaren hade väldigt fria händer att avsluta anställningsförhållandet. I enskilda kollektivavtal fanns frågor rörande anställningsskydd samt anställningsformer reglerade, men inte genom lag. I 1974 års LAS kom anställningsformerna att regleras och tillsvidareanställning blev den dominerande anställningsformen. I 1974 års LAS presumerades⁴⁴ anställningar vara av typen tillsvidare (utan tidsbegränsning) om inte annat tilläts enligt lagen och kunde bevisas. I samband med att anställningsskyddet stärktes samt att anställningsformerna reglerades öppnades nya möjligheter för arbetsgivaren att om möjligt använda sig av en tidsbegränsad anställningsform istället för den presumerade tillsvidareanställningen. Detta medförde att det även reglerades på vilka grunder tidsbegränsade anställningar kunde ingås. Avvikelser från den presumerade tillsvidareanställningen kunde bara ske (och kan fortfarande bara ske) med stöd av LAS, kollektivavtal eller särskild författning.⁴⁵ I 1974 års LAS 5§ var dessa "Avtal om att anställning ska avse viss tid, viss säsong eller visst arbete får träffas endast om det föranleds av arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet. Avtal om anställning för viss tid får dock träffas, om avtalet gäller praktikarbete eller vikariat." I 1982 års LAS förändrades 5§ och fick följande lydelse:

"5§ Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas i följande fall:

1. Avtal för viss tid, viss säsong eller visst arbete, om det föranleds av arbetets särskilda beskaffenhet.
2. Avtal för viss tid som avser vikariat, praktikarbete eller feriearbete.
3. Avtal för viss tid, dock sammanlagt högst sex månader under två år, om det föranleds av tillfällig arbetsanhopning.
4. Avtal som gäller för tiden till dess arbetstagaren skall börja värnpliktstjänstgöring eller annan därmed jämförlig tjänstgöring, som skall pågå mer än tre månader.
5. Avtal för viss tid som avser anställning efter pensionering, om arbetstagaren har uppnått den ålder som medför skyldighet att avgå från anställningen med ålderspension eller om någon sådan avgångsskyldighet inte finns, när arbetstagaren har fyllt 65 år."

⁴⁴ Enligt 4§ LAS ska en anställning anses vara en tillsvidareanställning ifall inte arbetsgivaren kan bevisa att anställningen är för viss tid

⁴⁵ Glavå s 276

Här ändrades dels lydelsen i punkt 1; "arbetsuppgifternas särskilda karaktär", byttes mot "arbetets särskilda beskaffenhet" I förarbetet utvecklar man och exemplifierar detta utförligt. Man hänvisar till 1973 års förarbeten där det nämns att lagen bör tillåta att en byggarbetare anställs (tidsbegränsat) för ett visst byggprojekt och att detta tillåts med hänsyn till arbetets särskilda beskaffenhet. Här resoneras man att det i fallet med byggnadsarbetaren inte är arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet som föranleder den tidsbegränsade anställningen, det är snarare " att arbetet i något mer vidsträckt mening bedrivs på sådant sätt och under sådana förutsättningar att tidsbegränsningen är motiverad"⁴⁶

I 1982 års LAS var möjligheten att anställa för tillfälliga arbetstoppar en annan nyhet, liksom möjligheten att provanställa i högst 6 månader (6§). Anställningar vars tidbegränsning var motiverade av förhållanden hos den anställda, snarare än förhållanden som var hänförliga till det erbjudna arbetet möjliggjordes också. Nu kunde studenter anställas tidsbegränsat under ferier, den blivande värnpliktige i väntan på militärtjänstgöring och de som uppnått pensionsålder kunde anställas tidsbegränsat utan annan motivering än den anställdes uppnådda ålder.⁴⁷

1993 kom nästa ändring av reglerna kring tidsbegränsade anställningar i LAS. Inga nya anställningsformer infördes, däremot utökades den längsta tiden för de tidsbegränsade anställningsformerna: provanställning och anställning på grund av arbetstopp från sex till tolv månader.⁴⁸ Ändringarna blev kortlivade och redan ett år senare återgick LAS till 1982 års lydelse⁴⁹ genomdrivet av den nytillträdde socialdemokratiska regeringen.

År 1996 kom en stor förändring av de tillåtna formerna för visstidsanställningar i LAS, genomförd och initierad av en socialdemokratisk regering med denna förändring infördes en helt ny anställningsform; överrenskommen visstidsanställning. Med denna anställningsform kunde en arbetsgivare fritt välja tidsbegränsad anställning i stället för tillsvidareanställning, utan legalt krav på objektivitet, varken hänförligt till verksamheten (vikariat, arbetstopp osv) eller kopplat till förhållande hänförligt den anställda (över 67år, värnpliktstjänstgöring osv) under sammanlagt tolv månader under en treårsperiod. Hade arbetsgivaren inga anställda sedan tidigare utökades de tolv månaderna till arton. Arbetsgivaren fick dock inte ha mer än fem anställda samtidigt med formen överrenskommen visstidsanställning. Samtidigt infördes begränsningar som en av de andra formerna av visstidsanställning; vikariat. Ifall en

⁴⁶ Regeringens proposition 1981/82:71, s 119

⁴⁷ Glavå s 277

⁴⁸ SFS 1993:1496

⁴⁹ SFS 1994:1685

arbetstagare arbetat som vikarie i mer än tre år under de fem senaste åren skulle vikariatet övergå i en tillsvidareanställning.⁵⁰

Las 5§ kom att lyda så här med 1996 års ändringar:

”5§ Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas i följande fall:

1. Avtal för viss tid, viss säsong eller visst arbete, om det föranleds av arbetets särskilda beskaffenhet.
2. Avtal för viss tid som avser vikariat, praktikarbete eller feriearbete.
3. Avtal för viss tid, dock sammanlagt högst sex månader under två år, om det föranleds av tillfällig arbetsanhopning.
4. Avtal som gäller för tiden till dess arbetstagaren skall börja sådan tjänstgöring enligt lagen (1994:1809) om totalförsvarsplikt, som skall pågå mer än tre månader.
5. Avtal för viss tid som avser anställning efter pensionering, om arbetstagaren har uppnått den ålder som medför skyldighet att avgå från anställningen med ålderspension eller, om någon sådan avgångsskyldighet inte finns, när arbetstagaren har fyllt 67 år. Avtal för viss tid som avser anställning efter pensionering.
Om en arbetstagare har varit anställd hos arbetsgivaren som vikarie i sammanlagt mer än tre år under de senaste fem åren, övergår anställningen till en tillsvidareanställning.”

Det är intressant att följa regeringens logik i vikariatsbegränsningen, här ställer man uppenbarligen i förarbetet till SFS 1996:1424 flexibilitet och effektivitet mot arbetstagarskydd och väljer det senare. Man skriver:

”Det skall emellertid inte döljas att den regel som nu föreslås innebär att det åtminstone för vissa stora arbetsgivare kommer att bli nödvändigt att inrätta en personalreserv för att tillgodose det stadigvarande behovet av vikarier, och att lagstiftningen i detta hänseende sålunda framtvingar en viss personalorganisation. Detta har hittills undvikits. Problemet med rullande vikariat är emellertid enligt regeringens mening så väsentligt att denna konsekvens får accepteras.”⁵¹

Man tvingar fram tillsvidareanställningar för att möta ett stadigvarande arbetskraftsbehov som varken behöver vara stadigvarande eller ens finnas, det enda kriterium som finns för detta ingrepp i den princip som slogs fast i decemberkompromissen 1906⁵² – Att arbetsgivaren leder och fördelar arbetet är ett historiskt behov av arbetskraft som på inget sätt behöver vara kopplat till ett framtida behov (min kommentar).

⁵⁰ Glavå s 277

⁵¹ Prop 1996/97:16 s 38

⁵² Decemberkompromissen, överenskommelse mellan LO och SAF i december 1906 då arbetstagarsidan erkände arbetsgivarnas rätt att leda och fördela arbetet och arbetsgivarsidan erkände arbetstagarsidans rätt att organisera sig, se vidare Glavå s 63f

Åren 2006 till 2008 präglades av turbulens och dramatik avseende LAS, ett förslag från den sittande socialdemokratiska regeringen röstades igenom där anställningsformen *arbetets särskilda beskaffenhet* avskaffades och en ny anställningsform *fri visstidsanställning* infördes.⁵³ Denna lagändring kom dock aldrig att genomföras då socialdemokraterna förlorade sin regeringsställning i valet 2006 till alliansen som la fram ett reviderat förslag till ändring av LAS efter valsegern. Grundtanken var densamma som i förslaget, anställningsformerna skiljde sig inte nämnvärt åt, även om fri visstidsanställning kom att benämnas allmän visstidsanställning. Tidsperioden som denna anställningsform kunde användas utökades från 14 månader till 24 månader. Säsongsanställningar blev återigen tillåtna (de var aldrig förbjudna men anställningsformen skulle försvunnit ifall det av riksdagen antagna förslaget prop. 2005/06:185 hade blivit gällande lag). Förtur till återanställning uppkommer efter tolv månader under en treårsperiod jämfört med förslagets sex månader. I gengäld gäller förtursrätten i ett år jämfört med förslagets nio månader.⁵⁴ Ytterligare ändringar har senare genomförts av LAS genom, de som direkt påverkat de tidsbegränsade anställningsformerna har varit SOU 2007:391, gällande från 1 januari 2008 där kvalifikationstiden för när vikariat övergår i tillsvidareanställning sänktes från tre till två år. LAS 5§ såsom den lyder idag är:

”5§ Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas

1. För allmän visstidsanställning,
2. För vikariat,
3. För säsongsarbete, och
4. När arbetstagaren fyllt 67 år.

2st Om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år, eller som vikarie i sammanlagt mer än två år, övergår anställningen till en tillsvidareanställning. Lag (2007:391).”

