



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Adam Novak

Är behovsanställningar missbruk av visstidsanställning?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin: VT 2021

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
SUMMARY	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Historisk bakgrund	4
1.2 Visstidsdirektivet	5
1.3 Fackliga kritiken mot visstidsanställningar	5
1.4 Syfte och frågeställning	6
1.5 Metod	6
2 ANSTÄLLNINGSFORMERNA	8
2.1 Tillsviareanställning	8
2.2 Provanställning	9
2.3 Vikariat	9
2.4 Säsongsarbete	9
2.5 Allmän visstidsanställning	10
3 SITUATIONEN UTAN REGLERING	13
3.1 Notoriska fakta	13
3.2 Bakgrunden till dessa fakta	14
3.3 Det oreglerade systemets balans	14
3.4 § 32-rättigheterna	15
3.5 Den moderna regleringens effekt	15
3.6 Missbruksproblematikens ursprung	16
4 MISSBRUKSBEGREPPET	17

4.1	Den europarättsliga definitionen av visstidsmissbruk	17
4.2	Missbruksdefinition ur svenskt perspektiv	18
4.3	Kombinerad definition	18
5	BEHOVSANSTÄLLNINGAR	20
5.1	Motiven för behovsanställning	20
5.2	Arbetsanhopning	21
5.3	Tillfällighet	22
5.4	Likheten till provanställning	23
5.5	Bristande konsekvens i lagen?	23
5.6	Gränsen för missbruk	24
5.7	Rättsverkan av missbruk	25
6	SLUTSATS	26
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	27
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	28

Sammanfattning

I denna uppsats observeras först den historiska bakgrunden till konflikten kring visstidsanställningar och rättsutvecklingens stora drag med särskilt fokus på anställningsformerna.

Efter detta lyfts den fackliga kritiken mot visstidsanställningar i allmänhet och behovsanställningar i synnerhet. Kritiken påpekar att anställningssäkerheten minskas av visstidsanställningar. Efter det radas metod, syfte och frågeställning upp i syfte att följa upp den fackliga kritiken på ett rättsanalytiskt sätt för att se om kritiken är välgrundad.

Andra delen berör de nu befintliga anställningsformerna. De räknas upp utan särskild ordning med korta beskrivningar av deras rekvisit och syfte. Allmän visstid, anställningsformen som de flesta behovsanställningar formellt är uppbyggda upp av, har en längre del om syfte och detaljer kring dessa, eftersom allmänna visstidsanställningar saknar krav på objektiva grunder som tydligt visar dessa.

Tredje delen av uppsatsen är mer spekulativ. Den hanterar den hypotetiska situationen där förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare inte regleras genom lag, och således *e contrario*, vilka effekter den rådande lagstiftningen har. Slutsatsen där kan sammanfattas med att utan reglering hade § 32-rättigheterna realiserats pga. arbetsgivarnas övertag i förhandlingarna med tilltänkta arbetstagare. Därmed förklaras också visstidsmissbrukets motivering från arbetsgivarens sida.

Fjärde delen av uppsatsen strävar efter att fastslå en definition av visstidsmissbruk. En definition som kan användas till denna uppsats formuleras genom att kombinera EU-rätten och den svenska rätten.

Den har tre komponenter: upprepning av visstidsanställningar, motiveringen för dessa upprepningar, och en tidsgräns bortom vilken inga andra motiveringar längre är giltiga.

Uppsatsens femte del återkopplar denna definition till behovsanställningar och kommer fram till att behovsanställningars likheter med provanställningar i frågan om anställningssäkerhet gör lagstiftningen inkonsekvent. Detta beror på att det föreligger två olika tidsgränser, en på 6 månader och en på 2 år, för två anställningsformer som i allt väsentligt är lika sett ur LAS:s syftes synpunkt.

Sjätte delen är en kortfattad slutsats baserat på de tidigare delarna där uppsatsen kommer fram till att det inte går att fastslå att behovsanställningar är visstidsmissbruk *per se*, men det finns starka skäl som talar för det i ljuset av den tidigare nämnda inkonsekvensen i lagstiftningen.

Summary

This paper first observes the historical background of the conflict surrounding fixed-term employment contracts and the legal history of the matter, focusing especially on the formal types of employment.

Following that the criticism leveled at fixed-term contracts by trade unions is noted. The criticism concerns fixed-term contracts in general, and zero-hour contracts in particular. It is pointed out that by their very nature these contracts have a deleterious effect on employment security. Following that the method, purpose and query of this paper are formulated. The purpose is to, through legal analytics, determine whether the trade unions are right in their criticism.

The second part describes the current forms of employment. They are listed with no particular ordering, explaining pre-requisites for using them and their purpose. Universal fixed-term contracts, the employment form most common for zero-hour contracts formally are, are given more space to explain their purpose and the details surrounding them. This is because it lack objective requirements that would normally reveal these.

The third part is more speculative. It deals with the hypothetical situation where the relationship between employer and employee remains unregulated. Consequently, it also deals with the effects of current legislation. The conclusion reached here can be summarised by stating that the so-called § 32-prerogatives would be reinstated in such an environment due to the advantage held by employers when negotiating with prospective employees. This also explains the motivations behind abuse of fixed-term contracts.

The fourth part seeks to define abuse of fixed-term contracts. A definition is reached by combining EU-law with swedish law.

It has three components: repeated fixed-hour contracts, the motivations behind these repetitions, and a time limit beyond which no other motivations are valid.

The fifth part reconnects the definition previously obtained to zero-hour contracts and reaches the conclusion that the similarities between trial period employment and zero-hour employment produce legal inconsistencies. This is because there are two time limits for employment types that are from a legal standpoint essentially the same, 6 months and 2 years.

The sixth part is a short summary conclusion based on earlier parts that zero-hour contracts are not abuse of fixed-term contracts *per se*, but there is ample cause for suspecting abuse after 6 months in light of the inconsistency mentioned before.

Förkortningar

LAS	Lag (SFS 1982:80) om anställningsskydd
ALVA	Allmän visstidsanställning
EU	Europeiska Unionen
AD	Arbetsdomstolen
LO	Landorganisationen: Centralförbundet för fackföreningar i arbetaryrken
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
ABL	Aktiebolagslag(SFS 2005:551)
IL	Inkomstskattelag(SFS 1999:1229)
LOA	Lagen om offentlig anställning

1 Inledning

1.1 Historisk bakgrund

Sveriges reglering av arbetsmarknaden kännetecknas sedan strax innan 1900-talet av en dragkamp mellan fackföreningar och arbetsgivare. Denna konflikt har varierat i intensitet, vilket rättsområde den berör, och resultatet som till slut tillkommit genom åren.

Det som gör Sverige ovanligt i sammanhanget är att lagstiftaren traditionellt har valt att förbli passiv på området i syfte att tillåta arbetsmarknadens parter att komma överens om reglerna istället. Det är detta som kommit att kallas den svenska modellen.

En av de återkommande konfliktfrågorna har varit förekomsten av tidsbegränsade anställningsavtal. Redan när första lagen om anställningsskydd, SFS 1974:12, föreslogs uttryckte den dåvarande socialdemokratiska regeringen en oro för att tidsbegränsade avtal kan utgöra ett sätt att underminera anställningstryggheten.¹

Regeringen ansåg trots denna oro att det förekom situationer där det inte fanns realistiska alternativ till tidsbegränsade anställningsavtal pga. situationens natur.² Därför föreslogs det att tillåta visstidsanställningar i form av vikariat, praktik, och när objektiva grunder till det förelåg. Regleringen gjordes semidispositiv i syfte att tillåta arbetsmarknadens parter att komma överens om andra lösningar i de branscher där samsyn fanns i frågan om visstidsanställningar.³

Denna lösning kom att ändras 1982 med en ny, än idag gällande, lag om anställningsskydd, SFS 1982:80, där alla relevanta lagändringar sedan dess har gjorts. Denna lag föreslogs till Riksdagen under den första borgerliga regeringsperioden i modern tid⁴, vilket den nya lagens innehåll reflekterade. Det mest kontroversiella i propositionen var vid den tiden anställningsformerna provanställning och visstid vid tillfällig anhopning av arbete.⁵ Det förekom dock även andra ändringar, t.ex. feriearbete, vilket i modernt språkbruk är säsongsanställning, under skollov och mellan utbildningar.⁶

Ytterligare skäl till ändringar i frågan tillkom under 90-talet, när Sverige trädde in i EU. EU-direktiv och andra rättsakter kom att bli gällande i Sverige, vilket innebar att Sverige behövde ändra lagar i syfte att harmonisera dem med EU-rätten. Vidare behövde de redan befintliga lagarna tolkas och tillämpas på ett sätt som var förenligt med EU-rätten.

