



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jenny Bergström

Kryphål – genomträngliga och
ogenomträngliga – i
anställningsskyddslagens regler om
företrädesrätt till återanställning

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Ann Numhauser-Henning

Arbetsrätt

Termin 9 – vårterminen 1999

Innehåll

INNEHÅLL	2
SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
2 ARBETSGIVARPREROGATIVET KONTRA KRAVET PÅ SAKLIG GRUND FÖR UPPSÄGNING	9
3 UPPSÄGNING PÅ GRUND AV ARBETSBRIST	11
3.1 Arbetsbrist - arbetsgivarens bedömning utslagsgivande	11
3.2 Turordning	14
4 FÖRETRÄDESRÄTT TILL ÅTERANSTÄLLNING	18
4.1 Företrädesrättens innebörd	18
4.2 Företrädesrättens förutsättningar	20
4.3 Företrädesrättens dispositivitet	22
5 ÅTGÄRDER FÖR ATT UNDGÅ TILLÄMPNING AV REGLERNA OM FÖRETRÄDESRÄTT TILL ÅTERANSTÄLLNING	24
5.1 Allmänt	24
5.2 Omplacering av samt utökning av arbetstid för icke-uppsagd personal	25
5.3 Förlängning av uppsägningstid för kvarvarande arbetstagare	28
5.4 Anlitande av entreprenör samt inlåning och inhyrning av arbetstagare	31
5.5 Förändring av uppsagd arbetstagares ställning	37
5.5.1 Från arbetstagare till delägare	38
5.5.2 Från arbetstagare till företagsledare	45
5.6 Anställningserbjudanden till utvalda delar av överlåtarens personal vid verksamhetsövergång	47
6 SAMMANFATTANDE ANALYS AV RÄTTSLÄGET	53

7 AVSLUTNING	57
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Sammanfattning

I svensk rätt har arbetsgivaren stor frihet att säga upp arbetstagare p.g.a. arbetsbrist. Arbetstagarnas behov av anställningstrygghet i arbetsbristsituationer tillgodoses framförallt av turordningsreglerna och bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning i LAS (22-23 §§ och 25-27 §§). Enligt företrädesrättsreglerna, som står i fokus i denna uppsats, har en arbetstagare som har sagts upp p.g.a. arbetsbrist företrädesrätt till återanställning om arbetsgivaren har för avsikt att nyrekrytera personal under arbetstagarens uppsägningstid eller nio månader därefter. Det anställningsskydd som reglerna om företrädesrätt till återanställning utgör, står ofta i konflikt med arbetsgivarens intresse av att själv kunna välja ut och anställa effektiv och kvalificerad arbetskraft. Då företrädesrättsreglerna på detta sätt inverkar hämmande på företagets produktivitet, stimuleras arbetsgivarna till att försöka vidta en rad olika åtgärder som förmodas leda till att reglerna om företrädesrätt till återanställning inte behöver tillämpas. De försöker med andra ord finna kryphål i anställningsskyddet.

I denna uppsats presenteras ett antal av de åtgärder som utgör potentiella kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning. Utredningen ger vid handen att det är ytterst *få* åtgärder från arbetsgivarens sida som *definitivt* utesluter tillämpning av företrädesrättsreglerna. Huvuddelen av de åtgärder som berörs i uppsatsen befinner sig istället i en diffus gråzon mellan genomträngliga och ogenomträngliga kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS.

Förord

Som uppsatsens titel anger, handlar detta arbete om genomträngliga och ogenomträngliga kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS (25-27 §§). Intresset för detta uppsatsämne väcktes då en nära anhörig till mig felaktigt gick miste om sin företrädesrätt till återanställning. Den före detta arbetsgivaren hade ett uttalat intresse av att få behålla de två arbetstagare som hade sämst placering på den upprättade återanställningslistan. Dessa arbetstagare uppgavs därför ha inträtt som kompanjoner i arbetsgivarens bolag, ett arrangemang som i och för sig kan utesluta tillämpning av företrädesrättsreglerna om det är äkta. I detta fall rörde det sig emellertid om ett skenarrangemang för att undvika anställning av de arbetstagare som i första hand hade företrädesrätt till återanställning. Arrangemanget underkändes därför av AD.

Den nyss beskrivna händelsen gav mig anledning att fördjupa mig i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS. Ju mer jag läste, desto fler verkade de potentiella kryphålen i företrädesrättsreglerna vara. Jag blev då nyfiken på *vilka* av dessa potentiella kryphål som *verkligen* utesluter tillämpning av företrädesrättsreglerna. Nyfikenheten drev mig till att skriva denna uppsats om gränsdragningen mellan genomträngliga och ogenomträngliga kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS.

Jag vill i detta sammanhang rikta **ett varmt tack** till min handledare, Professor Ann Numhauser-Henning, som har stöttat mig på bästa tänkbara sätt under arbetets gång.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
FML	Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
InU	Inrikesutskottet
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
LOA	Lag (1994:260) om offentlig anställning
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Proposition
SACO/SR	Sveriges akademikers centralorganisation/Statstjänstemännens riksförbund
SACO/SR-S	Sveriges akademikers centralorganisation/Statstjänstemännens riksförbund-statstjänstemannakartellen
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
SEF	Svenska Elektrikerförbundet
Sif	Svenska Industritjänstemannaförbundet
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Lagen om anställningsskydd¹ (LAS) utgör, som dess titel antyder, en trygghetslagstiftning till förmån för arbetstagare. Arbetstagarnas behov av trygghet i anställningen är emellertid inte det enda intresse som avspeglar sig i denna lag. Lagen tar i viss utsträckning även hänsyn till arbetsgivarens anspråk på effektiv och kvalificerad arbetskraft i en bärkraftig verksamhet. Lagen utgör således en kompromiss mellan två motstridiga intressen.²

Denna intressekonflikt är tydlig vid uppsägningar p.g.a. arbetsbrist. Arbetsgivarens intresse av att driva en effektiv och vinstgivande verksamhet har i detta sammanhang tillgodosetts genom att arbetsgivaren har givits stora möjligheter att säga upp arbetstagare p.g.a. arbetsbrist. För att skapa balans mellan detta arbetsgivarprivilegium och arbetstagarnas behov av anställningstrygghet, har LAS utrustats med regler om turordning vid uppsägning (22-23 §§) och om företrädesrätt till återanställning under viss tid efter uppsägningstillfället (25-27 §§). Turordningsreglerna hindrar arbetsgivaren från att fritt välja ut och säga upp de arbetstagare som har svårt att leva upp till den effektivitetsnivå som arbetsgivaren eftersträvar. Företrädesrättsreglerna motverkar i sin tur att arbetsgivaren nyrekryterar annan, och från arbetsgivarens sida sett fördelaktigare personal, än den som nyss har sagts upp. Då trygghetslagstiftningen på detta sätt inverkar hämmande på företagets produktivitet, stimuleras arbetsgivarna till att försöka vidta en rad olika åtgärder som förmodas leda till att trygghetslagstiftningen inte behöver tillämpas. De försöker med andra ord finna luckor eller kryphål i anställningsskyddet.

Reglerna om företrädesrätt till återanställning (25-27 §§ LAS) står i fokus i denna uppsats. Syftet är att beskriva detta anställningsskydd och att se närmare på en del av de åtgärder som kan uppfattas som *potentiella* kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning. Frågan som skall försöka besvaras är vilka av dessa åtgärder som *verkligen* utesluter tillämpning av företrädesrättsreglerna. Annorlunda uttryckt rör uppsatsen gränsdragningen mellan genomträngliga och ogenomträngliga kryphål i LAS regler om företrädesrätt till återanställning.

I kapitel 2-4 skisseras den intressekonflikt som råder mellan arbetsgivare och arbetstagare i samband med uppsägningar p.g.a. arbetsbrist. Här beskrivs också de lagregler som har tillkommit för att upprätthålla en rimlig balans mellan dessa två motstridiga intressen. I kapitel 5, som är uppsatsens mest omfattande kapitel, undersöks sedan en rad olika arbetsgivaråtgärder som kan uppfattas som potentiella kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS. Framställningen gör inte anspråk på att presentera alla de åtgärder som arbetsgivarna kan försöka vidta eller har försökt vidta för att

¹ Lag (1982:80) om anställningsskydd.

² Schmidt, Folke, Löntagarrätt, 1994, s. 198.

undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna. Framställningen är istället koncentrerad till de åtgärder som AD har berört i ett flertal rättsfall eller som har fått särskild uppmärksamhet i doktrinen. I enlighet med denna urvalsgrund har följande åtgärder valts ut för behandling: omplacering av samt utökning av arbetstid för icke-uppsagd personal (avsnitt 5.2), förlängning av uppsägningstid för kvarvarande arbetstagare (5.3), anlitande av entreprenör samt inlåning och inhyrning av arbetstagare (5.4), förändring av uppsagd arbetstagares ställning från ordinär arbetstagare till delägare eller företagsledare (5.5) samt avslutningsvis anställningserbjudanden till utvalda delar av överlåtarens personal vid verksamhetsövergång (5.6). Uppsatsen avrundas med en sammanfattande analys av rättsläget i kapitel 6.

Sedvanlig rättsdogmatisk metod ligger till grund för denna uppsats. Denna metod innebär bl.a. att ett juridisk problem penetreras med utgångspunkt i relevanta lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Så har även gjorts i denna uppsats. Med hänsyn till det föreliggande uppsatsämnet har det främst varit LAS, förarbetena till denna lag, rättspraxis från AD och doktrin kring reglerna om företrädesrätt till återanställning som har agerat utgångspunkt för arbetet.

2 Arbetsgivarprerogativet kontra kravet på saklig grund för uppsägning

Arbetsgivarprerogativet³, d.v.s. arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet i sitt företag, innebär en viss frihet för arbetsgivaren att organisera sin verksamhet efter egna behov och önskemål. Prerogativet är emellertid inte obegränsat utan inskränks bl.a. av 7 § i LAS som stadgar att en uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad⁴ (7 § 1 st.). Den sakliga grunden kan antingen vara av personlig natur, d.v.s. knuten till den enskilda arbetstagaren personligen, eller bero på företagets förhållanden, d.v.s. att arbetsbrist råder. Arbetsgivarens uppsägning är aldrig sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig (7 § 2 st. LAS).⁵

LAS skyddar arbetstagaren oavsett om en uppsägning har vidtagits på grund av personliga skäl eller på grund av verksamhetens förhållanden. Anställningsskyddet ser emellertid annorlunda ut beroende på den uppsägningsgrund som arbetsgivaren åberopar. En uppsägning p.g.a. personliga skäl kan bli föremål för rättslig prövning. Vid denna prövning måste arbetsgivaren kunna bevisa att godtagbara skäl för uppsägningen föreligger. Gränsen mellan godtagbara och godtyckliga uppsägnings-skäl fastställs ytterst av AD som anses representera *samhället* och dess syn på godtagbart uppträdande. Domstolsbedömningen innefattar en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att upplösa anställningen och arbetstagarens behov av att behålla arbetet. På yrkande av arbetstagaren ogiltigförklaras en uppsägning som grundas på personliga skäl och som saknar saklig grund (34 § 1 st. LAS). Ekonomiskt och allmänt skadestånd kan också utdömas (38 § LAS). Vid uppsägning på grund av arbetsbrist kan domstolarna som huvudregel inte ingå i någon rättslig prövning av om det finns saklig grund för uppsägningen. Istället skyddas arbetstagaren av LAS

³ Genom den s.k. Decemberkompromissen från 1906 accepterade LO arbetsgivarprerogativet. Prerogativet innebar enligt 23 § i SAF:s stadgar från 1905 att "[...] arbetsgivaren har rätt att fritt antaga och avskeda arbetare, leda och fördela arbetet och att begagna arbetare från vilken förening som helst eller arbetare, stående utanför förening [...]". 23 § kom senare att bli 32 § och arbetsgivarprerogativet kallas därför också för arbetsgivarens § 32-befogenheter. För denna historiska återblick se vidare: Schmidt, Folke, a.a., s. 153-156.

