

Företrädesrättens ställning på en föränderlig arbetsmarknad

Hur inhyrning av arbetskraft påverkar företrädesrätt till återanställning

Hanna Berglund och Beatrice Sporre

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HARH16

HT20

Handledare

Anneli Carlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

| | |
|---|----|
| 1. Inledning..... | 6 |
| 1.1. Ämne och bakgrund | 6 |
| 1.2. Syfte och frågeställningar..... | 7 |
| 1.3. Avgränsningar | 8 |
| 1.4. Metod | 8 |
| 1.5. Material | 9 |
| 1.6. Disposition | 10 |
| 2. Reglering av företrädesrätten till återanställning | 11 |
| 2.1. Företrädesrättens syfte..... | 11 |
| 2.2. Uppsägning på grund av arbetsbrist | 12 |
| 2.3. Företrädesrätt till återanställning..... | 12 |
| 2.4. Medbestämmande och företrädesrätten..... | 13 |
| 3. Kringgående av företrädesrätt till återanställning | 15 |
| 3.1. § 32-befogenheterna och inhyrning..... | 15 |
| 3.2. Begreppet kringgående..... | 16 |
| 3.2.1. Saklig grund och återanställning | 16 |
| 3.2.2. Otillbörligt handlande | 16 |
| 3.2.3. Syfte att kringgå företrädesrätten | 17 |
| 4. Inhyrning och företrädesrätten | 19 |
| 4.1. EU-rätt och Bemanningsdirektivet..... | 19 |
| 4.2. Nationell lag om uthyrning av arbetstagare | 19 |
| 4.3. Företrädesrättens rekvisit | 20 |
| 4.3.1. Tillräckliga kvalifikationer..... | 20 |
| 4.3.2. Ny anställning | 22 |
| 4.4. Effekterna av Abu Garcia..... | 24 |
| 5. Analys..... | 27 |

| | |
|--|----|
| 5.1. Företrädesrättens reglering | 27 |
| 5.2. Företrädesrättens syfte och utformning | 27 |
| 5.3. Kringgående eller undgående av företrädesrätten | 27 |
| 5.4. Rekvisiten tillräckliga kvalifikationer och ny anställning..... | 28 |
| 5.5. Abu Garcias betydelse för företrädesrätten | 29 |
| 5.6. Företrädesrättens innebörd och rättskällornas värde | 30 |
| 6. Slutsatser och avslutande reflektioner | 32 |
| 6.1. Hur regleras företrädesrätt till återanställning och vad innebär den?..... | 32 |
| 6.2. Kan inhyrning av arbetskraft anses vara ett kringgående av företrädesrätt till återanställning och i så fall under vilka förutsättningar? | 32 |
| 6.3. Hur påverkas företrädesrätten till återanställning av möjligheten att hyra in arbetskraft? | 32 |
| 6.4. Avslutande reflektioner | 33 |
| Källförteckning..... | 35 |

Summary

This paper examines the priority right to re-employment and how it is affected by the possibility to hire temporary workers. The purpose is to investigate the regulation of the priority right to re-employment; whether hiring of temporary workers can be considered a circumvention of the law; and how the practice of hiring temporary workers impacts the priority right. This is achieved by using a legal dogmatic method. The priority right to re-employment is a part of the statutory employment protection, and the intention is to give priority to employees who have been dismissed due to redundancy in cases of new employment.

This paper finds that a circumvention of the priority right requires an unlawful procedure by the employer or that the employer has a reason to circumvent the law. It can also be considered a circumvention if an employer fails to provide a just cause for their decision not to re-employ a former employee with priority right. The priority right is regulated in sections 25–27 in the Employment Protection Act (1982:80) and in collective agreements, however re-employment is not a guarantee. The practice of hiring temporary workers is rarely seen a circumvention of the priority right, according to case law; since it is the employer who makes decisions about the economic aspects of the organization. The employer decides whether to hire temporary workers or to re-employ former employees in a new employment. The priority right is only applicable in cases of new employment. The status of the priority right has diminished because of precedents from the Swedish Labour Court, and the ongoing changes on the labour market.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar företrädesrätt till återanställning och hur den påverkas av möjligheten att hyra in arbetskraft. Syftet med uppsatsen är att undersöka hur företrädesrätten regleras, huruvida inhyrning av arbetskraft kan vara ett kringgående av lagen samt hur företrädesrätten påverkas av inhyrning av arbetskraft. För att uppnå detta används en rättsdogmatisk metod. Företrädesrätt till återanställning är en del av det lagstadgade anställningsskyddet och syftar till att arbetstagare som blivit uppsagda på grund av arbetsbrist ska få förtur till nya anställningar hos arbetsgivaren.

I den här uppsatsen konstateras att ett kringgående av företrädesrätten kan föreligga om arbetsgivaren har handlat otillbörligt, haft syfte att kringgå företrädesrätten eller om arbetsgivaren saknat saklig grund för att inte erbjuda återanställning till företrädesberättigade arbetstagare. Företrädesrätten som regleras i 25–27 §§ i lagen (1982:80) om anställningsskydd samt i kollektivavtal är inte någon garanti för återanställning. Inhyrning av arbetskraft ses sällan som ett kringgående av företrädesrätten enligt Arbetsdomstolens praxis, då det är arbetsgivaren som bestämmer hur verksamheten ska organiseras. Arbetsgivaren väljer om arbetskraftsbehovet ska tillgodoses genom ny anställning eller inhyrning. Det är endast vid ny anställning som företrädesrätten kan tas i anspråk. Företrädesrättens ställning har försvagats till följd av prejudicerande domar och pågående förändringar på arbetsmarknaden.

Nyckelord: anställningsskydd, arbetsbrist, arbetsledningsrätt, bemanningsbranschen, företrädesrätt till återanställning, inhyrning av arbetskraft, kringgående av företrädesrätten, uppsägning, 25 § LAS

Förkortningar

| | |
|-------|--|
| AD | Arbetsdomstolen |
| Dir. | Direktiv |
| EU | Europeiska unionen |
| LAS | Lag 1982 om anställningsskydd |
| LO | Landsorganisationen i Sverige |
| MBL | Lag 1976 om medbestämmande i arbetslivet |
| prop. | Proposition |
| SAF | Svenska arbetsgivareföreningen |
| SOU | Statens offentliga utredningar |

1. Inledning

1.1. Ämne och bakgrund

Frågan om företrädesrätt till återanställning är särskilt relevant i år med tanke på de omfattande uppsägningar som skett i samband med utbrottet av covid-19. Det är även intressant med tanke på att inhyrning av arbetskraft historiskt sett ofta ökar i uppgången efter lågkonjunkturer¹. Dessutom pågår i skrivande stund fortfarande debatten kring LAS-utredningen (SOU 2020:30) och det finns således anledning att förvänta sig en del förändringar kopplade till lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) under de kommande åren.

I Sverige rådde det förbud mot att hyra in arbetskraft fram till 1990-talet. Avskaffandet av detta förbud blev ett faktum år 1993 med införandet av lag (1993:440) om privat arbetsförmedling. Synen på bemanningsbranschen kan sägas vara tvådelad. Å ena sidan framstår bemanningsföretagen i många sammanhang som en möjlighet för individer att få ta del av bättre arbetsvillkor och arbetsförhållanden. Å andra sidan finns det en uppfattning av att de svaga på arbetsmarknaden tvingas att välja mindre förmånliga villkor till följd av den allt mer flexibla arbetsmarknaden. Sedan 90-talet har det blivit allt vanligare att hyra in personal och bemanningsbranschen spelar en allt större roll på arbetsmarknaden.² År 2019 var 93 400 personer årsanställda inom bemanningsbranschen³ och andelen sysselsatta personer inom bemanningsbranschen av den totala sysselsatta befolkningen i Sverige var 2,0 procent.⁴ Dessa siffror förväntas fortsätta stiga även i framtiden.⁵

Att återanställa företrädesberättigade arbetstagare eller hyra in arbetskraft har blivit ett debatterat ämne mellan arbetsmarknadens parter. Debatten är inte begränsad till arbetsgivare och arbetstagare, utan påverkar även arbetsmarknaden och samhället i stort. De olika synsätten som står mot varandra är viljan att bibehålla en hög sysselsättningsgrad på arbetsmarknaden och det fackliga uppdraget att ta hänsyn till kollektiva intressen. Något som också är en del av debatten är företrädesrättens betydelse som en intjänad individuell rättighet.⁶ Ett ledande prejudikat inom området är AD 2003 nr. 4, även kallat Abu Garcia. Domslutet blev till arbetsgivarens fördel och har påverkat hur Arbetsdomstolen dömer i liknande fall. Utfallet av

1 Kompetensföretagen Almega, 'Kompetensföretag i lågkonjunktur' (2019) s. 7.

2 Glavå och Hansson (2018) s. 38.

3 Kompetensföretagen Almega, 'Årsrapport 2019' s. 2.

4 Kompetensföretagen Almega, 'Årsrapport 2019' s. 5.

5 Kompetensföretagen Almega, 'Årsrapport 2019' s. 2.

6 Ulander-Wänman (2010) s. 797.

Abu Garcia har lett till en förändrad syn på vad som kan anses vara ett kringgående av företrädesrätt till återanställning och när arbetsgivaren har rätt att hyra in arbetskraft.

Den senaste statliga offentliga utredningen som har gjorts angående bemanningsföretag är SOU 2014:55. Den beställdes av regeringen den 17 januari 2013 med syfte att undersöka omfattningen av arbetsgivares inhyrning av personal i situationer där före detta anställda har haft företrädesrätt till återanställning.⁷ Utredningens genomförande utföll inte som planerat eftersom underlaget för utredningen till stor del skulle baseras på statistik som sedan inte kunde tas fram. Istället baserades den på ett mindre antal intervjuer med arbetsgivare som hade minskat sin personalstyrka under en viss tid.⁸ Resultaten visar bland annat att bemanningsföretagens anställda vid den tidpunkten utgjorde en relativt liten del av arbetskraften, närmare bestämt 1,5 procent. Utredningen visar även att den vanligaste anledningen till att arbetsgivare hyr in personal istället för att återanställa är att arbetstagaren med företrädesrätt saknar tillräckliga kvalifikationer.⁹ Slutsatsen som dras är att situationer där arbetsgivare hyr in personal istället för att återanställa personal som har tillräckliga kvalifikationer är mycket sällsynta.¹⁰ Utredaren ger inga förslag på ändringar, men konstaterar att det behövs mer kunskap inom ämnet och även relaterat till bemanningsbranschen i allmänhet.¹¹

1.2. Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka företrädesrätt till återanställning och arbetsgivares möjligheter att kringgå den. Uppsatsen syftar även till att belysa eventuella problem gällande företrädesrätten i relation till rätten att hyra in arbetskraft. Frågeställningarna besvaras genom att använda en rättsdogmatisk metod där olika rättskällor analyseras och jämförs för att utreda regleringen kring företrädesrätten. Frågeställningarna lyder:

- Hur regleras företrädesrätt till återanställning och vad innebär den?
- Kan inhyrning av arbetskraft anses vara ett kringgående av företrädesrätt till återanställning och i så fall under vilka förutsättningar?
- Hur påverkas företrädesrätten till återanställning av möjligheten att hyra in arbetskraft?