¹ Prop. 1973:129 s. 144-148

² Prop. 1973:129 s. 144-145

³ Prop. 1973:129 s. 146-147

⁴ Modern tid syftar på tiden efter andra världskriget, dvs. efter 1945.

⁵ Prop. 1981/82:71 s. 41

⁶ Prop. 1981/82:71 s. 3, 122

1.2 Visstidsdirektivet

Fyra år efter Sveriges inträde i EU gavs 1999/70/EG, Visstidsdirektivet från 1999, ut. Detta direktiv ställer upp ett ramverk inom vilket länderna får reglera visstidsanställningar. Där ingår minimikrav om regler som motverkar att visstidsanställningar missbrukas.⁷ Det finns tre alternativ som medlemsstaterna får välja på:

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

Idag finns fyra olika former av visstidsanställning i Sverige.⁸ De tillämpar en kombination av punkterna 1 och 2 i direktivet. De finns i 5, 6 § LAS och är följande:

- 1. Allmän visstid (ALVA)
- 2. Vikariat
- 3. Säsongsarbete
- 4. Provanställning

1.3 Fackliga kritiken mot visstidsanställningar

Kritiken från fackföreningarna och deras politiska allierade mot de tidsbegränsade anställningsformerna är hård. Kritiken hävdar att anställningsformerna kan missbrukas av arbetsgivare mot potentiella anställda i syfte att underminera deras anställningssäkerhet.⁹

Den anställningsform som får mest kritik är ALVA. Den anställningsformen är relativt ny i sammanhanget, eftersom den infördes 2007.¹⁰ Den möjliggör s.k. ”behovsanställning”, även kallade ”intermittenta anställningar”, utan att objektiva grunder krävs, vilket facken kritiserar.¹¹ Detta går även att göra med andra anställningsformer, men där finns fortfarande krav på objektiva grunder, vilket minskar möjligheterna att tillämpa dem på behovsbasis.

⁷ Dir. 1999/70/EG Klausul 5 i det underliggande avtalet

⁸ SOU 2019:5 s. 181. Visstidsanställning för personer i pensionsålder har avskaffats genom SFS 2019:528. Motsvarande regler finns nu i 33-33d §§ LAS

⁹ Exempelvis: Gideonsson, Susanna: *Stoppa missbruk av osäkra anställningar*, Svenska Dagbladet, 2015-02-09. Det vore lämpligt att nämna att sedan denna artikel publicerades har Gideonsson valts till ordförande för LO.

¹⁰ Prop. 2006/07:111 s. 1

¹¹ Exempelvis: Borg, Kristian: *Allmän visstid måste avskaffas*, Byggnadsarbetaren, 2018-04-23.

Behovsanställningarna pekas ut särskilt från fackligt håll, eftersom de medför en total frånvaro av anställningssäkerhet i praktiken. Behovsanställningar definieras som anställningar som uppfyller alla följande kriterier:¹²

- 1. Arbete endast kortare perioder i taget.
- 2. Arbete endast på kallelse från arbetsgivaren.
- 3. Det är ett nytt anställningsförhållande vid varje arbetstillfälle.
- 4. Tiden mellan arbetstillfällena räknas inte som anställningstid.¹³
- 5. Arbetstagaren har möjlighet att säga nej till arbete.¹⁴

Vikten av egen försörjning gör att arbetstagare måste ha ett jobb för att kunna leva ett normalt liv. Dessutom riskerar arbetstagare att inte erbjudas arbete i framtiden om de tackar nej. Sammantaget innebär detta att arbetstagares möjligheter att hävda sin rätt enl. punkt 5 är begränsade.

1.4 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att följa upp den fackliga kritiken. Anställningsformerna överblickas och följs sedan av en analys av frågan. Den underliggande intressekonflikten mellan arbetsgivare och arbetstagare analyseras för att se hur visstidsanställningar påverkar. Vidare ses reglerna om anställningsskydd i sin helhet för att se om behovsanställningarna passar in bland dem.

Frågeställningen följer av temat: Vad är missbruk av visstidsanställningar? Utgör behovsanställningar, med bakgrund av LAS, missbruk av visstidsanställningar?

1.5 Metod

Metoden för uppsatsen är rättsanalytisk. Uppsatsen är ämnad att lyfta fram logiken bakom de olika rättsliga begreppen och strukturerna. Fokus ligger på hur detaljerna och helheten interagerar, och om det finns någon friktion mellan enskilda regler och den större strukturen i lagstiftningen.

Detta är särskilt viktigt eftersom frågan är politiskt laddad, vilket innebär att ändringar inom riksdagens mandatfördelning kan ge utlopp för eventuellt uppdämd reformvilja hos den ena eller andra sidan inom politiken.¹⁵ I övertvången att reformera arbetsrätten kan det förekomma att enskilda lösningars genomförande står i konflikt med den resterande rätten, som fortfarande är utformad enligt tidigare synsätt och därför skiljer sig i sin underliggande syn på frågan.

¹² SOU 2019:5 s. 178

¹³ Tiden räknas som arbetsdagar, dvs, att en dag då arbete utförs räknas som en hel arbetsdag, oavsett hur länge arbetet varade. Detta kallas i LAS-dagar.

¹⁴ AD 2008 nr. 81

¹⁵ För enkelhetens skull behandlas politiken som en summa av två block, den fackliga sidan och deras motståndare.

Det görs vissa antaganden i texten. Arbetstagare antas inte vilja byta arbetsplats eller arbetsuppgifter om inte omständigheterna kräver det. Arbetstagare antas dessutom vara intresserade av tillsvidareanställningar på heltid, under normala arbetstider, till högsta möjliga ersättning.

Arbetsgivare antas vilja minska sina utgifter och maximera sina vinster.¹⁶ Detta kan ske på arbetstagares bekostnad, i vilket fall arbetsgivare antas prioritera sig själva över arbetstagare, i enlighet med sitt ekonomiska självintresse. Arbetsgivarna antas som ett led av detta vilja i största möjliga mån realisera de s.k. § 32-rättigheterna.¹⁷

- Fri anställningsrätt
- Fri rätt att leda och fördela arbete
- Fri rätt att säga upp eller avskeda personal

Gemensamt för antagandena är att de torde vara historiskt och kontextuellt självklara. Det vore med andra ord osannolikt med en situation där de inte gäller. Om en sådan situation skulle uppstå mot förmodan, kommer det att nämnas. Antagandena förklaras närmare under del 3, ”Situationen utan reglering”. Där ges närmare förklaring på uppsatsens syn på partsintressena.

Det görs även ett antagande att behovsanställda arbetar heltid. Detta är inte lika nära sanningen som de andra antagandena, men det kan förklaras av följande:

För att de två åren i 5a § LAS inte ska ta slut under en 5-årsperiod krävs att arbetstagaren maximalt arbetar på 729 av dagarna under denna period. Detta motsvarar en arbetsvecka på under 2 dagar i genomsnitt. Det torde vara mycket osannolikt att en arbetstagare inte kan och inte väljer att hitta ett annat arbete under sådana omständigheter och så lång tid. Om behovsanställda arbetstagare arbetar färre dagar i veckan än 5 tar det längre tid att nå upp till två års ackumulerad tid i anställning, vilket ger ännu mer stöd för att de inte skyddas adekvat av lagen. Detta antagande förutsätter de minst missgynnsamma anställningsvillkoren för dem, och således gäller slutsatserna i ännu högre grad om detta antagande inte görs.