⁴ Kravet på "saklig grund" uppställdes ursprungligen i 1964-års Huvudavtal mellan SAF och LO. LAS saklighetskrav är emellertid väsentligt strängare för arbetsgivaren än kravet i 1964-års Huvudavtal. Se vidare: Schmidt, Folke, a.a., s. 187 f.

⁵ Schmidt, Folke, a.a., s. 155 f. och 187 f.

turordningsregler (22-23 §§) och bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning i samma lag (25-27 §§).⁶

⁶ Christensen, Anna, Anställningsskydd och besittningsskydd. En komparativ undersökning, 1994, s. 75-79, Fahlbeck, Reinhold, Praktisk arbetsrätt, 1989, s. 300-302 och Schmidt, Folke, a.a., s. 189-192 och 196 f.

3 Uppsägning på grund av arbetsbrist

3.1 Arbetsbrist - arbetsgivarens bedömning utslagsgivande

Möjligheten att rättsligt pröva om en uppsägning p.g.a. arbetsbrist är sakligt grundad, är alltså starkt begränsad. I princip är det arbetsgivaren ensam som avgör om arbetsbrist råder i företaget. Arbetsbrist är ett mycket mångfacetterat begrepp. Det syftar inte endast på *brist på arbetsuppgifter* i egentlig mening. En driftsinskränkning kan lika väl bero på rationalisering, omorganisation, likviditetsproblem, att arbetsgivaren har förlorat sitt intresse för att driva verksamheten o.s.v. Det avgörande kriteriet är att uppsägningsskälen inte är hänförliga till arbetstagaren personligen.⁷ Arbetsgivarens rätt att självständigt bedöma när arbetsbrist föreligger, har sin grund i arbetsgivarens företagsledningsrätt. I kraft av denna är det arbetsgivaren som bestämmer om och hur verksamheten skall bedrivas i olika avseenden. Företagsledningsrätten hindrar därför domstolarna från att "[...] gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i att genomföra en förändring av arbetsgivarens verksamhet eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren funnit lämpligt."^{8,9}

Även om arbetsgivaren har stor frihet att säga upp arbetstagare p.g.a. arbetsbrist, finns det ibland tillfällen då domstolarna måste ingripa mot arbetsgivarens uppsägningar. Eftersom arbetsbrist som regel godtas som saklig grund för uppsägning är det inte ovanligt att denna uppsägningsgrund missbrukas. Det händer att arbetsgivare som vill bli av med arbetstagare p.g.a. ovidkommande personliga skäl, kamouflerar dessa skäl genom att hävda att det råder arbetsbrist i företaget. Det är särskilt i situationer då uppsägningen endast berör *en* arbetstagare som det kan finnas anledning att misstänka att arbetsgivaren fingerar arbetsbristen. I denna situation gäller, att om arbetstagersidan kan visa att det finns sannolika skäl för att uppsägningen har orsakats av andra omständigheter än arbetsbrist, får arbetsgivaren bevisbördan för att uppsägningen verkligen är företagsekonomiskt motiverad. Vid fingerad arbetsbrist gör domstolen avsteg från huvudregeln att inte pröva det företagsekonomiskt riktiga i arbetsgivarens beslut. Kan domstolen inte utröna vilken den verkliga anledningen bakom uppsägningen är, går detta ut över arbetsgivaren. Uppsägningen anses då inte vara sakligt grundad och kan ogiltigförklaras

⁷ Iseskog, Tommy, Att vara anställd, 1998, s. 73 f. och Åhnberg, Lars, LAS-Handboken - lagtext, kommentarer och AD-domar, 1997, s. 122 f.

⁸ AD 1993 nr 101.

⁹ Ibid.

(34 § 1 st. LAS).¹⁰ Ekonomiskt och allmänt skadestånd kan också utkrävas (38 § LAS).

Domstolarna kan också angripa en uppsägning p.g.a. arbetsbrist om arbetsgivaren har underlåtit att vidta vissa åtgärder, innan beslutet om uppsägning fattades. Enligt förarbetena till LAS bör arbetsgivaren vid förändring av verksamheten, överväga alla till buds stående medel att genomföra driftsinskränkningar utan att arbetstagare behöver sägas upp. Arbetsgivaren skall därför undersöka möjligheterna till omplacering, naturlig avgång eller successiv avveckling.¹¹ Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet följer också direkt av LAS som stadgar att en uppsägning inte är sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig (7 § 2 st.). Arbetsgivaren är skyldig att vidta en noggrann omplaceringsutredning. Han skall inte bara undersöka om omplacering kan ske inom ramen för arbetstagarens nuvarande anställning, utan även om arbetstagaren kan beredas annat arbete i verksamheten. Med verksamhet menas i regel hela den juridiska person som är arbetsgivare. Omplaceringsskyldigheten sträcker sig inte till andra företag inom samma koncern. Arbetstagaren har rätt till de lediga arbetstillfällena som denne har tillräckliga kvalifikationer för.¹² Tillräckliga kvalifikationer kan arbetstagaren ha även om han inte omedelbart behärskar den nya uppgiften. Han har rätt till en rimlig inlärningsperiod, men däremot inte till omskolning.¹³ Kompetenskravet behöver inte nödvändigtvis vara begränsat till utbildning och yrkeserfarenhet, utan kan även avse personlig lämplighet och hälsotillstånd. Har arbetstagaren tackat nej till ett skäligt anställningserbjudande upphör normalt arbetsgivarens omplaceringsskyldighet. Arbetstagaren kan därefter sägas upp med giltig verkan. Vid oklarhet huruvida arbetsgivaren hade kunnat omplacera arbetstagaren, anses arbetsgivaren inte ha fullgjort sin omplaceringsskyldighet.¹⁴ Påstår arbetstagsidan att arbetsgivaren inte har gjort vad som rimligen kan krävas för att undvika uppsägningen, har arbetsgivaren en plikt att redovisa de bedömningar och det bedömningsunderlag som har föranlett uppsägningen. Underlåter arbetsgivaren att redovisa dessa uppgifter på ett tillfredsställande sätt, kan uppsägningen underkännas p.g.a. bristande saklig grund och/eller skadestånd utdömas (34 § 1 st. och 38 § LAS).¹⁵

EU-direktivet om företagsöverlåtelser¹⁶ har också medfört vissa restriktioner i arbetsgivarens uppsägningsrätt i arbetsbristsituationer. I enlighet med

¹⁰ Bylund, Bo och Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, 1997, s. 58 och Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 75 f. Se även AD 1976 nr 26.

¹¹ Prop. 1981/82:71, s. 65.

¹² Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 299 f. och Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 83-85.

¹³ Prop. 1973:129, s. 121.

¹⁴ Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 299 f. och Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 85-86.

¹⁵ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, 1997, s. 157 f. Se även AD 1976 nr 111.

¹⁶ Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av

direktivet utgör en företagsöverlåtelse i sig inte saklig grund för uppsägning (7§ 3 st. LAS). Huvudregeln är istället att arbetstagaren skall följa med till det övertagande företaget (6 b § LAS). Uppsägningsförbudet p.g.a. verksamhetsövergång hindrar emellertid inte uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska och organisatoriska skäl (7 § 3 st. LAS). Detta innebär att det är tillåtet att säga upp arbetstagare om det finns övertalighet hos överlåtaren eller om övertalighet uppstår hos förvärvaren efter övergången. *Överlåtaren* kan säga upp arbetstagare så länge uppsägningarna hänför sig till arbetsbrist i den verksamhet som skall överlätas och beslut om övergång ännu inte har fattats. Däremot får överlåtaren inte säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning, d.v.s. då övertaligheten är en följd av övergången och därmed hänför sig till förvärvarens verksamhet. Detta gäller även om överlåtelsebeslutet ännu inte är fattat. I denna situation är det *förvärvarens* uppgift att vidta nödvändiga uppsägningar. De arbetstagare som har sagts upp av överlåtaren p.g.a. övertalighet i dennes verksamhet, innan beslutet om övergång har fattats, följer med till förvärvaren under uppsägningstiden. De har därefter företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren (25 § 3 st. LAS).¹⁷

Uppsägningar p.g.a. arbetsbrist som har företagits ”för säkerhets skull” är ytterligare exempel på uppsägningar som kan angripas vid domstol. Visserligen behöver arbetsbristen inte ha uppstått redan när uppsägningarna sker, utan dessa kan grundas på en bedömning av personalbehovet vid uppsägningstidens slut. Arbetsgivaren får emellertid endast beakta sådana förhållanden som med viss säkerhet kan överblickas. Sådant som med större eller mindre sannolikhet kan komma att inträffa, får arbetsgivaren däremot inte ta med i beräkningen. Arbetsgivaren får alltså inte säga upp arbetstagare för att gardera sig mot att det i framtiden kan inträffa sådant som kan försämra sysselsättningsläget.¹⁸

Som nu har visats kan uppsägningar p.g.a. arbetsbrist under vissa omständigheter prövas och underkännas vid domstol. Klart är emellertid att arbetsgivaren har mycket stor handlingsfrihet när det gäller att konstatera och bedöma att arbetsbrist föreligger. Kravet på saklig grund i arbetsbristsituationer utgör därmed inte något reellt anställningsskydd för arbetstagarna. Anställningsskyddet står istället att söka på annat håll. Fackföreningarnas primära förhandlingsrätt tryggar i viss mån arbetstagarnas ställning. Innan arbetsgivaren beslutar om uppsägning p.g.a. arbetsbrist skall han nämligen förhandla med berörd arbetstagarorganisation enligt reglerna i

företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT nr L 61, 5.3.1977, s. 26. Direktivet har ändrats genom rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstgares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT nr L 201, 17.7.1998, s. 88.

¹⁷ Prop. 1994/95:102, s. 44 f.

¹⁸ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 155 f. Se även AD 1984 nr 19 och 1984 nr 26.

11-14 §§ i lagen om medbestämmande i arbetslivet¹⁹ (MBL), (29 § LAS). Vid denna förhandling kan arbetstagarorganisationen försöka hindra eller påverka arbetsgivarens driftsinskränkingsbeslut. Arbetsgivaren måste därför inleda primärförhandlingen i så pass god tid att han inte redan är orubblig i sitt beslut.²⁰ Förhandlingarna syftar nämligen till verkligt medinflytande från fackföreningarnas sida.²¹ Arbetsgivaren har emellertid inte någon skyldighet att följa organisationens förslag till alternativa åtgärder.²² Något egentligt anställningsskydd är det således inte fråga om. Arbetstagarnas behov av anställningstrygghet tillgodoses i större utsträckning av turordningsreglerna i LAS (22-23 §§).