4 Tidsbegränsade anställningsformer i svensk rätt

I LAS finns de tillgängliga formerna för tidsbegränsade anställningar uppräknade, huvudregeln både enligt LAS samt EU-rätten är att en anställning gäller tillsvidare, i LAS nämns

1. För Vikariat
2. Anställning för säsong

⁵³ Prop 2005/06:185

⁵⁴ Se Ds 2005:15, Ds 2008:65, prop 2005/06:185 och prop. 2006/07:111

3. För arbetstagare som fyllt 67 år.
4. Som allmänt visstidsanställd
5. Anställning på prov

LAS är semidispositiv (kan avtalas bort i kollektivavtal, men inte i enskilda anställningsavtal)⁵⁶ och i enskilda kollektivavtal kan uppräknigen ovan se annorlunda ut, till exempel har Unionen och ALMEGA i tjänstemannaavtalet avtalat bort formen allmänt visstidsanställning och har i praktiken valt att behålla LAS i 2007 års form som regelverk för anställningar inom kollektivavtalsområdet dem emellan.⁵⁶ Det finns dock en stor variation i sättet varpå LAS i kraft av semidispositiviteten är bortavtalad, många kollektivavtal utökar tvärtom möjligheten till visstidsanställningar på grund av branschspecifika förutsättningar, så är ofta fallet inom byggsektorn där den tidsbegränsade anställningsformen projektanställning eller varianter av denna är vanligt förekommande.⁵⁷

4.1 Vikariat

För att anställningsformen vikariat ska få användas som tidsbegränsad anställningsform enligt LAS finns två äkthetskrav, det första är en fysisk frånvaro av den arbetstagare som ersätts med vikariatet. Det andra äkthetskravet gäller arbetsuppgifterna, de ska vara desamma som för den frånvarande arbetstagaren, eller i varje fall ligga inom ramen för den ordinarie arbetstagarens uppgifter.⁵⁸

Anställningsformen vikariat kan även användas då tjänst är vakant under den tid som rekryteringsprocessen för en permanent tillsättning av tjänsten pågår. Avgörande för huruvida det här föreligger ett äkta vikariat i lagens mening är ifall rekryteringsprocessen har inletts, detta framgår av AD 1983 nr 180.⁵⁹

4.2 Anställning för säsong

Anställningsformen anställning för viss säsong ger arbetsgivaren möjlighet att anställa arbetstagare för del av året beroende på naturliga säsongsvariationer, dessa säsongsvariationer ska till sin

⁵⁶ http://www.unionen.se/sites/default/files/259_0842_avtalstryck_2013-2016_0.pdf

⁵⁷ Se t.ex

<http://www.byggnads.se/Documents/Verksamhet/Avtal%20och%20lagar/Byggavtal%202010.pdf>

⁵⁸ Ileskog Tommy, Tidsbegränsade anställningar, Stockholm, Nordstedts 2014 s 43f

⁵⁹ AD 1983 nr 180

natur vara sådana att arbetsgivaren inte styr över dem, de ska vara utanför arbetsgivarens kontroll.⁶⁰ Anställning för säsong har redan i inledningen till uppsatsen exemplifierats med skidåkningsverksamhet i de svenska fjällen, andra exempel kan vara skördearbete inom jordbruksnäringen, snöröjning eller anställning som badvakt.

Det finns gränsdragningsproblem och endast det faktum att efterfrågan på ett företags produkter varierar över året är inte som enda grund tillräckligt för att motivera en säsongsanställning. Det ska finnas en direkt koppling till faktorer som står utanför arbetsgivarens kontroll.⁶¹

4.3 för arbetstagare som fyllt 67 år

Undantaget som gör tidsbegränsade anställningar möjliga enbart på grund av arbetstagarens ålder är inte helt okontroversiellt. Anställningsformen infördes i 1982 år LAS, då fanns en flytande åldersgräns som var kopplad till den individuella pensionsåldern, detta ändrades 2001 och sedan dess gäller 67 års ålder som enda kriterium för att använda anställningsformen.⁶²

I och med fallet Torsten Hörnfeldt har EU-domstolen indirekt avgjort frågan om tidsbegränsade anställningar till arbetstagare över uppnådd pensionsålder är förenligt med visstidsdirektivet. Här fann domstolen att det var tillåtet med nationella bestämmelser som gjorde det möjligt för arbetsgivare att avsluta en anställning endast med hänvisning till arbetstagarens uppnådda pensionsålder.⁶³

Av detta kan man sluta sig till, ifall anställningen kan avslutas med hänvisning till uppnådd pensionsålder borde den kunna ingås i tidsbegränsad form utan att skyddet för arbetstagaren blir lidande.

4.4 Som allmänt visstidsanställd

⁶⁰ Källström m.fl s 118

⁶¹ Ileskog s 50

⁶² Glavå s 298

⁶³ Mål C-151/11 Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande AB, här var regeln kopplad till den faktiska pensionsåldern, i Mål C-144/04 hade Tyska regler möjliggjort obegränsade anställningar endast baserat på arbetstagarens (52år) ålder utan koppling till pensionsåldern, detta stred mot EU-rätten, se vidare Ann Numhauser-Henning, 2013, Kluwer Law s 10ff

Allmän visstidsanställning infördes i LAS 2007, men fanns i realiteten under annat namn redan från 1997. Denna anställningsform är den mest omdebatterade av de tidsbegränsade anställningarna. Syftet var vid införandet att tillmötesgå arbetsgivarens krav på flexibilitet. Begränsningsregeln som finns gäller utsträckning i tid, inte användande. Det är den enda tidsbegränsade anställningsform i LAS som saknar grund i förhållande antingen hos arbetsgivaren eller hos den anställde. Vem som helst, med de undantag som kommer av diskrimineringslagstiftningen kan av vilken anledning som helst anställas i formen allmänt visstidsanställd utan vare sig objektiv eller subjektiv motivering. Noterbart är att då denna anställningsform infördes i sin första form 1997, var det på initiativ av en socialdemokratisk regering.⁶⁴ Den begränsningsregel som finns avseende längsta tid framgår av LAS 5§ 2st, och säger att anställningen övergår i en tillsvidareanställning ifall den anställde varit anställd som allmänt visstidsanställd i sammanlagt mer än två år under en femårsperiod.

Allmän visstidsanställning, med de möjligheter till mycket fritt omotiverat användande den medger, tillsammans med de möjligheter som finns att stapla den och övriga anställningsformer på varandra som varit kärnpunkten i kritiken både från både fackföreningar och EU-kommission.

Det är möjligheten att använda den allmänna visstidsanställningen i kombination med en eller flera av de övriga objektivt motiverade anställningsformerna som möjliggör ett missbruk. När de kombineras under en längre tid kan femårsgränsen för kvalifikation till tillsvidareanställning passeras men på grund av att exempelvis vikariat och allmän visstidsanställning räknas var för sig i kvalifikationshänseende kan femårsgränsen passeras utan att omvandling till tillsvidareanställning sker.

4.5 Anställning på prov

Provanställning intar en särställning i uppräknningen av tillåtna tidsbegränsade anställningsformer, den har ett annat syfte (att pröva den anställdes lämplighet för anställningen) och är vid ingåendet inte tidsbegränsad, även ifall den vid ett avslutande som inte övergår i tillsvidareanställningen i efterhand kan få karaktär av anställning för viss tid. Provanställning kan staplas samman med de tidsbegränsade

⁶⁴ Glavå s 284

anställningsformerna med ett undantag, den som redan haft en tidsbegränsad anställning för en viss tjänst kan inte provanställas i samma tjänst, detta hade varit ett missbruk av provanställningsformen då syftet med anställningsformen är att utvärdera en arbetstagarens lämplighet för en viss tjänst. Om inte missbruk förekommer behöver inte arbetsgivaren ha objektiva motiverbara skäl för att använda provanställningsformen, skälen kan då missbruk inte föreligger inte överprövas av domstol.⁶⁵ Anställningsformen har inte varit föremål för kritik från EU-kommissionen, eller ens intagit den framskjutna roll i debatten mellan arbetsmarknadens parter som några av de andra tidsbegränsade anställningsformerna gjort (särskilt Allmänt visstidsanställning). En provanställning enligt LAS kan fortgå i maximalt sex månader.

4.6 Rättsverkningar av otillåtna visstidsanställningar

När kvalificeringstiden avseende vikariat eller allmän visstidsanställning enligt LAS uppnåtts omvandlas den tidsbegränsade anställningen till en tillsvidareanställning (LAS 5§ 2st) omvandlingen avser den tjänst och tjänstgöringsgrad som innehas vid tidpunkten för kvalificering (fastställt av Arbetsdomstolen genom AD 2002:92).

AD 2002:92 gällde en arbetstagare som vikarierade som lärare trots att behörighet som lärare saknades. Genom vikariatets längd kvalificerade arbetstagaren sig för tillsvidareanställning, AD ansåg att skollagens krav på behörighet har företräde framför LAS regler om omvandling enligt 5§ 2st LAS.⁶⁶

4.7 Anställningsskyddet i Sverige i ett vidare perspektiv

I Anställningsskyddet ingår inte bara faktiska lagregler, förbud eller medgivande att använda den ena anställningsformen eller den andra. Anställningsskyddet får nog anses vidare än så och undersökningen av det totala anställningsskyddet i Sverige hade

⁶⁵ Källström m.fl s 116, avseende missbruk av anställningsformen (inget prövobehov fanns) se AD 1991:40

⁶⁶ AD 2002:92

ensamt kunna fylla minst en egen uppsats. För att kunna bedöma en av huvudfrågorna i denna uppsats behövs (vilken bärkraftighet har Sveriges regerings invändande mot kommissionens kritik av genomförandet av visstidsdirektivet med hänvisning till att motsvarande skyddsnivå uppnås på alternativt sätt) en genomgång av anställningsskyddet i ett vidare perspektiv.