¹⁶ 3 § ABL stadgar att aktiebolag antas drivas med vinstintresse, vilket torde indikera en gällande norm inom näringslivet.

¹⁷ § 32 i Svenska Arbetsgivarförbundet (numera Svenskt Näringsliv) gamla stadgar innehåller dessa principer och har givit dem deras namn.

2 Anställningsformerna

De nuvarande formella anställningsformerna följer nedan. Ordningen de beskrivs i här har ingen särskild betydelse. De presenteras var för sig kort och inkluderar de fakta som är relevanta för denna uppsats. Ett återkommande fenomen är att själva termen för anställningsformerna i lagtexten innehåller eventuella objektiva grunder en anställningsform förutsätter genom sin betydelse. På så sätt behöver inte de objektiva grunderna skrivas ut i lagtexten. Rekvisiten kan hittas i praxis från AD vid behov.¹⁸

2.1 Tillsvidareanställning

Tillsvidareanställning är normen i Sverige. Tillsvidareanställning ingår antingen direkt vid anställning eller automatiskt när en provanställning passerat 6 månaders som anställd enl. 6 § 2 st LAS. Vidare kan ackumulerad tid som visstidsanställd göra att anställningen omvandlas till tillsvidareanställning enl. 5a § LAS. Domstol kan också förklara en anställning att gälla tills vidare enl. 36 § LAS genom dom.

Denna anställningsform ger det starkaste möjliga skyddet mot uppsägning från arbetsgivarens sida. För att säga upp arbetstagare krävs att sakliga skäl visas enl. 7 § LAS och alternativa möjligheter uttömts enl. 7 § 2 st LAS. Om arbetstagare gör sig skyldiga till grovt kontraktsbrott kan vederbörande avskedas enl. 18 § LAS. Grovt kontraktsbrott inkluderar exempelvis uppsåtligt brott på arbetsplatsen¹⁹ och bedrivande av konkurrerande verksamhet²⁰. Anställningsskyddet upphör först när den övre gränsen för pensionsåldern nås av den anställde, enl. 33-33d §§ LAS. För närvarande är denna ålder 68 år, men kommer att höjas till 69 år 2023.²¹

Anställningstiden har, som namnet antyder, ingen bortre gräns. Det enda sättet den kan upphöra genom annat än uppsägning är ifall arbetstagare avlider eller arbetsgivaren antingen avlider eller upphör.²² Eftersom denna anställningsform är normen ligger det på den som hävdar det att bevisa om så inte är fallet.²³

Kravet på saklig grund och frånvaron av bortre tidsgräns utgör de två centrala komponenterna i anställningsskyddet enl. LAS.

¹⁸ Exempel: AD 1987 nr. 148

¹⁹ Ex. AD 1997 nr. 48

²⁰ Ex. AD 1977 nr. 118

²¹ Prop. 2018/19:91 s. 1

²² Arbetsgivare kan både vara fysiska och juridiska personer. Arbetstagare är alltid fysiska personer.

²³ AD 1976 nr. 81

2.2 Provanställning

Provanställning tillåts i 6 § LAS som en prövoperiod innan anställningen övergår i tillsvidareanställning. Prövoperioden får vara max 6 månader om inte annat har förhandlats fram i kollektivavtal. Provanställning får inte användas ifall behov av att pröva arbetstagarens arbetsförmåga inte finns.²⁴ Under perioden arbetstagaren är provanställd råder total frihet för båda parterna i avtalet att säga upp anställningen utan uppsägningstid. Arbetstagare har dock arbetsplikt i linje med ett tillsvidareavtal. Tiden under denna anställningsform räknas inte in under omvandlingsregeln i 5a § LAS. Detta motiveras med att prövotiden inte kan upprepas och att ett provobehov existerar hos arbetsgivaren.²⁵ Just denna anställningsform inkluderas inte eftersom remissinstanserna ansåg att det skulle förhindra längre visstidsanställningar.²⁶ Arbetstagare väntas under denna period läras upp och visa förmåga på att utföra det de blir upplärda till. Det är först efter provanställningen är över arbetstagaren förutsätts kunna utföra mer arbete än de kräver, i form av utbildning.

2.3 Vikariat

Vikariat syftar till att ge möjlighet att ersätta ordinarie anställda som tar tjänstledigt. Vikariat förutsätter som huvudregel en ordinarie anställd som behöver ersättas. Det finns möjlighet att tillsätta en tjänst i väntan på att en ny, permanent anställning sker.²⁷ Undantag kan också förekomma av organisatoriska skäl.²⁸

Tidigare var det möjligt att skifta mellan ALVA och vikariat för att undvika att stöta på hinder mot vidare visstidsanställning, oavsett hur länge en arbetstagare hade varit anställd.²⁹ Denna möjlighet fanns även om det inte var fråga om behovsanställning, dvs. att möjlighet att vägra arbeta formellt saknades. Den här möjligheten har sedan dess slopats genom införandet av 5a § LAS.³⁰ Det hänvisades till att detta var en form av visstidsmissbruk, vilket ger ett konkret exempel på när visstidsanställningar missbrukats.

2.4 Säsongsarbete

Säsongsarbete är sådant arbete som är beroende av naturliga skeenden, t.ex. årstider, för sin avslutning. Denna anställningsform saknar precisa slutdatum, men pga. anställningsformens natur har det inte bedömts vara nödvändigt med sådana krav.³¹

²⁴ AD 1987 nr. 148

²⁵ Prop. 2015/16:62 s. 19

²⁶ Prop. 2006/07:111 s. 29

²⁷ AD 1984 nr. 66

²⁸ Prop. 2005/06:185 s 48

²⁹ Prop. 2015/16:62 s. 13

³⁰ SFS 2016:248; Prop 2015/16:62 s. 7, 13

³¹ Prop. 1981/82:71 s. 122

Syftet med anställningen är att ge möjlighet till anställningar till verksamhet som bara kan bedrivas under vissa tider på året, eller säsongsbetingad varians av arbetsbehovet förekommer. Det är också en förutsättning för att anställningsformen ska vara tillåten att använda.³²

2.5 Allmän visstidsanställning

Allmän visstidsanställning skiljer sig från de andra formerna genom att det inte ställs krav på objektiva grunder för att anställningsformen ska kunna användas. Den kan användas under valfria tidsspann eller omständigheter. Den enda begränsningen är att den övergår till en tillsvidareanställning när två års tid i anställningen under en 5-årsperiod uppnåtts enl. 5a § LAS. Detta innebär att den praktiska gränsen för denna anställningsform är att den maximalt kan brukas i två år. Behovsanställning är oftast en version av denna anställningsform, just eftersom kraven på objektiv grund saknas.³³

Pga. avsaknaden av objektiva grunder är det svårare att fastställa syftet med denna anställningsform. Enligt lagförslaget var syftet med anställningsformens införande att förenkla regelverket.³⁴ Det bör nämnas att en tidigare proposition redan hade röstats igenom av riksdagen med liknande innehåll.³⁵ Denna skulle träda i kraft samma dag som den senare propositionen, 1 januari 2007. Till följd av riksdagsvalet 2006 ändrades dock förhållandena i riksdagen och den tidigare propositionens förslag modifierades innan de hann träda i kraft.

De två propositionerna innehöll liknande förslag, där flertalet tidsbegränsade anställningsformer samlades i en.³⁶ Detta motiverades med att regelverket var svåröverskådligt och således gav upphov till stora missbruksmöjligheter.³⁷ I stället beslöts att sammanföra allt till en anställningsform som bara begränsades i tid. Skillnaderna mellan de två förslagen ligger i detaljerna. Det senare lagförslaget gynnade arbetsgivarna mer i avvägningar. Bl.a. räknas inte provanställning in under 5a § LAS, trots att det tidigare lagförslaget inkluderade det. Vidare ökades tiden under visstidsanställning, med undantag för vikarier, som krävs för omvandling till tillsvidareanställning från 14 månader till två år. Säsongsanställning avskaffades inte i det senare förslaget. Det inkluderades även en redaktionell ändring från fri visstidsanställning till allmän visstidsanställning(ALVA).

