FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 19 juni 2008 [1]

I — Inledning

1. Højesteret i Danmark har frågat domstolen om tolkningen av artikel 8 i direktiv 91/533/EEG, [2] med anledning av ett arbetsrättsligt mål i vilket sökanden Ruben Andersen gör gällande att ett kollektivavtal genom vilket direktivet införlivas inte är tillämpligt. En tillämpning av kollektivavtalet skulle enligt sökanden vara till men för honom eftersom det till skillnad från nationell lag gör det möjligt för arbetsgivaren att efter anmälan rätta ett felaktigt anställningsbesked.

2. Den hänskjutande domstolen undrar mot denna bakgrund om det krävs att en arbetstagare är medlem i en organisation för att han ska omfattas av ett kollektivavtal genom vilket direktivet införlivas. Om detta handlar de två första tolkningsfrågorna.

3. Ruben Andersen har även åberopat att hans anställningsförhållande har varit ”tidsbegränsat”, vilket innebär att han inte skulle vara skyldig att göra förhandsanmälan till arbetsgivaren enligt bestämmelserna i direktivet. Den nationella domstolen hyser tvivel om innebörden av begreppet ”tidsbegränsat anställningsavtal eller anställningsförhållande” i artikel 8.2 andra stycket i direktivet, eftersom detta uttryck inte har använts i någon tidigare gemenskapsbestämmelse. Den domstolen undrar i den tredje frågan om formuleringen avser alla visstidsanställningar eller bara kortvariga anställningsförhållanden.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

4. Direktiv 91/533 om genomförande av punkterna 9 och 17 i gemenskapens stadga

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Rådets direktiv av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet (EGT L 288, s. 32; svensk specialutgåva område 5, volym 5, s. 97).

om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter,[3] tillkom för att inom Europeiska unionen införa en enhetlig skyldighet, vilken redan hade införts av några medlemsstater, att ställa vissa formella krav på anställningsförhållandet för att ge arbetstagare skydd mot kränkning av deras rättigheter (andra och sjätte skälen). Direktivet syftar närmare bestämt till att undanröja skillnaderna mellan olika länders lagstiftning när det gäller upplysningar om de viktigaste aspekterna av anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.

5. Direktivet är enligt artikel 1 tillämpligt på ”alla arbetstagare som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande” (punkt 1), även om medlemsstaterna får föreskriva att direktivet inte gäller arbetstagare med anställningsavtal eller anställningsförhållande a) om högst en månad eller med en arbetsvecka om högst åtta timmar, eller b) av tillfällig beskaffenhet, under förutsättning att sakliga skäl motiverar att dessa fall undantas från tillämpningen av direktivet.

6. Enligt artikel 2 är arbetsgivaren skyldig att underrätta arbetstagaren om ”de väsentliga dragen i anställningsavtalet eller anställningsförhållandet” (punkt 1), vilket innefattar den förväntade varaktigheten vid tidsbegränsade anställningsavtal eller anställningsförhållanden (punkt 2 e). Denna underrättelse ska vara skriftlig och den ska lämnas på något av de sätt som föreskrivs i artikel 3 i direktivet.

3 — Antagen av Europeiska rådet i Strasbourg den 9 december 1989.

7. I artikel 8, vilken de aktuella tolkningsfrågorna avser, regleras skyddet av de rättigheter som föreskrivs i direktivet, och medlemsstaterna åläggs att ge enskilda arbetstagare rätt att driva sina anspråk genom rättsligt förfarande (punkt 1). I punkt 2 i samma artikel föreskrivs att sådana förfaranden ska förutsätta att arbetstagaren först anmält saken till arbetsgivaren och att denne underlåtit att svara inom 15 dagar från anmälan. Sådan formell anmälan får dock inte krävas för utlandsstationerade arbetstagare eller arbetstagare med ”tidsbegränsat anställningsavtal eller anställningsförhållande” eller för arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal.

8. Enligt artikel 9 i direktivet skulle medlemsstaterna senast den 30 juni 1993 utfärda de lagar och andra författningar som behövdes för att följa direktivet eller se till att arbetsmarknadens parter ”vid denna tidpunkt” införde de nödvändiga föreskrifterna ”genom avtal”. I det senare fallet är medlemsstaterna skyldiga att vidta de åtgärder som behövs för att vid varje tidpunkt kunna garantera de resultat som detta direktiv föreskriver.

B — *De danska bestämmelserna*

9. För att följa artikel 9 i direktiv 91/533 har man i dansk rätt valt denna dubbla strategi:

dels har en lag om arbetsgivarens skyldighet att upplysa arbetstagaren om villkoren för anställningen [4] införts, dels har ett antal kollektivavtal ingåtts inom olika områden.

a) Lagen om anställningsbevis

10. Enligt lagen om anställningsbevis får arbetstagaren vända sig direkt till domstol, utan att först ha gjort en anmälan till arbetsgivaren.