3.2 Turordning

Arbetsgivarens driftsinskränkingsbeslut medför en kollision mellan två motstridiga intressen. Dels har arbetsgivaren ett intresse av att få behålla den effektivaste arbetskraften och dels har de anställda ett intresse av inte förlora sina arbeten. Arbetstagarnas behov av anställningstrygghet tillgodoses primärt genom LAS turordningsregler (22-23 §§) som syftar till att skydda arbetsmarknadens svaga grupper, d.v.s. främst äldre arbetstagare och anställda med funktionshinder.²³

LAS turordningsregler baseras på principen ”sist in - först ut” och det är därför i första hand de arbetstagare som har längst sammanlagd anställningstid, som hamnar högst upp på turordningslistan och som därmed får stanna kvar i verksamheten (22 § 3 st.).²⁴ Anställningsperioden räknas fram till den tidpunkt då uppsägningen sker. Detta innebär att efterföljande uppsägningstid inte inräknas i den sammanlagda anställningstiden.²⁵ Arbetstagaren har rätt att tillgodoräkna sig all anställningstid hos arbetsgivaren. Således räknas även anställningstid i tidigare anställningar och i andra arbeten hos arbetsgivaren. En *arbetsledare* får t.ex. tillgodoräkna sig anställningstid från en tidigare tjänst som *arbetare* i arbetsgivarens verksamhet. Vidare saknar sysselsättningsgraden betydelse för anställningstidens beräkning. Det spelar inte heller någon roll om arbetstagaren är tillsvidareanställd eller visstidsanställd. Olika

¹⁹ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

²⁰ I praktiken är det emellertid inte ovanligt att arbetsgivaren redan har bestämt sig för driftsinskränkning innan primärförhandling har inletts. Se vidare: Ahlberg, Kerstin, Arbetsgivare medger: Vid förhandlingen är loppet redan kört. Hur fungerar lagarna vid företagskris? Lag & Avtal, 1982/9, s. 11-14.

²¹ Bylund, Bo och Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, s. 103.

²² Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 60 f.

²³ Prop. 1973:129, s. 69 f. och 155 f.

²⁴ Schmidt, Folke, a.a., s. 197. Det bör nämnas att riksdagen den 28/4 1999 röstade igenom ett förslag som ger företagare med färre än tio anställda rätt att undanta två arbetstagare från den lagenliga turordningslistan vid uppsägningar p.g.a. arbetsbrist. Se vidare: Rydén, Daniel, S tvingades luckra upp arbetsrätten, Sydsvenska Dagbladet, 29/4 1999, s. A7.

²⁵ Runhammar, Urban och Stare, Peter, Handbok i arbetsrätt. Lagtext, kommentarer, rättsfall, 1998, s. 90.

ledighetsperioder, exempelvis tjänstledighet och föräldraledighet, inräknas också i den sammanlagda anställningstiden. I koncerner får anställningstid i annat företag i koncernen medräknas under förutsättning att företagen tillhörde samma koncern när arbetstagaren bytte anställning (3 § 1 st. 1 p. LAS). Vid övergång av företag, verksamhet eller del av verksamhet får arbetstagaren, hos den nya arbetsgivaren, tillgodoräkna sig anställningstiden hos överlåtaren (3 § 1 st. 2 LAS). LAS innehåller också en ”bonusregel”²⁶ till förmån för äldre arbetstagare (3 § 2 st.). Enligt denna får arbetstagaren efter fyllda 45 år, medräkna en extra anställningsmånad för varje påbörjad ny anställningsmånad. Denna bonustid får dock högst uppgå till 60 sådana anställningsmånader eller med andra ord fem år utöver den verkliga anställningstiden. I en situation där två eller flera arbetstagare har exakt lika lång anställningstid, ger högre ålder företräde (22 § 3 st. LAS).²⁷

Vissa arbetstagare har en särställning på turordningslistan. Arbetstagare som p.g.a. nedsatt arbetsförmåga har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren skall, om det kan ske utan allvarliga olägenheter, få företräde till fortsatt anställning framför övriga arbetstagare på turordningslistan (23 § LAS). Företräde har även fackliga förtroendemän om det är av särskild betydelse för den fackliga verksamheten på arbetsplatsen (8 § förtroendemannalagen²⁸ (FML)).

Turordningslistan omfattar vanligtvis arbetstagarna vid den driftsenhet där arbetsbristen uppstår. Råder det arbetsbrist i flera driftsenheter fastställs en turordningslista för varje enhet för sig. (22 § 2 st. LAS). Driftsenhet syftar normalt på den del av verksamheten som finns inom samma byggnad eller samma inhägnade område. Begreppet är alltså främst geografiskt betingat. Arbetstagare som reser runt i sin tjänst anses ibland vara knutna till den driftsenhet som förmedlar uppdragen och där administrationen och arbetsledningen finns. I denna speciella situation är driftsenhetsbegreppet således undantagsvis organisatoriskt betingat.²⁹

Inom varje driftsenhet kan det bli aktuellt att upprätta flera olika turordningslistor. Såvida arbetsgivaren är eller brukar vara bunden av kollektivavtal, fastställs nämligen en särskild turordningslista för varje kollektivavtalsområde för sig (22 § 2 st. LAS). Har endast en arbetstagargrupp kollektivavtal med arbetsgivaren - exempelvis arbetarna men inte tjänstemännen - upprättas ändå två separata turordningslistor. Tjänstemännen anses då tillhöra det s.k. ”restområdet”. De arbetare som är fackligt anslutna, men vars fackförening saknar kollektivavtal med arbetsgivaren, skall placeras i turordningslistan för det kollektivavtalsområde inom vilket arbetstagaren arbetar. Detsamma gäller

²⁶ Ileskog kallar regeln för ”senilitetsregeln”! Se: Ileskog, Tommy, Att vara anställd, s. 80.

²⁷ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 42-46 och 220 samt Bylund, Bo och Viklund Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, s. 31 f. och 58 f.

²⁸ Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen.

²⁹ Lunning, Lars, Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen, 1989, s. 364 f. och Åhnberg, Lars, a.a., s. 223 f.

oorganiserade arbetstagare. De arbetstagare som inte kan insorteras under något lämpligt kollektivavtal, placeras i ”restområdets” turordningslista. I total avsaknad av kollektivavtal upprättas endast en gemensam lista för hela driftsenheten.³⁰

Om det finns flera driftsenheter på samma ort kan berörd arbetstagarorganisation, inom organisationens kollektivavtalsområde, begära gemensam turordning för arbetsgivarens samtliga driftsenheter på orten (22 § 2 st. LAS). En sådan begäran skall framläggas senast vid förhandling enligt 29 § LAS, d.v.s. då primär förhandling i enlighet med 11-14 §§ MBL äger rum. Ortsbegreppet har fått en restriktiv tolkning i AD:s rättspraxis. I storstadsregionerna (Stockholm, Göteborg och Malmö) skall varje kommun anses utgöra en egen ort, medan det kan rymmas flera orter inom en kommungräns i övriga landet.³¹

Om driftsinskränkningen avser en anställning som innehas av den arbetstagare som har längst sammanlagd anställningstid, har arbetsgivaren en skyldighet att försöka omplacera arbetstagaren. Arbetstagaren kan således göra anspråk på omplacering till en plats inom driftsenheten som innehas av en arbetstagare med kortare anställningstid och därmed slå ut sistnämnda arbetstagare.³² Detta gäller emellertid endast under förutsättning att den förstnämnda arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet (22 § 3 st. LAS). Kravet på tillräckliga kvalifikationer vid omplacering gäller även för fackliga förtroendemän (8 § FML). Står det klart att arbetstagaren inte har någon möjlighet att behärska arbetet efter en rimlig inskolningsperiod, kan arbetstagaren sägas upp trots att han står först på turordningslistan. Det är arbetsgivaren som bestämmer vilka kompetenskrav som skall gälla för anställning på en viss befattning.³³ Det finns därmed en risk för att arbetsgivaren ställer så pass höga kompetenskrav att de arbetstagare som står först på turordningslistan inte når upp till dessa krav. Eftersom det vanligtvis är äldre arbetstagare som placeras högst upp på turordningslistan, blir effekten att äldre arbetstagare kan rationaliseras bort till förmån för yngre och effektivare arbetskraft. För att motverka missbruk har bevisbördan för vilken kompetens som krävs för ett visst arbete, placerats på arbetsgivaren. Han har också att bevisa att berörd arbetstagare inte lever upp till det fastställda kvalifikationskravet.³⁴

Genom turordningsreglerna kompenseras alltså arbetstagarna för den brist på anställningstrygghet som råder när arbetsgivaren, i kraft av sin företagsledningsrätt, relativt fritt kan besluta att arbetsbrist råder i företaget. Det anställningsskydd som turordningsreglerna medför är emellertid inte

³⁰ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 220 och Åhnberg, Lars, a.a., s. 224.

³¹ Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 77 f. och Åhnberg, Lars, a.a., s. 224.

³² Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 80-83 och SOU 1993:32, s. 449 f. Iseskog kallar detta fenomen för ”fia med knuff i sydlig riktning”!

³³ Åhnberg, Lars, a.a., s. 227 f.

³⁴ Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 81 f.

orubbligt. För att arbetsmarknadsparterna skall kunna anpassa regleringen till de särskilda förhållandena inom branschen eller på arbetsplatsen, har lagstiftaren gjort 22 § LAS semi-dispositiv.³⁵ Detta innebär att avvikelser i kollektivavtal är tillåtna (22 § 3 st. 1 men. LAS.) Genom att avtala om annorlunda kvalifikationskriterier för plats i turordningen, har arbetsgivaren en viss möjlighet att få behålla den mest produktiva arbetskraften i företaget. Förutsättningen är emellertid att arbetsgivaren kan få berörd facklig organisation att gå med på förändringar i turordningslistan. Kollektivavtal som avviker från LAS turordningsregler får slutas av lokal facklig klubb, om det mellan parterna i andra frågor gäller ett kollektivavtal som har slutits eller godkänts av klubbens centrala arbetstagarorganisation. Den lokala avtalsbefogenheten gäller även under ett tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd (2 § 3 st. 2 men. LAS).

Avtalsturlistor kan i stort sett innehålla vilka avvikelser som helst från LAS turordningsregler. Parterna kan således avtala att rangordningen mellan arbetstagarna skall fastställas utifrån andra principer än anställningstid och ålder, att begreppen driftsenhet och ort skall ha en annan innebörd än vad LAS förarbeten och AD:s praxis anger, att turordningsreglerna i LAS överhuvudtaget inte skall tillämpas o.s.v. Avtalsturlistorna får emellertid inte vara diskriminerande eller på annat sätt otillbörliga. De får inte heller innebära avsteg från det särskilda turordningsföreträdet för arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga i 23 § LAS (2 § 3 st. LAS e contrario). Avtalsturlistorna är inte begränsade till medlemmar i den avtalslutande arbetstagarorganisationen, utan får även tillämpas på arbetstagare som inte är medlemmar i denna organisation, men som sysselsätts i arbete som avses med avtalet (2 § 6 st. LAS).³⁶

Om arbetsgivaren inte följer lagenlig turordningslista blir han skyldig att utge både ekonomiskt och allmänt skadestånd till arbetstagaren (38 § LAS). Däremot kan arbetstagaren som huvudregel³⁷ inte begära ogiltigförklaring av uppsägningen enbart p.g.a. arbetsgivarens turordningsbrott (34 § 1 st. LAS). Facklig organisation kan i sin tur endast utkräva allmänt skadestånd om arbetsgivaren bryter mot fastställd avtalsturlista (54 § MBL).