Syftet med ALVA torde alltså, om syftet med införandet är förenkling utan materiella ändringar, sökas i de anställningsformer som ALVA ersatte. Dessa anställningsformer var följande:³⁸

³² Prop. 1981/82:71 s. 122

³³ SOU 2019:5 s. 179

³⁴ Prop. 2006/07:111 s. 45-47

³⁵ Prop. 2005/06:185

³⁶ Prop. 2005/06:185 s. 39; Prop. 2006/07:111 s. 22

³⁷ Prop. 2005/06:185 s. 39; SOU 2019:5 s. 184

³⁸ 5 § LAS enl. lydelsen innan ändring enl. Prop. 2006/07:111

- 1. Avtal för viss tid, viss säsong, eller visst arbete om det föränleds av arbetes särskilda beskaffenhet
- 2. Avtal för viss tid som avser vikariat, praktikarbete eller feriearbete.³⁹
- 3. Avtal för viss tid, dock sammanlagt högst sex månader under två år, om det föränleds 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, när arbetstagaren har fyllt 67 år.

Det fanns även en omvandlingsregel som omvandlade vikariat till tillsvidareanställning om har vikariatet pågått i 3 år under en 5-årsperiod.

Syftet för respektive punkt kan här skönjas i de objektiva grunderna och med stöd i förarbetena.

- Punkt 1 introducerades med 1974 års LAS och har till syfte att möjliggöra anställning där omständigheterna helt enkelt inte tillåter tillsvidareanställning eller skulle oundvikligen resultera i arbetsbrist efter en viss tid, t.ex. byggarbete.⁴⁰
- Punkt 2 tillåter praktik, vikariat och säsongsarbete. Dessa är tydligt inställda på anställningar som ska brygga över något tillfälligt behov hos någon av parterna och inte ska vara ett permanent arrangemang.
- Punkt 3 introducerades med 1982 års LAS. Syftet var att ge möjlighet till arbetsgivare att lösa just tillfälliga anhopningar av arbete.⁴¹ Eventuella missbruksförebyggande åtgärder lämnades åt den s.k. Länsarbetsnämnden.⁴² Denna hade befogenhet att förplikta parter till att hålla god sed vid hot om vite.⁴³
- Punkt 4 syftade uppenbart till att underlätta sökandet efter arbete i väntan på dåvarande värnplikten som omfattade alla vuxna män som huvudregel.
- Punkt 5 var till för att tillåta pensionärer möjlighet att arbeta, men samtidigt tillåta arbetsgivare att enklare säga upp dem som helt enkelt var för gamla för att arbeta.

Sammantaget visar uteslutningsmetoden att syftet med ALVA är samma som punkterna 1 och 3. Punkt 2 finns kvar än i dag som separata anställningsformer. Punkt 4 är inte längre nödvändigt eftersom allmän värnplikt i praktiken har avskaffats. Punkt 5 tjänas av 33-33d §§ LAS.

Eftersom lagändringarna som började gälla 1 januari 2007 båda var tänkta att förenkla regelverket genom att eliminera svåröverskådliga regler med öppet formulerade rekvisit råder konsensus på just den punkten.⁴⁴ Den första propositionen indikerar att de öppna

³⁹ Vikariat behölls i lagändringen, ferieanställning heter numera säsongsarbete.

⁴⁰ Prop. 1973:129 s. 145

⁴¹ Prop. 1981/82:71 s. 50-52

⁴² Numera Arbetsförmedlingen

⁴³ Prop. 1981/82:71 s. 50

⁴⁴ Prop. 2006/07:111 s. 22

formuleringarna hade öppnat för en rättsutveckling som var så pass svår att följa att de avskräckte eventuell användning av anställningsformerna och gav upphov till oöverskådliga missbruksmöjligheter.⁴⁵ Systemet var helt enkelt för komplicerat för att lagstiftningen adekvat skulle tjäna sitt syfte.

Det är värt att nämna att lagförslagen för respektive proposition passerade riksdagen längs med blocklinjerna i båda fallen. Majoriteten skiftade till arbetsgivarnas fördel efter riksdagsvalet 2006. Det visar att konflikten inte ligger i den nya anställningsformen, eftersom båda förslagen innehåller en sådan. Därför torde det vara okontroversiellt att hävda att de gamla reglerna var för svåra att använda.

⁴⁵ Prop. 2005/06:185 s. 39

3 Situationen utan reglering

3.1 Notoriska fakta

För att analysera någon civilrättslig lagstiftning överhuvud taget måste förr eller senare situationen lagstiftningen syftar till att upphäva inkluderas i analysen. Den är viktig att förstå för att se hur samhället genom lagstiftning förändrar något som uppkommer utan reglering och varför samhället gör detta.

Ett sätt att börja på detta är att framhäva och räkna upp de självklara och uppenbara fakta som kännetecknar lagområdet. De nämns ibland i praxis eller förarbeten, vilket inkluderas i förekommande fall. Inom arbetsrättens inkluderar dessa notoriska fakta följande:

- 1. En anställning är ett avtal mellan två parter, en arbetsgivare och en arbetstagare. Anställningsavtalet ger upphov till det s.k. anställningsförhållandet.⁴⁶
- 2. Avtalet innehåller att arbetstagaren ska utföra visst arbete åt arbetsgivaren. Denna anges inte specifikt i början av avtalet, men arbetstagarens eventuella särskilda kunskaper, arbetsgivarens upplevda behov, och beskrivningen av uppgifterna ger ledning om vilka arbetsuppgifterna kan tänkas bli.⁴⁷
- 3. Arbetsgivaren vill tillskansa sig största möjliga arbetsinsats till minsta möjliga pris.
- 4. I utbyte mot arbetet erhåller arbetstagaren ersättning i form av lön.⁴⁸ Lönen betalas oftast ut kontant, men det förekommer att ersättningen utgörs av förmåner eller andra finansiella instrument än likvida medel.
- 5. Arbetstagare vill maximera lönen i förhållande till arbetet som utförs.
- 6. Avtalet räknar prestationer från respektive part i förhållande till tid. Ersättningen ges regelbundet efter att en överenskommen tid i arbete har förflutit, oftast en månad eller en timme. Arbete utförs i antal tidsenheter, oftast timmar eller dagar.⁴⁹
- 7. Arbetstagare vill arbeta så lite som möjligt, arbetsgivaren vill få så mycket arbete utfört som möjligt för pengarna.

Dessa punkter gäller oavsett var anställningsförhållandet uppkommer. Det finns dock några punkter till som är relevanta för denna uppsats. Dessa punkter är giltiga i ett modernt samhälle, dvs. sedan strax innan 1900-talets början.

⁴⁶ AD 1997 nr. 17 under "*Har ett anställningsförhållande uppstått?*"

⁴⁷ AD 1929 nr. 29

⁴⁸ Prop. 1973:129 s. 241; Prop. 1981/82:71 s. 118 indikerar att lönen är en central förpliktelse

⁴⁹ SOU 1968:66 s.18-26 diskuterar hur arbetstiden reglerades till följd av att dagsljuset inte längre satte naturliga gränser för arbetsdagen.

- 8. För att tillgodose t.o.m. sina mest grundläggande behov behöver alla som bor i ett samhälle pengar.
- 9. Det enda sättet att förutsättningslöst kunna tillskansa sig en säker källa till pengar är att söka anställning. De andra två metoderna, näringsverksamhet och kapitalinkomster förutsätter risktagande och tidigare innehav av kapital.⁵⁰
- 10. Arbetsgivare avgör när det finns behov av att arbete utförs.
- 11. Arbetsgivare avgör den lämpligaste metoden att tillgodose behovet av det arbete som behöver utföras.

3.2 Bakgrunden till dessa fakta

Förklaringen till många av dessa punkter ligger i det ekonomiska självintresset. Varje person kan antas vilja stärka sin egen ekonomiska ställning till största möjliga utsträckning. Samtidigt vill ingen inskränka sin handlingsfrihet mer än nödvändigt.