11. Av 1 § tredje stycket framgår att denna lag är subsidiär och att den inte är tillämplig i de fall arbetsgivarens skyldighet att upplysa arbetstagaren om anställningsförhållandet följer av ett kollektivavtal, under förutsättning att avtalet innehåller bestämmelser som minst motsvarar kraven i direktiv 91/533.

b) KTO-avtalet

12. Ett av de kollektivavtal genom vilka ovannämnda direktiv har införlivats i dansk rätt är det som ingicks den 9 juni 1993 mellan Amtrådsforeningen, Kommunernes Landsforening, Köpenhamns och Fredriksbergs kommuner samt Kommunale Tjenstemænd og Overenskomstansatte (nedan kallat KFO-avtalet). Enligt Højesteret tillämpar de danska kommunerna detta avtal på alla sina anställda, oavsett om de är medlemmar i en organisation eller inte. [5]

13. Om en kommunal arbetsgivare inte i rätt tid har utfärdat ett korrekt anställningsbevis, har arbetsgivaren enligt KFO-avtalet möjlighet att inom 15 dagar utfärda ett korrekt bevis, efter det att arbetstagaren anmält saken till arbetsgivaren. Om arbetsgivaren inte gör det får arbetstagaren vända sig till domstol för att göra sina rättigheter gällande.

4 — Omarbetning antagen genom lag nr 385 av den 11 maj 1994 (”Ansættelsesbevislov”, nedan kallad ”lagen om anställningsbevis”).

5 — Denna uppgift bekräftades vid förhandlingen av representanterna för den danska regeringen och för Kommunernes Landsforening.

III — Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14. Ruben Andersen har som mottagare av kontant stöd deltagit i aktivitetsåtgärder i form av individuell arbetsträning i Skælskør Kommune under fem perioder. Fem anställningsavtal undertecknades för aktivering i mellan en månad och ett år, men de fem anställningarna blev alla kortare än en månad på grund av Ruben Andersens upprepade frånvaro.

15. För var och en av dessa anställningar mottog Ruben Andersen anställningsbevis som inte uppfyllde kraven i artikel 2.2 i direktiv 91/533. Inom 15 dagar efter det att han uppmärksammat kommunen på brisserna mottog han nya korrekta anställningsbevis.

16. Ruben Andersen ansåg emellertid att KTO-avtalet inte var tillämpligt på honom [6] och han väckte därför med stöd av lagen om anställningsbevis talan direkt i domstol och yrkade ersättning. Det krävs enligt den lagen inte att det görs en sådan föregående anmälan till arbetsgivaren som den som föreskrivs i KTO-avtalet. Skælskørs Kommunes rättning var därför enligt sökanden inte giltig.

17. Ruben Andersens talan ogillades i första instans. Han överklagade därför till Højesteret, som fann att tvistens lösning beror på hur direktiv 91/533 ska tolkas. Højesteret har därför i enlighet med artikel 234 EG hänskjutit följande tre tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Innebär artikel 8.1 i direktiv 91/533/EEGatt ett kollektivavtal, genom vilket direktivet införlivas, inte kan tillämpas på arbetstagare som inte är medlemmar i en organisation som är avtalsansluten?

2) För det fall den första frågan besvaras nekande, innebär begreppet ”arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal som rör anställningsförhållandet” i artikel 8.2 i direktivet att bestämmelser i ett kollektivavtal om krav på förhand-

6 — Vid förhandlingen ifrågasatte inte Ruben Andersens advokat möjligheten att tillämpa avtalet på oorganiserade arbetstagare, men han menade att avtalet inte borde tillämpas i förevarande fall eftersom det inte innehåller några sanktionsbestämmelser. Han bekräftade vidare att han inte ansåg att det var fel att direktivet hade införlivats genom KTO-avtalet.

sanmälan till arbetsgivaren inte kan tillämpas på en arbetstagare som inte är medlem i en organisation som är ansluten till avtalet?

3) Avser begreppen ”tidsbegränsat anställningsavtal” och ”tidsbegränsat anställningsförhållande” i artikel 8.2 i direktivet kortvariga anställningsförhållanden eller avses något annat, till exempel alla visstidsanställningar? För det fall det första avses, vilka kriterier ska ligga till grund för avgörandet om huruvida ett anställningsförhållande är tidsbegränsat (kortvarigt)?”

IV — Förfarandet vid domstolen

18. Begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 3 juli 2007.

19. Parterna i tvisten vid den nationella domstolen, kommissionen och den italienska och den svenska regeringen har inkommit med skriftliga yttranden.

20. Företrädarna för Ruben Andersen, Kommunernes Landsforening, Konungariket Danmark och kommissionen har vid förhandlingen den 15 maj 2008 yttrat sig muntligen.

V — Prövning av tolkningsfrågorna

A — *Den första frågan*

21. Genom den första tolkningsfrågan vill Højesteret få klarlagt om artikel 8.1 i direktiv 91/533 innebär att ett kollektivavtal genom vilket detta direktiv införlivas bara kan tillämpas på arbetstagare som är medlemmar i en organisation som är avtalsansluten.

22. Alla som har inkommit med yttranden i detta mål om begäran om förhandsavgörande har förordat ett nekande svar. Enligt artikel 8.1 i direktivet ska medlemsstaterna i sina nationella rättsordningar införa de regler som är nödvändiga för att arbetstagare ska kunna driva sina anspråk genom rättsligt förfarande. Denna gemenskapsbestämmelse säger inget om med vilket rättsligt instrument detta mål ska uppnås.

23. I enlighet med artikel 137.3 EG ger artikel 9 i direktiv 91/533 medlemsstaterna möjlighet att välja hur de ska genomföra direktivet. De kan antingen göra det direkt, genom att utfärda de lagar och andra författningar som behövs, eller låta arbetsmarknadens parter ingå avtal. [7]

24. Denna möjlighet att ”delegera” åt arbetstagarnas och arbetsgivarnas representanter att införliva gemenskapsbestämmelser har prövats flera gånger av domstolen. [8] Domstolen har särskilt betonat att medlemsstaterna trots detta genom att utfärda lämpliga lagar och andra föreskrifter måste säkerställa att arbetstagarna kommer i åtnjutande av allt det skydd som direktivet föreskriver. Om införlivandet samtidigt har skett genom en lag och genom ett eller flera kollektivavtal, måste enligt domstolen den ”statliga garantin” omfatta alla de fall där det inte finns något annat effektivt skydd, oavsett orsaken till det.