³⁵ Schmidt, Folke, a.a., s. 37.

³⁶ Bylund, Bo och Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, s. 61, Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 77 f. och Åhnberg, Lars, a.a., s. 224 f.

³⁷ Ogiltigförklaring kan krävas enligt 8 § FML. Likaså kan ogiltigförklaring begäras om uppsägningen exempelvis skett i föreningsrättskränkande eller könsdiskriminerande syfte. Se: Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 293.

4 Företrädesrätt till återanställning

4.1 Företrädesrättens innebörd

Det relativt tandlösa kravet på saklig grund vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist kompenseras inte bara av LAS turordningsregler vid uppsägning, utan även av lagens regler om företrädesrätt till återanställning (25-27 §§). Företrädesrätten kan ses som ett sekundärt anställningsskydd som bl.a. skall förhindra att arbetsgivarna missbrukar sin relativt obegränsade uppsägningsrätt i arbetsbristsituationer.³⁸ Det skall alltså inte "[...] löna sig för mindre nogräknade arbetsgivare att försöka kringgå uppsägningsskyddet genom att vidta förmenta driftsinskränkningar och därefter nyanställa andra arbetstagare."³⁹

Företrädesrätten innebär att arbetsgivaren inte får anställa några andra personer än just de arbetstagare⁴⁰ som har företrädesrätt till återanställning. Det är inledningsvis viktigt att påpeka att det endast är *arbetstagare i LAS mening* som kan ha företrädesrätt till återanställning. I följd härav saknar uppdragstagare, egna företagare, delägare i aktiebolag, företagsledare, familjemedlemmar till arbetsgivaren, hushållsanställda samt arbetstagare i beredskapsarbete eller skyddat arbete företrädesrätt till återanställning (1 § LAS).⁴¹

Företrädesrätt kan endast tillsvidareanställda samt – i vissa fall - arbetstagare som har anställts för begränsad tid enligt 5 § eller 5 a § LAS, som inte har fått fortsatt anställning på grund av arbetsbrist, ha. Däremot är provanställda avskurna från möjligheten att erhålla företrädesrätt till återanställning (25 § 1 st. LAS). Detsamma gäller den som har uppnått 65 års ålder eller den ålder som innebär skyldighet att avgå med ålderspension (33 § 3 st. LAS).

Företrädesrätt till återanställning föreligger i nio månader⁴² efter anställningens upphörande. Företrädesrätten gäller från den tidpunkt då uppsägningen sker, vilket innebär att företrädesrätten även kan återopas under uppsägningstiden (25 § 3 st. LAS). Arbetstagare med tidsbegränsad anställning har företrädesrätt från den tidpunkt då besked lämnades eller

³⁸ Prop. 1973:129, s. 69 och 163.

³⁹ Ibid., s. 163.

⁴⁰ I det följande talas för det mesta, och för enkelhetens skull, om "arbetstagaren" fastän den person som har återanställningsrätt inte längre är arbetstagare hos arbetsgivaren i fråga. Fahlbeck nyttjar denna definition i sin redogörelse för reglerna om företrädesrätt till återanställning i boken Praktisk arbetsrätt. Se: Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 314 ff.

⁴¹ Lunning, Lars, a.a., s. 16 ff.

⁴² Företrädesrätten enligt lag (1982:80) om anställningsskydd gällde ursprungligen i ett år efter anställningens upphörande. Företrädesrätten förkortades till nio månader genom 25 § i lag (1996:1424) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd, som trädde i kraft den 1 januari 1997. Se punkt 1 i övergångsbestämmelserna till lag (1996:1424).

skulle ha lämnats angående anställningens upphörande, d.v.s. minst en månad före anställningens utgång (15 § 1 st. och 25 § 3 st. LAS). Denna arbetstagarkategori har därför i regel företrädesrätt till återanställning under tio månaders tid. Säsongsanställda är underkastade lite annorlunda regler. Om dessa arbetstagare inte kommer att få fortsatt säsongsanställning under nästkommande säsong, skall arbetsgivaren ge besked om detta minst en månad innan den nya säsongen börjar. De säsongsanställda har företrädesrätt till ny säsongsanställning från tidpunkten då detta besked lämnades eller skulle ha lämnats och nio månader efter den nya säsongens början (15 § 2 st. och 25 § 3 st. LAS).⁴³

Det bör understrykas att en företrädesberättigad arbetstagare inte behöver tillträda den nya anställningen under återanställningsperioden, utan att det är tillräckligt att tjänsten har ledigförklarats under denna frist.⁴⁴ Här kan också tilläggas att tjänsten inte behöver tillträdas förrän efter skälig övergångstid (27 § 2 st.). I detta sammanhang får en intresseavvägning mellan arbetsgivarens behov av att snabbt få tjänsten tillsatt, och arbetstagarens behov av att avveckla andra åtaganden, göras.⁴⁵ Överskrids skälighetsfristen förlorar arbetstagaren det aktuella arbetet, men företrädesrätten till återanställning kvarstår.⁴⁶

Arbetstagarnas inbördes konkurrens om företrädesrätt till återanställning regleras efter samma principer som turordningen vid uppsägning, d.v.s. efter anställningstid och ålder (26 § LAS). Anställningstidens beräkning utgår även här från reglerna i 3 § LAS (se avsnitt 3.2). I samband med företrädesrätt till återanställning finns ingen särskild företrädesrätt för fackliga förtroendemän eller arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga. Av olika anledningar brukar vissa omkastningar i turordningslistan för återanställning uppstå, jämfört med tidigare turordningslista för uppsägningarna. Detta beror dels på att även *uppsägningstiden* räknas med i den sammanlagda anställningstiden vid företrädesrätt till återanställning, dels på att olika arbetstagare har olika lång uppsägningstid och dels på att återanställningslistan också omfattar arbetstagare med tidsbegränsad anställning. Dessutom får arbetstagare över 45 år även räkna uppsägningstid som utfaller efter 45 års ålder dubbelt.⁴⁷

Arbetstagarna har företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta (25 § 1 st. LAS). Precis som turordningslistan vid uppsägning, begränsas företrädesrätten av begreppen driftsenhet och

⁴³ Det bör i detta sammanhang tilläggas att tillsvidareanställda, arbetstagare med tidsbegränsad anställning och säsongsanställda måste uppfylla vissa anciennitetskrav, som framgår av 25 § 1 st. LAS, för att ha företrädesrätt till återanställning. För dessa krav på viss anställningstid se: avsnitt 4.2 om företrädesrättens förutsättningar.

⁴⁴ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 243.

⁴⁵ Åhnberg, Lars, a.a., s. 259.

⁴⁶ Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 316.

⁴⁷ Ibid., s. 317, Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 255 f., Lunning, Lars, a.a., s. 398 och 407 samt Åhnberg, Lars, a.a., s. 256.

kollektivavtalsområde. Arbetstagarens företrädesrätt gäller nämligen bara anställning inom den driftsenhet och det avtalsområde där arbetstagaren var sysselsatt när den tidigare anställningen upphörde (25 § 4 st. LAS). Det finns även i samband med företrädesrätt till återanställning möjlighet för berörd arbetstagarorganisation att begära att företrädesrätten skall gälla arbetsgivarens samtliga enheter på orten. Detta skall begäras senast vid förhandling enligt 32 § LAS (25 § 4 st. LAS). Begreppen *driftsenhet*, *kollektivavtalsområde* och *ort* har i detta sammanhang samma innebörd som i 22 § LAS (se avsnitt 3.2).

Vid företagsöverlåtelser som äger rum under företrädesrättstiden, övergår arbetstagarens företrädesrätt till den nya arbetsgivarens verksamhet. Detta gäller emellertid endast om verksamhetens identitet bibehålls. Däremot krävs inget rättsligt samband mellan den gamla och den nya arbetsgivaren för att en företagsöverlåtelse skall anses ha ägt rum.⁴⁸ Företrädesrätten följer även med företaget i de fall verksamheten övergår till en ny arbetsgivare i samband med konkurs (25 § 3 st.).

När arbetstagaren väl har tackat ja till en ny anställning hos sin före detta arbetsgivare, upphör företrädesrätten att gälla. Detta gäller även om nio-månadersperioden ännu inte har löpt ut. Företrädesrätten upphör också om arbetstagaren inte accepterar ett skäligt erbjudande om återanställning (27 § 3 st.). Erbjudandets skälighet bedöms genom en jämförelse mellan villkoren i den tidigare anställningen och villkoren i den erbjudna tjänsten. Omständigheter som tas i beaktande är bl.a. anställningsform, anställningens omfattning, arbetsuppgifter, kompetenskrav och anställningsförmåner.⁴⁹

Har arbetsgivaren för avsikt att anställa någon annan än den som har företrädesrätt till återanställning, kan han inte göra detta utan att först ha förhandlat med berörd fackförening enligt 11-14 §§ MBL. Förhandlingsskyldigheten gäller även när fråga uppkommer om vem av flera företrädesberättigade som skall få återanställning (32 § LAS). Om arbetsgivaren ignorerar LAS regler om företrädesrätt till återanställning, kan såväl ekonomiskt som allmänt skadestånd utgå till kränkt arbetstagar. Däremot har arbetstagaren inte någon möjlighet att kräva tillträde till den anställning som han har gått miste om p.g.a. arbetsgivarens åsidosättande av företrädesrätten.⁵⁰

4.2 Företrädesrättens förutsättningar

För att företrädesrätt till återanställning skall kunna åberopas, måste vissa förutsättningar vara för handen. För det första måste arbetstagaren **ha sagts upp p.g.a. arbetsbrist** (25 § 1 st. LAS). Arbetstagar som har fått lämna sin anställning p.g.a. omständigheter som är hänförliga till honom eller henne

⁴⁸ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 108 f. och 250.

⁴⁹ Åhnberg, Lars, a.a., s. 247 och 259 f.