7 SOU 2014:55 s. 26.

8 SOU 2014:55 s. 27 f.

9 SOU 2014:55 s. 287 f.

10 SOU 2014:55 s. 291.

11 SOU 2014:55 s. 301.

1.3. Avgränsningar

Uppsatsen har ett nationellt perspektiv, men även EU-rätt behandlas kortfattat i syfte att förklara hur den har påverkat den nationella rätten. Både tillsvidare- och visstidsanställningar kommer behandlas. Visstidsanställningar är intressanta att inkludera för jämförelsen med bemanningsbranschen. Uppsatsen kommer inte att behandla företrädesrätt till högre sysselsättningsgrad. Ytterligare avgränsningar som har gjorts är exkluderandet av verksamhetsövergångar och undantagsregler som exempelvis särskild företrädesrätt för fackliga förtroendemän. Företrädesrätten till återanställning är semidispositiv och kan därför regleras i kollektivavtal. Dessa avtal kan reglera företrädesrätten på olika sätt, men hur de kan skilja sig från lagens reglering undersöks inte i uppsatsen. Eftersom företrädesrätten är svag på det statliga området där förtjänst och skicklighet är avgörande faller det utanför uppsatsens ramar.

1.4. Metod

I uppsatsen används en rättsdogmatisk metod för att belysa rättsreglerna angående företrädesrätten till återanställning och inhyrning av arbetskraft. Denna metod är vald i syfte att undersöka hur tillämpningen av rättsreglerna påverkar arbetsgivarens möjligheter att möta sina personalbehov och samtidigt belysa arbetstagarens rättigheter.

Inom rättsdogmatiken sökes svaren på gällande rätts innebörd.¹² Metoden syftar till att tillämpa en rättsregel på ett rättsligt problem för att hitta en lösning på problemet. Detta sker genom sökning i lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin.¹³ En konkret problemställning är avgörande vid användning av en rättsdogmatisk metod. Om problemställningen är inkorrekt utformad eller irrelevant kan slutsatsen påverkas på ett negativt sätt.¹⁴

Rättsdogmatiken används genom att undersöka rättskällorna och på detta vis komma fram till vilka rättsregler som är de lege lata (de befintliga rättsreglerna) och vilka som är de lege ferenda (de rättsregler som bör inrättas).¹⁵ Syftet med valet av rättsdogmatisk metod i detta arbete är att undersöka de rättsregler som finns kring företrädesrätt till återanställning och hur de tolkas och tillämpas. Genom denna metod kan regleringen av företrädesrätten i rättskällorna förstås bättre. De problem som finns med rättsreglerna kring företrädesrätten kan även uppdragas genom att undersöka regleringen kring inhyrd arbetskraft.

¹² Lehrberg (2016) s. 32.

¹³ Kleineman (2018) s. 21.

¹⁴ Kleineman (2018) s. 23.

¹⁵ Lehrberg (2016) s. 203.

En svårighet med den rättsdogmatiska metoden är att bibehålla en neutralitet under arbetets gång. Författaren kan utveckla en subjektivitet som genomsyrar innehållet och slutsatsen om rättsläget framstår som mindre positivt än vad denna hade förutsett.¹⁶ Författarna till den här uppsatsen är medvetna om denna risk och har eftersträvat en neutral ton i texten.

De tilltänkta mottagarna för denna uppsats är personer med viss förkunskap inom arbetsrätt. Det förutsätts att läsaren känner till grundläggande begrepp som till exempel prejudicerande dom och rekvisit samt har kunskap om bland annat Arbetsdomstolens funktion och vilka rättskällor som brukar användas inom arbetsrätten.

1.5. Material

Enligt rättsdogmatisk metod ska utgångspunkten för all utredning av gällande rätt ske enligt de befintliga rättskällorna.¹⁷ Rättskällorna till denna uppsats består därför av lag, förarbeten, praxis och doktrin, varav samtliga är vanligt förekommande arbetsrättsliga källor.

Lagtext är den grundläggande rättskällan eftersom det är där man återfinner de bindande reglerna som har beslutats av riksdagen.¹⁸ De arbetsrättsliga källorna har en särskild inbördes hierarki och kan ibland vara dispositiva eller semidispositiva.¹⁹ LAS är till viss del semidispositiv enligt 2 §, vilket även inkluderar 25–27 §§ som reglerar företrädesrätt till återanställning.

Förfaranden har främst en informativ funktion. Genom att tolka dem kan man få veta mer om syftet bakom lagen och om verkligheten som den är tänkt att reglera.²⁰ De förarbeten som använts i detta arbete innefattar statens offentliga utredningar och propositioner.

Rättsfallstolkning handlar till stor del om att göra härledningar utifrån prejudikat inom det valda undersökningsområdet.²¹ Det räcker dock inte med att läsa och tolka prejudikaten för att hitta svar på en rättsfråga eftersom varje fall har sina egna specifika omständigheter att ta hänsyn till. Därför bör man applicera de slutsatser som dras från prejudikatet till andra rättsfall med liknande rättslig kontext.²² Följaktligen behandlar denna uppsats inte enbart det omtalade målet AD 2003 nr 4, utan även andra liknande domar.

16 Kleineman (2018) s. 44.

17 Lehrberg (2016) s. 203.

18 1 kap. 4 § Regeringsformen (1974:152).

19 Glavå och Hansson (2018) s. 72.

20 Lehrberg (2016) s. 162.

21 Lehrberg (2016) s. 175.

22 Lehrberg (2016) s. 177.

Doktrin är en annan viktig rättskälla som kan ha betydelse för Arbetsdomstolen i de fall där andra rättskällor är motstridiga eller rentav inte ger några svar.²³ Användningen av doktrin i denna uppsats har framför allt syftet att synliggöra olika samband mellan praxis, lag och förarbeten samt att bekräfta det som framgår av andra rättskällor. Urvalet av praxis gjordes främst med hjälp av doktrin genom sökning efter rättsfall med en tydlig koppling till antingen rekvisit i 25 § LAS alternativt innehöll intressanta skärningspunkter relaterat till inhyrning.

För litteratursökning användes Lunds universitetsbiblioteks databaser med hjälp av sökorden ”företrädesrätt till återanställning”, ”anställningsskydd”, ”inhyrning” och ”bemanningsbranschen”. Sökning genomfördes även via rättskällor och ofta följdes hela hänvisningskedjor, vilket är ett effektivt sätt att bestämma vilka källor som är mest betydelsefulla²⁴.

Frågan om företrädesrättens betydelse och hur den påverkas av bemanningsbranschen har främst debatterats i nära anslutning till Abu Garcia-domen och utredningen SOU 2014:55. Debatten har inte bidragit till några lösningar eller förändringar i lagregleringen, däremot har forskare som Carin Ulander-Wänman belyst de problem som finns. Trots att Ulander-Wänmans avhandling är från 2008 är den fortfarande relevant, främst med tanke på avhandlingens omfattning och problematisering av rättsläget. För övrigt är rättsläget oförändrat sedan avhandlingen publicerades.

1.6. Disposition

Dispositionen i denna uppsats följer de frågeställningar som presenterats ovan. Syftet med det är främst att underlätta för läsaren, men det skapar också en naturlig struktur i texten. Till en början behandlas företrädesrätt till återanställning i allmänhet och längre fram behandlas frågan om företrädesrätten i relation till inhyrning av arbetskraft. I kapitel 2 behandlas regleringen av företrädesrätt till återanställning och syftet bakom regleringen. I kapitel 3 utreds kringgående av företrädesrätten till återanställning och vad det innebär. I kapitel 4 undersöks hur möjligheter att hyra in personal påverkar företrädesrätten. Analysen presenteras i kapitel 5, där uppdelningen är tematisk för att visa hur frågeställningarna hänger ihop. I kapitel 6 besvaras frågeställningarna och några avslutande reflektioner presenteras.

23 Samuelsson och Melander (2003) s. 48.

24 Ejvegård (2009) s. 48.

2. Reglering av företrädesrätten till återanställning

2.1. Företrädesrättens syfte

I slutet av 60-talet och början av 70-talet skedde flera snabba och stora strukturförändringar i näringslivet, vilket ledde till ett ökat antal driftsinskränkningar samt varsel för arbetstagare.²⁵ De rådande strukturförändringarna var en av orsakerna bakom strävan efter en tryggare anställning på arbetsmarknaden.²⁶ 1974 års lag (1974:12) om anställningsskydd syftade till att garantera ett välfungerande anställningsskydd för arbetstagare.²⁷ Företrädesrätten till återanställning förstärktes i samband med inrättandet av 1974 års LAS. Syftet med företrädesrätten var att förstärka anställningsskyddet i de situationer då en arbetstagare blir uppsagd på grund av arbetsbrist, oavsett form av anställning. Genom företrädesrätten skulle arbetsgivares möjligheter att kringgå anställningsskyddet begränsas så att de inte sade upp arbetstagare på grund av arbetsbrist.²⁸

Dagens lag om anställningsskydd som är från 1982 skiljer sig inte särskilt mycket från 1974 års lag vad gäller företrädesrätten till återanställning. Förändringarna som gjordes var främst språkliga, bland annat byttes begreppet ny anställning ut mot återanställning, som användes mer i det dagliga talet.²⁹ Det tillkom även reglering kring företrädesrätt vid verksamhetsöverlåtelse och vem som har företrädesrätt då arbetsgivaren har flera driftsenheter eller kollektivavtalsområden.³⁰

Grunden för företrädesrätten utgörs av att en arbetsgivare främst ska erbjuda tidigare anställda nytt arbete vid aktuellt arbetskraftsbehov. Avsikten med denna princip är att en arbetsgivare inte ska kunna säga upp en arbetstagare på grund av arbetsbrist för att sedan anställa en annan arbetstagare och därmed kringgå företrädesrätten.³¹ Företrädesrättens reglering har inte förändrats något avsevärt sedan 1982, däremot har syftet bakom regleringen förtydligats i propositioner sedan dess.