Utgångspunkten för anställningsskyddet i Sverige är att en friställning ska ses som den sista utvägen, till detta synsätt samverkar alla regler kring anställningen, förhandlingsskyldigheten enligt medbestämmandelagen, turordningsreglerna och företrädesrätten till återanställning m.m.⁶⁷ Den svenska arbetsrätten är förhållandevis flexicurity anpassad, den har normaliserat och tillgängliggjort användandet av tidsbegränsade anställningar, samtidigt som samtidigt som det finns regler som omvandlar anställningen när vissa gränser nås. Till detta kommer ett anställningsskydd som byggs upp efter hand som den tidsbegränsade anställningen fortgår, avseende rätt till information, konsultation och företrädesrätt.⁶⁸ Detta uppbyggda, eller förvärvade anställningsskydd är i mycket överrensstämmande med det som Catherine Barnard förde fram angående förvärvade rättigheter, där ett sätt att införa flexicurity exemplifieras med svaga rättigheter i början av en anställning som gradvis byggs upp mot starkare, *förvärvade* rättigheter.⁶⁹

4.7.1 Omställningsavtal och trygghetsavtal

Omställningsavtalen finns till för att motverka uppsägningar och lång arbetslöshet, de är arbetsgivarfinansierade och verkar genom förebyggande åtgärder och ekonomiskt stöd. Omställningsavtalen är vanligt förekommande inom den privata tjänstemannasektorn och inom den statliga sektorn. Inom arbetarområdet finns en mindre långtgående motsvarighet som istället för förebyggande, med fokus på en ny anställning när den gamla avslutas helt enkelt ger ett avgångsbidrag i form av en ekonomisk kompensation utbetalad som en engångssumma.⁷⁰ Att omställningsavtalen är kollektivt

⁶⁷ Rönmar Mia, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet – En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext, Lund, Juristförlaget, 2004 s 264f

⁶⁸ Rönmar Mia, Labour law, fundamental rights and social Europe, Croydon, Hart Publishing, 2011 s 166f

⁶⁹ Barnard Catherine s 108 ff

⁷⁰ Glavå s 537f

finansierade med en odifferentierad avgift är ett speciellt förhållande som belyses i den rättsekonomiska analysdelen.

Omställningsavtalen omfattar i många fall (men inte alltid) även arbetstagare med tidsbegränsade anställningar, kvalifikationen för att omfattas som visstidsanställd kan dock i många fall vara lika svåruppnådd som omvandling av anställningsformen till en tillsvidareanställning enligt LAS. Ett typiskt villkor avseende huruvida visstidsanställda omfattas av avtalen hämtas från Arbetsgivaralliansen och Svensk Scenkonst från arbetsgivarsidan och Förhandlings- och samverkansrådet PTK från arbetstagar sidan.

” *Moment 3* Anställd med tidsbegränsad anställning, som arbetat mer än 18 månader under sammanlagt 5 år hos en eller flera arbetsgivare som är ansluten/-na till TRS och som inte kan erbjudas fortsatt arbete, kan efter prövning få hjälp och råd i form av åtgärder som underlättar omställning till nytt arbete, s k omställningsstöd. ”⁷¹

4.7.2 Företrädesrätt till återanställning

Företrädesrätten till återanställning är sammanlänkat med LAS regler om turordning (22§ LAS). Det är principen om sist in – först ut och hela tankesättet om en förvärvad rätt till anställningstrygghet där längre tid som anställd ger ett högre skydd som samverkar med företrädesrätten. Det är turordningsreglerna i LAS som anger den inbördes ordningen mellan flera kvalificerade arbetstagare, som ger en *objektivitet i återanställningsrättens skyddsvärde*, även om det i det enskilda fallet finns en risk för missbruk.

Den som på grund av arbetsbrist förlorat sin anställning, oavsett ifall anställningen varit tidsbegränsad eller tillsvidare har i vissa fall rätt till återanställning (ett vikariats avslutande på grund av att den ordinarie arbetstagaren återkommer i tjänst, ses här som att anställningen avslutades på grund av arbetsbrist, min kommentar).

⁷¹ <http://www.trs.se/media/41066/omstallningsavtal-gult.pdf>, se även TSL: <http://www.tsl.se/arbetsgivare-och-fack/villkor/> mellan Svenskt Näringsliv och LO som endast omfattar tillsvidareanställda, det finns en tendens till att vilja korta ner kvalifikationstiden och omfatta även tidsbegränsade anställningar från arbetstagar sidan, se t.ex <http://www.fsa.se/Nyhetsarkiv/Nyhetslista-2014/Nytt-omstallningsavtal-klart-inom-staten/> att det förekommer en debatt om att även visstidsanställda ska omfattas av omställnings och trygghetsavtal framgår av förhandlingarna mellan PTK och Svenskt Näringsliv; <https://www.sjf.se/nyheter/201312/ptk-och-svenskt-naringsliv-forhandlar-om-ett-nytt-omstallningsavtal>

Företrädesrätten kommer av 25§ LAS och är semidispositiv. Ifall en tidsbegränsad anställning ingåtts med stöd av kollektivavtal gäller kollektivavtalets regler om företrädesrätt. Ifall kollektivavtalet saknar regler om företrädesrätt gäller 25§ LAS.⁷² Det är endast vid anställningar som upphör på grund av arbetsbrist som företrädesrätten till återsanställning uppkommer, detta framgår tydligt av AD 2003:53;

I AD 2003:53 hade en universitetslärare tidsbegränsad anställning med stöd av högskoleförordningen. När hon inte fick sin tidsbegränsade anställning förnyad var frågan ifall om arbetsgivaren var skyldig att enligt 15§ LAS lämna besked i förväg om att fortsatt anställning inte skulle erbjudas. AD hade även att ta ställning till ifall anställningen skulle anses ha upphört på grund av arbetsbrist eller på grund av personliga skäl. AD konstaterar i domskälen att anställningen av läraren upphört på grund av personliga skäl och inte arbetsbrist, trots att det är ostridigt att läraren inte missköt sitt arbete. Tjänsten som läraren besatt fanns alltså kvar, alltså kunde anställningen inte ha avslutats på grund av arbetsbrist. Lärarens tidsbegränsade anställning hade ingåtts inte med stöd av LAS utan med stöd av högskoleförordningen, där själva grunden till möjligheten att tidsbegränsat anställa lärare inom konstnärlig verksamhet är förnyelse för de studerandes bästa.⁷³

Genom AD 2003:53 kan även påpekas att det inte finns något likhetstecken mellan personliga skäl och misskötsamhet, här fanns personliga skäl trots god arbetsinsats, även genom AD 1986 nr 60 framkommer samma sak, då anställning avslutats på grund av förestående militärtjänstgöring. Detta bedömdes vara personliga skäl, inte arbetsbrist och företrädesrätt till återanställning uppkom inte.

Förhållandet att företrädesrätten även gäller vid tidsbegränsade anställningar har inneburit en sorts anställningstrygghet för personer med tidsbegränsade anställningar, detta har också påpekats av den svenska regeringen i diskussionerna med kommissionen som en del av skyddet mot missbruk av visstidsanställningar, se mer utförligt om detta i kapitel 5. Det är möjligt att hävda företrädesrätt till vikariat,

⁷² Glavå s 305 f

⁷³ AD 2003:53

även om det nya vikariatets längd gör att anställningen omvandlas till en tillsvidareanställning.⁷⁴

För att åtnjuta företrädesrätt till återanställning måste arbetstagaren ha uppnått kvalifikationstiden på 12 månaders arbetstid hos arbetsgivaren under de senaste tre åren, alternativt sex månaders säsongsanställning under de senaste två åren. Arbetstagaren kan kvalificera sig på det ena eller det andra sättet, eller båda. Tolv månaders anställning kvalificerar arbetstagaren till samtliga lediga tjänster (inom dennes kompetens), sex månaders säsongsanställning under de senaste två åren kvalificerar arbetstagaren för ny säsongsanställning.⁷⁵

Återanställningsrätten uppkommer efter kvalifikationstiden, beskriven ovan och gäller under en viss tid. Tiden under vilken företrädesrätten gäller räknas från dess uppsägning skedde, eller i fråga om tidsbegränsade anställningar från dess att arbetstagaren meddelades att anställningen inte skulle fortsätta enligt 15§ LAS, ifall sådant meddelande måste lämnas (i sin tur begränsat till tidbegränsade anställningar med en sammanlagd längd av tolv månader under den senaste treårsperioden).⁷⁶ Återanställningsrätten är även i övrigt kringgärdad med en del formalia som både arbetsgivare och arbetstagare har att iaktta. Arbetstagare som kvalificerat sig för rätt till återanställning måste anmäla sitt anspråk enligt 27§ LAS, arbetsgivaren måste informera arbetstagaren om detta. Ifall arbetsgivaren inte informerar arbetstagaren bibehålls företrädesrätten även ifall arbetstagaren inte anmält sitt anspråk enligt 27§ LAS.⁷⁷ Rätten till högre sysselsättningsgrad (nedan kap 3.7.3) går före rätten till återanställning ifall en tjänst är föremål för anspråk enligt båda reglerna.⁷⁸ Att företrädesrätten vid en kvalifikation på tolv månader under en två års period åsyftar alla anställningsformer framgår av AD 2000:26.