⁵⁰ Bylund, Bo och Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, s. 84 f.

personligen, har alltså inte företrädesrätt till återanställning. Detsamma gäller arbetstagare som ursprungligen har sagts upp p.g.a. arbetsbrist, men som under företrädesrättstiden har gjort sig skyldig till något som hade kunnat berättiga en uppsägning p.g.a. personliga skäl.⁵¹

Viss **anciennitet** är en andra förutsättning för företrädesrätt till återanställning. Arbetstagaren skall ha varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren. För säsongsanställda gäller ett kortare anciennitetskrav på sex månader under de senaste två åren (25 § 1 st. LAS). Anställningstiden beräknas enligt 3 § LAS (se avsnitt 3.2), men det bör observeras att bonusregeln för anställda över 45 år inte är tillämplig i detta sammanhang (3 § 2 st. è contrario). Arbetstagarens uppsägningstid skall inräknas i den sammanlagda anställningstiden.⁵²

Anställda som uppfyller nämnda anciennitetskrav har som huvudregel företrädesrätt till alla anställningar oberoende av form (tillsvidare- eller visstidsanställning) och sysselsättningsgrad (hel- eller deltidsanställning). En arbetstagare som har varit säsongsanställd i sex månader under de senaste två åren har emellertid endast företrädesrätt till ny säsongsanställning. Uppfyller säsongsanställd även kravet på tolv månaders anställning under de senaste tre åren, har denne dessutom företrädesrätt till annan anställning.⁵³ En arbetstagare kan inte göra anspråk på anställning för tillfällig arbetsanhopning eller överenskommen visstidsanställning, om återanställningen skulle innebära att de tidsgränser som gäller för dessa anställningar skulle passeras (25 § 2 st. LAS). En anställning för tillfällig arbetsanhopning får aldrig överskrida sex månader inom en två-årsperiod och överenskommen visstidsanställning aldrig passera tolv eller undantagsvis arton månader under tre år (5 § 1 st. 3 p och 5 a § LAS).

En tredje förutsättning tar hänsyn till arbetsgivarens behov av en effektiv och fungerande arbetsstyrka. För att kunna göra gällande sin företrädesrätt till återanställning måste arbetstagaren nämligen ha **tillräckliga kvalifikationer** för den nya tjänsten (25 § 1 st. LAS). Kvalifikationsbegreppet har samma innebörd som i 7 § och 22 § LAS (se avsnitt 3.1-2).

För att erhålla företrädesrätt till återanställning krävs för det fjärde en icke-formbunden **intresseanmälan** från arbetstagarens sida (27 § 1 st. LAS). Det är arbetsgivarens skyldighet att informera om att anmälan skall göras (8 § och 16 § LAS), men försummelse från arbetsgivarens sida påverkar inte arbetstagarens företrädesrätt. Företrädesrätten kan då göras gällande utan anmälan.⁵⁴

⁵¹ Lind, Anna, Lagen om anställningsskydd i teori och praktik - LAS, 1995, s. 12 f.

⁵² Bylund, Bo och Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, s. 80.

⁵³ Åhnberg, Lars, a.a., s. 244 f.

⁵⁴ Ibid., s. 258.

En sista förutsättning som inte framgår direkt av lagtexten, är att det måste röra sig om en **nyanställning till ett ledigt arbete** för att reglerna om företrädesrätt till återanställning skall kunna åberopas. Detta innebär bl.a. att den arbetskraft som en arbetsgivare knyter till sig måste *anställas* som *arbetstagare*. Det måste med andra ord vara fråga om ett *anställningsförhållande* mellan en arbetsgivare och en arbetstagare.⁵⁵ Kravet på nyanställning till ett ledigt arbete innebär vidare att arbetsgivaren måste företa en *extern rekrytering* för att reglerna om företrädesrätt till återanställning skall bli tillämpliga.⁵⁶

4.3 Företrädesrättens dispositivitet

Reglerna om företrädesrätt till återanställning (25-27 §§ LAS) är dispositiva på lokal⁵⁷ fackföreningsnivå under förutsättning att andra frågor mellan arbetsgivaren och den fackliga organisationen regleras i ett kollektivavtal som har slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation (2 § 3 st. LAS). Arbetsgivarens förhandlingsplikt vid nyanställning (32 § LAS) är också dispositiv, men avvikelser är endast tillåtna i centrala kollektivavtal (2 § 4 st. LAS). Avvikande kollektivavtal kan även tillämpas på arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalslutande arbetstagarorganisationen, men som har ett arbete som i praktiken överensstämmer med avtalets sysselsättningsområde (2 § 6 st. LAS).

I kraft av reglernas dispositivitet kan arbetsgivaren och berörd facklig organisation avtala om i stort sett alla typer av avvikelser från reglerna om företrädesrätt till återanställning. Så kan avtal t.ex. träffas om att begreppen driftsenhet eller ort skall ha en annan innebörd än vad LAS förarbeten eller AD:s rättspraxis anger. Företrädesrätten behöver inte heller vara begränsad till det kollektivavtalsområde där arbetstagaren var sysselsatt när den tidigare anställningen upphörde. Vidare kan avtalsparterna modifiera det anciennitetskrav som är en förutsättning för lagreglernas tillämpning o.s.v. Parterna behöver inte nödvändigtvis tillämpa samma särregler vid både uppsägning och återanställning. Det är t.ex. möjligt att avtala att begreppet driftsenhet skall ha en viss innebörd vid uppsägningen, men en annan då det blir aktuellt med återanställning.⁵⁸

Parternas avtalsrätt vad beträffar rangordningen mellan arbetstagarerna vid återanställning, är underkastad vissa begränsningar. Den avtalsurlista som fastställdes i samband med arbetsgivarens uppsägningar kan, om så har

⁵⁵ Se: AD 1980 nr 54, s. 372-374. Sidhänvisningarna till samtliga AD-fall avser sidnumreringen i AD:s rättsfallssamling benämnd Arbetsdomstolens domar, vilken utges av Domstolsverket.

⁵⁶ Iveskog, Tommy, Att vara anställd, s. 89 och Åhnberg, Lars, a.a., s. 246.

⁵⁷ Företrädesrättsreglerna i lag (1982:80) om anställningsskydd var ursprungligen endast dispositiva på central fackföreningsnivå. Den lokala dispositiviteten infördes genom 2 § i lag (1996:1424) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd, som trädde i kraft den 1 juli 1997. Se punkt 1 i övergångsbestämmelserna till lag (1996:1424).

⁵⁸ Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 313 och Lunning, Lars, a.a., s. 400 f.

bestämts, även tillämpas vid en senare återanställning. Parterna kan även avtala att en annan avtalsturlista skall tillämpas vid återanställning. Har arbetsgivaren och fackföreningen inte avtalat om en särskild turordningslista som skall användas vid återanställning, gäller istället lagens turordningslista som ger företräde med hänsyn till anställningstid och ålder. Eftersom företrädesrätten till återanställning betraktas som en *redan intjänad rättighet*, är det inte möjligt att efter uppsägningarna och i samband med själva återanställningen, avvika från den turordningslista som fastställdes före arbetsgivarens uppsägningar eller som följer av lagens turordningsregler. Ett godkännande från berörd arbetstagare är den enda omständigheten som kan göra en dylik avvikelse tillåten.⁵⁹

Under nyss nämnda omständigheter kan alltså arbetsgivaren och den fackliga organisationen modifiera LAS riktlinjer för upprättande av turordningslista i en återanställningssituation. Parterna kan däremot inte avtala bort återanställningsrätten helt och hållet.⁶⁰

⁵⁹ Lunning, Lars, a.a., s. 400 och 407, Prop. 1973:129, s. 266 och Schmidt, Folke, a.a., s. 199.

⁶⁰ Bylund, Bo, Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 257. Jämför AD 1995 nr 108.

5 Åtgärder för att undgå tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning

5.1 Allmänt

En uppsägning p.g.a. arbetsbrist kan, som tidigare har klargjorts, vara motiverad av en rad olika omständigheter som kan kopplas till verksamhetens förhållanden. Oavsett vilken anledning som har föranlett en driftsinskränkning, har arbetsgivaren ofta ett tydligt intresse av att få behålla den arbetskraft som i störst utsträckning gynnar företagets fortsatta drift. En produktiv och samarbetsvillig arbetsstyrka är en viktig förutsättning för ett framgångsrikt företag. Detta kan bl.a. visa sig genom försök från arbetsgivarnas sida att fingera arbetsbrist. På så sätt vill vissa arbetsgivare göra sig av med de arbetstagare, som p.g.a. omständigheter av personlig natur, inte lever upp till de krav som är kännetecknande för en effektiv arbetsstyrka.

Vid driftsinskränkningar kan arbetsgivaren i viss mån påverka sammansättningen av den arbetsstyrka som skall stanna kvar i företaget efter vidtagna uppsägningar. Dels kan arbetsgivaren försöka komma överens med berörd facklig organisation om en avtalsturlista som sammanfaller med arbetsgivarens behov av produktiv och kompetent arbetskraft; och dels kan arbetsgivaren hävda att återstående anställningstillfällen kräver så pass hög kvalifikationsnivå att endast vissa arbetstagare kan komma ifråga för dessa tjänster. Är arbetsgivaren lyckligt lottad, medför den lagenliga turordningslistan att de arbetstagare som får stanna kvar i företaget, motsvarar den arbetstagargrupp som arbetsgivaren helst vill behålla.

Om arbetsgivaren lyckas med att säga upp just de arbetstagare som hämmar företagets utvecklingsmöjligheter, har arbetsgivaren ett naturligt intresse av att också se till att dessa arbetstagare inte skall göra anspråk på återanställning, när företaget får behov för nyrekrytering. Arbetsgivaren vill kanske hellre anställa arbetstagare som inte tidigare har arbetat inom företaget, men som har egenskaper som passar arbetsgivarens verksamhet väl. Det kan också vara så att arbetsgivaren vill återanställa ett fåtal personer som har arbetat i verksamheten tidigare, men som inte står främst på turordningslistan. Det är inte alltid som arbetsgivaren kan driva igenom sina önskemål genom kollektivavtal. För att få tillgång till den arbetskraft som arbetsgivaren premierar kan arbetsgivaren då istället försöka finna kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning. Försöken att lokalisera dessa kryphål innebär en ständig balansgång mellan lagliga och olagliga åtgärder från arbetsgivarens sida. Ytterst är det AD som fastställer gränsen mellan

genomträngliga och ogenomträngliga kryphål i LAS regler om företrädesrätt till återanställning.

5.2 Omplacering av samt utökning av arbetstid för icke-uppsagd personal

Som tidigare har nämnts måste det vara fråga om *nyanställning till ett ledigt arbete* för att en arbetstagare skall kunna göra gällande sin företrädesrätt till återanställning. Detta innebär som sagt bl.a. att arbetsgivaren måste företa en *extern rekrytering* för att företrädesrättsreglerna skall aktiveras (se avsnitt 4.2). Vid intern omplacering är det inte fråga om någon nyanställning till något ledigt arbete överhuvudtaget. Det är därför i viss mån möjligt för arbetsgivaren att välja att omplacera icke-uppsagd personal framför att återanställa företrädesberättigade personer.⁶¹ Att så är fallet framgår av AD:s rättspraxis.