25 Prop. 1973:129 s. 23.

26 Prop. 1973:129 s. 18.

27 Prop. 1973:129 s. 122.

28 Prop. 1973:129 s. 163.

29 Prop. 1981/82:71 s. 136 f.

30 Prop. 1981/82:71 s. 138.

31 Prop. 2005/06:185 s. 54.

2.2. Uppsägning på grund av arbetsbrist

En uppsägning kan göras antingen på grund av arbetsbrist eller personliga skäl. En av anledningarna till denna uppdelning är att företrädesrätten till återanställning samt turordningsreglerna endast är giltiga när det har förelegat arbetsbrist.³²

Arbetsbrist, som även kallas för verksamhetsrelaterade förhållanden, innebär att uppsägningsgrunden inte kan härledas till den uppsagda arbetstagarens personliga förhållanden.³³ Ett exempel på arbetsbrist är när arbetsgivaren är tvungen att skära ner på sin arbetsstyrka på grund av driftsinskränkning eller företagsnedläggning, men begreppet omfattar i teorin alla andra uppsägningar som inte är grundade på personliga skäl.³⁴

Arbetsgivaren får inte välja vilka arbetstagare som ska sägas upp utan är skyldig att följa turordningsreglerna. Det finns även en skyldighet att förhandla enligt 11 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) kring uppsägningarna. I samband med förhandling kan motparten ifrågasätta arbetsgivarens planer, men i slutändan är det arbetsgivaren som tar besluten.³⁵

Rådande praxis för bedömningen av arbetsbrist kan förklaras som att Arbetsdomstolen inte skiljer på bedömningen av uppsägningsgrund och saklig grund.³⁶ Uppsägningsgrund handlar om huruvida det beror på personliga eller verksamhetsrelaterade förhållanden. Dessutom finns begreppet saklig grund som är ett skydd mot olovliga uppsägningar enligt 7 § LAS. Arbetsdomstolen prövar endast om det förelegat arbetsbrist, men de bakomliggande förhållandena prövas inte.³⁷ Tidpunkten då arbetsbristen uppstår prövas inte heller av domstolen, det räcker att arbetsgivaren gjort en bedömning av framtida personalbehov. I realiteten innebär det att rekvisitet arbetsbrist inte måste fyllas.³⁸ För att skydda arbetstagare mot godtyckliga uppsägningar finns turordningsregler och företrädesrätt till återanställning.

2.3. Företrädesrätt till återanställning

Företrädesrätten till återanställning regleras i 25 § LAS. Om en arbetstagare har blivit uppsagd på grund av arbetsbrist har hen rätt till företrädesrätt till återanställning i samma verksamhet om det blir aktuellt för arbetsgivaren att nyanställa. Denna rätt gäller tillsvidareanställda samt de som har tidsbegränsad anställning enligt 5 § LAS och inte fått fortsatt anställning på grund

32 Glavå och Hansson (2018) s. 401.

33 Glavå och Hansson (2018) s. 401 f.

34 Glavå och Hansson (2018) s. 653 ff.

35 Glavå och Hansson (2018) s. 653 ff.

36 Glavå och Hansson (2018) s. 402.

37 Glavå och Hansson (2018) s. 460 f.

38 Ulander-Wänman (2008) s. 63.

av arbetsbrist. Oavsett vilken form av anställning måste berörd arbetstagare ha tillräckliga kvalifikationer för tjänsten samt ha varit anställd hos arbetsgivaren i totalt minst 12 månader under de senaste tre åren. Företrädesrätten gäller i nio månader från den tidpunkt då anställningen upphörde och inom det avtalsområde och den enhet där arbetstagaren var sysselsatt i den tidigare anställningen. Om en arbetsgivare har flera driftsenheter eller kollektivavtalsområden gäller företrädesrätten för den enhet eller det område som arbetstagaren var sysselsatt i förut. Arbetstagarens företrädesrätt till återanställning innefattar även verksamhetsöverlåtelse enligt 6 b § LAS samt fall där den tidigare arbetsgivaren sätts i konkurs.

I 26 § LAS regleras turordningen för företrädesrätten i det fall flera arbetstagare har rätt till återanställning. Turordningen utgörs av arbetstagarnas sammanlagda anställningstid och företräde ges till arbetstagaren med längst anställningstid. Vid lika lång anställningstid ges företräde till arbetstagaren med högre ålder.

För att företrädesrätten ska bli aktuell måste arbetstagaren anmäla intresse, vilket regleras i 27 § LAS. I denna paragraf står det även att företrädesrätten går förlorad om en arbetstagare tackar nej till ett skäligt erbjudande om återanställning. Det finns inget stöd för att företrädesrätt ger rätt till en viss anställning eller den arbetstagaren helst vill ha.³⁹

För att företrädesrätt ska vara aktuellt måste således arbetstagaren ha blivit uppsagd på grund av arbetsbrist, uppnå kvalifikationstiden, ha tillräckliga kvalifikationer och det måste vara fråga om en ny anställning. Arbetstagare som vill nyttja företrädesrätten måste anmäla sitt intresse.

2.4. Medbestämmande och företrädesrätten

Bestämmelserna i 25–27 §§ LAS är semidispositiva enligt 2 § LAS vilket innebär att arbetsgivare och fackliga organisationer kan skriva kollektivavtal som reglerar företrädesrätt till återanställning på andra sätt jämfört med reglerna i LAS. När en arbetsgivare har skrivit under ett kollektivavtal tillämpas det på samtliga arbetstagare oavsett organisationstillhörighet enligt 2 § 6 st. LAS och inkluderar därmed även oorganiserade arbetstagare. Trots semidispositiviteten finns vissa begränsningar som innebär att kollektivavtalen inte får vara diskriminerande eller strida mot god sed. Kollektivavtal kan också ogiltigförklaras om regleringen bedöms vara en otillbörlig urholkning av det lagstadgade anställningsskyddet.⁴⁰

³⁹ Lunning och Toijer (2016) s. 667.

⁴⁰ Schmidt (1997) s. 186 f.

År 2010 var frågan om inhyrning av arbetskraft och företrädesrätt till återanställning en särskilt uppmärksammas fråga vilket även gav genomslag i avtalsrörelsen samma år. Efter den avtalsrörelsen har antalet avtal som reglerar denna fråga ökat.⁴¹ Bland bemanningsföretag finns en mycket hög täckningsgrad för kollektivavtal⁴², vilka även inkluderar frågan om företrädesrätt.⁴³ Kollektivavtal kan reglera både arbetsgivarens möjligheter att hyra in arbetskraft till arbetsplatsen och förutsättningar för att en arbetstagare ska kunna använda sin företrädesrätt till återanställning.

Arbetsgivare som vill anlita någon utomstående för att utföra arbete inom sin verksamhet måste följa bestämmelsen om förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL. Denna skyldighet föreligger både när arbetsgivaren lånar in och hyr in arbetskraft. Arbetsgivaren ska förhandla med den organisation till vilken arbetsgivaren är bunden genom kollektivavtal. Förhandlingen ska göras på arbetsgivarens initiativ och genomföras innan arbetsgivarens beslut verkställs. Har en sådan förhandling ägt rum kan den fackliga organisationen under vissa förutsättningar lägga ett veto enligt 39 § MBL i syfte att hindra kringgående av lag eller avtal.

Vid beslut angående återanställning av en företrädesberättigad arbetstagare har en arbetsgivare förhandlingsskyldighet enligt 32 § LAS gentemot berörd arbetstagarorganisation. Förhandlingsskyldigheten gäller både vid beslut om vem som ska få återanställning om det finns flera företrädesrättsberättigade och i de fall arbetsgivaren önskar anställa någon annan än en företrädesberättigad arbetstagare.

41 Edström (2012) s. 130.

42 Lunning och Toijer (2016) s. 661. Se även Edström (2012) s. 130.

43 Ulander-Wänman (2008) s. 289.

3. Kringgående av företrädesrätt till återanställning

3.1. § 32-befogenheterna och inhyrning

Det som idag kallas för § 32-befogenheterna började som en klausul i SAF:s stadgar år 1905, mer exakt § 23.⁴⁴ Paragrafen innebar att arbetsgivarförbundet hade rätt att kontrollera att företagens kollektivavtal inkluderade en bestämmelse om att arbetsgivaren leder och fördelar arbetet samt fritt kan antaga och avskeda arbetstagare.⁴⁵

År 1906 bjöd SAF in LO till förhandling angående ett antal pågående konflikter. Resultatet av denna förhandling var att LO och SAF tillsammans uppmanade de lokala parterna att skriva in nya bestämmelser i sina avtal. Detta utgör den så kallade Decemberkompromissen.⁴⁶ Bestämmelserna som de kom fram till innebar att båda parter skulle värna om föreningsrätten samtidigt som arbetsgivaren skulle leda och fördela arbetet (arbetsledningsrätten) samt kunde fritt antaga (antagningsrätten) och avskeda arbetstagare (uppsägningsrätten).⁴⁷ Dessa bestämmelser lever kvar än idag som en dold klausul i kollektivavtalen, vilket betyder att dessa principer styr så länge inget annat avtalas.⁴⁸

Nämnvärt angående antagningsrätten är att den inte är ett arbetsgivarprerogativ på samma sätt som arbetsledningsrätten och uppsägningsrätten. De sistnämnda har båda en tydlig koppling till anställningsavtalet och relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare medan antagningsrätten snarare syftar till att arbetsgivare är fria att ingå avtal med vem den vill, oavsett motpartens organisationstillhörighet.⁴⁹

Det finns inget uttryckligt förbud mot att arbetsgivare hyr in arbetstagare istället för att återanställa. Arbetsgivare är fria att välja avtalsformen för utförande av arbete, vilket även inkluderar inhyrning. Beslut om att hyra in personal kan av principskäl inte angripas med hjälp av LAS eftersom det handlar om ett utövande av arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet.⁵⁰ Arbetsgivare är dessutom fria att välja om de vill träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning inom företrädesrättens giltighetstid. Det gäller även om det uppstår ett

44 Nycander (2017) s. 23.

45 Glavå och Hansson (2018) s. 28.

46 Nycander (2017) s. 24.

47 Glavå och Hansson (2018) s. 28.

48 Glavå och Hansson (2018) s. 52 ff.

49 Glavå och Hansson (2018) s. 53.

50 AD 1980 nr 54.

arbetskraftsbehov under den tiden.⁵¹ Det finns således inget tvång att erbjuda ny anställning till en företrädesberättigad om arbetsgivaren inte vill det.