Den svenska arbetsrätten innehåller många element som avviker från övriga Europa. Turordningsreglerna i LAS är i mångt och mycket ett svenskt fenomen, kopplat till dessa och det mest framträdande skyddet för tidsbegränsat anställda är företrädesrätten till återanställning. Det finns ingen jämförbar rätt till återanställning i andra europeiska länder. Rätten till återanställning ger ett effektivt skydd mot missbruk i en generell lydelse. Den förvärvade rättigheten

⁷⁴ Källström m.fl s 118

⁷⁵ Lunning Lars, Toijer Gudmund, Anställningsskydd EN LAGKOMMENTAR, Nordstedts, 2010 s 666ff

⁷⁶ Lunning m.fl s 571f

⁷⁷ Lunning m.fl s 692

⁷⁸ Lunning, m.fl s 666

avser inte endast erbjudande om ny visstidsanställning, den avser även ledig tillsvidareanställning. Företrädesrätten till återanställning verkar som en extra skyddslagstiftning för tillsvidareanställda, liksom företrädesrätten till högre sysselsättningsgrad gör till mindre del. Stora delar av arbetsmarknaden omfattas dessutom av trygghets och omställningsavtal som även de verkar genom att skydda (även tidsbegränsat) anställda vid anställningens upphörande.

Mia Rönmar och Ann Numhauser-Henning har i en artikel⁷⁹ tagit upp många intressanta aspekter av den svenska arbetsrätten avseende AD:s praxis, turordningar, arbetsgivarens prerogativ och arbetsgivarens omplaceringsskyldighet enligt 7§ 2 st LAS. Även om artikeln inte direkt behandlar visstidsanställningar, tas giltigheten av arbetsbristuppsägningar på grund av avvisat omplaceringserbjudande enligt 7§ 2st LAS upp, något som är intimt sammankopplat med rätten till återanställning, vilken är kanske det viktigaste arbetsrättsliga skyddet för visstidsanställda arbetstagare. Arbetsgivarens rätt att leda arbetet minskar ibland skyddsvärdet av företrädesrätten, särskilt i samband med större omorganisationer eller i samband med arbetsbristsituationer med många arbetstagare inblandade. AD har konstaterat⁸⁰ att vid en förväntad arbetsbristsituation ska arbetsgivare först omplacera arbetstagaren enligt LAS 7§ 2st ” En uppsägning är inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig”, innan arbetsbristen uppstår och omplacering enligt LAS 7§ 2st kan ske utan beaktande av turordningsreglerna. Det är alltså fritt fram för arbetsgivaren att omplacera de arbetstagare han finner mest lämpliga för fortsatt anställning enligt 7§ 2st, oaktat turordningen. Först sedan detta är gjort måste arbetsgivaren ta arbetstagarnas inbördes turordning i beaktande, när arbetsbristen uppkommer.⁸¹

En arbetsgivare kan slippa undan företrädesrätten för en särskild arbetstagare genom att ge denne ett mindre attraktivt erbjudande, som förvisso räknas som skäligt genom den praxis som AD fastställt. I AD 2009:50 räknades omplaceringserbjudandet som skäligt trots att det innebar en ökad pendling på 10 till 15 mil per dag för arbetstagaren. Tackar den med företrädesrätt nej till erbjudandet, oavsett hur dåligt det är, förloras företrädesrätten, så länge som erbjudandet inte är oskäligt. I AD 2009:50 refererade domstolen också till prop. 1973:129 och påpekade att ifall den anställde tackar nej till ett skäligt erbjudande från arbetsgivaren, behöver

⁷⁹ Rönmar, Mia och Numhauser-Henning Ann

⁸⁰ AD 2009:50, Lunning m.fl. kommenterar rättsfallet med att arbetsgivaren så länge han inte handlar diskriminerande eller i strid med god sed på arbetsmarknaden kan fullgöra omplacering enligt 7§ som han anser bäst för sin verksamhet, utan hänsyn till turordningsregler. S 511

⁸¹ Rönmar, Mia och Numhauser-Henning Ann s 16ff

arbetsgivaren i allmänhet inte komma med fler erbjudanden om arbete, något som borde kunna tolkas som att företrädesrätten gått förlorad även med ett erbjudande om omplacering enligt 7§ LAS, före det att arbetsbristen uppstått.

Ett avvisande av ett skäligt erbjudande enligt 7§ 2st LAS gör både uppsägningen på grund av arbetsbrist giltig och medför att återanställningsrätten förloras. En arbetstagare kan inte förkasta ett erbjudande om omplacering enligt 7§ 2 st LAS med förhoppningen att förvärva en företrädesrätt till återanställning och vänta på attraktivare erbjudanden enligt denna.⁸²

Det är förknippat med stora risker för arbetstagaren att tacka nej till ett skäligt erbjudande. Ifall arbetstagaren tackar nej för att han finner erbjudandet mindre attraktivt tar han risken att även om erbjudandet för honom framstår som oskäligt, kan det vara skäligt enligt AD:s praxis.

“The seniority rules first offer protection when a dismissal is actually realised, and to turn down a reasonable offer of alternative work sets aside the employment protection.”⁸³

Att det faller inom arbetsgivarens prerogativ att leda och fördela arbetet genom att vid en arbetsbristsituation först omplacera efter eget skön och verksamhetens behov enligt LAS 7§ 2st sedan, efter omorganisationen/omplaceringarna är genomförda ta hänsyn till anställningstid och ålder enligt turordningsreglerna bekräftades sedermera i rättsfallen AD 2011:30 och AD 2012:11.

Lunning m.fl anger angående arbetsgivarens möjligheter att anpassa verksamheten så att företrädesrätten inte kan utnyttjas att:

”Företrädesrättsreglerna hindrar inte en arbetsgivare från att organisera sin verksamhet så att det får till följd att företrädesrätten inte kan utnyttjas, förutsatt att arbetsgivaren handlande inte kan betraktas som otillbörligt.”

Arbetsgivaren har ofta valmöjligheter, han kan nyttja bemanningsföretag och därmed slippa det risktagande som en anställning innebär. Han kan helt enkelt låta bli att anställa, det finns i svensk rättsskipning inget tvång att anställa någon alls, även då ett faktiskt behov finns, se AD 1980:54:

Att arbetsgivaren ensam beslutar om nyanställningar framgår av AD 1980:54 där ett företag sagt upp anställda på grund av arbetsbrist och under den tid de anställda fortfarande omfattades av återanställningsrätten hyrt in arbetskraft från ett annat företag. AD kom fram till att det var tillåtet och inte

⁸² Lunning m.fl. s 515

⁸³ Rönmar, Mia och Numhauser-Henning Ann s 19

innebar ett kringgående av 25§ LAS. Med hänvisning till Prop. 1973:129 (förarbete till 1974 års LAS) säger AD att det är arbetsgivaren ensam som avgör när han ska anställa.⁸⁴

4.7.3 Företrädesrätt till tjänst med högre sysselsättningsgrad

Även företrädesrätten till högre sysselsättningsgrad enligt LAS 25 a § gäller både tillsvidareanställda deltidsanställda och deltidsanställda med en tidsbegränsad anställning, en något oklar formulering avseende detta återfinns i AD 2000:51 där tillsvidareanställda och deltidsanställda jämföras i rätten till högre sysselsättningsgrad, i varje fall så länge ”den ökade sysselsättning som arbetstagaren kan göra anspråk på inte omfattar en längre tidsperiod än den arbetstagaren redan är anställd för”.⁸⁵ Av uttalandet, torde man kunna sluta sig till att redan visstidsanställd arbetstagare har rätt till ökad sysselsättning inom tidsgränsen som är satt för den tidsbegränsade anställningen, huruvida rätten till utökad sysselsättningsgrad gäller även ifall den pågående tidsbegränsade anställningen utökas i längd (senare slutdatum) är baserat på AD:s uttalande oklart. Även regeln om företrädesrätt till utökad sysselsättningsgrad, kan eftersom den gäller såväl tillsvidare som deltidsanställda sägas utgöra en del av det skydd som den svenska arbetsrättsmodellen i sin helhet ger mot missbruk av tidsbegränsade anställningar (min kommentar).

5 Införlivandet av visstidsdirektivet i Svensk rätt

Hur och på vilket sätt EU-regler kan och ska implementeras i medlemsländernas rättsordningar är intimt sammankopplat med frågeställningarna i detta arbete. EU-rätten kan vara *direkt tillämplig* eller ha *direkt effekt*. Med direkt tillämplig menas att inga särskilda åtgärder behöver vidtas av medlemslandet för att regeln ska vara gällande rätt i medlemslandet. En EU-regel som är direkt tillämplig kan åberopas i nationell domstol och inför nationella myndigheter

⁸⁴ AD 1980:54, se även AD 2007:72 där rätten att genom bemanningsföretags försorg hantera arbetstoppar under pågående företrädesrättperiod för uppsagda anställda slås fast.

⁸⁵ AD 2000:51

liksom en nationell lag.⁸⁶ EU:s fördrag är direkt tillämpliga i medlemsländerna, EU:s direktiv är däremot inte direkt tillämpliga i medlemsländerna. Det är upp till varje medlemsland att införliva direktiven i den egna rättsordningen, huvudsakligen genom lagstiftning.⁸⁷

Som tidigare nämnts och utretts ska Sverige för att uppfylla visstidsdirektivet uppfylla en eller flera av punkterna som räknas upp i klausul 5 eller ha nationella rättsregler som uppfyller den skyddsnivå som eftersträvas i direktivet. Att man ordagrant inte uppfyller en eller flera av punkterna står klart, frågan är då ifall man ändå uppfyller direktivet genom att de nationella rättsreglerna ger motsvarande skydd?