Punkterna som endast stämmer i ett modernt samhälle uppstår till följd av det moderna samhällets utformning. Samhället är byggt kring att allt av värde kan införscaffas i utbyte mot pengar, som i sin tur kan införscaffas genom att utföra arbete, få avkastning på kapital, eller bedriva näringsverksamhet. Äganderätten innebär att varje person förfogar över sin egendom som huvudregel och beslutar vilka åtgärder egendomen ska underkastas.

3.3 Det oreglerade systemets balans

Om alla de punkter som skrivits ovan antas vara korrekta och sanna, leder det till en situation där, för kontexten viktiga, iakttagelser kan göras.

Arbetstagare, som punkt 9 beskriver, är i konstant behov av en källa till pengar. Därför kan det slutledas att alla i ett samhälle som inte kan eller vill riskera att driva näringsverksamhet eller saknar kapital som kan avkasta tillräckligt för en försörjning kommer att erbjuda sitt arbete till potentiella arbetsgivare. Därför kommer tillgången till arbetskraft vara stor och konkurrensen mellan potentiella arbetstagare likaså.

Enligt punkt 10 kommer en arbetsgivare vilja anställa först när vederbörande anser att behov av att göra det föreligger. Det innebär att tillgången till arbetstillfällen nästan alltid kommer vara mindre än tillgången till arbetstagare som är villiga att utföra arbetet arbetstillfället innebär. Detta beror på att utgångspunkten för arbetsgivare är inte att behovet finns.

I balansen mellan parterna kommer alltså arbetsgivaren vara den starkare vid eventuella förhandlingar om anställning. Arbetsgivaren styr det enda rekvisitet som inte är nästan självklart och som krävs för att anställningsavtal ska kunna ingås.

⁵⁰ Indelningen är tagen från 10 kap 1 §, 13 kap 1 §, och 41 kap 1 § IL

3.4 § 32-rättigheterna

Eftersom arbetsgivaren i en situation utan reglering avgör dels om förutsättningarna för anställning föreligger, dels om de upphör ifall de tidigare förelegat, utvecklas en situation där arbetsgivaren *de facto* avgör om ett anställningsförhållande ska uppstå eller upphöra. Arbetsgivaren har dessutom tillskansat sig arbetstagarens lydnad och lojalitet genom avtal, vilket ger dem möjlighet att även diktera innehållet i avtalet.

Arbetsgivaren avgör om någon anställning behöver göras, och i så fall vem som ska anställas, eftersom arbetsgivaren är den som har all information om behovet anställningen ska fylla. Således har arbetsgivaren, genom sin avtalsfrihet och frånvaron av tvingande omständigheter eller regler, rätt och möjlighet att fritt anställa vem de vill.

Arbetsgivare anställer arbetstagare i syfte att fylla ett specifikt arbetsbehov, vilket innebär att arbetstagarna blir bundna att tillgodose detta behov. Således har arbetsgivaren rätt enligt avtalet att leda arbetstagarna och förse dem med de arbetsuppgifter som arbetsgivaren anser de har bundit sig att utföra.

Arbetsgivaren avgör också när behovet är uppfyllt eller annars inte längre föreligger. Vid det tillfället upphör det *de facto* avgörande rekvisitetet för anställning att vara sann. I linje med avtalsfriheten kan arbetsgivaren då säga upp avtalet fritt. Arbetsgivaren kan också säga upp avtalet om de upplever att arbetstagarna inte uppfyller de förväntningar som ställts upp eller om en annan arbetstagare uppfyller dem bättre än de befintliga anställda.

Sammantaget innebär det följande: om anställningars ingående och avslutande tillåts vara oreglerade kommer arbetsgivaren att få möjlighet att fritt anställa, styra, och säga upp anställningsavtalet.

3.5 Den moderna regleringens effekt

De s.k. § 32-rättigheterna fick sitt namn under 1920-talet. SAF:s stadga uttryckte dessa möjligheter som rättigheter.⁵¹ Det kan antas ha varit underförstått att de inte är föremål för förhandlingar och ska skyddas från inskränkning genom kollektivavtal eller lagstiftning. Rättigheterna sammanfattades i § 32 av SAF-stadgan, varifrån de har fått sitt namn. SAF lyckades inte med denna avsikt särskilt bra i retrospekt, eftersom Sverige har upphävt § 32-rättigheterna delvis sedan de formulerades.

Rätten att fritt anställa finns kvar som huvudregel, med undantagen för Diskrimineringslagens bestämmelser. Statlig anställning regleras dessutom av LOA, men den är snarare en formulering av statens bedömning av arbetstagare när den inträder rollen av en arbetsgivare, än en reglering av förhållandet mellan anställningsförhållandets parter.

⁵¹ SAF har sedan dess blivit Svenskt Näringsliv. Nuvarande stadga har mer allmänt formulerade mål i § 7.

Rätten att fritt leda och fördela arbetet är kvar som huvudregel, men den inskränks bl.a. av Arbetsmiljölagen, Arbetstidslagen, och lagar om ledighet av olika anledningar.

Rätten att fritt säga upp anställda har slopats helt till förmån för LAS. Detta förklarar också arbetsgivarsidans angelägenhet att inskränka LAS. Det är den största kringkärningen av deras rättigheter på området.

3.6 Missbruksproblematikens ursprung

Eftersom friheten att säga upp anställda fritt har upphävts nästan fullständigt är det rimligt att arbetsgivarsidan är mest angelägen om att återställa den ursprungliga ordningen på den punkten. Det är den största avvikelser som gjorts genom lag och den är till deras nackdel.

LAS kan bara upphävas genom lagstiftning. Således står det två alternativ inför arbetsgivarna om de vill åtgärda denna inskränkning. De kan antingen driva frågan politiskt eller hitta ett sätt att kringgå lagens bestämmelser. I Sverige har arbetsgivarna genom Svenskt Näringsliv, tillsammans med sina politiska allierade i Riksdagen, valt en kombination av dessa metoder. De driver opinion inför riksdagsval medan de söker att utmana lagen där det är möjligt att göra det.

Missbruk av visstidsanställningar är ett av dessa kringgåenden. Eftersom skyddet mot uppsägning är konstruerat med hjälp av kraven på sakliga skäl vid uppsägning och tillsvidarenormen är det rimligt att söka punkter i strukturen där någon av dessa inte gäller. I fallet visstidsanställningar gäller inte tillsvidarenormen, vilket vänder på partsställningarna inför eventuella uppsägningar. När en visstidsanställning löper ut behöver inte arbetsgivarna visa sakliga skäl för att säga upp arbetstagarna. Istället måste arbetstagarna visa varför arbetsgivarna ska anställa arbetstagarna igen, vilket är i allt väsentligt samma situation som den oreglerade. Således kan det antas att visstidsmissbruk är ett fullständigt kringgående av LAS anställningsskydd i den grad det inte hindras av 5a § LAS.

4 Missbruksbegreppet

4.1 Den europarättsliga definitionen av visstidsmissbruk

Den nuvarande lagstiftningen inkluderar ett implementerande av EU-direktiv 1999/70/EG, det s.k. Visstidsdirektivet. Visstidsdirektivet är ett resultat av en implementering av ett ramavtal mellan arbetsmarknadens parter på EU-nivå. Klausul 5 i detta avtal börjar som följande:

”För att förhindra missbruk som uppstår genom användandet av på varandra följande visstidsanställningskontrakt...”

Detta torde kunna tolkas som en definition av missbruk av visstidsanställningar, eftersom direktivets syfte är att samordna visstidsanställningarnas reglering inom EES-området.

Det anges att missbruk sker genom upprepade visstidsanställningar. Klausul 5 kräver åtgärder mot missbruk, vilket i Sverige har lösts genom omvandlingsregeln i 5a § LAS, där en tidsmässig begränsning för tiden som visstidsanställd sätts. Krav på objektiva grunder för vissa andra typer av visstidsanställning förekommer också. Ett tredje alternativ som ges till den nationella lagstiftaren är att begränsa antalet tillåtna upprepningar av visstidsanställningar. Detta har inte Sverige tillämpat.