I **AD 1984 nr 82** slog AD fast att arbetsgivarens skyldighet att försöka omplacera en tillsvidareanställd uppsägningshotad arbetstagare enligt 7 § 2 st. LAS, går före plikten att anställa personer med företrädesrätt till återanställning. Fallet berörde nedläggningen av en av Odontologiska fakultetens två enheter vid Karolinska institutet i Stockholm. I samband härmed sades 22 tillsvidareanställda tandläkare upp från den nedläggningsdrabbade enheten. Samtidigt som uppsägningstiden för de 22 tandläkarna löpte ut, blev 27,5 assistenttandläkartjänster lediga vid fakultetens andra enhet. Detta berodde på att innehavarna av dessa tjänster var anställda med tidsbegränsade förordnanden som löpte ut vid nämnda tidpunkt. Fackförbundet SACO/SR-S hävdade att uppsägningarna av de 22 tillsvidareanställda tandläkarna inte var sakligt grundade, eftersom arbetsgivaren (i det här fallet staten) inte hade fullgjort sin omplaceringsskyldighet enligt 7 § 2 st. LAS. SACO/SR-S menade att de 22 tandläkarna hade kunnat omplaceras till de lediga assistenttandläkartjänsterna vid den enhet som inte hade drabbats av nedläggning. Detta bestreds av staten som bl.a. ansåg att ett krav på en sådan omplacering skulle vara oskäligt med hänsyn till att de tidigare innehavarna av assistenttandläkartjänsterna skulle utestängas från möjligheten att konkurrera om nya förordnanden.⁶²

AD konstaterade först att det endast var de tillsvidareanställda tandläkarna som kunde framställa krav på omplacering enligt 7 § 2 st. LAS. Motsvarande krav kunde inte göras gällande av de assistenttandläkare som hade sagts upp p.g.a. att deras tidsbegränsade anställningar hade löpt ut. Vidare påpekade AD att de assistenttandläkare som hade tidsbegränsade anställningar visserligen hade företrädesrätt till återanställning om de

⁶¹ Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 316, Iseskog, Tommy, Att vara anställd, s. 89, Lunning, Lars, a.a., s. 386 och Åhnberg, Lars, a.a., s. 246.

⁶² AD 1984 nr 82, s. 558 f. och 562.

uppfyllde gällande anciennitetskrav i 25 § LAS. Enligt 9 kap 2 § i lagen om offentlig anställning⁶³ (LOA), gäller emellertid företrädesrätten till återanställning inte gentemot arbetstagare som skall omplaceras p.g.a. 7 § 2 st. LAS. AD ansåg därför att arbetsgivaren borde ha erbjudit de 22 tillsvidareanställda tandläkarna omplacering till de lediga assistenttandläkartjänsterna vid den enhet inom Odontologiska fakulteten som inte skulle läggas ner.⁶⁴

Eftersom staten var arbetsgivarpart i AD 1984 nr 82 utgick AD från reglerna i LOA. Slutsatsen i fallet är emellertid inte begränsad till det statliga området. I doktrinen har rättsfallet ansetts ge uttryck för en allmän princip med innebörden att omplacering enligt 7 § 2 st. LAS går före företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS.⁶⁵

AD 1984 nr 82 rörde alltså rangordningen mellan bestämmelsen om företrädesrätt till återanställning i 25 § LAS och regeln i 7 § 2 st. LAS angående arbetsgivarens omplaceringsskyldighet i samband med uppsägning. På senare tid har AD fått anledning att uttala sig om konflikten mellan företrädesrättsreglerna och omplacering överhuvudtaget, d.v.s. då arbetsgivaren i kraft av sin arbetsledningsrätt frivilligt omplacerar arbetstagare. Denna situation berördes i **AD 1996 nr 56**. I detta fall hade Hyresgästföreningen i norra Skåne sagt upp en av sina anställda från lokalkontoret i Landskrona. Därefter omplacerades en annan av hyresgästföreningens anställda från föreningens regionhuvudkontor i Helsingborg till kontoret i Landskrona. Den tjänst som blev ledig i Helsingborg tillsattes med en utifrån kommande sökande. Den uppsagda arbetstagaren hävdade bl.a. att hyresgästföreningen hade åsidosatt reglerna om företrädesrätt till återanställning genom att omplacera till tjänsten i Landskrona.⁶⁶

AD hänvisade i sin bedömning till AD 1980 nr 54, där AD hade understrukt att det inte kunde ha varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna skulle ges tillämplighet utanför nyanställningssituationen. Utanför nyanställningssituationen kunde endast otillbörliga förfaranden från arbetsgivarens sida anses utgöra ett kringgående av företrädesrättsreglerna.⁶⁷ För att kunna bevisa att en arbetsgivare har kringgått företrädesrättsreglerna på ett otillbörligt sätt krävs, i enlighet med tidigare AD-praxis, inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett kringgående av lag blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna har varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. Därutöver krävs att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet framstår som otillbörligt.⁶⁸ Detta bedömningsmönster applicerade AD på händelserna i AD 1996 nr 56.

⁶³ Lag (1994:260) om offentlig anställning.

⁶⁴ AD 1984 nr 82, s. 562 f.

⁶⁵ Lunning, Lars, a.a., s. 386.

⁶⁶ AD 1996 nr 56, s. 445.

⁶⁷ Ibid., s. 448. Se även AD 1980 nr 54, s. 374 f.

⁶⁸ Se t.ex. AD 1980 nr 54, s. 448, AD 1986 nr 50, s. 388 och AD 1986 nr 144, s. 960 f.

Då det i målet inte hade framkommit någon omständighet som tydde på att hyresgästföreningen hade haft till syfte att kringgå företrädesrätten till återanställning, kunde arbetsgivarens handlande inte anses ha varit otillbörligt. Att arbetsgivaren i kraft av sin arbetsledningsrätt hade omplacerat ifrågavarande arbetstagare, kunde därför inte anses innebära att arbetsgivaren hade brutit mot företrädesrättsreglerna i LAS.⁶⁹

Det är inte bara vid omplacering som de återanställningsberättigade får stå tillbaka för de arbetstagare som arbetar kvar i företaget. Utökning av arbetstid för deltidsanställda ges också företräde framför återanställning av företrädesberättigade personer. Detta framgår av 25 a § LAS som stadgar att en deltidsanställd arbetstagare som har anmält till sin arbetsgivare att han eller hon vill ha en anställning med högre sysselsättningsgrad, dock högst heltid, trots 25 § har företrädesrätt till sådan anställning.

Företrädesrätten till utökad arbetstid gäller inom den driftsenhet där arbetstagaren är sysselsatt på deltid (25 a § 2 st. LAS). Den fackliga organisationen har här inte någon rätt, på det sätt som gäller vid företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS, att begära gemensam turordning för arbetsgivarens samtliga enheter på orten. En annan skillnad mellan företrädesrätten till återanställning enligt 25 § LAS och företrädesrätten till utökad arbetstid enligt 25 a §, är att företrädesrätten till utökad arbetstid inte är begränsad till det avtalsområde inom vilket den anställde är sysselsatt (25 a § e contrario).

Om flera arbetstagare har företrädesrätt till en anställning med högre sysselsättningsgrad, bestäms turordningen dem emellan med utgångspunkt i varje arbetstagares sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid. Vid lika anställningstid ger högre ålder företräde. (26 § LAS). Anställningstidens beräkning utgår även här från reglerna i 3 § LAS (se avsnitt 3.2). Det bör emellertid observeras att bonusregeln för arbetstagare över 45 år inte är tillämplig i detta sammanhang. Anställningstiden beräknas fram till den dag då det skall bestämmas om höjning av sysselsättningsgraden.⁷⁰

För att en arbetstagare skall ha företrädesrätt till utökad arbetstid måste denne ha tillräckliga kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna (25 a § 1 st. LAS). Uttrycket *tillräckliga kvalifikationer* har i denna kontext samma innebörd som i 22 och 25 §§ LAS (se avsnitt 3.2).⁷¹ En annan förutsättning för företrädesrätt till utökad arbetstid är att arbetsgivarens behov av arbetskraft tillgodoses genom att den deltidsanställda anställs med högre sysselsättningsgrad (25 a § 1 st. LAS). I kraft av sin företagsledningsrätt bestämmer arbetsgivaren ensam hur verksamheten skall vara organiserad.

⁶⁹ AD 1996 nr 56, s. 448 f.

⁷⁰ Bylund, Bo m.fl., Anställningsskyddslagen med kommentarer, s. 258 och Åhnberg, Lars, a.a., s. 256.

⁷¹ Åhnberg, Lars, a.a., s. 254.

Arbetstagaren kan därför inte kräva att arbetsgivaren skall omorganisera sin verksamhet för att tillmötesgå arbetstagarens önskan om utökad arbetstid.⁷²

Under vissa omständigheter sätts företrädesrätten till utökad arbetstid ur spel. Företrädesrätten gäller till att börja med inte mot den som har rätt till omplacering enligt 7 § 2 st. LAS (25 a § 3 st. LAS). Om en arbetsgivare dels har en anställd som gör anspråk på utökad arbetstid och dels har en uppsägningshotad arbetstagare som arbetsgivaren måste försöka omplacera enligt 7 § 2 st. LAS, åtnjuter den uppsägningshotade arbetstagaren således företräde till omplacering (25 a § 3 st. LAS). En arbetstagare kan inte heller göra gällande sin företrädesrätt till utökad arbetstid om anställningen skulle strida mot 5 § 1 st. 3 p. eller 5 a § LAS (25 a § 4 st. LAS). Detta innebär att arbetstagaren inte kan göra anspråk på anställning för tillfällig arbetsanhopning eller överenskommen visstidsanställning, om detta skulle innebära att de tidsgränser som gäller för dessa anställningar skulle passeras (25 § 2 st. LAS). En anställning för tillfällig arbetsanhopning får som bekant aldrig överskrida sex månader inom en två-årsperiod och överenskommen visstidsanställning aldrig passera tolv eller undantagsvis arton månader under tre år (5 § 1 st. 3 p och 5 a § LAS). Avslutningsvis har arbetstagare som har fyllt 65 år eller uppnått den lägre ålder som medför skyldighet att avgå med ålderspension aldrig företrädesrätt till utökad arbetstid (33 § 3 st. LAS).

Det har nu visats att höjning av sysselsättningsgraden för deltidanställda och omplacering av arbetstagare inom en verksamhet, är åtgärder som i regel fritar en arbetsgivare från skyldigheten att återanställa företrädesberättigade personer. Av framställningen framgår att omplacering av en uppsägningshotad arbetstagare samt höjning av sysselsättningsgraden för en deltidanställd alltid går före återanställning av en företrädesberättigad person. Arbetsgivarens möjlighet att i kraft av sin arbetsledningsrätt omplacera en arbetstagare framför att återanställa en uppsagd arbetstagare, är emellertid i viss mån begränsad. Kan det visas att arbetsgivarens omplacering har syftat till att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna och har handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet framstått som otillbörligt, utgör omplaceringen ett otillbörligt kringgående av LAS.

5.3 Förlängning av uppsägningstid för kvarvarande arbetstagare

I två rättsfall - **AD 1983 nr 125** och **AD 1994 nr 86** - har AD tagit ställning till huruvida förlängning av kvarvarande arbetstagares uppsägningstid, skall anses vara ett brott mot reglerna om företrädesrätt till återanställning. Denna frågeställning aktualiseras när den eller de arbetstagare som får förlängd

⁷² Åhnberg, Lars, a.a., s. 254 f.

uppsägningstid, inte står först på den turordningslista som skall tillämpas vid återanställning.