Det framgår av visstidsdirektivets klausul 8, samt av de rättsfall som refererats (se till exempel *Impact*, kap 4.4.2) att det är upp till medlemsländerna själva att införliva direktivet i nationell rätt. Visstidsdirektivet ger en miniminivå, direktivets syfte får inte äventyras. Sättet att uppnå den eftersträvade skyddsnivån är valfritt för medlemsländerna. Oavsett på vilket sätt den skyddsnivå som eftersträvas i direktivet uppnås är direktivets minimikrav uppfyllda. Uppräkningen i klausul 5 avser vad som måste göras i nationell rätt ifall den eftersträvade skyddsnivån inte uppnås på annat sätt. EU-domstolen anger i *Impact*-målet att det är upp till medlemsländernas skönsmässiga bedömning att avgöra huruvida den eftersträvade skyddsnivån redan uppnås genom nationell rätt. Om den inte gör det, ska medlemsländerna införa en av punkterna i klausul 5 för att den eftersträvade skyddsnivån ska uppnås. Sveriges regering gjorde den skönsmässiga bedömningen att den eftersträvade skyddsnivån redan var uppnådd vid införandet av direktivet, helt i enlighet med direktivet och med vad EU-domstolen fastställt.

Vid tiden för införlivande av visstidsdirektivet ansåg den svenska regeringen att svensk rätt redan uppfyllde de krav som fanns. Denna uppfattning delades dock inte av alla. Sedan man försvagat skyddet i LAS mot missbruk av visstidsanställningar anmälde det svenska fackförbundet TCO Sverige inför kommissionen.

5.1 TCOs anmälan

EU:s visstidsdirektiv och de förpliktelser som medföljer för medlemsländerna har redan berörts i *kapitel 4 EU-rätten*. Efter ändringen av LAS 2007 anmälde TCO Sverige till EU-kommissionen för ”bristande genomförande av Direktiv 1999/70/EG om ramavtalet

⁸⁶ Nyström s 39

⁸⁷ Nyström s 39

om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP⁸⁸. Det TCO vände sig mot i genomförandet av visstidsdirektivet var klausul 5, gällande stapling av visstidsanställningar på varandra, samt klausul 8.3 att genomförandet av direktivet inte får innebära en sänkning av skyddsnivån för de visstidsanställda. Sveriges regering gjorde vid tidpunkten då tidsfristen för att genomföra direktivet löpte ut bedömningen att Sverige redan uppfyllde de krav som fanns på skydd för visstidsanställda. TCO ansåg, vilket framgår av anmälan att ändringarna i 2007 års LAS urholkar det skydd Sverige vid tiden för genomförande ansåg sig ha, samtidigt som nya skyddsregler som införs är otillräckliga för att kunna anses genomföra direktivet. TCO specificerar kritiken i genomgång av 2007 års LAS. De ändringar TCO anser urholka skyddet för tidsbegränsat anställda är, en ny anställningsform införs *allmän visstidsanställning*. Denna anställningsform som är för viss tid, behöver inte i likhet med tidigare form av LAS tillåtna tidsbegränsade anställningar motiveras utifrån ett behov (som tidigare nämnts under EU-rätten ställer visstidsdirektivet detta krav på tidsbegränsade anställningar). TCO anser vidare att skyddet som stipuleras i visstidsdirektivet mot obegränsat staplande av visstidsanställningar på varandra blir otillräckligt. Kvalifikationsregler finns för när tidsbegränsade anställningar omvandlas till tillsvidareanställningar, dessa är enligt TCO otillräckliga och särskilt det förhållande att olika former av tidsbegränsad anställning inte räknas samman för att uppnå kvalifikation är graverande. TCO exemplifierar i anmälan hur ett missbruk kan gå till med olika anställningsformer som avlöser varandra för att undvika kvalifikation till tillsvidareanställning.

TCO hänvisar till en egen undersökning beställd av Novus opinion där 1125 visstidsanställda tillfrågats hur länge de varit visstidsanställda hos sin *nuvarande arbetsgivare*⁸⁹, man kommer baserat på undersökningen fram till att cirka 65000 arbetstagare i Sverige varit visstidsanställda i mer än fem år hos sin nuvarande arbetsgivare.

Undersökningen kan inte tas som absolut sanning, det statistiska underlaget är 1125 anställda baserat på en målgrupp om 639400 (SCB:s uppgifter om antalet visstidsanställda från Maj 2013), det vill säga 0,17% av målgruppen är tillfrågad, ett urval som i och för sig är tillräckligt för en viss statistik säkerhet, TCO redovisar dock inte vad de använt för konfidensintervall eller hur de hittat subjekten i undersökningen. För frågeställningarna i uppsatsen är undersökningen inte särskilt viktig, då graden av missbruk troligen

⁸⁸ <http://www.tco.se/Global/Visstid/EU%20ANM%C3%84LAN%20LAS.pdf>

⁸⁹ <http://www.tco.se/Aktuellt/Pressmeddelande/pres2013/TCO-Statistik-bevisar-missbruk-av-visstidsanstallningar/>

inte är särskilt relevant i EU-domstolens syn på införlivandet av en skyddsregel (min kommentar).

Svenskt Näringsliv lät New Republic granska TCO:s undersökning och publicerade en rapport över resultatet, där man var mycket kritisk till TCO:s undersökning. Kritiken gick i korthet ut på; Metodfel i urvalet avseende ålder och utbildningsnivå hos de tillfrågade. Längre än tre månaders uppehåll mellan visstidsanställningar hos samma arbetsgivare (då kan inte anställningarna anses vara på varandra följande, min kommentar). Man har inte tagit hänsyn till de fall där LAS är bortavtalad genom kollektivavtal eller där specialagstiftning reglerar visstidsanställningar (exempelvis universitets och högskolesektorn). Man tar heller ingen hänsyn till säsongsanställningar där samma arbetstagare ofta återkommer år efter år utan att det skulle innebära missbruk.⁹⁰

5.2 EU-kommissionens kritik mot Sveriges införlivande av visstidsdirektivet.⁹¹

EU-kommissionen delar i stort sätt TCO:s uppfattning enligt anmälan, man konstaterar att missbruk av tidbegränsade anställningar kan förekomma. Att (mars 2010) nuvarande regler möjliggör missbruk på ett sätt som exemplifieras av möjligheten för en arbetsgivare att ha en arbetstagare anställd i sex månader som säsongsarbete, sedan 23,5 månader i allmän visstidsanställning följt av 23,5 månader som vikarie och slutligen ytterligare sex månader som anställd för viss säsong. I detta exempel hade den anställda varit anställd genom olika former av tidbegränsade anställningar i sammanlagt nästan fem år. Man pekar också på möjligheten att en arbetstagare varje år arbetar fyra månader med allmän visstidsanställning, fyra månader som vikarie och ytterligare fyra månader som säsongsanställd. I detta exempel skulle arbetstagaren behöva arbeta i sammanlagt sex år innan anställningen kvalificerades som tillsvidareanställning⁹² I EU-kommissionens formella yttrande per den 18.03.2010 framgår även den Svenska regeringens svar på frågor ställda av kommissionen. Kommissionen frågade i en skrivelse från den 14

⁹⁰http://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmaterial/Rapporters/en-analys-av-det-pastadda-missbruket-av-visstidsanstallningar_573723.html/BINARY/En%20analys%20av%20det%20p%C3%A5st%C3%A5dda%20missbruket%20av%20visstidsanst%C3%A4llningar

⁹¹ <http://www.tco.se/Global/Visstid/Kommissionens%20underr%C3%A4ttelse.pdf>

⁹² <http://www.tco.se/Global/Visstid/Kommissionens%20underr%C3%A4ttelse.pdf> s 3
Eftersom kvalifikationen uppkommer efter 2 år under en femårs period kan man med kommissionens exempel i teorin faktiskt vara visstidsanställd inte bara i 6 år som anges i referensen, visstidsanställningarna kan i detta exempel fortgå i evighet då det under de senaste 5 åren var anställning för sig aldrig överstiger 24 månader (min kommentar).

Mars 2008 vad som omfattas i begreppet allmänt visstidsanställd enligt 5§ LAS samt varför det saknas krav på objektiva skäl eller antalet förnyanden i svensk lagstiftning. I regeringens svar på frågan anger Regeringen sin ståndpunkt att för att en arbetsgivare ska få använda sig av anställningsformen allmänt visstidsanställd ska ett behov av en tidsbegränsad anställning finnas (detta borde kunna tolkas som att ifall behovet av arbetskraft är permanent är anställningsformen allmän visstid inte tillåten, min kommentar).

5.3 Sveriges regerings svar på kommissionens kritik

I svarets inledning konstaterar Sveriges regering att man inte godtar kommissionens uppfattning. Enligt Sveriges Regering fastställer klausul 5 i bilagan till visstidsdirektivet enligt EU-domstolen ett allmänt mål för medlemsstaterna att förebygga missbruk av på varandra följande visstidsanställningar. Enligt vad EU-domstolen har fastställt ges emellertid medlemsländerna själva rätt att bestämma på vilket sätt det i klausul 5 uppställda målet ska nås.⁹³

Regeringen anser i sitt svar att LAS innehåller de regler mot missbruk som behövs för att uppfylla målet att förhindra missbruk av visstidsanställningar som anges i klausul 5. Detta exemplifieras av objektiva skäl för användandet av visstidsanställningar, regler om automatisk övergång till tillsvidareanställning och företrädesrätten till återanställning vid uppsägning på grund av arbetsbrist. En arbetstagare har vid en lagstridig visstidsanställning möjlighet att få sin sak prövad i domstol som kan besluta att en visstidsanställning som ingåtts i strid med lag ska anses vara en tillsvidareanställning, arbetstagaren har även möjlighet att få skadestånd. Regeringen anser att regelsystemet sammantaget förhindrar missbruk på ett sätt som uppfyller kravet i klausul 5 i bilagan till visstidsdirektivet.⁹⁴

5.4 Kommissionens motiverade yttrande⁹⁵

⁹³ Regeringskansliet, Arbetsmarknadsdepartementet, Rättssekretariatet, *Svar på formell underrättelse angående Sveriges införlivande av rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (KOM:s ref. SG-Greffe (2010)D/3836, ärendenummer 2007/4835)*, Dnr A2010/940/ARM, 2010-06-21 s 2