EU-domstolen har dessutom vid flera tillfällen berört frågan genom förhandsavgöranden på begäran av nationella domstolar. I de fall syftet med Visstidsdirektivets klausul 5 har funnits utgöra hinder är det som hindrats missbruk. Det är hinder på samma sätt som brott mot 5a § LAS, vår egen implementering av klausul 5 är.

Det har bl.a. fastslagits att klausul 5.1 i Visstidsdirektivets underliggande avtal inte inskränker arbetsgivarens rätt att avgöra när arbetsbehovet har blivit konstant till följd av hög frekvens av behov av vikarier.⁵² Detta innebär att en arbetsgivare som har så många anställda att vikariebehovet är konstant, fortfarande kan använda vikarieanställningar för att fylla dem, även om det i praktiken blir en oavbruten anställning.

Det har även sagts att biträdande lektorer på universitet inte skyddas av klausul 5.1.⁵³

Vidare är det inte tillåtet att visstidsanställa personal medan en rekrytering pågår av fast personal om denna rekrytering saknar fastställda tidsramar.⁵⁴

⁵² C-580/10 Küçük

⁵³ C-190/13 Márquez Samohano

⁵⁴ C-22/13 Mascolo

4.2 Missbruksdefinition ur svenskt perspektiv

I förarbetena till LAS uppmärksammas ofta frågan om visstidsmissbruk. Det är genomgående fastslaget att visstidsanställningar som upprepas obegränsat utgör missbruk.⁵⁵ Eftersom det råder konsensus kring detta kan en eventuell definition inkludera att obegränsat upprepande är missbruk.

Ur den slutsatsen reser sig naturligt följdfrågan om vid vilken tidpunkt gränsen går där korrekt bruk övergår i missbruk. Det finns ingen ledning om detta i förarbetena, så någon tidsgräns finns inte att vända sig till direkt. En annan kvalificerande egenskap behöver hittas.

En tänkbar sådan egenskap skulle kunna vara arbetsgivarens motiv bakom att anställa på visstid. Som vi ser i del 3 ligger det alltid i arbetsgivarens intresse att försöka minska arbetstagares anställningssäkerhet, eftersom det minskar inskränkningarna av § 32-rättigheterna som arbetsgivare utsätts för.

Pga. normen med tillsvidareanställning måste avsteg från den normen motiveras i och för sig. Behov av arbetskraft räcker inte för att motivera avsteg, eftersom tillsvidareanställning är den föreskrivna lösningen om det är det enda motivet. Saknas ytterligare motiv är visstidsanställningen således missbruk. Problemet med denna metod är att det inte är möjligt att uttröna arbetsgivarens motiv om arbetsgivarens intressen skadas av en motivförklaring, eftersom de inte kan förväntas agera mot sina egna intressen.

4.3 Kombinerad definition

En kombination av motivbaserade och tidsgränsbaserade rekvisit skulle kunna resultera i en definition som är tillräckligt nära för att kunna användas. Genom att kombinera en okänd bortre tidsgräns med ett motiv kan en definition tas fram. Den bortre tidsgränsen kan tas fram genom att utsluta motiven tills bara arbetsbehovet är kvar. En sådan definition skulle kunna formuleras såhär:

Visstidsmissbruk sker när motivet för avsteg från tillsvidarenormen inte längre kan vara något annat än försök att kringgå kravet på sakliga skäl för uppsägning genom upprepade visstidsanställningar.

Denna definition kräver att alla andra motiv elimineras. Dessa motiv måste således räknas upp. Detta kan göras genom att gå igenom syftena för de existerande möjligheterna till visstidsanställning. På så sätt uppstår en bortre, okänd tidsgräns där inte längre någon motivering finns för upprepade visstidsanställningar.

⁵⁵ Exempel: Prop. 1981/82:71 s. 50; Prop. 2015/16:62 s. 13; Prop. 2006/07:111 s. 28

Syften är följande:

- Från ALVA
 - Tillfällig arbetsanhopning
 - Arbetets särskilda beskaffenhet kräver det
- Från vikariat
 - Ordinarie personal kan inte arbeta under en viss period och behöver ersättas
- Från säsonganställning
 - Årstidernas rullning ger upphov till säsongsmässiga öknningar av arbetsbehovet
- Från provanställning
 - Det finns ett behov av att pröva arbetstagares arbetsförmåga

Denna definition utesluter inte heller den som finns i EU-rättens lagstiftning och praxis. Definitionens svaghet är där oändliga visstidsanställningar mot förmodan är motiverade av något annat än viljan att kringgå tillsvidarenormen, t.ex. konstant vikariebehov som nämndes tidigare.⁵⁶ Denna svaghet är dock i svensk kontext inte relevant, eftersom 5a § LAS inte ger utrymme för denna form av motivering, utan tvingar arbetsgivaren till eftergifter. Svagheten föregrips därför av gällande lagstiftning.⁵⁷

Denna definition är alltså tillräckligt nära för att kunna tillämpas praktiskt. Dess funktion kan liknas vid en månghörning som allt mer liknar en cirkel allt eftersom tillräckligt många vinklar läggs till.

⁵⁶ C-580/10 Küçük

⁵⁷ SFS 1996:1424 införde regler om tidsbegränsning för vikariat. Detaljer finns i Prop. 1996/97:16 s. 38

5 Behovsanställningar

5.1 Motiven för behovsanställning

Definitionen från del 4 behöver tillämpas på behovsanställningar för att etablera när behovsanställningar övergår i missbruk. Behovsanställning kan motiveras, utöver arbetsbehovet, med att behovet av arbetskraft förväntas vara oförutsägbart. Detta liknar tillfällig anhopning av arbete i tillräcklig grad för att det ska kunna föras välgrundad argumentation för att som utgångspunkt bör behovsanställning vara tillåten. Motivet kopplar alltså behovsanställning till ALVA. Behovsanställning kan dock också användas formellt genom de andra anställningsformerna ALVA.⁵⁸

Vikariat på behovsanställningsbasis förutsätter att personer är oförutsägbart frånvarande under perioder som kan tänkas vara kortvarig sjukfrånvaro, VAB-dagar, eller andra liknande händelser. Motivationen att en arbetstagare hålls tillhanda pga. sådana händelser är dock vanskelig, eftersom sannolikheten att en arbetstagare visar sig vara oförmögen till att arbeta med kort varsel alltid är överhängande och kan lösas lätt genom schemabyten, övertid, etc. Arbetstidslagen tillåter variationer i schemaläggning på den nivå som krävs för att kompensera denna form av frånvaro. Således finns inte riktigt denna typ av arbetskraftsbehov.

Säsongsanställning på behovsbasis kan endast pågå under arbetsplatsens säsongen. Det är ologiskt att anställningsformen skulle tillämpas som behovsanställning, eftersom den bara kan tillämpas under vissa tider på året.

Provanställning på behovsbasis motverkar sitt eget syfte. Prövning av arbetstagarens arbetsförmåga krävs för att den ska vara tillåten.⁵⁹ Om arbetstagaren har förmåga att avhjälpa genuint arbetsbehov går det på goda grunder att ifrågasätta huruvida ett genuint prövningsbehov föreligger och således vore denna anställningsform svår att missbruka.

ALVA kan också användas som avsett om arbetes särskilda beskaffenhet kräver det. Detta kan tyvärr inte talas om i tillräckligt generella termer för att ge stöd till någon slutsats i denna uppsats. Missbruk sker helt enkelt när arbetet saknar den särskilda beskaffenhet som hänvisas till vid anställningsförhållandets ingående. Ett sådant missbruk kan inte leda till åtgärder pga. frånvaron av krav på objektiva rekvisit för ALVA.

Slutsatsen är att det är rimligt att anta att en behovsanställning formellt är en ALVA, eftersom de andra anställningsformerna inte är lika lämpliga för ändamålet. Behovsanställning ska dessutom vara motiverad av tillfällig arbetsanhopning för att uppfylla sitt syfte när den används på behovsbasis. I de fallen kravet på tillfällig arbetsanhopning inte är uppfyllt kan det med bakgrund av arbetsformens syfte och normen om tillsvidareanställning misstänkas att anställningsformen missbrukas i syfte att kringgå arbetstages rätt till anställningssäkerhet.