3.2. Begreppet kringgående

Ett kringgående av företrädesrätten till återanställning är en överträdelse av LAS och medför skadeståndsskyldighet för arbetsgivaren enligt 38 § LAS. Nedan undersöks kringgående av företrädesrätten till återanställning genom att utreda rekvisiten saklig grund, otillbörligt handlande och syfte att kringgå.

3.2.1. Saklig grund och återanställning

En förutsättning för att en person ska ha företrädesrätt till återanställning är att hen har blivit uppsagd p.g.a. arbetsbrist. Frågan är då vad som händer om en arbetsgivare inte vill återanställa en person som har företrädesrätt. Det beror på vad beslutet grundas på. En arbetsgivare som inte vill återanställa en företrädesberättigad arbetstagare kan behöva visa saklig grund för det, likt en arbetsgivare som sagt upp en arbetstagare på grund av personliga skäl enligt 7 § LAS.⁵² Om en arbetsgivare saknar saklig grund kan det röra sig om ett kringgående av 25 § LAS.

I AD 1977 nr 98 påpekar Arbetsdomstolen att lagförslaget till företrädesrätten bygger på förutsättningen att om en arbetsgivare menar att det finns annat skäl än arbetsbrist bakom vägran att återanställa en företrädesberättigad ska det kunna prövas av en domstol. Det innebär att om en arbetsgivare hävdar att en person blivit uppsagd på grund av personliga skäl och därför inte blir erbjuden nytt arbete, måste arbetsgivaren visa att det finns saklig grund för detta ställningstagande på samma sätt som vid en uppsägning.⁵³ Kan arbetsgivaren inte visa att det finns saklig grund måste utgångspunkten vara att anställningen upphörde på grund av arbetsbrist, vilket i sin tur innebär att arbetstagaren har företrädesrätt till återanställning.⁵⁴ Sammanfattningsvis måste arbetsgivare visa saklig grund för att inte erbjuda återanställning till en företrädesberättigad arbetstagare.⁵⁵

3.2.2. Otillbörligt handlande

Kringgående av företrädesrätten kan grundas i ett otillbörligt handlande. För att otillbörligt handlande ska föreligga måste det styrkas att de åtgärder som arbetsgivaren genomfört har skett på ett olämpligt sätt, vilket görs genom att reda ut omständigheterna i det aktuella fallet.⁵⁶

51 Prop. 1973:129 s. 265.

52 AD 1977 nr 98.

53 Ulander-Wänman (2008) s. 66.

54 AD 1977 nr 98. Se även AD 1995 nr 2.

55 AD 2003 nr 4 och AD 1977 nr 98.

56 AD 1986 nr 50.

I AD 1988 nr 8 ansågs arbetsgivarens handlande vara ett slags försök till kringgående av företrädesrätten. Arbetsgivaren hade genom en överenskommelse med den fackliga organisationen fastställt en turordningslista, utfall återanställning skulle komma på tal. Trots detta valde arbetsgivaren att tillgodose arbetskraftsbehovet genom entreprenadavtal istället för att återanställa. Arbetsgivarens val att bortse från den överenskomna turordningslistan blev här ett otillbörligt handlande.

En arbetsgivares val att inte återanställa företrädesberättigade arbetstagare och istället hyra in arbetskraft är inte tillräckligt för att handlandet ska anses vara otillbörligt, eftersom inhyrning av arbetstagare är ett vedertaget förfarande.⁵⁷ I AD 2007 nr 72 fastslog Arbetsdomstolen att arbetsgivarens samarbete med ett bemanningsföretag för att hyra in personal istället för att återanställa företrädesberättigade arbetstagare inte kunde ses som ett otillbörligt handlande. Att arbetsgivaren utnyttjar en begränsning i lagen av motpartens rätt kan inte heller ses som ett otillbörligt handlande.⁵⁸

Inhyrning av arbetskraft är i sig självt varken ett otillbörligt handlande eller ett kringgående av företrädesrätten. Det är svårt att bevisa att otillbörligt handlande föreligger, vilket krävs för att kringgående ska vara aktuellt.

3.2.3. Syfte att kringgå företrädesrätten

För att det ska handla om ett syfte att kringgå företrädesrätten, måste syftet bakom handlandet ha varit att undgå den rättsliga regleringen.⁵⁹ Arbetsgivaren kan i sin tur motbevisa att syfte att kringgå företrädesrätten har förelegat genom sin antagningsrätt och arbetsledningsrätt. Om arbetsgivaren inte haft annat syfte än att på ett lämpligt sätt tillgodose arbetskraftsbehovet genom en bedömning ur företagsekonomisk synpunkt har arbetsgivaren inte heller syftat till att kringgå företrädesrätten.⁶⁰ Att en arbetsgivare erbjuder anställning till någon annan än en företrädesberättigad behöver inte betyda att arbetsgivaren haft syfte att kringgå företrädesrätten.⁶¹

I AD 1986 nr 144 var frågan om huruvida köparen i en verksamhetsöverlåtelse gjort sig skyldig till kringgående av företrädesrätten genom att anställa arbetstagare från säljarens personal, utan att utgå från turordningslistan över företrädesberättigade, eftersom säljaren efter

⁵⁷ AD 2003 nr 4. Se även AD 1980 nr 54 och AD 2007 nr 72.

⁵⁸ AD 1986 nr 144.

⁵⁹ AD 1986 nr 50. Se även AD 2003 nr 4.

⁶⁰ AD 2007 nr 72.

⁶¹ AD 1996 nr 56.

anställningsförfarandet sade upp personalen på grund av arbetsbrist. Arbetsdomstolen fastslog att syfte att kringgå företrädesrätten skulle ha uppfyllts om köparen på något sätt hade uppmanat säljaren att avvakta med uppsägningar för att kunna anställa utan att beakta företrädesrättsreglerna. Av utredningen framkom att köparen inte visste att säljaren skulle säga upp personalen och att anställningserbjudanden redan hade lämnats när uppsägningarna skedde. Det förelåg följaktligen inte något kringgående av företrädesrättsreglerna när köparen inte följde turordningslistan vid anställningsförfarandet. Rekvisitet syfte att kringgå skulle kunna ha uppfyllts om arbetsgivaren avsett att agera på ett visst sätt, därmed skulle det kunna vara frågan om ett kringgående av 25 § LAS.

4. Inhyrning och företrädesrätten

4.1. EU-rätt och Bemanningsdirektivet

Sedan Sveriges inträde i Europeiska unionen (EU) 1995 har landet genom nationell lagstiftning genomfört flera direktiv, som på så vis har blivit del av det svenska rättskällematerialet.⁶² Ett av dessa direktiv är Bemanningsdirektivet (EU:s direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) från 2008, som är ett minimidirektiv. Det innebär att medlemsstaterna kan införa mer förmånligare men inte sämre villkor än de som anges i direktivet.⁶³

Bemanningsdirektivets mål är att bidra med trygghet i anställningen för arbetstagare, flexibilitet för arbetsgivarna samt skapa integration och arbetstillfällen på arbetsmarknaden.⁶⁴ Syftet med direktivet är att skydda bemanningsanställda och förbättra deras arbetskvalitet genom att erkänna bemanningsföretag som arbetsgivare. En ramreglering för in- och uthyrning av arbetskraft syftar till att flexibla arbetsformer utvecklas och att nya arbetstillfällen skapas.⁶⁵ Direktivet utgår från likabehandlingsprincipen och syftar till att de som är anställda genom bemanningsföretag ska ha minst samma anställningsvillkor som övriga anställda under uppdragets gång.⁶⁶

4.2. Nationell lag om uthyrning av arbetstagare

År 1991 beslutade riksdagen att tillåta vissa former av vinstdrivande personaluthyrning och två år senare blev det helt tillåtet genom reglering i lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft.⁶⁷ Samtidigt som bemanningsbranschen avreglerades var Sverige i en djup ekonomisk kris som drabbade hela samhällsekonomin. Sedan vände ekonomin och bemanningsbranschen expanderade snabbt. Åren 1994 till 2008 steg antalet anställda i branschen från 5 000 till 60 000.⁶⁸

Bemanningsdirektivet från 2008 genomfördes i Sverige genom lag (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.⁶⁹ Lagen omfattar ”arbetstagare som är anställda av bemanningsföretag i syfte att hyras ut till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning” enligt 1 §. Det finns ingen gräns för varaktigheten av uthyrningen, vilket innebär att lagen inte skiljer på

62 Glavå och Hansson (2018) s. 118.

63 Edström (2012) s. 126.

64 Dir. 2008/104/EG p.11.

65 Dir. 2008/104/EG art. 2.

66 Dir. 2008/104/EG art. 5.1 1 st.

67 Edström (2012) s. 127 f. Se även Glavå och Hansson (2018) s. 100.

68 Johnson (2010) s. 86.

69 Glavå och Hansson (2018) s. 100.

hur länge en arbetstagare varit anställd av bemanningsföretaget eller utfört arbete åt kundföretaget.⁷⁰

Angående frågan om det behövs några begränsningar eller förbud mot inhyrning av arbetstagare konstaterar utredningen som föregick lagen att det inte bör införas någon sådan reglering.⁷¹ I utredningen lyfts även frågan hur den nya lagen skulle kunna påverka företrädesrätt till återanställning och det poängteras att fackliga organisationer har vetorätt enligt 38 § MBL i situationer där arbetsgivare vill hyra in personal med risk för åsidosättande av lag eller kollektivavtal.⁷²

4.3. Företrädesrättens rekvisit

Två rekvisit som ofta lyfts i debatten om inhyrningens påverkan på företrädesrätten är tillräckliga kvalifikationer och ny anställning. För att företrädesrätten ska kunna tas i anspråk måste båda rekvisiten uppfyllas. Dessa rekvisit saknar tydliga definitioner i lag och förarbeten, vilket gör att de kompletteras av praxis.