⁹⁴ Regeringskansliet, Arbetsmarknadsdepartementet, Rättssekretariatet, *Svar på formell underrättelse angående Sveriges införlivande av rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (KOM:s ref. SG-Greffe (2010)D/3836, ärendenummer 2007/4835)*, Dnr A2010/940/ARM, 2010-06-21 s 11 f

⁹⁵ Motiverat yttrande riktat till Sverige i enlighet med artikel 258 i FEUF till följd av underlåtelse att överföra klausul nr 5 i ramavtalet i bilagan till direktiv 199/70/EG

Kommissionen påpekar att inget har hänt sedan kommissionens kritik av Sveriges implementering av visstidsdirektivet inleddes. Två lagförslag har misslyckats och därför är den juridiska situationen densamma som 2010. Kommissionen påpekar att LAS innehåller en enda bestämmelse för att förhindra missbruk genom staplande av visstidsanställningar på varandra, 5§ LAS som säger att anställningen övergår till en tillsvidareanställning efter två år av antingen ASVA eller vikariat. Kommissionen konstaterar att tidsgränserna för de olika anställningsformerna inte kan räknas samman för att uppnå kvalifikation. Eftersom olika typer av tidsbegränsade anställningar inte räknas samman för att uppnå kvalifikation kan en arbetsgivare genom att alternera anställningsform dra ut på en visstidsanställning i det oändliga. Att det i den svenska lagstiftningen inte finns definierat vad som är på varandra följande förvärrar enligt kommissionen problemet. Att det dessutom saknas åtgärder som förhindrar missbruk av säsongsanställningar, som därför kan användas i kombination med det andra tidsbegränsade anställningarna gör situationen ännu mer graverande.

5.5 Sveriges regerings svar på kommissionens motiverade yttrande⁹⁶

Regeringen anser att Sverige uppfyller de krav som ställs i visstidsdirektivets klausul 5.1. I svaret på kommissionens motiverade yttrande motiveras denna uppfattning. Två av de i LAS tillåtna visstidsanställningarna har ett objektivitetskriterium, Vikariat och säsongsanställning. För både allmän visstidsanställning och vikariat har tidsgränser införts. Anställning för personer över 67 år i tidsbegränsad form har socialpolitiska skäl.

Man påpekar att handlingsutrymmet för införandet av ramavtalet är stort så länge de "nationella åtgärderna sammantaget effektivt motverkar missbruk av visstidsanställningar"⁹⁷ Regeringen anser att den svenska arbetsmarknadsmodellen och dess regler i stort ger motsvarande skydd som eftersträvas i ramavtalet. I den svenska arbetsmarknadsmodellen finns möjligheter för fackliga föreningar att ingripa mot missbruk. Lagens semidispositivitet som möjliggör

om ramavtalet om visstidsarbete. Överträdelse nummer 2007/4835. Av den 2013-02-33

⁹⁶ Regeringskansliet, Arbetsmarknadsdepartementet, Rättssekretariatet, *Svar på formell underrättelse angående Sveriges införlivande av rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (KOM:s ref. SG-Greffe (2010)D/3836, ärendenummer 2007/4835)*, Dnr A2010/940/ARM, 2010-06-21

⁹⁷ <http://www.tco.se/Global/Visstid/Svar%20130422%20p%c3%a5%20MY%202007-4835.pdf> s 2

anpassade regler genom kollektivavtal. Arbetstagare som anställts i strid med gällande regler kring tidsbegränsade anställningar kan få rättelse i domstol där anställningen kan förklarars gälla tillsvidare, samt få skadestånd. Det finns även en företrädesrätt till återanställning för arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist, sammantaget bidrar den svenska arbetsmarknadsmodellen till att på ett effektivt sätt förhindra missbruk av visstidsanställningar.

Regeringen hänvisar till mål C-212/04 Adeneler m.fl p.65 där EU-domstolen uttalat att ifall det finns likvärdiga nationella bestämmelser för att förhindra missbruk (av visstidsanställningar) som uppfyller samma syfte som reglerna i klausul 5 finns det inget krav att införa reglerna i klausul 5, förutsatt att de nationella reglerna är likvärdiga.

5.6 TCO:s förslag

Tco:s förslag till ändring av LAS 5§ för att uppfylla visstidsdirektivet är:

”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 i allmän visstidsanställning, vikariat, säsongarbete eller provanställning i sammanlagt mer än tre år, övergår anställningen till en tillsvidareanställning.”⁹⁸

5.7 Regeringens förslag till ändring av LAS, DS 2015:29

Den 12 Maj 2015 publicerade den Svenska regeringen en promemoria DS 2015:29 som med titeln ”Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar”. Den nuvarande begränsningsregeln för allmän visstidsanställning (här åsyftas LAS 5§ 2st ” Om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år, eller som vikarie i sammanlagt mer än två år, övergår anställningen till en tillsvidareanställning”) kompletteras med en ny regel. Förändringen består i att en allmän visstidsanställning automatiskt omvandlas till en tillsvidare anställning ifall den sammanlagda anställningstiden i anställningsformen allmän

⁹⁸ http://www.tco.se/Documents/TCOs%20f%C3%B6rslag%20visstid%202013_nytt.pdf

visstidsanställning överstiger två år. Det finns ingen tidsram under vilka dessa två års allmän visstidsanställning ska ha inträffat (jämför LAS 5§ st ovan). Staplandet av anställningar definieras också; med staplande avses då tidsbegränsade anställningar följer på varandra utan uppehåll eller med högst 180 dagars mellanrum. Vid staplande av tidsbegränsade anställningar räknas samtliga enligt LAS tillåtna tidsbegränsade anställningar in i staplandet, det är dock endast formen allmän visstidsanställning som kvalificerar den anställde för automatisk tillsvidareanställning. Undantag görs för arbetstagare över 67år. Arbetstagare med tidsbegränsad anställning ska enligt förslaget få rätt till preciserad information från arbetsgivaren om "sådan som har betydelse för rätten till en tillsvidareanställning".⁹⁹

Syftet med lagändringsförslaget är att begränsa möjligheterna att använda upprepade visstidsanställningar, förbättra arbetstagskyddet för utsatta grupper samt att se till att LAS uppfyller de krav på förebyggande av missbruk som finns i visstidsdirektivet.

Man avser inte att förändra LAS semidispositivitet, även i fortsättningen ska det gå att i kollektivavtal avtala annat än det som LAS anger. DS 2015:29 finns som bilaga till uppsatsen.

6 Diskussion

EU-domstolen är betydligt mer individualistisk i sitt synsätt än den svenska arbetsrätten är. Jag har i uppsatsen visat på skillnaderna i synsätt. Den svenska rättstraditionen inom arbetsrätt innefattar ett stort mått av självreglerande hos arbetsmarkandens parter och ett minimum av myndighetsinblandning. Därutöver finns det en rättslig och social acceptans för att individen ibland måste offras för kollektivets bästa. Det är detta synsätt, vilket jag tror är oförenligt med EU-domstolens synsätt som kommer fram när Sveriges regering anför att missbruket av visstidsanställningar i varje fall är ringa. EU-domstolen hade med sin betydligt mer individualistiska grundsyn inte tagit hänsyn till missbrukets omfattning, domstolen hade troligen sett på möjligheterna till missbruk oavsett frekvens. Företrädesrätten ger ett bra anställningsskydd för visstidsanställda, det förvårar missbruk av de tidsbegränsade anställningsformerna. Skyddet omfattar dock inte varje individ och kan som framgått tidigare i det enskilda fallet missbrukas.

EU-domstolens syn på det individuella skyddet belyses av de refererade rättsfallen i kapitel 4.3, även om medlemsländerna har en hög grad av frihet i införandet av visstidsdirektivet får inte direktivets

⁹⁹ DS 2015:29 s 3

syfte eller ändamålsenliga verkan äventyras. I direktivets syfte ingår skydd för den enskilde arbetstagaren mot missbruk av tidsbegränsade anställningar.

Att missbruk i realiteten inte skulle vara särskilt vanligt är ett svagt argument. Sveriges regering har gett SCB i uppdrag att undersöka om och till vilken grad anställningar för visst tid de facto missbrukas av arbetsgivare och angav tidigare att man hade för avsikt att vänta tills SCBs rapport är klar innan några nya förändringar i genomförandet av direktivet genomfördes. Nu kom ett förslag om ny LAS i maj 2015, DS 2015:29, antagligen föranledd dels av kommissionens kritik, dels av det regeringsskifte som ägde rum i valet 2014. I EU-domstolens synsätt är antagligen SCBs rapport och resultatet av denna är mindre intressant. Det kan givetvis vara än mer angeläget att rätta till ett felaktigt genomförande med för svag skyddsnivå för arbetstagare ifall missbruket skulle vara utbrett. Ifall missbruket skulle vara ringa, tar det dock inte bort regeringens ansvar för genomförandet av direktivet. Ett ringa missbruk förminskar inte heller graden av skyddsvärde för utsatta arbetstagare.

6.1 Rättsekonomisk analys

LAS, TCO:s förslag och DS 2015:29 ställs mot varandra, vilket förslag ger mest skydd för arbetstagarna, vilket förslag kostar mest och undanröjs eventuella tvivel avseende visstidsdirektivets införlivande i svensk rätt med förslagen?

Den rättsekonomiska analysen säger att antalet ingångna anställningskontrakt blir färre än med en alternativ lösning med mindre transaktionskostnader. Ifall transaktionskostnaderna blir för höga säger teorin att den frivilliga transaktionen inte kommer till stånd. I alla tre förslagen finns en riskpremie i form av framtida osäkerhet gällande ifall avtalsförhållandet som ingicks utvecklas till något annat än det avtalsparterna avsåg.