25. Det finns således inget som hindrar att direktivet införlivas genom ett kollektivavtal, förutsatt att medlemsstaten ser till att de fördelar som följer av dess bestämmelser kan åberopas av alla mottagare, genom ett avtal eller genom en subsidiär nationell bestämmelse.

26. Vidare sägs i direktivet inget om på vilken personkrets de eventuella kollektivavtalen eller de nationella bestämmelserna genom vilka direktivet införlivas ska vara tillämpliga. Inte heller innehåller direktivet något förbud mot att ett kollektivavtal av det här slaget omfattar personer som inte är medlemmar i en organisation som är avtalsansluten.

27. Inte heller visar rättspraxis att gemenskapsrätten skulle förhindra att oorganiserade arbetstagare får tillgång till avtalsreglerat skydd. I de ovannämnda domarna nämns visserligen flera specifika fall där den ”statliga garantin” (den som tillhandahålls av genomförandelagen) ska användas: *”när arbetstagarna inte är fackföreningsanslutna*, när den ifrågavarande sektorn inte omfattas av kollektivavtal eller när likalönsprincipen inte gäller”.

28. Domstolen har mot denna bakgrund erinrat om att det är i sista hand medlemsstaterna som ska se till att ingen grupp hamnar utanför direktivets skydd, och den har gett några exempel på situationer där arbetstagaren inte har något annat skydd än det lagstadgade. Så är fallet om det inte finns

7 — Samma sak föreskrivs i det sista skälet i direktivet.

8 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 143/83, kommissionen mot Danmark (REG 1985, s. 427; svensk specialutgåva, volym 8, s. 31), av den 28 mars 1985 i mål 215/83, kommissionen mot Belgien (REG 1985. s. 1039), av den 10 juli 1986 i mål 235/84, kommissionen mot Italien (REG 1986, s. 2291), och av den 28 oktober 1999 i mål C-187/98, kommissionen mot Grekland (REG 1999, s. I-7713).

något avtal, om ett befintligt avtal inte innehåller alla de rättigheter som föreskrivs i direktivet eller om avtalet inte tillämpas på en viss kategori av arbetstagare inom sektorn, exempelvis de oorganiserade.

29. Kollektivavtalens omfattning och bindande förmåga ska således fastställas inom varje rättsordning. Detta har gemenskapslagstiftaren beslutat enligt logiska principer, för det är extremt svårt att lämna ett svar som strider mot den rent nationella rätten, eftersom synen på kollektivförhandlingar varierar avsevärt inom unionen. [9]

30. Till skillnad från Förenade kungariket, där kollektivavtal varken har normativ eller avtalsrättslig verkan, [10] gäller i de flesta av Europeiska unionens medlemsstater fortfarande den beskrivning som gjort Carnelutti berömd: ”kollektivavtalet är en hybrid med en lag till hjärta och ett avtal till kropp”. [11]

31. Större skillnader kan konstateras när det gäller verkan av dessa avtal, närmare bestämt möjligheten att låta dem omfatta andra än de avtalsslutande parterna (exempelvis de som inte är medlemmar i de avtalsslutande organisationerna). Vissa medlemsstater förbjuder helt en sådan utvidgning, medan andra tillåter olika mekanismer för att göra det möjligt (myndighets- eller domstolsbeslut, anslutning eller automatisk utvidgning på grund av att de avtalsslutande organisationerna företräder stora grupper). [12]

32. Om kollektivavtalet – som fallet är i vissa medlemsstater – inte kan åberopas av oorganiserade arbetstagare, träder den statliga

9 — Díez-Picazo har träffande formulerat det så att bestämmelsernas eller rättskällornas ursprung avspeglar maktfördelningen i ett samhälle, ”vilket dels är ett högst politiskt problem och dels en fråga av sociologisk art” (Díez-Picazo och Ponce de León, L.M., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* tredje upplagan, Ariel, 1993, s. 136).

10 — Här menar Deakin och Morris att grunden för ett kollektivavtals normativa verkan finns på det individuella anställningsavtalets nivå, eftersom det förstnämnda saknar den ”reglerande verkan” som det har i andra system (Deakin, S. och Morris, G., *Labour Law,* 2 u, Butterworths, 1998, s. 261). På samma sätt tillägger Pitt att förhållandena på den brittiska arbetsmarknaden är nästan unika i Europa, vilket ibland skapar problem när direktiv ska införlivas (Pitt, G., *Employment Law,* femte upplagan, Thomson – Sweet & Maxwell, 2004, s. 120).

11 — Carnelutti, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro,* Padua, 1927, s. 108.

12 — En jämförande analys av kollektivavtalens rättsliga ställning och möjligheterna att utsträcka dem i de tjugosju medlemsstaterna finns i studien *Industrial Relations in Europe 2006* (*Table 2.1: Normative function of collective bargaining: legal status and extensión procedures as examples*), som gjorts av kommissionen och som åberopats av svaranden i målet i den nationella domstolen.

bestämmelse in som införts för detta ändamål, i annat fall är genomförandelagen bara subsidiär. Så verkar vara fallet i det mål som har föranlett denna begäran om förhandsavgörande, [13] även om detta är den nationella domstolens sak att klarlägga.