I det första fallet - **AD 1983 nr 125** - menade AD att förlängning av uppsägningstid med *fem och en halv månad* för en arbetstagare som inte stod först på turordningslistan, innebar en kränkning av den återanställningsrätt som tillkom den arbetstagare som hade längst anställningstid. Målet hade tidigare handlagts i tingsrätten, vars bedömning AD delade. För att komma fram till huruvida reglerna om företrädesrätt till återanställning var tillämpliga i detta sammanhang, utgick tingsrätten från faktumet att företrädesrätten till återanställning inträder redan under uppsägningstiden. Eftersom detta var fallet ansågs det vara mest förenligt med LAS syfte att likställa ett erbjudande om förlängning av uppsägningstid med ett erbjudande om ny anställning. Förlängning av uppsägningstid, utan hänsyn till turordning, skulle medföra att utgångspunkten för beräkning av den tid inom vilken företrädesrätt till ny anställning föreligger, kom att förskjutas. En omkastning på turordningslistan kunde då befaras genom att den arbetstagare, vars uppsägningstid hade förlängts, fick en bättre ställning än vad som hade varit fallet innan uppsägningstidens förlängning.⁷³ Uppsägningstiden räknas som bekant med i den sammanlagda anställningstid som ligger till grund för rangordningen på aktuell turordningslista (se avsnitt 4.1). Med hänsyn till samtliga dessa omständigheter fann tingsrätten att det ålegat arbetsgivaren att följa fastställd turordning då erbjudande om förlängd uppsägningstid lämnades. Rätten till återanställning för den arbetstagare som stod först på turordningslistan hade därför kränkts.⁷⁴

AD delade som sagt tingsrättens bedömning, men ville dessutom framhålla att syftet med företrädesrättsreglerna var att tillförsäkra arbetstagare med längre anställningstid företräde framför anställda med kortare anställningstid. Genom en jämförelse mellan den förlängda uppsägningstiden och ett vikariat, menade AD också att det var naturligt att anse att en så pass betydande förlängning av uppsägningstiden skulle omfattas av företrädesrättsreglerna. Hade arbetsgivaren valt att täcka sitt tillfälliga arbetskraftsbehov med en vikariatanställning, hade ett kringgående av turordningen inte varit acceptabel. Att lösa vikariatbehovet med förlängd uppsägningstid för arbetstagare med sämre företrädesrätt än en annan anställd, skulle därmed inte vara förenligt med reglerna om företrädesrätt till återanställning.⁷⁵

Det var emellertid inte AD:s avsikt att hindra alla former av förlängning av uppsägningstid i denna kontext. AD menade att det i vissa fall kunde te sig verklighetsfrämmande att se saken så att förlängning av uppsägningstid innebar, att någon annan arbetstagare med längre anställningstid gick miste

⁷³ AD 1983 nr 125, s. 819.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ AD 1983 nr 125, s. 816.

om arbetstillfällena. Som exempel nämnde AD förlängning av uppsägningstid under kortare tid, men några tidsmässiga riktlinjer fastställdes inte.⁷⁶ **AD 1994 nr 86** innehåller inte heller någon utveckling av detta resonemang. AD fick nämligen inte anledning att återkomma till denna fråga eftersom det i detta senare rättsfall rörde sig om längre förlängning av uppsägningstid⁷⁷, än i AD 1983 nr 125. Utgången i AD 1994 nr 86 blev därför densamma som i AD 1983 nr 125. Även i AD 1994 nr 86 ansågs återanställningsrätten, för den arbetstagare som stod först på turordningslistan, ha kränkts.

I AD 1983 nr 125 ansågs kränkningen mot den i första hand företrädesberättigade arbetstagaren vara begränsad. Bolaget hade nämligen vidtagit rättelse inom relativt kort tid och innan den kränkte arbetstagarens anställning hade upphört. Det ansågs därför skäligt att bestämma det allmänna skadeståndet till 2500 kronor.⁷⁸ I det senare fallet, AD 1994 nr 86, utdömdes inte något allmänt skadestånd alls. Detta med hänsyn till att arbetstagarorganisationen i viss mån hade medverkat till att arbetsgivaren hade försatt sig i en besvärlig situation; samt att det rörde sig om ett litet företag som hade svårt att överleva ett allmänt skadestånd.⁷⁹

Av dessa två rättsfall kan slutsatsen dras att förlängning av uppsägningstid för någon annan än den som i första hand är företrädesberättigad, inte är tillåten när uppsägningstiden förlängs med fem och en halv månad eller längre tid. Att kortare förlängning kan vara tillåten, framgår också av båda rättsfallen, men hur kort den då bör vara avslöjas inte. Svaret på denna fråga lär inte uppdragas förrän ytterligare arbetsgivare vågar sig på att förlänga uppsägningstiden med mindre än fem och en halv månad. Med tanke på att det allmänna skadeståndet för denna typ av överträdelse, hitintills inte har överstigit 2500 kronor, är det inte omöjligt att någon arbetsgivare återigen skulle våga sig på en balansgång mellan laglig och olaglig förlängning av uppsägningstid. Risktagandet förutsätter emellertid att arbetsgivaren dessutom kan undvara det belopp som skulle utgå i ekonomiskt skadestånd. Å andra sida är det nog omöjligt att få fram en exakt gräns mellan tillåten och otillåten förlängning av uppsägningstid. Utgången i ett mål är också beroende av de specifika omständigheter som råder i varje enskilt fall. Även en mycket kort förlängning torde kunna angripas om förlängningen skulle innebära att turordningen till återanställning skulle kastas om; eller om företrädesrättsperioden, för den som stod först på turordningslistan, löpte ut under den förlängda uppsägningstiden.

Det bör också framhållas att förlängning av uppsägningstid med mindre än fem och en halv månad endast löser kortvariga arbetskraftsbehov. En

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Förlängningen av uppsägningstiden inleddes den 15 augusti 1992 och vid tidpunkten för AD:s huvudförhandling i målet, den 3 maj 1994, arbetade den arbetstagare som hade fått förlängd uppsägningstid, fortfarande kvar i bolaget. Se AD 1994 nr 86, s. 528 och 530.

⁷⁸ AD 1983 nr 125, s. 817 och 819.

⁷⁹ AD 1994 nr 86, s. 531.

arbetsgivare som behöver tillfredsställa ett mer permanent arbetskraftsbehov har således starkt begränsad nytta av att förlänga uppsägningstiden under en kortare tidsperiod. Kvarstår arbetsgivarens arbetskraftsbehov när den förlängda uppsägningstiden har löpt ut, behöver arbetsgivaren kanske likväl återanställa den person som i första hand har företrädesrätt till återanställning. Den kortvariga förlängningen av uppsägningstiden ter sig då som ett ganska meningslöst arrangemang för att undvika återanställning av den person som står först på återställningslistan. Intresset för att utnyttja förlängd uppsägningstid som en åtgärd för att undvika återanställning av vissa arbetstagare, torde därför vara litet bland arbetsgivare som behöver tillgodose ett permanent arbetskraftsbehov.

5.4 Anlitande av entreprenör samt inlåning och inhyrning av arbetstagare

Som tidigare har nämnts gäller företrädesrätten till återanställning *under nio månader* efter anställningens upphörande (se avsnitt 4.1). Skulle arbetsgivarens arbetskraftsbehov öka under nio-månadersperioden, har han emellertid inte någon skyldighet att nyanställa de personer som har företrädesrätt till återanställning. Detta framgår av förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag⁸⁰ som anger att det givetvis står arbetsgivaren fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före företrädesrättsperiodens utgång, även om det skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan.⁸¹ Detta förarbetsuttalande har gett arbetsgivaren en viss möjlighet att sätta företrädesrättsreglerna ur spel. Om arbetsgivaren har möjlighet att vänta med att nyrekrytera personal till dess att samtliga uppsagda arbetstagares företrädesrättsperioder har löpt ut, kan en beräknande arbetsgivare helt undgå att återfå sin gamla personal som har sagts upp p.g.a. arbetsbrist. Då företrädesrättsperioderna har löpt ut är det fritt fram för arbetsgivaren att nyanställa helt andra människor än de som tidigare har arbetat i verksamheten.⁸²

Situationen kan emellertid också vara sådan att arbetsgivaren är i akut behov av en utökad arbetsstyrka *innan* de tidigare arbetstagarnas företrädesrättsperioder har löpt ut. Om arbetsgivaren vill undvika att återanställa de företrädesberättigade personerna, kan arbetsgivaren i viss utsträckning välja att täcka sitt arbetskraftsbehov på annat sätt. Då reglerna om företrädesrätt till återanställning endast aktiveras vid *nyanställning* (se avsnitt 4.2), finns det möjlighet för arbetsgivaren att utöka sin arbetsstyrka på annat sätt än genom nya *anställningsavtal* med de uppsagda arbetstagarna. Bland annat kan arbetsgivaren knyta ny arbetskraft till sin verksamhet via *uppdraagsavtal* med entreprenörer.⁸³

⁸⁰ Lag (1974:12) om anställningsskydd.

⁸¹ Prop 1973:129, s. 265.

⁸² Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 314.

⁸³ Ibid., s. 316.

Reglerna om företrädesrätt till återanställning aktiveras alltså endast vid nyanställning av arbetstagare, men däremot inte vid anlitan­de av entreprenör eftersom det då inte är fråga om något *anställningsförhållande*, utan om ett *uppdragsförhållande*. En naturlig fråga blir då vad som är utmärkande för en arbetstagare och ett anställningsförhållande respektive en uppdragstagare och ett uppdragsförhållande. En grundläggande förutsättning för ett anställningsförhållande, är att förhållandet skall vara grundat på ett avtal som går ut på att den ena parten skall prestera ett arbete för den andra partens räkning. Arbetstagarförhållandet karaktäriseras vidare av ett starkt beroendeförhållande mellan arbetstagaren och arbetsgivaren.⁸⁴ Ytterligare omständigheter som tyder på att den arbetspresterande parten skall betraktas som arbetstagare är⁸⁵:

1. vederbörande skall personligen utföra arbetet,
2. han har faktiskt själv utfört arbetet,
3. han ställer sin arbetskraft till förfogande för arbetsuppgifter som uppkommer efterhand,
4. förhållandet mellan parterna är av mera varaktig karaktär,
5. han har inte möjlighet att samtidigt utföra liknande arbete åt någon annan,
6. han är underkastad bestämda direktiv eller närmare kontroll, t.ex. i fråga om arbetstid, plats eller sättet för arbetets utförande,
7. motparten tillhandahåller maskiner, redskap eller råvaror,
8. han får ersättning för sina direkta utlägg, t.ex. resekostnader,
9. ersättning för arbetet utgår helt eller delvis i form av garanterad lön samt
10. han är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en arbetstagare.

Det förekommer också att avtalsförhållandet bedöms utifrån ett organisatoriskt synsätt. Med detta förhållningssätt anses en person vara arbetstagare om han ingår i företagsorganisationen, medan han betraktas som uppdragstagare om han har en egen organisatorisk apparat. Uppdragstagaren kännetecknas vidare av ett stort mått av självständighet i yrkesutövningen.⁸⁶ Ytterligare faktorer som tyder på att den arbetspresterande parten är en uppdragstagare är⁸⁷:

1. han kan helt eller delvis överlåta arbetet åt någon annan,
2. han tar ansvaret för det arbete som han faktiskt låter någon annan utföra,
3. åtagandet är begränsat till en viss eller möjligen vissa arbetsuppgifter,
4. förhållandet mellan parterna är av tillfällig natur,
5. han kan göra liknande arbete åt andra samtidigt,
6. han bestämmer själv när, var och hur arbetet skall utföras,
7. han skall använda sina egna maskiner, redskap eller råvaror,
8. han får själv stå för utgifterna vid arbetets utförande,

⁸⁴ Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 16 och Schmidt, Folke, a.a., s. 65.