Även i de fall det finns objektiva motiverade skäl finns för varje enskild anställning räknas de olika anställningarna samman till en uppnådd kvalifikationstid. Anställningen omvandlas då till en tillsvidareanställning, även i de situationer där behov inte finns och en omedelbar arbetsbristsituation blir den oundvikliga följden. Med dagens regler kan en vikarie som vikarierar för samma arbetsgivare under en längre tid bli tillsvidareanställd utan att det finns ett behov att fylla. Arbetstagaren hamnar i vid detta tillfälle i turordningslistan och aningen blir denna eller någon annan uppsagd på grund av

arbetsbrist.¹⁰⁰ Dessa förhållanden ökar transaktionskostnaderna (osäkerhet avseende kontraktets ingående, kostnader för kontroll, kostnader för avslut av kontraktet) därmed minskas kvasiräntan (här värdet av att anställa jämfört vad den anställde begär i vederlag). Det finns för arbetsgivaren en betydande osäkerhet vid den tidsbegränsade anställningens ingående om vad den kommer att utmynna i. Reglerna om företrädesrätt som är ett extra skydd för den anställde medför också att kvalifikationstiden för tillsvidareanställning i vissa fall kommer att uppnås per automatik. Ett vikariat för föräldraledighet ingås, efter 12 månader uppkommer företrädesrätt till återanställning, ett nytt vikariat erbjuds vid nästa vakans, följt av nästa. Alla vikariaten för olika arbetstagare räknas samman och anställningen omvandlas till en tillsvidareanställning utan att det finns ett behov av arbetskraft. Det är hur lätt eller svårt det är att i respektive förslag uppnå denna omvandling som avgör hur stor transaktionskostnaden för den framtid osäkerheten är.

6.1.1 Nuvarande LAS

LAS i nuvarande form är med ett rättsekonomiskt perspektiv effektiv. Av de tre versioner för möjlig framtida LAS som undersöks är nuvarande LAS den mest effektiva. Första frågan om reglerna är klara eller diffusa, osäkerhet är en transaktionskostnad, reglerna är klara i LAS. Liksom i de två andra alternativen.

De transaktionskostnader som påförs de potentiella avtalsparterna i övrigt består av kostnad för kontakt som är mer svårpåverkbar genom lagreglernas utformning och kostnad för kontrakt. Här är det framförallt osäkerheten om vad som sker i framtiden med det ingångna avtalet som ger upphov till transaktionskostnader. I nuvarande LAS är kvalifikationstiden för tillsvidareanställning svårare att uppnå än i de två andra förslagen. Det är lättare att kombinera olika typer av visstidsanställningar för att anpassa arbetskraften efter företagets behov, riskpremien för oönskade tillsvidareanställningar är minst. Skyddet för arbetstagarna är mindre långtgående än i de två övriga förslagen. Mycket talar för att den skyddsnivå som avses i visstidsdirektivet uppnås, men det finns en osäkerhet inför ett framtida rättsligt avgörande.

6.1.2 TCO:s förslag om ny LAS

¹⁰⁰ Se Anställningsskyddslagen, Bylund m.fl s 89 som för samma resonemang i avsnittet kring omvandlingsregeln, vid omvandling enligt 5§ LAS avseende vikariat gäller vid ordinarie arbetstagares återkomst att övertaligheten får lösas med omplacering eller ytterst genom uppsägning på grund av arbetsbrist med iakttagande av turordningsreglerna.

Förslaget uppfyller tveklöst de krav som ställs genom visstidsdirektivet, inte bara genom att ge motsvarande skydd som eftersträvas i direktivet utan även genom att punkt 2 i klausul 5 uppfylls ”bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar”.¹⁰¹ Sett med ett rättsekonomiskt perspektiv är klarheten i reglernas utformning bra.

TCO:s förslag leder till ett ökat risktagande för arbetsgivaren och en ökad trygghet för arbetstagaren. Transaktionskostnaderna ökar relativt nuvarande LAS liksom skyddet för arbetstagaren. Då samtliga former av visstidsanställning räknas samman till en gemensam kvalifikationstid på tre år, utan någon bortre ram gör det att omvandling till tillsvidareanställning uppnås mycket lättare än med nuvarande LAS samt DS 2015:29. Transaktionskostnaderna för arbetsgivaren blir högst med TCO:s förslag av de tre jämförda alternativen.

6.1.3 DS 2015:29

Det kan med fog antas vara så att det överhängande hotet om en fördragsbrottstalan tvingat fram DS 2015:29. Även ifall redan existerande nationell lagstiftning uppfyller den i visstidsdirektivet avsedda skyddsnivån försäkrar man sig här mot ett rättsligt avgörande genom att uppfylla en av de punkter som anges i direktivets klausul 5, punkten 2 ”bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar”¹⁰²

I förslaget definieras vad ”på varandra följande anställningar” är. I förslaget finns en tydlig gräns, 180 dagar. Ifall det finns uppehåll mellan anställningarna i en rad av olika tidsbegränsade anställningar, vare sig det rör sig om vikariat, säsongsanställning eller allmän visstidsanställning ska anställningarna räknas som på varandra följande ifall det förflutit 180 dagar eller mindre mellan dem. Att definiera vad som är på varandra följande ankommer dessutom enligt direktivet på medlemsstaterna själva, ”Medlemsstaterna har själva att efter samråd med arbetsmarknadens parter att bestämma under vilka förutsättningar visstidsanställningar ska betraktas som på varandra följande samt visstidsanställningar.”¹⁰³ Medlemsstaterna får dock inte definiera ett sätt att betrakta på varandra följande som strider mot visstidsdirektivets syfte eller ändamålsenliga verkan.¹⁰⁴ För det andra räknas i förslaget olika typer av tidsbegränsade

¹⁰¹ Visstidsdirektivet klausul 5, 2p

¹⁰² Visstidsdirektivet klausul 5, p2

¹⁰³ Visstidsdirektivet klausul 5

¹⁰⁴ Se Konstantinos Adeneler m.fl mot Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), REG 2006 I-6057

anställningar samman när det ska avgöras ifall de är "på varandra följande", fortfarande räknas vikariat och allmänt visstidsanställning var för sig när det gäller att uppnå de två år som krävs för att den tidsbegränsade anställningen ska övergå i en tillsvidareanställning. Det finns således bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för (det numera definierade) *flera på varandra följande tidsbegränsade anställningar*. Med denna ändring torde allt tvivel avseende implementering av visstidsdirektivet vara undanröjt.

Regeringens förslag DS 2015:29 lägger sig mitt emellan nuvarande LAS och TCO:s förslag. Både avseende transaktionskostnader och arbetstagar skydd. Regeln är klar, liksom de övriga två alternativen. Den är flexiblar än TCO:s förslag i användandet av tidsbegränsade anställningar, kvalifikationstid för tillsvidareanställning uppnås snabbare än i nuvarande LAS. Olika visstidsanställningsformer räknas samman i kedjan av anställningar som utgör ett staplande, men för uppnådd kvalifikationstid räknas vikariat och allmän visstid var för sig. Arbetstagar skyddet är större än i nuvarande LAS, transaktionskostnaden likaså, dock mindre än i TCO:S förslag.

6.1.4 Omställningsavtalen

Så som trygghets och omställningsavtalen är utformade idag bärs kostnaden för otrygga tidsbegränsade anställningar av de arbetstagare som är anställda tidsbegränsat, premien består av att arbetstagare med tidsbegränsade anställningar till stora delar står utanför trygghets och omställningsavtalens tillämpningsområde. För att undvika stora kostnader har man i utformningen av avtalen satt svåruppnådda kvalifikationsregler som minimerar avtalens tillämplighet på tidsbegränsade anställningar. Effekten är att kostnaden undviks genom minskad trygghet för de som kostar mest och behöver den bäst. En fråga som kan ställas är ifall inte den flexibilitet användandet av tidsbegränsade anställningar medför hade varit värd en ökad kostnad för de arbetsgivare som utnyttjar dem mest? Ifall kvalifikationen för att omfattas av omställnings och trygghetsavtal varit mer lättuppnådd för tidsbegränsat anställda hade betydligt fler arbetstagare omfattats av avtalen, detta hade dessutom varit arbetstagare som i större del än tillsvidareanställda utnyttjat den hjälp som finns att få genom avtalen. Den kollektiva finansieringen skapar ett klart incitament hos arbetsgivarna att inte släppa in fler tidsbegränsat anställda i avtalens omfattningsområde; premierna hade gått upp för alla arbetsgivare om så skedde.

Finansieringen är kollektiv, hade det ekonomiska ansvaret varit kopplat till den som hade störst möjlighet att påverka kostnaden hade finansieringen av omställningsavtalen verkat preventivt mot missbruk av visstidsanställningar. Då hade arbetsgivare med ett stort antal

visstidsanställda betalat en högre premie för omställningsskyddet, arbetsgivare med låg personalomsättning och större andel tillsvidareanställda hade betalat en lägre del av omställningsskyddet. Det finns en risk med kostnader som inte bärs av dem som kan påverka kostnaderna att de som kan påverka kostnaden inte känner något ansvar för uppkomsten av kostnaderna, jämför resonemang om att skadeståndsrätten internaliserar kostnader så att den som "bedriver en verksamhet får incitament att utforma verksamheten på det sätt som är samhällsekonomiskt effektivt." av Dahlman m.fl.¹⁰⁵

Med en sådan differentierad premie hade skyddsnivån för de som bäst behöver skydd kunnat ökas, samtidigt som de arbetsgivare som utnyttjar den flexibilitet tidsbegränsat anställda innebär fått bära kostnaden för åtminstone en del av de tidsbegränsat anställdas ökade trygghet. Med en differentiering av premien hade möjligen arbetsgivarkollektivet som helhet också haft lättare att acceptera att fler tidsbegränsat anställda omfattades av avtalen.