33. Följaktligen ger artikel 8.1 i direktiv 91/533 medlemsstaterna frihet att låta ett kollektivavtal genom vilket direktivet införlivas i nationell rätt, även omfatta dem som inte är medlemmar i någon avtalsslutande organisation. Om ett kollektivavtal genom vilket direktivet införlivas på ett adekvat sätt är tillämpligt på en arbetstagare, oavsett om han är organiserad eller inte, utesluter det i princip att den nationella subsidiära lagen tillämpas.

B — *Den andra frågan*

34. Enligt artikel 8.2 i direktivet får medlemsstaterna föreskriva att arbetstagaren först måste göra en formell anmälan till arbetsgivaren och att denne ska ha femton dagar på sig att svara på anmälan innan ett rättsligt förfarande där arbetstagaren driver sina anspråk får inledas. I artikel 8.2 andra stycket anges emellertid tre undantag. Någon sådan anmälan får inte krävas för utlandsstationerade arbetstagare och inte heller för arbetstagare med ”tidsbegränsat anställningsavtal eller anställningsförhållande” eller arbetstagare ”som inte omfattas av kollektivavtal som rör anställningsförhållandet”. Den nationella domstolen vill få klarlagt vilken omfattning och innebörd dessa undantag har.

35. Den andra tolkningsfrågan anknyter till övervägandena kring den första. Højesteret undrar med den andra tolkningsfrågan om begreppet ”arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal som rör anställningsförhållandet” i artikel 8.2 andra stycket i direktiv 91/533 innebär att kravet på förhandsanmälan inte ska tillämpas på en arbetstagare som inte är medlem i en organisation som är ansluten till avtalet.

36. Min uppfattning är att denna fråga bör besvaras nekande. Medlemskap i en organisation är inte heller enligt artikel 8.2 i direktivet avgörande för om en arbetstagare ska omfattas av ett kollektivavtal genom vilket direktivet införlivas.

37. Bestämmelsen är tydligt formulerad. Där används orden ”arbetstagare *som inte omfattas* av kollektivavtal som rör anställningsförhållandet”. [14] Av de skäl som redovisas i avsnitt V.A i detta förslag till avgörande kan denna formulering inte uteslutande anses avse arbetstagare som är medlemmar i en organisation. I direktivet nämns inte något om på

13 — Enligt 1 § tredje stycket lagen om anställningsbevis är lagen subsidiär till de kollektivavtal genom vilka direktiv 91/533 införlivas. KTO-avtalet tillämpas enligt Højesteret på alla kommunalanställda, oavsett om de är organiserade eller inte.

14 — Lika kristallklara är de franska (non couverts par), engelska (not covered by) och tyska (Regelung unterliegt) versionerna.

vilken personkrets kollektivavtalen genom vilka direktivet införlivas ska tillämpas, utan det får de nationella lagstiftarna besluta om. Artikel 8.2 utgör således inte hinder för att bestämmelser i ett kollektivavtal (även sådana som föreskriver att en anmälan först måste göras till arbetsgivaren innan ett rättsligt förfarande kan tillämpas) tillämpas på personer som inte är medlemmar.

38. Det återstår därmed att klarlägga om denna ståndpunkt är förenlig med syftet med direktivet med avseende på bestämmelsen om förhandsanmälan.

39. Det ges i förarbetena inte någon vägledning i detta avseende, eftersom bestämmelsen om förhandsanmälan tillkom först i slutet av lagstiftningsförfarandet. Den behandlades därför inte i Ekonomiska och sociala kommitténs [15] och Europaparlamentets [16] yttranden. Som kommissionen har angett i sitt skriftliga yttrande är det emellertid inte svårt att gissa att åtgärden syftar till att undvika domstolsprocesser och att få tvister lösta på mindre kostsamma och komplicerade sätt. Detta allmänna processekonomiska motiv är emellertid underordnat direktivets övergripande syfte, nämligen att värna om arbetstagarnas intressen. Avsikten med artikel 8.2 var således att undvika ett alltför strikt krav på anmälan, eftersom det i praktiken skulle göra det svårt för arbetstagare som befinner sig i en mindre fördelaktig ställning att göra sina rättigheter gällande.

40. Mot bakgrund av detta förefaller det rimligt att inte kräva att en arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtalet för den aktuella sektorn måste göra en anmälan till arbetsgivaren innan han väcker talan i domstol. Det faktum att arbetstagaren inte omfattas av bestämmelserna i kollektivavtalet försätter honom i en mindre fördelaktig ställning, vilken skulle försämras ytterligare om han var tvungen att ge arbetsgivaren en andra möjlighet att åtgärda sina fel.

41. Det som avgör om en förhandsanmälan ska krävas är således inte om arbetstagaren är medlem i en organisation eller inte, utan om han omfattas av kollektivavtalet. Såsom jag i detalj har förklarat i avsnitt V.A i detta förslag till avgörande, bestäms detta inte av om han är medlem eller inte. En arbetstagare som omfattas av kollektivavtalet åtnjuter ett tillräckligt skydd, oavsett om han är organiserad eller inte. Detta skydd urholkas inte av att arbetsgivaren får ytterligare femton dagar på sig – i det här fallet finns ingen anledning att göra undantag. Den som inte omfattas av kollektivavtalet (på grund av att han inte är organiserad eller av andra skäl) måste däremot ges möjlighet att vända sig direkt till domstol för att göra sina rättigheter gällande.