⁵⁸ SOU 2019:5 s. 178-179

⁵⁹ AD 1987 nr. 148

Med hänsyn till allt det som vi nu vet kan vi fastslå att frågan om behovsanställningar utgör missbruk av visstidsanställning står och faller på huruvida det har skett en tillfällig arbetsanhopning.

Tillfällig arbetsanhopning som begrepp har två komponenter: tillfälligheten och arbetsanhopningen. De måste båda vara uppfyllda samtidigt, dvs. att de är kumulativa rekvisit, för att behovsanställning ska vara motiverat.

5.2 Arbetsanhopning

Anhopning av arbete syftar till att mängden arbete som behövs på en arbetsplats ökar. Detta faktum för med sig vissa förutsättningar av naturen. Den är inte av central betydelse för denna uppsats, men en snabb genomgång är på sin plats icke desto mindre.

Först måste det etableras att anhopning av arbete inte nödvändigtvis manifesterar sig som att mängden oavslutat eller ej påbörjat arbete växer. Detta kan också bero på andra faktorer, som t.ex. flaskhalsar i en produktionslinje eller råvarubrist. Arbetsanhopning har visat sig när arbetstagare arbetar så mycket som de kan, medan andra produktionsfaktorer inte nyttjas till fullo. Då utgör en brist på arbetskraft en flaskhals och arbetsanhopningen är ett faktum. Nyttjandegraden för arbetstagarnas förmåga är alltså nyckeln till att identifiera arbetskraftsbrist.

Vidare är det värt att nämna att beställningsbaserade branscher, i teorin, har rätt att neka att ta arbete i syfte att minska sitt behov av arbetskraft. Detta torde dock inte ses som att de har förmågan att minska behovet av arbete, eftersom en sådan tolkning av lagen inte vore i linje med förarbetena.⁶⁰ Det kan även resoneras att inskränkningar i näringsfriheten och avtalsfriheten, pga. att de potentiella anställningarna som därmed uppstår inte håller en viss kvalitet, inte rimmar väl med politikens vilja att ge upphov till arbetstillfällen.

Sist ska nämnas att avgörande av arbetsbehovet ligger inom arbetsledningsrätten, vilken är en av de mindre inskränkta 32 §-rättigheterna och därför är frågan om mer arbetare behövs helt upp till arbetsgivaren att avgöra.⁶¹

⁶⁰ Prop. 1981/82:71 s. 43

⁶¹ AD 2017 nr. 58: Under delen ”Den rättsliga bakgrunden” finns ett längre resonemang som sammanfattar AD:s syn på frågan.

5.3 Tillfällighet

Den andra delen av tillfälliga arbetsanhopningen är den mer intressanta, eftersom den inte avgör huruvida en anställning överhuvud taget behöver göras. Den avgör istället om den anställningen med lagmotivens backning kan göras på behovsbasis utan att vara visstidsmissbruk.

Det tydligaste problemet på den här punkten är att tillfälligt⁶² är ett oprecist begrepp. Begreppet indikerar en tidsperiod med en början och ett slut, samt att perioden i kontexten den presenteras är förhållandevis kort. För ytterligare ledning i frågan behöver de gamla reglernas förarbeten konsulteras.

Regeln som tillät visstidsanställning för tillfälliga arbetsanhopningar, som anställningsformen ALVA ersatte 2007, infördes med nuvarande LAS 1982. I förarbetena hanteras frågan missbruk genom upprepade anställningar på visstid.⁶³ En viktig punkt var att det sattes en gräns på 6 månader som visstidsanställd under denna anställningsform. Det sades om tidsgränsen att:

”tidsmättet har till syfte att ge möjligheter att hantera förlängnings- och upprepningsfallen utan att man därför undergräver huvudregeln om tillsvidareanställning.”⁶⁴

När lagändringar genomförda året innan avskaffades 1995 befastes denna syn på saken ytterligare.⁶⁵ 1994 hade tidsgränserna dubblats till 12 månader med motiveringen att det fanns fall där visstidsanställning var nödvändigt så länge.⁶⁶ Avskaffandet 1995 avvisade denna ståndpunkt kategoriskt.

Allt detta är relevant pga. att det närliggande syftet gör att det kan tillämpas analogt för att bedöma hur länge tillfälligt kan bedömas vara. Gränsen torde dock inte vara ett absolut mått på om något utgör visstidsmissbruk, som citatet och nuvarande lagstiftning indikerar. Behovsanställningar behöver inte nödvändigtvis vara missbruk om de används under längre tid, ifall omständigheterna ger skäl för ett sådant antagande. I varje fall inte under nuvarande lagstiftning. Däremot bör eventuella gränsdragningar av mindre signifikans ske vid 6 månader.

⁶² Prop. 1993/94:67 avskaffade termen, vilket gör den intressant. Den togs tillbaka ett år senare genom Prop. 1994/95:76.

⁶³ Prop. 1981/82:71 s. 50-52 Det sades tom. att anhopningar skulle vara kortare än 6 månader i regel, så 6 månader är med marginal inräknat.

⁶⁴ Prop. 1981/82:71 s. 52

⁶⁵ Prop. 1994/95:76 s. 17 För kontext är det värt att nämna att en borgerlig regering, dvs. på arbetsgivarnas sida, tvingades avgå efter riksdagsvalet 1994.

⁶⁶ Prop. 1993/94:67 s. 27-28 Den nya gränsen passades till rätten för återanställning

5.4 Likheten till provanställning

Provanställningar är intressanta pga. likheten de delar med behovsanställning i frågan om anställningssäkerhet. I båda fallen saknar nämligen arbetstagaren just anställningssäkerhet.

Eftersom LAS syfte är att upphäva den fria uppsägningsrätten, och behovsanställningar är ett sätt att behålla den, är det anmärkningsvärt att lagstiftaren accepterar denna 6 månader långa fördröjning av lagens effekt. Provanställningarnas införande i allmänhet, och 6-månadersregeln i synnerhet, motiverades med att det behövdes för att hindra missbruk.⁶⁷ Motiven till missbruk är, som tidigare nämnt, att kringgå anställningssäkerheten.

5.5 Bristande konsekvens i lagen?

Med allt som framkommit hittills i åtanke blir en sak väldigt tydlig. 5a § LAS ställer krav på en två år lång period innan anställningen omvandlas till en tillsvidareanställning, medan 6 § LAS endast tillåter 6 månaders provotid. Ur anställningssäkerhetssynpunkt blir detta inkonsekvent, eftersom behovsanställning inte skiljer sig väsentligen från provanställning.

Arbetstagarna har samma rättigheter och intressen i båda fallen, dvs. att de har i teorin rätt att säga upp sig eller sluta ta arbetspass utan föregående varsel eller liknande. De har också intresset att behålla sin försörjning, vilket gör det osannolikt att de kommer vilja hävda denna rätt.

Det enda som således krävs av arbetsgivarna för att i praktiken kunna tillskansa sig en två år lång provanställning är att de kommer överens om varje pass separat, vilket kan göras lätt genom det informella system som ofta uppstår kring behovsanställningar.⁶⁸

Det har inte vid något tillfälle varit lagstiftarens avsikt att tillåta två år långa provotider, vilket borde indikera att lagstiftaren inte har lagt märke till denna inkonsekvens innan lagändringar genomförts. Lagstiftaren har inte heller infört någon form av begränsning för upprepningar av visstidsanställningar enl. klausul 5, i Sverige icke nyttjade punkt, eller sökt att minska 5a § LAS tid till 6 månader.

Resultatet av detta är att lagen tillåter två, i allt väsentligt lika anställningssituationer, under olika lång tid. I de förarbeten som hänvisats till hittills har fokuset alltid legat på att införa en övre tidsgräns, men en lägre har aldrig övervägts. Detta beror sannolikt på att de tillfälliga arbetsbehoven inte heller har en lägre tidsgräns och därmed var inom lagändringarnas syfte .

SOU 2019:5 sökte lösningar med sina lagförslag, men de lagförslagen genomfördes som bekant aldrig.