4.3.1. Tillräckliga kvalifikationer

Den vanligaste orsaken enligt arbetsgivare till att någon annan än den som har företrädesrätt till återanställning blir anställd är att den företrädesberättigade personen inte uppfyller kraven på tillräckliga kvalifikationer.⁷³ Tillräckliga kvalifikationer för arbetet är en förutsättning för att en arbetstagare ska ha företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS. Begreppet tillräckliga kvalifikationer används även i sammanhang som vid frågor om turordning enligt 22 § LAS, företrädesrätt till högre sysselsättningsgrad enligt 25 a § LAS och omplacering enligt 7 § LAS.⁷⁴ För att förstå begreppet är det därför nödvändigt att läsa rättsfall som behandlar även dessa frågor.

Arbetsgivaren har rätt att avgöra vilka kvalifikationer som kan krävas för en viss tjänst, eftersom det är en del av företagsledningsrätten.⁷⁵ Däremot får kraven inte vara obefogade eller överdrivna då det skulle kunna tolkas som försök att bryta mot lag eller avtal.⁷⁶ Arbetsdomstolen har själva sammanfattat det som att arbetstagaren ska uppfylla de allmänna kvalifikationerna, det vill säga vad som normalt krävs av en nyanställd.⁷⁷ Syftet med tillräckliga

70 Prop. 2011/12:178 s. 28.

71 Prop. 2011/12:178 s. 69 ff.

72 Prop. 2011/12:178 s. 71.

73 Ulander-Wänman (2008) s. 303.

74 Ulander-Wänman (2008) s. 172. Se även Glavå och Hansson (2018) s. 269.

75 Ulander-Wänman (2012) s. 112.

76 Ulander-Wänman (2012) s. 112. Se även AD 1996 nr 54.

77 AD 2012 nr 86. Se även Glavå och Hansson (2018) s. 269 f.

kvalifikationer är inte att arbetsgivaren ska avgöra vem som är bäst lämpad utan vad som är minimikraven för att utföra arbetsuppgifterna.⁷⁸

Den bedömning som Arbetsdomstolen gör är uppdelad i två steg. Det första är att bedöma om de kvalifikationer som arbetsgivaren satt upp för den aktuella tjänsten är grundade på sakliga skäl. Det andra är att värdera till vilken grad arbetstagaren når upp till de angivna kvalifikationerna.⁷⁹ Om arbetsgivaren påstår att arbetstagaren inte har tillräckliga kvalifikationer för tjänsten är det också arbetsgivaren som har bevisbördan för att visa det.⁸⁰ För arbetstagare som vill använda sin företrädesrätt kan det dock vara fördelaktigt om hen kan visa att hen tidigare har skött sitt arbete på ett tillfredsställande sätt. Tidigare erfarenheter och arbetsuppgifter är också betydelsefulla för domstolens bedömning.⁸¹ Arbetsdomstolens bedömning är beroende av en helhetsbedömning som görs efter de specifika förutsättningarna i varje fall.⁸²

En arbetstagare som blir återanställd har enligt förarbetena rätt till skälig upplärningstid. Det finns således inget krav på att kunna utföra alla uppgifter fullt ut första dagen.⁸³ Rätten till skälig upplärningstid kan jämföras med att en nyanställd har rätt till inlärningsstid. Exakt hur mycket som är skäligt att kräva av arbetsgivaren beror främst på resurserna som finns på företaget och vad de normalt kan erbjuda sina anställda.⁸⁴

I AD 2013 nr 67 behandlas krav på högskoleutbildning. Arbetsgivaren ville inte återanställa en arbetstagare som operatör eftersom arbetstagaren i fråga saknade en eftergymnasial utbildning. Arbetsdomstolen gjorde i detta fall en bedömning som tyder på ett nytt sätt att tolka tillräckliga kvalifikationer eftersom den gick på arbetsgivarens linje utan att behandla frågan huruvida arbetstagaren skulle klara att arbeta som operatör. Denna bedömning grundas i uppfattningen att högskoleutbildning ger en teoretisk grundkompetens samt ger arbetstagare metoder att lära sig komplexa saker och på så vis förblir arbetstagare utvecklingsbara.⁸⁵

Personliga egenskaper kan också påverka bedömningen av tillräckliga kvalifikationer. Ett exempel på en sådan egenskap är hur mycket förtroende som arbetsgivaren har för arbetstagaren. Vad det får för innebörd beror på hur den aktuella befattningen är utformad och

78 AD 2012 nr 86. Se även Ulander-Wänman (2008) s. 174.

79 Ulander-Wänman (2008) s. 202.

80 AD 2012 nr 86.

81 AD 2012 nr 86.

82 Glavå och Hansson (2018) s. 269.

83 Prop. 1973:129 s. 165 och prop. 1981/82:71 s. 57. Se även AD 2012 nr 86.

84 Ulander-Wänman (2012) s. 113.

85 AD 2013 nr 67. Jfr AD 1977 nr 159 och AD 1991 nr 136. Se även Glavå och Hansson s. 270.

vilka arbetsuppgifter som ingår.⁸⁶ När det rör sig om chefsbefattningar har Arbetsdomstolen låtit arbetsgivarens förtroende väga tyngre än i andra domar.⁸⁷ Sjukdom kan också ha viss påverkan på bedömningen av tillräckliga kvalifikationer om det till exempel ställs krav på viss kroppsstyrka. Dessa krav väger dock inte lika tungt vid frågor om företrädesrätt som vid frågor om saklig grund.⁸⁸

AD 1999 nr 36 behandlar begreppet allmänna kvalifikationer och arbetsgivarens rätt att organisera arbetet. Arbetsgivaren i detta fall ställde krav på körkort för anställda som utförde städning hemma hos vårdtagare. Det fick konsekvensen att två arbetstagare med företrädesrätt till återanställning blev förbigångna av personer med kortare anställningstid. Det aktuella fackförbundet efterfrågade att arbetsgivaren skulle organisera arbetet på ett sådant sätt att arbetstagarna i fråga kunde utföra arbetet även utan körkort, men Arbetsdomstolen påpekade att det inte finns rättsligt stöd för en sådan åtgärd. Förbundet lyfte även rätten till kompetensutveckling och ansåg att arbetsgivaren kunde bekosta körkortsutbildningen. Det besvarades med att körkort var en allmän kvalifikation som arbetsgivaren därför inte har något ansvar att bekosta utbildning för. Arbetsdomstolen konstaterade visserligen att det fanns vissa anställda som inte hade körkort, men ändå utförde samma arbete. Trots det bedömde Arbetsdomstolen att arbetsgivaren inte hade något syfte att kringgå reglerna om företrädesrätten. Det fanns inte heller något som talade emot att det krävdes körkort även vid nyanställningar.

Tillräckliga kvalifikationer innebär kort sagt att arbetstagaren ska uppfylla de allmänna kvalifikationer som finns samtidigt som hen faktiskt kan sköta jobbet.⁸⁹ Värderingen av kvalifikationerna bygger på en helhetsbedömning av vad befattningen innehåller.⁹⁰

4.3.2. Ny anställning

För att företrädesrätt till återanställning ska bli aktuell måste rekvisitet ny anställning uppfyllas. Däremot är inte en arbetsgivare skyldig att genomföra en nyanställning trots att det finns ett arbetskraftsbehov.⁹¹ Rekvisitet bygger på att arbetsgivaren är bunden till att anställa en företrädesberättigad i de fall det blir fråga om ett avtal om en ny anställning. Det är

86 AD 1978 nr 84.

87 AD 1999 nr 113. Se även Glavå och Hansson s. 271.

88 AD 1984 nr 144. Se även Ulander-Wänman (2008) s. 172 och s. 181.

89 Ulander-Wänman (2012) s. 112.

90 Ulander-Wänman (2012) s. 113.

91 Ulander-Wänman (2008) s. 152.

arbetsgivaren som beslutar om arbetskraftsbehovet ska fyllas och om det i så fall ska fyllas genom en ny anställning.⁹²

Ny anställning innefattar både tillsvidare- och tidsbegränsad anställning.⁹³ Företrädesrätten gäller alla former av anställningar och är inte begränsad till den anställningsform som arbetstagaren hade senast i verksamheten.⁹⁴ En tidigare deltidsanställd kan därför ha rätt till en heltidsanställning och vice versa när det är tal om en ny anställning i verksamheten.⁹⁵

Arbetstagare som har företrädesrätt kan inte alltid ta den i anspråk, fastän arbetsgivaren har behov av arbetskraft. Det finns situationer då företrädesrätten inte blir aktuell eftersom arbetsgivaren väljer att organisera sin verksamhet på ett sätt så att företrädesrättsberättigade inte berörs, exempelvis genom omplacering eller inhyring.⁹⁶

Omplaceringsrätten går före företrädesrätten även om det handlar om en ny anställning eller om omplaceringen inte sker enligt 7 § LAS.⁹⁷ Det gäller även i de fall där det finns en redan anställd som har rätt till den nya anställningen genom omplacering. Då kan inte en tidigare anställd ta företrädesrätten till återanställning i anspråk.⁹⁸

Det kan diskuteras huruvida provanställning är att se som ny anställning och i sin tur om en företrädesberättigad kan nyttja en sådan anställning.⁹⁹ Provanställning kan användas i de fall arbetstagaren har bristande yrkeserfarenhet, för att se om arbetstagaren passar in i arbetsgemenskapen eller om det finns en ovisshet kring arbetstagarens förmåga att utföra arbetet på grund av sociala eller medicinska skäl.¹⁰⁰ Företrädesrätten borde kunna göras gällande för provanställning om det finns skäl för att arbetstagarens kvalifikationer för arbetet är svårbedömda och det därför krävs en provanställning.¹⁰¹

I vissa fall kan förlängd uppsägningstid anses som ny anställning och omfattas av 25 § LAS. Om erbjudande om förlängd uppsägningstid ges till en arbetstagare under tiden då en annan arbetstagare har företrädesrätt till återanställning kan detta ses som en kränkning av

92 Ulander-Wänman (2008) s. 158.

93 Ulander-Wänman (2008) s. 161.

94 AD 2000 nr 26.

95 AD 1984 nr 82. Se även 1986 nr 109.

96 Ulander-Wänman (2008) s. 153 f.

97 Glavå och Hansson (2018) s. 266. Se även AD 1996 nr 56.

98 Ulander-Wänman (2008) s. 153.

99 Ulander-Wänman (2008) s. 153 f.

100 Prop. 1981/82:71 s. 49.

101 Ulander-Wänman (2008) s. 154. Se även AD 1987 nr 148.

företrädesrätten. Detta beror dock på längden och formen av uppsägningstiden, eftersom inte alla former av förlängd uppsägningstid omfattas.¹⁰²