42. En grammatisk och teleologisk tolkning av den omtvistade bestämmelsen visar att det viktiga när det gäller att avgöra om undantag

15 — EGT C 159, s. 32.
16 — EGT C 240, s. 21.

från kravet på anmälan ska göras inte är huruvida personen är organiserad eller inte, utan huruvida han omfattas av kollektivavtalet, med den högre grad av skydd som detta instrument medför.

C — *Den tredje frågan*

43. Højesteret avser med den tredje frågan att klarlägga omfattningen av ett annat av undantagen från kravet på anmälan enligt artikel 8.2 i direktiv 91/533.

44. Frågan gäller tillämpningen av begreppet ”tidsbegränsat anställningsavtal eller anställningsförhållande”, som tidigare inte har förekommit i gemenskapsrätten. Den nationella domstolen undrar om det är alla visstidsanställningar som åsyftas i direktivet eller om det bara är kortvariga anställningsförhållanden.

1. Artikel 8.2 andra stycket omfattar inte alla ”visstidsanställningar”.

45. Den rättsliga kategorin ”visstidsanställning” återfinns i många nationella lagstiftningar och har införts i gemenskapsrätten genom direktiven 75/129/EEG, [17] 91/383/EEG [18] och 1999/70/EG. [19]

46. Jämfört med tillsvidareanställningar, som är den vanligaste typen av avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare, framstår visstidsanställningar i viss mån som undantag som syftar till att tillgodose arbetsgivarens eller marknadens faktiska behov. Trots den rådande tendensen till ”uppluckring” av arbetsrätten, [20] bygger den arbetsrättsliga lagstiftningen i många medlemsstater på principen om anställningstrygghet, vilken innebär en begränsning av möjligheterna att använda sig av visstidsanställningar. Enligt den spanska lagen om arbetstagare (Estatuto de los Trabajadores) [21] medges till exempel bara sådana anställningar i de fall som föreskrivs i artikel 15 i lagen. I Frankrikes Code du travail stadgas i artikel L-1242-1 att visstidsanställningar inte får användas för att under längre tid besätta en tjänst som är förknippad med företagets normala och bestående verksamhet, utan bara i de fall

17 — Rådets direktiv av den 17 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar (EGT L 48, s. 29; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 185).

18 — Rådets direktiv av den 25 juni 1991 om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande eller tillfälligt anställningsförhållande (EGT L 206, s. 19; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 63).

19 — Rådets direktiv av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (EGT L 175, s. 43).

20 — Enligt Alonso Olea tar den sig bland annat uttryck i att en omfattande användning av tidsbegränsade anställningar tillåts och på så sätt ”slipper arbetsgivaren delvis en risk genom att (generellt och inte i enskilda fall) anpassa storleken på personalstyrkan efter nivån på den ekonomiska verksamheten”. Han konstaterar dock samtidigt att urholkningen av principen om anställningstrygghet nu motverkas genom stöd för tillsvidareanställningar (Alonso Olea, M. och Casas Baamonde, M.E., *Derecho del Trabajo,* nittonde upplagan, Civitas, Madrid, 2001, s. 251).

21 — Den omarbetade lydelsen av lagen om arbetstagare (Estatuto de los Trabajadores), antagen genom kungligt lagstiftningsdekret 1/95 av den 24 mars 1995 (BOE av den 29 mars 1995).

som uppräknas i artikel L-1242-1 när det gäller att utföra ”avgränsade och tidsbegränsade arbetsuppgifter” och under de särskilda förutsättningar som anges i artikel 1242-2.

47. Detta skydd minskar skillnaderna mellan de rättigheter som ”fastanställda” respektive visstidsanställda åtnjuter. Denna ståndpunkt bekräftas i gemenskapsrätten utan omsvep i ramavtalet av den 18 mars 1999 om visstidsarbete. [22] I inledningen anges att avtalet visar arbetsmarknadsparternas vilja att ”skapa en övergripande ram för att visstidsanställda skall kunna garanteras likabehandling genom att de skyddas mot diskriminering”. Denna regel om jämställande återfinns till exempel i artikel 15.6 i den spanska lagen om arbetstagare (Estatuto de los Trabajadores), i artikel L-1242-14 i Frankrikes Code du travail, i Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002 i brittisk rätt samt i det kommunala ramavtalet om visstidsanställning genom vilket direktiv 1999/70 införlivas i dansk rätt. [23]

48. Som jag redovisar i avsnitt V.B i detta förslag till avgörande syftar undantagen från kravet på förhandsanmälan i artikel 8.2 andra stycket i direktiv 91/533 till att förhindra att förfaranden före domstolsförfarandet minskar skyddet för de minst gynnade arbetstagarna. Det finns således inget skäl att undanta alla arbetstagare med visstidsanställning från kravet på sådan anmälan, för om de har samma rättigheter så måste de även ha samma formella skyldigheter.

49. Detta krävs enligt gemenskapsrättens interna överensstämmelse. Som jag tidigare har nämnt innehåller direktiven 75/129, 91/383 och 1999/70 i olika sammanhang uttrycket ”visstidsanställningar”. Direktiv 91/383, som bara är några månader äldre än det som är föremål för granskning i föreliggande mål, skiljer mellan ”tidsbegränsade” och ”tillfälliga” anställningsförhållanden. De förstnämnda karaktäriseras av att de regleras av ett avtal där avslutandet fastställs genom objektiva villkor såsom överenskommelse om ett angivet datum, utförande av en viss uppgift eller inträffandet av en speciell händelse (artikel 1). [24] Denna bestämmelse visar att om gemenskapslagstiftaren hade velat att det omtvistade direktivet skulle omfatta alla visstidsanställningar, så skulle lagstiftaren ha använt sig av just den formuleringen, såsom tidigare gjorts i direktiv 91/383 och direktiv 75/129 [25] och ett antal år senare i direktiv 1999/70. Av detta skäl har svaranden

22 — Genom ovannämnda direktiv 1999/70.