6.2 Vilket förslag är effektivast?

TCOs förslag till lösning har redogjorts för. Regeringens förslag till ny LAS, DS 2015:29 likaså, dessa har jämförts med nuvarande LAS avseende arbetstagar skydd och ekonomisk effektivitet (vad de kan antas ha för inverkan på uppkomsten av frivilliga transaktioner dvs sysselsättning). Slutsatsen av jämförelsen är att nuvarande LAS ger svagast skydd för arbetstagarna till minst transaktionskostnader. DS 2015:29 ger ett jämfört nuvarande LAS starkare skydd för arbetstagarna, vilket också medför ökade transaktionskostnader jämfört nuvarande LAS. TCO:s förslag ger det starkaste skyddet för arbetstagarna till den högsta kostnaden i form av transaktionskostnader.

I valet mellan de tre alternativen är nuvarande LAS effektivast samtidigt som ett bra skydd för arbetstagarna upprätthålls. Det finns dock en risk att en eventuell rättslig prövning hade avgjorts till Sveriges nackdel på grund av skillnaderna i synen på individuellt och kollektivt skydd mellan den svenska rättsordningen och EU:s. Ifall det görs alltför lätt omvandla en visstidsanställning till en tillsvidareanställning kan det tillsammans med företrädesrätten motverka syftet med hela arbetsrättssystemet av idag.

LAS är flexibel när det gäller visstidsanställningar, samtidigt finns företrädesrätten till återanställning. Tanken torde vara att tidsbegränsade anställningar till sist ska leda till en

¹⁰⁵ Dahlman m.fl s 127

tillsvidareanställning genom dessa reglers samverkan. Ifall omvandlingen till en tillsvidareanställning blir alltför lätt att uppnå finns en risk att arbetsgivare börjar skydda sig genom att hålla tillfälliga anställningar så korta att företrädesrätt aldrig uppstår. I förarbetena till LAS kan man finna stöd för att tanken med kvalifikationsreglerna var att förhindra missbruk men samtidigt göra det lättare att anställa.¹⁰⁶ Detta goda syfte, bör inte äventyras.

6.3 Rättsvetenskaplig analys; Strider nuvarande rättsläge mot EU-rätten?

Det finns inget definitivt svar på ifall direktivets skyddsnivå är uppnådd eller inte, eftersom endast EU-domstolen genom ett rättsligt avgörande kan ge ett sådant svar, en motiverad bedömning kan dock göras:

Den svenska arbetsrätten ger ett bra kollektivt skydd mot missbruk av staplade visstidsanställningar. De regler som samverkar för att försvåra missbruk har belysts i uppsatsen. Svensk lagstiftning kan dock inte garantera att detta skydd omfattar varje enskild arbetstagare i varje tänkbar situation. Arbetsgivaren leder och fördelar arbetet, i detta prerogativ ingår en potentiell möjlighet att använda de regler som skyddar mot missbruk på ett sätt som i det enskilda fallet möjliggör missbruk. Jag tycker att Sveriges nuvarande skydd mot missbruk av staplandet av visstidsanställningar är bra. Som jurist tror jag inte att EU-domstolen kommer att dela den uppfattningen. EU-domstolen lägger, som framgår i uppsatsen mycket stor vikt vid det individuella arbetstagar skyddet. Den svenska arbetsrätten kan inte garantera det individuella skyddet i varje enskilt fall på ett sätt som jag tror EU-domstolen kräver. Därför hade Sverige förlorat en fördragsbrottsalan.

6.4 Vilken variant av LAS förordas?

Vilket av de tre undersökta varianterna av LAS förordas i uppsatsen? Eftersom jag anser att den skyddsnivå som direktivet avser uppnås i alla tre varianterna förordas den version som medför minst transaktionskostnader och därmed borde leda till flest frivilliga transaktioner, nuvarande LAS. Nuvarande LAS är dock behäftad med en osäkerhet avseende vad ett rättsligt avgörande i EU-domstolen hade sagt. EU-kommissionen hade antagligen inte lämnat ett motiverat yttrande ifall man inte var redo att gå vidare med en fördragsbrottsalan mot Sverige. I uppsatsen framkommer slutsatsen att nuvarande LAS uppfyller den i direktivet avsedda skyddsnivån i

¹⁰⁶ Se prop 2006/06:111 s 28f

generell mening, men att utgången av ett rättsligt avgörande är oviss. Det går konstruera exempel där individens skydd blir för svagt, ifall EU-domstolen avgjort frågan till nackdel för Sverige finns det goda skäl att anta att individskyddet varit den avgörande faktorn.

Nuvarande LAS är behäftad med en osäkerhet avseende ett framtida rättsligt avgörande. Denna osäkerhet i sig medför en transaktionskostnad, samtidigt som skillnaden i kostnad mellan nuvarande LAS och DS 2015:29 trots allt är ganska liten.

Det är den rättsekonomiskt motiverade och ur arbetstagarskydd mest effektiva lösningen att anta DS2015:29 som ny LAS. Transaktionskostnaderna ökar något jämfört nuvarande LAS, men med osäkerheten av ett framtida EU-domstols utslag medräknat är skillnaden försumbar.

Käll och litteraturförteckning

Barnard Catherine, EU EMPLOYMENT LAW, Oxford, Oxford University Press, 2012

Bylund Bo, Viklund Lars, Elmér Anders, Öhman Toivo, Anställningsskyddslagen med kommentar, Falun, Unionen och Nordstedts 2011

Cooter, Robert, Ulen Thomas, Law and Economics, Boston, 2012

Glavå Mats, ARBETSRÄTT, Lund, Studentlitteratur 2011

Dahlman Christian, Glader Marcus, Reidhav David, Rättsekonomi En introduktion, Lund, Studentlitteratur 2004

Isekog Tommy, Tidsbegränsade anställningar, Stockholm, Nordstedts 2014

Korling Fredric och Zamboni Mauro m.fl, Juridisk metodlära, Lund Studentlitteratur 2013

Källström Kent, Malmberg Jonas, Anställningsförhållandet, Västerås, Edita, 2013

Lunning Lars, Toijer Gudmund, Anställningsskydd EN LAGKOMMENTAR, Nordstedts, 2010

Nyström Birgitta, EU och arbetsrätten, Stockholm, Nordstedts 2011

Rönmar Mia, Arbetsledningsrätt och arbetsskyddlighet – En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext, Lund, Juristförlaget, 2004

Rönmar Mia, *Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment* i Rönmar, Mia (red.) Labour Law: fundamental rights and social Europe, 2011, Oxford Hart

Rönmar Mia, LABOUR LAW, FUNDAMENTAL RIGHTS AND SOCIAL EUROPE, Croydon, Hart Publishing, 2011

Vigneau Christophe, Ahlberg Kerstin, Bercusson Brian, Bruun Niklas, Fixed-term work in the EU – A European agreement against discrimination and abuse, Helsingborg, Print AB, 1999

Artiklar

Rönmar, Mia och Numhauser-Henning Ann, FLEXICURITY, EMPLOYABILITY AND CHANGING EMPLOYMENT PROTECTION IN A GLOBAL ECONOMY – a study of labour law developments in Sweden in a European context

Ann Numhauser-Henning, The EU Ban on Age-Discrimination and Older workers: Potentials and Pitfalls, The INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW and INDUSTRIAL RELATIONS, 2013, Kluwer Law

Internet

<http://www.byggnads.se/Documents/Verksamhet/Avtal%20och%20lagar/Byggavtalet%202010.pdf>

<http://www.fsa.se/Nyhetsarkiv/Nyhetslista-2014/Nytt-omställningsavtal-klart-inom-staten>

www.gp.se/ekonomi/1.150733-danmarks-gyllene-triangel-

<https://www.sjf.se/nyheter/201312/ptk-och-svenskt-naringsliv-forhandlar-om-ett-nytt-omställningsavtal>

http://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmaterial/Rapporters/en-analys-av-det-pastadda-missbruket-av-visstidsanstallningar_573723.html/BINARY/En%20analys%20av%20det%20p%C3%A5st%C3%A5dda%20missbruket%20av%20visstidsanst%C3%A4llningar

http://www.tco.se/Global/2013-2014_Genrebilder_nyheter/Regeringens%20svar%20juni%202014%202007-4835%20svar%20p%c3%a5%20kompl%20MY.pdf

http://www.unionen.se/sites/default/files/259_0842_avtalstryck_2013-2016_0.pdf

<http://www.tco.se/Aktuellt/Pressmeddelande/pres2013/TCO-Statistik-bevisar-missbruk-av-visstidsanstallningar/>

<http://www.tco.se/Global/Visstid/EU%20ANM%C3%84LAN%20LAS.pdf>

<http://www.tco.se/Global/Visstid/Kommissionens%20underr%C3%A4ttelse.pdf>

<http://www.tco.se/Global/Visstid/Svar%20130422%20p%c3%a5%20MY%202007-4835.pdf>

http://www.tco.se/Documents/TCOs%20f%C3%B6rslag%20visstid%202013_nytt.pdf

<http://www.trs.se/media/41066/omställningsavtal-gult.pdf>

<http://www.tsl.se/arbetsgivare-och-fack/villkor/>

Samtliga internetkällor kontrollerade 2015-06-20.

Offentligt tryck

Ds 2005:15

DS 2015:29

Prop. 1973:129

Prop. 1981/82:71

Prop 1996/97:16

Prop 2005/06:185

Prop 2006/06:111

Prop 2006/07:111

Prop. 2007/08:95

SOU 2007:391

Rättsfallsförteckning

AD 1980:54

AD 1991:40

AD 2000:51

AD 2002:92

AD 2003:53

AD 2007:72

AD 2009:50

AD 2011:30

AD 2012:11

Bundesarbeitsgericht Urt. V. 20.02.2002, Az.: 7 AZR 600/00

Mål C-53/04

Mål C-144/04

Mål C-180/04

Mål C-212/04

Mål C-268/06

Mål C-586/10

Mål C-151/11