Om rekvisitet ny anställning uppfylls eller inte beror på arbetsgivarens agerande. I de fall en arbetsgivare påbörjar ett nyanställningsförfarande har en företrädesberättigad arbetstagare rätt till återanställning, men arbetsgivaren kan även välja att tillgodose arbetskraftsbehovet på andra sätt än att just genomföra en ny anställning. En arbetsgivare är inte skyldig att återanställa en företrädesberättigad arbetstagare såvida det inte handlar om en ny anställning. På så sätt kan arbetsledningsrätten antingen begränsas genom arbetsgivarens val att inrätta nya anställningar och vara tvungen att återanställa, eller inte begränsas genom att hyra in istället för att återanställa.¹⁰³ Inlåning av anställda behöver inte likställas med nya anställningar, eftersom de inlånade arbetstagarna inte är anställda av kundföretaget. Arbetsgivarens rätt att fatta företagsekonomiska beslut kan inte angripas av LAS, därmed kan inte heller inhyrning av personal angripas.¹⁰⁴

Det finns en vaghet i begreppet ny anställning och vad som kan anses vara ny anställning i lag och förarbete. Diskussionen kring vagheten handlar om när ny anställning kan anses vara aktuellt och om begreppet får rättsverkan vid avsikt eller vid faktiskt handlande från arbetsgivarens sida. Detta kan utredas genom att analysera domar från Arbetsdomstolen.¹⁰⁵ I AD 2003 nr 4 kom Arbetsdomstolen fram till att arbetsgivaren inte blir bunden av avsikten att genomföra en ny anställning, utan först vid handlandet. Genom Arbetsdomstolens bedömning av begreppet ny anställning förändrades även synen på företrädesrätten som en intjänad rättighet för arbetstagaren.¹⁰⁶

Begreppet ny anställning har en avgörande roll för om företrädesrätt till återanställning kan bli aktuellt. Vad som kan omfattas av begreppet och när ny anställning kan anses föreligga är situationsrelaterat och beror på vad som ligger bakom arbetsgivarens agerande.

4.4. Effekterna av Abu Garcia

Arbetsgivarens möjligheter att hyra in arbetskraft har stärkt den fria arbetsledningsrätten och därmed ökat antalet sätt att tillgodose arbetskraftsbehov. För arbetstagarens del har företrädesrätten försvagats vad gäller tidsbegränsade anställningar.¹⁰⁷ Ett rättsfall som har blivit

102 AD 1983 nr 125.

103 Ulander-Wänman (2008) s. 158 f.

104 AD 1980 nr 54.

105 Ulander-Wänman (2008) s. 162 f.

106 Ulander-Wänman (2008) s. 164.

107 Ulander-Wänman (2008) s. 158.

särskilt uppmärksammat och bidragit till den förändrade synen av företrädesrätten är AD 2003 nr 4 (Abu Garcia). Nedan följer ett referat av rättsfallet samt en redogörelse över hur domslutet och Arbetsdomstolens argumentation har påverkat företrädesrätten till återanställning.

I Abu Garcia-målet hade arbetsgivaren avsikten att genomföra nyanställningar på visstid efter det att flera arbetstagare blivit uppsagda på grund av arbetsbrist. Vid förhandling kom inte det fackliga förbundet och arbetsgivaren överens, vilket ledde till att arbetsgivaren valde att hyra in arbetskraft istället för att återanställa. Kollektivavtalet som gällde mellan parterna krävde lokal överenskommelse vid visstidsanställningar. I Arbetsdomstolen ställdes frågan om arbetsgivarens handlande var att se som ett kringgående av 25 § LAS samt om arbetsgivaren hade gjort sig skadeståndsskyldig genom att åsidosätta ett fackligt veto enligt 39 § MBL. Av domskälen kan det utläsas att arbetsgivarens företags- och arbetsledningsrätt, samt att handlandet inte ansågs otillbörligt, var avgörande för utfallet. Domslutet blev att arbetsgivaren inte gjort sig skyldig till varken kringgående av företrädesrätten eller åsidosättande av veto.

Vid förhandling erbjöd arbetsgivaren de företrädesberättigade arbetstagarna återanställning på visstid, vilket det fackliga förbundet tackade nej till eftersom de menade att de företrädesberättigade borde bli erbjudna tillsvidareanställning. Genom förbundets handlande förbrukades arbetstagarnas företrädesrätt, trots att arbetstagarna själva inte tog del av erbjudandet. På så vis kan fackförbund råda över arbetstagares företrädesrätt, som annars ses som en individuell intjänad rättighet. Domen ledde till att fackliga förbund fick en starkare ställning vad gäller kollektiva intressen och samtidigt försvagades arbetstagarnas position.¹⁰⁸

Att fackliga organisationer råder över en medlems intjänade rättighet överensstämmer inte med praxis och förarbeten.¹⁰⁹ I AD 1984 nr 128 fastställdes att fackliga organisationers behörighet att förfoga över medlemmars rättigheter är begränsad. I samma rättsfall hänvisades till tidigare praxis där organisationer ansågs behöva bemyndigande från medlem för att kunna förfoga över den enskilda rätten.¹¹⁰ Att det krävs ett bemyndigande från medlem vad gäller intjänade rättigheter nämns även i 1973 års proposition.¹¹¹

Arbetsdomstolens fokus för argumentationen i Abu Garcia-domen låg på parternas oförmåga att komma överens och inte på arbetsgivarens ursprungliga avsikt att nyanställa, vilket skulle göra företrädesrätten aktuell. Företrädesrätten hindrar inte en arbetsgivare från att hyra in

108 Ulander-Wänman (2008) s. 164.

109 Ulander-Wänman (2008) s. 165.

110 Se även AD 1966 nr 25 och 1976 nr 5.

111 Prop. 1973:129 s. 266.

arbetskraft och arbetsgivare har rätt till att ändra uppfattning om hur arbetskraftsbehovet ska tillgodoses. I detta fall hade arbetsgivaren först tänkt återanställa, men ändrade sig sedan eftersom arbetskraftsbehovet bäst tillgodosågs med visstidsanställningar. På så vis uppfylldes rekvisiten i 25 § LAS till en början, för att sedan sakna tillämplighet i situationen.¹¹²

Utifrån domskälen klargörs domstolens vilja att undvika konflikt med arbetsmarknadens sedvanor, som exempelvis arbetsledningsrätten och det fria avtalet, vilket de gör genom att använda sig av rättens flexibilitet.¹¹³ Domskälen har bidragit till att företrädesrätten inte ses som en intjänad rättighet utan snarare en potentiell rättighet till dess att arbetsgivaren genomför en nyanställning, eftersom det är först då företrädesrätten blir aktuell.¹¹⁴ Konsekvensen av Arbetsdomstolens argumentation blev att den enskilda arbetstagaren har fått en svagare position, även när hen uppfyller alla rekvisit för företrädesrätt till återanställning.¹¹⁵ Genom domen har även företrädesberättigade arbetstagare blivit underordnade både arbetsgivaren och de fackliga organisationerna.¹¹⁶

Möjligheterna till inhyrning av arbetskraft har bidragit till att företrädesrättens roll som å ena sidan en inskränkning av arbetsledningsrätten och å andra sidan en del av anställningsskyddet har blivit mindre betydande.¹¹⁷

112 Ulander-Wänman (2008) s. 163.

113 Ulander-Wänman (2010) s. 797.

114 Ulander-Wänman (2008) s. 163 f.

115 Ulander-Wänman (2008) s. 165.

116 Ulander-Wänman (2008) s. 165.

117 Glavå och Hansson (2018) s. 266.

5. Analys

5.1. Företrädesrättens reglering

Uppsägning på grund av arbetsbrist är en förutsättning för att en arbetstagare ska kunna ta företrädesrätt till återanställning i anspråk. Arbetstagaren måste även uppfylla rekvisiten i 25 § LAS, samt göra en intresseanmälan enligt 27 § LAS. Trots att en arbetstagare uppfyller samtliga rekvisit är det inte säkert att en återanställning blir aktuell, eftersom det är arbetsgivaren som beslutar om nya anställningar. Regleringarna i LAS kompletteras av kollektivavtal där villkoren för företrädesrätt kan bli både till det bättre och det sämre. Fackliga organisationer och arbetsgivare får mer betydande roller än arbetstagare i och med slutandet av kollektivavtal. Arbetstagare å andra sidan, blir bundna av kollektivavtalet utan att vara med och avtala om innehållet.

5.2. Företrädesrättens syfte och utformning

Syftet med företrädesrättens reglering grundar sig i att arbetsgivare inte ska kunna kringgå anställningsskyddet och att arbetsgivare i första hand ska vända sig till tidigare arbetstagare när arbetskraftsbehov uppstår. En arbetsgivare ska således inte kunna säga upp en arbetstagare på grund av arbetsbrist för att istället anställa en annan arbetstagare. Detta syfte bleknar något vid jämförelse av lagens tillämpning på arbetsmarknaden, eftersom det finns flera sätt att tillgodose arbetskraftsbehov. Det är både möjligt och lagligt att en arbetsgivare säger upp en arbetstagare på grund av arbetsbrist och sedan hyr in arbetskraft vid behov, förutsatt att arbetsgivaren motiverar handlandet utifrån arbetsledningsrätten. Med tanke på lagens utformning och förarbetenas formuleringar kan tolkningen och tillämpandet av lagen ifrågasättas. Förarbetenas uttalanden värderas inte lika högt som lag och praxis, vilket behandlas i avsnitt 5.6.

Företrädesrättens rekvisit förklaras mer detaljerat i förarbetena än i lagen, vilket gör att det finns en viss vaghet i begreppen. I 1974 års LAS användes begreppet ny anställning, för att sedan ersättas med återanställning. Denna omformulering kan ha bidragit med förvirring kring ny anställning både som begrepp och rekvisit. På ett vis var således den första lagen tydligare med att företrädesrätten gäller vid just ny anställning. Den vaghet som råder gällande begreppen påverkar även Arbetsdomstolens avgöranden, som skiljer sig från företrädesrättens ursprungliga syfte.