23 — Enligt de uppgifter som har tillhandahållits i begäran om förhandsavgörande skiljer sig villkoren för en visstidsanställning i Danmark från villkoren för en tillsvidareanställning bara i det avseendet att det i det förstnämna fallet finns ett datum fastställt då anställningen ska upphöra. Vid uppsägning gäller samma uppsägningstid och skyddet mot ogrundad uppsägning är detsamma. Højesteret tillägger dock att vid flerårsförordnanden, som oftast ingås på fem år när det rör sig om ledande ställningar, får arbetstagaren ett särskilt flerårsförordnandetillägg, som höjer vederbörandes lön med 15–25 procent i förhållande till lönen för motsvarande arbetstagare för vilken löpande villkor gäller.

24 — Artikel 3 i det ovannämnda ramavtalet undertecknat av EFS, UNICE och CEEP har en mycket likartad ordalydelse.

25 — I artikel 1.2 a i detta direktiv talas om ”anställningsavtal som gäller för en viss tid eller för vissa arbetsuppgifter”.

i målet i den nationella domstolen med fog hävdat att användningen av den nya formuleringen ”tidsbegränsat arbete” inte bara är en språklig vidareutveckling, utan visar på en terminologisk skillnad.

50. Den tyska versionen av direktiv 91/533 föranleder vissa tvivel. Liksom i direktiven 75/129, 1999/70 och 91/383 används där formuleringen ”mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis”, vilken motsvarar den allmänna kategorin ”visstidsanställning”. Det handlar här emellertid uppenbarligen om ett undantag jämfört med andra språkversioner av bestämmelsen. Såväl på franska (contrat ou relation de travail temporaire) som på engelska (temporary contract or employment relationship), italienska (contratto o rapporto di lavoro temporaneo), portugisiska (contrato ou relação de trabalho temporários) och finska (tilapäinen työsopimus) används formuleringar som liknar spanskans contrato temporal, vilket tyder på att den tyska översättningen är en fri översättning och att den inte motsvarar de övriga.

2. Bestämmelsen avser ”kortvariga anställningar”

51. Om nu begreppet ”tidsbegränsat anställningsavtal” inte avser alla avtal som gäller för en viss, på förhand fastställd tidsperiod, måste det klarläggas vilka anställningsförhållanden som omfattas av denna rubrik, vilken hittills inte förekommit inom gemenskapsrätten.

52. Den hänskjutande domstolen föreslår själv alternativet ”kortvariga anställningar” och menar att arbetstagarna i de fallen brukar befinna sig i en mindre fördelaktig situation.

53. Problemet är att denna kategori inte återfinns i alla medlemsstaters lagstiftning, och ibland används där till och med uttrycken ”tidsbegränsad anställning” och ”visstidsanställning” synonymt. Dansk lag innehåller däremot bestämmelser om en typ av visstidsanställningar som Højesteret i sitt beslut kallar ”tidsbegränsade anställningar”, vilka karaktäriseras av att de är kortvariga, att lön ofta utgår på timbasis och, viktigast av allt, att de vanligtvis omfattas av sämre villkor än dem som gäller för övriga arbetstagare.

54. Jag har med undantag för det omtvistade direktivet inte kunnat finna att adjektivet ”tidsbegränsad” har knutits till någon självständig avtalsform i den europeiska arbetsrätten, utom för att hänvisa till förhållanden som avser ”företag som hyr ut arbetskraft” (vilka definieras i artikel 1 i direktiv 91/383).

Detta speciella anställningsförhållande karaktäriseras bland annat av att det är så osäkert (om inte rättsligt så åtminstone i praktiken). [26] Jag är mot bakgrund av denna och andra omständigheter benägen att anse att artikel 8.2 andra stycket i direktiv 91/533 syftar till att de som anställts för en kortare tid ska få en direkt och enklare tillgång till domstolsprövning, på grund av att de i allmänhet befinner sig i en mer utsatt situation.

55. Gemenskapslagstiftarens och medlemsstaternas upprepade försök att begränsa användningen av kortvariga anställningsavtal, och framför allt att sätta stopp för användningen av på varandra följande tidsbegränsade avtal för att besätta en tjänst på obestämd tid, är ett tydligt bevis för att arbetstagare med kortvariga anställningsavtal trots alla stora principförklaringar är mycket mer utsatta och oskyddade än dem som har långvariga avtal.

56. Min bedömning är således att det sämre skydd som arbetstagare med kortvariga anställningsavtal åtnjuter är ett viktigt skäl till att uppfatta det så att det är dessa anställningsförhållanden som enligt artikel 8.2 i direktivet faller utanför tillämpningsområdet för kravet på förhandsanmälan.