⁶⁷ Den gamla regeln om anställning för tillfällig arbetsanhopning hade också en 6-månadersregel.

⁶⁸ SOU 2019:5 s. 273. Denna källa berör skattefinansierad verksamhet, men det finns inget skäl att det skulle vara annorlunda i den helt privata sektorn.

5.6 Gränsen för missbruk

Vid denna punkt kan det återkopplas till den tidigare tidsgräns som definitionen i del 4 sätter upp. Det går inte att kategoriskt fastslå missbruk innan 5a § LAS tar vid. Den absoluta gränsen är satt av 5a § LAS vid 2 års tid. Där har lagstiftaren funnit att det inte finns något godtagbart skäl överhuvud taget att tillåta vidare anställning under några andra former än tillsvidareanställning. Däremot är 6 månader den lämpliga tidpunkten för eventuella rättsliga gränsdragningar att göras om någon mindre sträng rättsverkan övervägs, så som nämnts tidigare, dels eftersom denna gräns användes tidigare i kontexten, dels eftersom den fortfarande används för att begränsa provanställningar i 6 § LAS.

Följdfrågan följer naturligt: vilken typ av gräns kan dras vid 6 månader? För att klara upp denna fråga behöver olika alternativ ses över för att se vilka som går att sammanföra med gällande regler. Nedan följer olika lösningar i minskande ordning av styrka.

Kategoriskt fastslående kan, som nämnts tidigare, inte förenas med rådande lagstiftning. Gränsen för förbjudet visstidsmissbruk ligger enl. 5a § LAS vid två år över en femårsperiod.

Presumtion om missbruk skulle vara mindre starkt än kategoriskt fastslående, men det är osannolikt att en sådan skulle kunna upprättas utan stöd i lagtext. För att finna grund för denna slutsats kan en analogi dras till 7 § 2 st. LAS, den s.k. *ultima ratio*-principen. Den upprättar en presumtion i en bedömning av huruvida en uppsägning har varit sakligt grundad. Det som bedöms har tveklöst fler dimensioner än en eventuell bedömning av huruvida en serie visstidsanställningar utgör missbruk av visstidsanställningar, men det innebär inte hinder för att analogin ska vara lämplig ändå. Med detta i åtanke verkar en presumtion om missbruk efter 6 månaders behovsanställning inte kunna upprättas utan lagändring.

Nästa steg ner i styrka av fastslående leder till den nivå av formuleringar som givit upphov till det juridiska språkbrukets inte helt oförtjänta vanrykte bland icke-jurister. I syfte att undvika att hamna i svårtolkade formuleringar, så som ”finns skäl att misstänka” eller ”det är inte utan grund”, kan en annan analogi göras för att hitta en lämplig lösning.

Bedömningar av liknande karaktär har tidigare gjorts i frågan om s.k. fingerad arbetsbrist, dvs. när en arbetsgivare missbrukar sitt prerogativ att avgöra arbetskraftsbehovet i syfte att kringgå bevisbördan för uppsägningar pga. personliga skäl. AD har löst det problemet genom att delad bevisbörda.⁶⁹ En liknande lösning hade kunnat göras för frågan om visstidsmissbruk. Arbetstagersidan hade, precis som i frågor om fingerad arbetsbrist, behövt först göra sannolikt att missbruk förekommer. Denna låga bevisbörda innebär att det inte blir möjligt för arbetsgivaren att blockera genom att hävda bevisbrist, men den innebär också att arbetsgivaren slipper bevis ett negativt påstående från början. Bevisning av att något inte föreligger är, som bekant, notoriskt svårt.

⁶⁹ AD 2000 nr. 35: under ”Har det förelegat saklig grund för uppsägningen på grund av arbetsbrist?”; AD 2017 nr. 58 är ett mer aktuellt fastslående av denna metodik. Se under ”Den rättsliga bakgrunden”.

Kombinerat med 6-månadersgränsen hade detta inneburit en sänkning, efter 6 månaders anställningstid, av vad som krävs för att visa att arbetsgivaren missbrukar visstidsanställningar.

5.7 Rättsverkan av missbruk

Påvisandet av missbruk på det sätt som föregående underrubrik spekulerar i kan under nu gällande lagstiftning inte få någon rättsverkan. Det hade krävt lagändring.

Påståenden om att provanställningar missbrukas hade fallit pga. frånvaron av krav på objektiva grunder för ALVA, som tillsammans med arbetsgivarprerogativet att avgöra arbetsbehovet, hade resulterat i en universellt tillämplig invändning.

Om en sådan lagändring hade tillkommit som ger denna bedömning rättsverkan så torde det vara givet att den ska vara en omvandlingsregel av samma typ som 5a § LAS. Mest sannolikt hade denna lagändring varit en sådan som efter 6 månaders tid som behovsanställd hade omvandlat den till tillsvidareanställning eller en visstidsanställning med fasta arbetstider per vecka.

För att finna de utmärkande egenskaperna för behovsanställning hade definitionen i SOU 2019:5 kunna tillämpas med fördel.⁷⁰

- 1. Arbete endast kortare perioder i taget.
- 2. Arbete endast på kallelse från arbetsgivaren.
- 3. Det är ett nytt anställningsförhållande vid varje arbetstillfälle.
- 4. Tiden mellan arbetstillfällena räknas inte som anställningstid.
- 5. Arbetstagaren har möjlighet att säga nej till arbete.

Utredningens syfte var att kartlägga just denna problematik, så definitionen torde vara lämplig i allra högsta grad.

⁷⁰ SOU 2019:5 s. 178

6 Slutsats

Slutsatsen för denna uppsats blir att behovsanställningar inte utgör missbruk av visstidsanställningar *per se*, men det finns starka skäl att misstänka att de är det som huvudregel efter 6 månader, eftersom deras tillåtna omfattning i tid är inkonsekvent i förhållande till provanställningar.

Provanställningar utsätter i allt väsentligt arbetstagaren för samma osäkerhet kring sin försörjning, men tillåts bara i 6 månader just för att förhindra att de missbrukas på det sätt som behovsanställningar verkar kunna göras. Behovsanställningarna tillåts i två år och därför, i ljuset av 6-månadersgränsen för provanställningar, bör misstanke om missbruk av visstidsanställningar infinna sig efter 6 månader ackumulerad tid som behovsanställd.

Käll- och litteraturförteckning

6.1 Propositioner till lagändringar

- Prop. 1973:129 ”Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m.m.”
- Prop. 1981/82:71 ”om ny anställningsskyddslag m.m.”
- Prop. 1993/94:67 ”om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet”
- Prop. 1994/95:76 ”Förändring av vissa arbetsrättsliga regler”
- Prop. 1996/97:16 ”En arbetsrätt för ökad tillväxt”
- Prop. 2005/06:185 ”Förstärkning och förenkling - ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen”
- Prop. 2006/07:111 ”Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning, m.m.”
- Prop. 2015/16:62 ”Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar”

6.2 Statens offentliga utredningar

- SOU 2019:5 ”Tid för trygghet”

6.3 Tidningsartiklar

- Borg, Kristian: *Allmän visstid måste avskaffas*, Byggnadsarbetaren, 2018-04-23
 - o <https://www.byggnadsarbetaren.se/ta-bort-allman-visstid-ur-las/>
 - o Hämtad 2021-06-16
- Gideonsson, Susanna: *Stoppa missbruk av osäkra anställningar*, Svenska Dagbladet, 2015-02-09
 - o <https://www.svd.se/stoppa-missbruk-av-osakra-anstallningar>
 - o Hämtad 2021-06-16

Rättsfallsförteckning

6.4 Arbetsdomstolen

- AD 1929 nr. 29
- AD 1976 nr. 81
- AD 1977 nr. 118
- AD 1984 nr. 66
- AD 1987 nr. 148
- AD 1997 nr. 17
- AD 1997 nr. 48
- AD 2000 nr. 35
- AD 2008 nr. 81
- AD 2017 nr. 58

6.5 EU-domstolen

- C-580/10 Küçük
- C-22/13 Mascolo
- C-190/13 Marquez Samohano