5.3. Kringgående eller undgående av företrädesrätten

Arbetsgivarens § 32-befogenheter innebär att arbetsgivaren får välja hur verksamheten ska organiseras. Dessa befogenheter gör det möjligt för arbetsgivaren att undgå företrädesrätten och

istället tillgodose arbetskraftsbehovet genom inhyrning. Handlandet att hyra in är ett vedertaget förfarande, därför anses inte inhyrning vara ett kringgående enligt praxis. Arbetsgivarens val att hyra in istället för att återanställa kan däremot ses som ett sätt att undgå företrädesrätten, även om det inte ses som ett kringgående. Om en arbetsgivare inte vill återanställa en företrädesberättigad kan det inte angripas så länge arbetsgivaren kan motivera sitt handlande utifrån exempelvis företagsekonomisk synpunkt. På så sätt har arbetsgivaren saklig grund för sitt agerande och därmed är valet att inte återanställa befogat. Bedömningsförfarandet av kringgående kan därför gynna arbetsgivaren, eftersom det är tämligen enkelt att motbevisa att ett kringgående av företrädesrätten har skett.

För att avgöra vad som är ett kringgående av företrädesrätten till återanställning krävs en utredning av omständigheterna i det enskilda fallet för att se om rekvisiten otillbörligt handlande och syfte att kringgå företrädesrätten är uppfyllda. Båda rekvisiten saknar en uttrycklig definition, vilket gör att det är Arbetsdomstolen som bedömer om rekvisiten uppfylls. Tolkningen av rekvisiten påverkar även kringgående som begrepp och när det kan anses vara aktuellt. Arbetsdomstolens bedömning får inte bara betydelse för kringgående, utan även för företrädesrätten som en del av anställningsskyddet. Domstolens avgöranden är dock inte förutbestämda, eftersom bedömningen som görs varierar från fall till fall. Utifrån rättsfallen som tas upp i kapitel 3 kan det konstateras att arbetsgivaren kan använda sin antagnings- och arbetsledningsrätt för att bevisa att ett kringgående inte har skett. Arbetsgivaren blir följaktligen en starkare part än arbetstagaren på grund av Arbetsdomstolens tolkning av begreppet kringgående.

Att hyra in arbetskraft, samarbeta med bemanningsföretag eller använda motpartens begränsningar i lag anses inte vara ett otillbörligt handlande. Om en arbetsgivare erbjuder anställning till någon annan än en företrädesberättigad arbetstagare behöver detta inte betyda att syfte att kringgå är uppfyllt. Syfte att kringgå uppfylls inte heller om en arbetsgivare kan visa att inhyrning är ett lämpligt sätt att tillgodose arbetskraftsbehovet. Arbetsgivaren har därmed mer än ett sätt att undgå företrädesrätten, utan att kringgå lagen.

5.4. Rekvisiten tillräckliga kvalifikationer och ny anställning

Två rekvisit som ofta får en stor betydelse för företrädesrätten till återanställning är tillräckliga kvalifikationer och ny anställning. Tillräckliga kvalifikationer är i praktiken de krav som arbetsgivaren ställer på arbetstagare för att de ska kunna sköta arbetet som tjänsten innebär. Även om lagen är skriven utifrån ett arbetstagarperspektiv är det tydligt att arbetstagarens

möjlighet att påverka bedömningen av tillräckliga kvalifikationer är i princip obefintlig. Fackförbundet kan förhandla med arbetsgivaren, men det finns inget krav på att de måste vara överens. Arbetsgivaren har därmed vissa fördelar som följer av företagsledningsledningsrätten, vilket innebär att arbetsgivaren tar beslut utifrån verksamhetens ekonomiska intressen. Något annat som framgår av praxis är att Arbetsdomstolen inte har en bestämd metod för att bedöma om arbetsgivarens krav är sakligt grundade. Det kan till exempel räcka att arbetsgivaren visar att kraven som ställts upp vid återanställning också ställs vid nyanställningar. Hur arbetet är organiserat är en del av arbetsgivarprerogativet och är därför inte något som Arbetsdomstolen kan påverka.

Ny anställning är ett annat viktigt rekvisit för företrädesrätten. Det är arbetsgivaren som tar beslut om hur arbetskraftsbehov ska fyllas och ny anställning är bara ett av flera alternativ. Samtidigt är det bara vid nya anställningar som företrädesrätten till återanställning kan bli aktuell. Detta gör att det är arbetsgivaren som beslutar om arbetstagarens rättighet kan tas i anspråk. En arbetsgivare beslutar även hur den egna arbetsledningsrätten kan inskränkas, eftersom företrädesrätten i sig är en typ av inskränkning. Arbetsgivaren får därmed en starkare position än arbetstagaren. Trots att en arbetstagare uppfyller rekvisiten är det följaktligen inte säkert att en återanställning blir aktuell, eftersom det är arbetsgivaren som beslutar om nyanställningar.

Tillämpningen av begreppet ny anställning försvåras av det faktum att det inte har någon tydlig definition. Begreppet är otydligt bland annat eftersom det inte framgår vid vilken tidpunkt i processen som rekvisitet uppfylls. En fråga som kan ställas är om det gäller när arbetsgivaren tagit beslut om att nyanställa eller när hen uttrycker en vilja att anställa. Dessutom är det otydligt vilka anställningar som skulle kunna räknas som nya anställningar. Det är till exempel inte helt enkelt att uttala sig om huruvida provanställningar och förlängda uppsägningstider inkluderas i detta begrepp. Om begreppet varit tydligare definierat skulle det kanske inte funnits samma problematik kring att bedöma vad som anses vara en ny anställning. Därigenom skulle även företrädesrätten kunna ha en starkare ställning med tydliga ramar, istället för att definieras av Arbetsdomstolens domslut.

5.5. Abu Garcias betydelse för företrädesrätten

I AD 2003 nr 4 (Abu Garcia) fick fackförbundet förhandla med arbetsgivaren om möjliga alternativ för att tillgodose arbetskraftsbehovet. Genom fackförbundets avböjande av erbjudandet om återanställning i form av visstidsanställningar förbrukades arbetstagarnas

företrädesrätt utan deras vetskap. Resultatet blev att fackförbundet fick råda över arbetstagarnas rättigheter, trots att det inte är förenligt med tidigare praxis och förarbeten. Detta kan ses som en maktförskjutning från arbetstagare till fackförbund. I domen framgår även att arbetsgivare har möjlighet att råda över företrädesrätten, eftersom det är arbetsgivare som beslutar om ny anställning. Detta gör att arbetstagarens tidigare intjänade rättighet omvandlas till en potentiell rättighet som arbetsgivaren förfogar över.

En annan aspekt som lyfts fram i Abu Garcia är den oklarhet som nämnts ovan kring när arbetsgivarens avsikt att anställa får rättslig verkan. Att arbetsgivaren först ville återanställa, men sedan ångrade sig och hyrde in personal istället, anses inte vara ett otillbörligt handlande enligt Arbetsdomstolen. Det beror på att det inte finns något rättsligt stöd för att inhyrning i sig självt är ett kringgående av 25 § LAS. Om arbetsgivaren vill hyra in personal är det ett företagsekonomiskt beslut vars lämplighet Arbetsdomstolen inte kan bedöma. Då gör det ingen skillnad om alla rekvisit för företrädesrätten till återanställning är uppfyllda. I Abu Garcia hade arbetsgivaren till och med uttryckligen visat avsikt att återanställa men eftersom erbjudandet avböjdes av fackförbundet så förbrukades den möjligheten.

Målet Abu Garcia är intressant eftersom det resulterar i att diskussionen om inhyrning och företrädesrätt koncentreras till arbetsledningsrätten och det fria avtalet. Att hyra in personal är ett beslut som arbetsgivare inte behöver försvara eftersom det är en del av arbetsgivarprerogativet och domslutet i Abu Garcia visar att det gäller även i situationer där arbetsgivaren redan har uttryckt en vilja att nyanställa. På så sätt visar Arbetsdomstolen att arbetsgivarens rättigheter väger tyngre än företrädesrätten till återanställning, vilket i längden innebär ett försvagat anställningsskydd. Domstolens avgörande i detta fall har fått stort genomslag i liknande fall som prövats sedan dess och har därmed fått prejudicerande verkan.

5.6. Företrädesrättens innebörd och rättskällornas värde

Företrädesrättens innebörd förklaras mer uttryckligt i förarbetena än i lagen, däremot ges inte förarbetena samma värde som lag och praxis. Trots att förarbeten kan bidra med förtydliganden kring hur lagen ska tolkas, är det inte alltid Arbetsdomstolen väljer att beakta detta i den huvudsakliga bedömningen. Man kan fråga sig varför förarbetena inte har ett högre värde, eftersom det där står tanken med lagen och hur den ska användas. Utvecklingen av företrädesrättens betydelse har lett till att praxis skiljer sig mycket från ordalydelserna i lag och förarbeten. Detta gör i sin tur att prejudicerande domar kan bidra med en annorlunda syn på företrädesrätten och kringgående av den jämfört med lag och förarbeten. På senare tid har praxis

fått en allt större betydelse och samspelet mellan förarbeten, lag och praxis har hamnat i obalans vad gäller företrädesrätten till återanställning. Arbetsdomstolen anpassar sig till arbetsmarknadens sedvana, vilket blir till fördel för arbetsgivaren och till nackdel för arbetstagaren. Att tillämpningen av lagen skiljer sig så pass mycket från syftet med företrädesrätten har skapat en sorts dissonans som genomsyrar arbetstagarens anställningsskydd.

En förklaring till varför praxis har fått ett högre värde över tid i förhållande till lag och förarbeten vad gäller företrädesrätt till återanställning kan vara de strukturomvandlingar som har skett i samhället sedan införandet av 1974 års LAS. Förarbetena till LAS som behandlar företrädesrätten till återanställning härstammar från 70-talet, medan inhyrning av arbetskraft legaliserades först i början av 90-talet. Därmed skapas ett behov av tydligare ramar för vad som kan vara ett kringgående av företrädesrätten. Praxis fyller därmed en viktig funktion genom att komplettera lagstiftning och förarbeten utifrån samhällsutvecklingen. Det är därför en naturlig följd att förarbetena minskar i värde, men de förblir relevanta rättskällor för att förstå syftet med företrädesrätten.