57. Begreppet ”tidsbegränsade anställningsavtal eller anställningsförhållanden” återfinns även i artikel 2.2 e i direktiv 91/533. Bland de upplysningar som arbetsgivaren enligt denna artikel åtminstone måste lämna till arbetstagaren återfinns ”den förväntade varaktigheten” vid ”tidsbegränsade anställningsavtal eller anställningsförhållanden”. Det hade inte varit konstigt om direktivet även här hade försökt att begränsa skyddet till arbetstagare med kortvariga anställningsavtal, i vilka det är viktigare att arbetstagaren redan från början klart får reda på när det upphör. Den nationella lagstiftaren får emellertid utvidga detta upplysningskrav till att omfatta alla tidsbegränsade anställningsavtal.

58. Utöver graden av trygghet i anställningen finns även en rent tidsmässig faktor. Det förefaller rimligt att en arbetstagare med kortvarigt anställningsavtal inte ska behöva vänta i ytterligare femton dagar innan han kan vända sig till domstol för att göra sina rättigheter gällande. Avsikten är med andra

26 — Alonso Olea och Casas Baamonde menar att det oanständiga med dessa ”trepartsförhållanden” ”är det pris som juridiken får betala för att dölja att den godtar de privata bemanningsföretagen” (Alonso Olea, M och Casas Baamonde, M.E., *a.a.*, s. 527).

ord att förhindra att detta formella krav får den oönskade effekten att arbetstagarens anställningsavtal redan har löpt ut när han kan väcka talan i domstol. [27]

3. Kriterier för att ett anställningsförhållande ska anses vara tidsbegränsat (kortvarigt)

61. Begreppet ”kortvarig anställning” är emellertid inte tydligare än ”tillfällig anställning”, varför vissa riktlinjer måste sökas för att definiera det närmare såsom anges *in fine* i den tolkningsfråga som har ställts.

59. Med begreppet ”tidsbegränsat anställningsavtal eller anställningsförhållande” i direktiv 91/533 avses således inte alla visstidsanställningar, utan bara kortvariga sådana.

62. Inte något av svaren i detta hänseende från dem som har inkommit med yttranden i målet är helt tillfredsställande.

60. Denna slutsats förefaller inte vara oförenlig med domstolens rättspraxis. Domstolen har redan vid ett tillfälle betecknat en anställning som varade i två och en halv månad som ”tillfälligt arbete” och ”avlönad verksamhet som utövas under kortare tid”. [28] Ordvalet styrdes måhända av hur tolkningsfrågan var formulerad, men under alla förhållanden visar det att den föreslagna tolkningen besitter en viss inre logik.

63. Svaranden i målet i den nationella domstolen anser, med stöd av den danska versionen av direktivet, att arbetstagare med tidsbegränsad anställning är alla som anställs för en kortare tid på villkor som är påtagligt sämre än dem som gäller för visstidsanställda. Det är en lösning som överensstämmer med de tolkningsfaktorer som beskrivits ovan, men den skapar enligt mitt förmenande ett nytt tolkningsproblem eftersom det då skulle behöva avgöras i varje enskilt fall om de avtalade anställningsvillkoren är tillräckligt goda för att en förhandsanmälan ska kunna krävas.

27 — Artikel 3.3 i direktivet har samma syfte. Enligt den artikeln måste uppgifterna om anställningsavtalet göras tillgängliga för arbetstagaren inom två månader från anställningens början, om anställningsförhållandet upphör inom denna tidsrymd.

28 — Dom av den 6 november 2003 i mål C-413/01, Ninni-Orasche (REG 2003, s. I-13187), punkterna 18 och 25. Även generaladvokaten Geelhoed använder i sitt förslag till avgörande i samma mål av den 27 februari 2003 formuleringen ”tidsbegränsad anställning” (punkt 52).

64. Den italienska regeringen föreslår att det omtvistade uttrycket ska tolkas mot bakgrund av artikel 1.2 i direktiv 91/533, enligt vilken medlemsstaterna får föreskriva att direktivet inte ska tillämpas på arbetstagare med anställningsavtal eller anställningsförhållande a) på högst en månad, eller med en arbetsvecka på högst åtta timmar, eller b) av tillfällig beskaffenhet, under förutsättning att sakliga skäl motiverar att dessa fall undantas från tillämpningen av direktivet. Denna tolkning förefaller inte överensstämma alltför väl med gemenskapslagstiftarens vilja. Gemenskapslagstiftaren avsåg att ge medlemsstaterna möjlighet att utesluta vissa anställningsförhållanden från direktivet (de fall som anges i ovannämnda artikel 1.2) och undanta en annan typ av anställningar, de så kallade tidsbegränsade, från ett formellt krav (förutom avtalen rörande utlandsstationerade arbetstagare och dem som inte omfattas av kollektivavtal). Det förefaller helt ologiskt att en arbetstagare med en arbetstid som understiger åtta timmar per vecka men som har en långvarig anställning (eller till och med en tillsvidareanställning) inte skulle vara skyldig att först vända sig till arbetsgivaren innan han väcker talan vid domstol.

65. En alternativ lösning vore att fastställa hur lång tid ett anställningsavtal som mest får omfatta för att det ska betraktas som ”tidsbegränsat” med avseende på artikel 8.2 andra stycket i direktivet, i enlighet med argumenten i avsnitt V.C i mitt förslag till avgörande. Gränsen för att ett anställningsförhållande ska anses vara ”tidsbegränsat” skulle till exempel kunna sättas vid ett år. En arbetstagare med en kortare anställning än så som drabbas av en händelse som gör att han behöver vända sig till domstol löper risk att anställningen hinner löpa ut om han först måste ge arbetsgivaren en ”frist” för att rätta till felet. Den som har en anställning som är kortare än tolv månader brukar dessutom ha en mer osäker ställning än den som har träffat avtal *rebus sic stantibus* om en längre anställning med arbetsgivaren.

66. Min uppfattning är emellertid att det inte är domstolens uppgift att fylla ut denna lucka i lagstiftningen. Det är i själva verket ovanligt att domstolen med tvingande verkan fastställer en tidsgräns och på så sätt träder i lagstiftarens ställe. Så skedde emellertid i domen i målet Grundig Italiana, [29] ett avgörande som jag kritiserar i mitt förslag till avgörande i målet Recheio, föredraget den 11 december 2003. [30] Domstolen ska tolka gemenskapsrätten och ge de nationella domstolarna den vägledning som krävs för att de ska kunna tillämpa den, men den har inte på något sätt rätt ”att delta i den senare rättsprocessen, eftersom det skulle äventyra de rättsliga grunderna för detta instrument för samarbete mellan domstolar, som bygger på en strikt respekt för varandras respektive behörighetsområden. I själva verket agerar domstolen när den meddelar domar av detta slag på samma sätt som vid en direkt talan, och tillerkänner sig vid sidan om fördragets regler full prövningsrätt, vilket allvarligt kränker den nationella domstolens suveräna behörighet att avgöra målet vid den domstolen.” (punkt 35).

29 — Dom av den 24 september 2002 i mål C-255/00, Grundig Italiana (REG 2002, s. I-8003).

30 — Dom av den 17 juni 2004 i mål C-30/02, Recheio (REG 2004, s. 6051).

67. Om gemenskapslagstiftaren inte har utfärdat några bestämmelser, måste de nationella myndigheterna således dra denna gräns i varje enskilt fall, med hänsyn till de anställningstider som är brukliga i den aktuella branschen och avtalets innehåll.

68. Ruben Andersen har påpekat i sitt skriftliga yttrande att de omtvistade kollektivavtalen ingicks inom ramen för ett program för stöd till arbetslösa enligt lagen Lov om aktiv socialpolitik. Enligt denna lag får arbetsträning endast omfatta arbetsuppgifter som inte skulle ha utförts inom ramen för ett vanligt anställningsavtal. Sökanden i målet i den nationella domstolen drar slutsatsen att eftersom arbetsträning på detta sätt skiljer sig från en vanlig anställning, är den till sin natur tidsbegränsad. Højesteret måste i det aktuella målet klarlägga vad som kännetecknade Ruben Andersens anställning hos Skælskørs kommun, vilket domstolen enbart kan påpeka.

69. Vid prövningen av de faktiska omständigheterna i målet bör den hänskjutande domstolen beakta ett antal olika domar rörande arbetstagarbegreppet i gemenskapsrätten. Alla dessa domar handlade visserligen om fri rörlighet för personer, men de är till stor hjälp för att tolka den europeiska arbetsrätten.

70. Dels bör domarna i målen Lawrie-Blum och Bernini beaktas. [31] Domstolen fastställde i de målen att en person som fullgör en praktiktjänstgöring såsom ett led i en yrkesutbildning är att betrakta som arbetstagare om praktiktjänstgöringen genomförs under de villkor som gäller för faktisk och avlönad verksamhet. Att personens produktivitetsnivå är låg på grund av att han bara arbetar ett visst antal timmar varje vecka eller på grund av att lönenivån är låg, saknar här betydelse. Det krävdes emellertid att den berörda personen hade arbetat tillräckligt många timmar för att bli förtrogen med arbetet.

71. Dels bör hänsyn tas till domen i målet Bettray (även om de faktiska omständigheterna i det målet inte överensstämmer helt med dem i föreliggande mål). [32] När det gällde de särskilda reglerna för anställning i den nederländska lagen om skyddad sysselsättning fastställde domstolen att arbete som utförts med tillämpning av denna lag inte kunde anses som faktisk och verklig ekonomisk verksamhet, eftersom det bara utgjorde ett medel för att omskola eller återanpassa de personer som utförde arbetet och att det avlönade arbetet, som är anpassat till var och ens fysiska och psykiska förmåga, syftar till att de berörda personerna förr eller senare ska återfå sin förmåga att ta en normal anställning eller till att de ska kunna leva ett så normalt liv som möjligt.

31 — Dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121; svensk specialutgåva, volym 8, s. 661), och av den 26 februari 1992 i mål C-3/90, Bernini (REG 1992, s. I-1071).

32 — Dom av den 31 maj 1989 i mål 344/87, Bettray (REG 1989, s. 1621).

VI — Förslag till avgörande

72. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Højesteret på följande sätt:

1) Enligt artikel 8.1 i rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet ges medlemsstaterna frihet att tillämpa ett kollektivavtal genom vilket direktivet införlivas i nationell rätt på arbetstagare som inte är medlemmar i en organisation som är avtalsansluten.

2) Begreppet ”arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal som rör anställningsförhållandet” i artikel 8.2 i ovannämnda direktiv kan inte anses innebära att bestämmelser i ett kollektivavtal om krav på förhandsanmälan till arbetsgivaren inte kan tillämpas på en arbetstagare som inte är medlem i en organisation som är ansluten till avtalet.

3) Begreppen ”tidsbegränsat anställningsavtal” och ”tidsbegränsat anställningsförhållande” i artikel 8.2 i ovannämnda direktiv avser inte alla visstidsanställningar, utan bara kortvariga anställningsförhållanden. För att avgöra om ett anställningsförhållande är tidsbegränsat måste hänsyn tas till den tid som anställningsavtalen normalt brukar omfatta i den aktuella branschen samt avtalets innehåll och karaktär.