Trots att inhyrning i förhållande till företrädesrätten har debatterats under åren och utredningar har gjorts har det inte bidragit till några lagändringar. Slutsatserna som dragits har varit att inhyrning av arbetstagare inte behöver begränsas. Att inhyrning av arbetskraft sprids på arbetsmarknaden framstår inte heller som ett problem för företrädesrätten enligt de utredningar som har gjorts. Konsekvensen blir att inga lösningar presenteras och företrädesrätten trängs undan av möjligheten att hyra in. Avsaknaden av lösningar lämnar utrymme för frågan om inrättande av nya regleringar. Med nya regleringar skulle syftet bakom företrädesrätten, nämligen att stärka anställningsskyddet, kunna få en ny chans att realiseras.

6. Slutsatser och avslutande reflektioner

6.1. Hur regleras företrädesrätt till återanställning och vad innebär den?

Företrädesrätt till återanställning regleras i 25–27 §§ LAS samt i kollektivavtal. Syftet med företrädesrätten är att stärka anställningsskyddet genom att förpliktiga arbetsgivare att i första hand vända sig till företrädesberättigade arbetstagare. Det finns flera rekvisit som måste uppfyllas för att företrädesrätten ska bli aktuell, bland annat tillräckliga kvalifikationer och ny anställning. Att rekvisiten i 25 § LAS uppfylls är däremot ingen garanti för återanställning, eftersom det är arbetsgivaren som bestämmer hur uppkomna arbetskraftsbehov ska fyllas som en följd av arbetsgivarprerogativet.

6.2. Kan inhyrning av arbetskraft anses vara ett kringgående av företrädesrätt till återanställning och i så fall under vilka förutsättningar?

Arbetsdomstolen bedömer vad som är ett kringgående av företrädesrätten till återanställning enligt 25 § LAS utifrån rekvisiten otillbörligt handlande och syfte att kringgå företrädesrätten. Det kan dessutom krävas saklig grund för en arbetsgivares beslut om att inte återanställa en arbetstagare med företrädesrätt. Arbetsgivare kan motivera sitt handlande utifrån arbetsledningsrätten och antagningsrätten genom till exempel ett företagsekonomiskt perspektiv och därmed ha saklig grund för att inte vilja återanställa.

Inhyrning som ett sätt att fylla arbetskraftsbehov är i sig självt inte ett kringgående. För att inhyrning ska ses som ett kringgående av företrädesrätten krävs att arbetsgivaren har haft ett syfte att kringgå lagen samt att hen har agerat otillbörligt. Det är svårt att bevisa förekomsten av otillbörligt handlande och syfte att kringgå, vilket försvårar bevisningen för att kringgående av företrädesrätten har ägt rum. Utifrån praxis finns det flera sätt som arbetsgivare kan undgå företrädesrätt till återanställning när de har arbetskraftsbehov, även om det inte är ett kringgående av lagen.

6.3. Hur påverkas företrädesrätten till återanställning av möjligheten att hyra in arbetskraft?

Inhyrning är ett godtaget sätt att tillgodose arbetskraft och kan inte angripas av LAS. Arbetsgivaren har rätt att välja hur arbetskraftsbehovet fylls som en del av arbetsgivarprerogativet, på så sätt är det arbetsgivaren som beslutar om företrädesrätt till återanställning. Förfarandet att hyra in arbetskraft strider inte mot företrädesrätten, men det påverkar företrädesrätten. Arbetsdomstolens praxis har fått konsekvensen att det krävs

omfattande bevisning för att en arbetsgivares handlande i syfte att fylla arbetskraftsbehov ska ses som ett kringgående av företrädesrätten. Tillräckliga kvalifikationer och ny anställning är två rekvisit som har fått betydelse för avgöranden i frågor om arbetsgivaren har kringgått företrädesrätten genom att hyra in arbetskraft. Båda rekvisiten behöver uppfyllas för att en arbetstagare ska ha företrädesrätt till återanställning och båda rekvisiten styrs av arbetsgivaren. En arbetsgivare kan på så vis välja om företrädesrätten ska bli aktuell och kan även välja att hyra in istället för att återanställa. Prejudicerande domar såsom Abu Garcia har lett till att företrädesrätten som en del av anställningsskyddet har försvagats, medan arbetsgivarens arbetsledningsrätt har förstärkts.

6.4. Avslutande reflektioner

Vid inrättandet av företrädesrätten i LAS var inhyrning av arbetskraft förbjudet. Sedan bemanningsbranschens legalisering och framväxt har inhyrning blivit ett allt vanligare sätt att tillgodose arbetskraftsbehov. Samtidigt har Sveriges inträde i EU ställt krav på ny arbetsrättslig reglering. Förändringarna på arbetsmarknaden har resulterat i att företrädesrätten så som den är reglerad i lagen har fått en svagare ställning. Idag debatteras det om förändringar i det lagstadgade anställningsskyddet och ibland förespråkas en mer flexibel modell likt Danmarks flexicurity¹¹⁸. Ett införande av en ny flexibel modell på den svenska arbetsmarknaden skulle kunna påverka företrädesrättens betydelse för arbetstagaren ytterligare. Eventuella förändringar beror dock på vilken politik som får genomslag. År 2020 har präglats av covid-19 och dess effekter på samhällsekonomin har orsakat uppsägningar på grund av arbetsbrist. Omfattningen av dessa uppsägningar skapar en osäkerhet på arbetsmarknaden som kanske kan bidra till ett nytt intresse för företrädesrätt till återanställning.

Företrädesrätten till återanställning finns till för att skapa trygghet i anställningen för arbetstagare, vilket framgår av förarbetena till LAS. Trots att det är arbetstagarens rättighet är det arbetsgivarens agerande som avgör huruvida företrädesrätten kan nyttjas. En arbetsgivare kan ta beslut om återanställning, men kan även välja att tillgodose arbetskraftsbehoven på andra vis. Det har med andra ord skett en förskjutning av subjektet i förhållande till vem som äger rätten från arbetstagaren till arbetsgivaren. I lagen är det arbetstagaren som är subjektet eftersom det formuleras som en rättighet som utgår från arbetstagaren. Däremot har arbetsgivarens handlande tillsammans med arbetsgivareprerogativet fått allt större betydelse i praxis, vilket

¹¹⁸ Se till exempel Sveriges riksdag, 'Arbetsmarknadensmodellen flexicurity' och 'Låt Danmark visa vägen! Utgå från Flexicuritymodellen.', Sydsvenskan (debattinlägg av Karin Svanborg-Sjövall).

gör att arbetsgivaren blir subjektet. Möjligheterna att hyra in arbetskraft istället för att återanställa inskränker företrädesrätten och därmed arbetstagarens anställningsskydd.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1973:129 *med förslag om lag till anställningsskydd m.m.*; given Stockholms slott den 16 mars 1973

Prop. 1981/82:71 *om ny anställningslag m.m.; beslutad den 12 november 1981*

Prop. 2005/06:185 *Förstärkning och förenkling - ändringar anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen*

Prop. 2011/12:178 *Lag om uthyrning av arbetstagare*

SOU 2014:55 *Inhyrning och företrädesrätt till återanställning*

SOU 2020:30 *En moderniserad arbetsrätt*

EU-rätt

EU:s direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag

Litteratur

Edström, Örjan (2012), 'Bemanningsarbete – nya regler en inkörsport till arbetslivet för svaga grupper?' i: Nyström, Birgitta, Edström Örjan & Malmberg, Jonas (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*. Liber. s. 119–135.

Ejvegård, Rolf (2009), *Vetenskaplig metod*. 4. uppl. Studentlitteratur.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael (2018), *Arbetsrätt*. 3:3 uppl. Studentlitteratur.

Johnson, Anders (2010), *Hyrt går hem: historien om den svenska bemanningsbranschen*. Informationsförlaget.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Studentlitteratur s. 21–46.

Lehrberg, Bert (2016), *Praktisk juridisk metod*. 9 uppl. Iusté.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund (2016), *Anställningsskydd: en lagkommentar*. 11 uppl. Wolters Kluwer.

Nycander, Svante (2018), *Makten över arbetsmarknaden*. 2 uppl. Studentlitteratur.

Samuelsson, Joel & Melander, Jan (2003), *Tolkning och tillämpning*. 2 uppl. Iustus Förlag.

Schmidt, Folke (1997), *Facklig arbetsrätt*. Juristförlaget.

Ulander-Wänman, Carin (2010), 'Flexibel arbetskraft och rättens flexibilitet'. *Svensk Juristtidning*, häfte nr 9. s. 797–806.

Ulander-Wänman, Carin (2008), *Företrädesrätt till återanställning*. Iustus Förlag.

Ulander-Wänman, Carin (2012), 'Flexicurity, LAS och normativa krocker' i: Nyström, Birgitta, Edström Örjan & Malmberg, Jonas (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*. Liber. s. 105–118.

Rättsfallsförteckning

AD 1966 nr 25

AD 1976 nr 5

AD 1977 nr 98

AD 1977 nr 159

AD 1980 nr 54

AD 1984 nr 128

AD 1984 nr 144

AD 1986 nr 50

AD 1986 nr 144

AD 1988 nr 8

AD 1991 nr 136

AD 1995 nr 2

AD 1996 nr 54

AD 1996 nr 56

AD 1999 nr 36

AD 1999 nr 113

AD 2003 nr 4

AD 2007 nr 72

AD 2012 nr 86

AD 2013 nr 67

Internetkällor

Kompetensföretagen, 'Årsrapport 2019'
<www.almega.se/app/uploads/sites/5/2020/04/arsrapport_2019_03.pdf> (besökt 2020-11-09).

Kompetensföretagen, 'Kompetensföretag i lågkonjunktur' (2019)
<www.almega.se/app/uploads/sites/5/2019/10/kompetensforetagen-i-lagkonjunktur-slutversion.pdf> (besökt 2020-11-10).

Sveriges riksdag, 'Arbetsmarknadensmodellen flexicurity'
<<https://www.riksdagen.se/sv/utskotten-eu-namnden/arbetsmarknadsutskottet/alla-forskningsoversikter/flexicurity--begrepp-samt-exempel-fran-andra-lander/>> (besökt 2020-12-16).

'Låt Danmark visa vägen! Utgå från Flexicuritymodellen.' <<https://www.sydsvenskan.se/2019-07-24/lat-danmark-visa-vagen-utga-fran-flexicuritymodellen>>, Sydsvenskan (debattinlägg av Karin Svanborg-Sjövall) (besökt 2020-12-16).