⁸⁵ SOU 1975:1, s. 691 ff. Se särskilt s. 722 f.

⁸⁶ Fahlbeck, Reinhold, a.a., s. 16 och Schmidt, Folke, a.a., s. 65.

⁸⁷ SOU 1975:1, s. 691 ff. Se särskilt s. 722 f.

9. ersättningen beror på verksamhetens ekonomiska resultat,
10. han är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en företagare inom verksamhetsgrenen samt
11. han har för verksamheten fått ett personligt tillstånd eller en auktorisation av någon myndighet eller har fått en egen firma registrerad.

Med hänsyn till de nämnda omständigheterna gör domstolen en helhetsbedömning av parternas avtalsförhållande i varje enskilt fall. Det är då inte fråga om att summera ihop de föreliggande omständigheterna, utan att väga dem mot varandra eftersom de har olika tyngd. Det avgörande är inte hur parterna har betecknat avtalet, d.v.s. som ett anställningsavtal eller som ett uppdragsavtal. Bedömningen är istället knuten till avtalets reella innehåll som fastställs utifrån samtliga avtalsvillkor och den faktiska avtalsstillämpningen. Partsavsikten har således ingen avgörande betydelse för klassificeringen av avtalet, men domstolen tar ibland *viss hänsyn* till avtalsparternas ståndpunkt. Domstolsbedömningen kan också påverkas av branschuppfattningen och av arbetstagarorganisationernas inställning i frågan. Har den arbetspresterande parten tidigare varit anställd hos motparten, men vid ett senare tillfälle anlitas som uppdragstagare, finns det anledning att misstänka att arrangemanget är en skenåtgärd för att undgå gällande trygghetslagstiftning. I en sådan situation krävs det att en verklig förändring av den arbetspresterande partens ställning har inträtt för att avtalsförhållandet skall bedömas som ett uppdragsförhållande.⁸⁸

Kan det konstateras att en arbetsgivare har anlitat en entreprenör är det alltså huvudregel att företrädesrätt till återanställning inte kan åberopas av arbetsgivarens uppsagda personal. I **AD 1990 nr 67** anlitate en arbetsgivare vid namn Fraktarna AB, ett entreprenadföretag för utförande av vissa uppgifter. På grund av entreprenadavtalet uppstod det arbetsbrist i Fraktarna AB med följden att 15 arbetstagare sades upp. Dessa arbetstagare gjorde gällande att Fraktarna AB hade brutit mot LAS företrädesrättsregler genom att anlita en entreprenör istället för att återanställa de uppsagda arbetstagarna. Arbetstagersidan grundade emellertid inte sin talan på att de personer som arbetade för entreprenadföretaget skulle anses vara *anställda* i Fraktarna AB:s tjänst. Deras ståndpunkt var istället att anlita en entreprenör istället för att återanställa de uppsagda arbetstagarna, trots att företaget verkligen var ett entreprenadföretag, innebar ett kringgående av LAS företrädesrättsregler.⁸⁹ Risken för kringgående av LAS företrädesrättsregler har aktualiserats i tidigare rättsfall från AD. Enligt denna praxis krävs, som redan har nämnts i avsnitt 5.2, inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna har varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. Därutöver krävs att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet framstår som otillbörligt.⁹⁰ Då det i AD 1990 nr 67 bl.a. inte kunde bevisas att skälet med

⁸⁸ Lunning, Lars, a.a., s. 17 f., Schmidt, Folke, a.a., s. 69 f. och SOU 1993:32, s. 225 och 228 f.

⁸⁹ AD 1990 nr 67, s. 422 f. och 443 f.

⁹⁰ Se t.ex. AD 1980 nr 54, s. 448, AD 1986 nr 50, s. 388 och AD 1986 nr 144, s. 960 f.

entreprenadavtalet var att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna, förnekade AD att det var fråga om ett otillbörligt kringgående av LAS företrädesrättsregler. Därutöver lade AD särskild vikt vid att entreprenadföretaget hade träffat anställningsavtalen för egen räkning, att entreprenadföretaget utövade alla arbetsgivarfunktionerna i förhållande till arbetstagarna i entreprenadföretaget samt att Fraktarna AB betalade ersättning till entreprenadföretaget i direkt förhållande till produktionsresultatet och inte med utgångspunkt i kostnaderna för arbetskraften.⁹¹

Av AD 1990 nr 67 framgår alltså att en arbetsgivare inte kan anlita en entreprenör om avtalet mellan arbetsgivaren och entreprenören innebär ett otillbörligt kringgående av LAS företrädesrättsregler. En arbetsgivare får inte heller anlita en entreprenör om det i samband med uppsägning av arbetsgivarens personal träffas ett avtal om turordning, som kan tolkas som ett åtagande att återanställa de uppsagda arbetstagarna i en framtida rekryteringssituation. Detta klargjordes i **AD 1988 nr 8**. Turordningsavtalet som ansågs innebära en skyldighet för arbetsgivaren att återanställa de uppsagda arbetstagarna föreskrev: ”När verksamheten återupptas och nuvarande arbetsstyrka behöver utökas, återgår de nu uppsagda till arbetet enligt följande turordningslista[...].”⁹² Genom att anlita entreprenör i stället för återanställa uppsagd personal, ansåg AD att arbetsgivaren hade gjort sig skyldig till kollektivavtalsbrott.⁹³

Förutom anlitan av entreprenör innehåller AD:s rättspraxis exempel på arbetsgivare som har *lånat in arbetstagare* från ett annat företag, istället för att anställa tidigare personal med företrädesrätt till återanställning. Detta var fallet i **AD 1980 nr 54**. Arbetstagersidan, som menade att reglerna om företrädesrätt till återanställning därmed hade åsidosatts, anförde som första grund att de inlånade arbetstagarna i själva verket var att betrakta som *anställda* direkt hos det företag som hade lånat in dem, d.v.s. CABRO-Verken. I så fall innebar inlåningen att CABRO-Verken hade företagit *nyanställningar* vilket förde med sig att reglerna om företrädesrätt till återanställning skulle ha tillämpats. AD ansåg emellertid inte att det hade funnits något direkt avtalsförhållande mellan CABRO-Verken och de inlånade arbetstagarna och det kunde därför inte vara fråga om någon nyanställning i egentlig mening som skulle ha aktiverat företrädesrättsreglerna. En rad omständigheter ansågs tyda på detta. Bland annat hade CABRO-Verken träffat avtal om inlåningen direkt med det företag som lånade ut arbetstagarna - Ventiler HB. Vidare var det Ventiler HB som utövade arbetsgivarfunktionen i förhållande till de inlånade arbetstagarna och som betalade lön till dessa. AD lade också stor vikt vid att inlåningen var avsedd att gälla för en begränsad tid.⁹⁴

⁹¹ AD 1990 nr 67, s. 444 f.

⁹² AD 1988 nr 8, s. 46.

⁹³ Ibid., s. 55-57.

⁹⁴ AD 1980 nr 54, s. 372-374.

Då arbetstagaridans förstahandsgrund inte bifölls, gick AD över till att pröva arbetstagaridans andrahandsgrund. Denna gick ut på att inlåningen hade varit att *likställa med nyanställning* med hänsyn till att åtgärden hade skett i syfte att kringgå företrädesrättsreglerna. För domstolen gällde det då att avgöra om CABRO-Verken på ett otillbörligt sätt hade kringgått företrädesrättsreglerna genom att låna in arbetstagare från Ventiler HB. I domskälen rekapitulerade AD det tidigare anförda förarbetsuttalandet till 1974 års anställningsskyddslag, där det anges att det står en arbetsgivare fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före företrädesrättsperiodens utgång, även om det skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan. AD tolkade detta förarbetsuttalande på så vis att det inte hade varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna skulle ges tillämpning utanför nyanställningssituationen. Mot att ge företrädesrättsreglerna tillämplighet utanför det i lagtexten angivna området talade även faktumet att det är arbetsgivaren ensam som bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. Att reglerna om företrädesrätt till återanställning inte var tillämpliga utanför nyanställningssituationen innebar, enligt AD, att det var fullt möjligt för en arbetsgivare att anlita en entreprenör under företrädesrättsperioden.⁹⁵

I detta fall var det emellertid inte fråga om någon entreprenad i vanlig mening, utan om inlåning av arbetstagare från ett annat företag. Enligt AD kunde inlåningen vara att betrakta som ett kringgående av företrädesrätten om förfarandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet kunde anses otillbörligt. Att tillgodose ett mera permanent behov av arbetskraft i ett företags normala verksamhet genom inlåning till förfång för återanställningsberättigade personer, utgjorde enligt AD ett sådant otillbörligt förfarande. Eftersom inlåningen i det aktuella fallet endast hade varit avsedd att pågå under begränsad tid och då det inte hade framkommit någon omständighet som tydde på att CABRO-Verken av ovidkommande skäl inte ville återanställa de uppsagda arbetstagarna, kunde något otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna inte konstateras.⁹⁶

Att AD har fäst avgörande vikt vid inlåningsperiodens längd framgår också av **AD 1983 nr 54**. I detta mål hade en ekonomichef vid ett dotterbolag sagts upp p.g.a. arbetsbrist eftersom tjänsten som ekonomichef skulle rationaliseras bort. Vissa av ekonomichefens uppgifter kom emellertid att övertas av en ekonomidirektör som hade lånats in från moderbolaget, varvid den uppsagda ekonomichefen hävdade att företrädesrätten till återanställning hade förbigåtts. Eftersom ekonomidirektören hade haft till uppgift att organisera om ekonomifunktionen i dotterbolaget i syfte att rationalisera bort ekonomichefsbefattningen, ansåg AD det ofrånkomligt att ekonomidirektören *under viss tid*, i detta fall drygt sex månader, också fullgjort de uppgifter som vilade på ekonomichefen. Då det i övrigt inte hade framkommit någon omständighet som tydde på att dotterbolaget hade

⁹⁵ AD 1980 nr 54, s. 374.

⁹⁶ Ibid., s. 374 f.

handlat i avsikt att söka kringgå företrädesrättsreglerna i LAS, kunde den uppsagda economichefen inte göra gällande sin företrädesrätt till återanställning.⁹⁷

Det har nu visats att en arbetsgivare i viss utsträckning kan välja att täcka sitt arbetskraftsbehov genom anlåtande av entreprenör eller genom inlåning av arbetstagare, framför att återanställa uppsagd personal med företrädesrätt till återanställning. En annan framkomlig väg är numera också *inhyrning av arbetstagare* från företag som hyr ut arbetskraft. Uthyrning av arbetstagare, som tidigare var en förbjuden handling, legaliserades nämligen 1992 genom 1991 års arbetsförmedlingslag⁹⁸ som trädde i kraft den 1 januari 1992. Rätten att hyra ut/hyra in arbetskraft underkastades dock vissa begränsningar. Lagen godkände t.ex. endast kortvariga arrangemang - ett faktum som sammanföll med AD:s praxis angående inlåning av arbetstagare. Inhyrning av arbetskraft fick enligt lagen endast ske vid ett tillfälligt behov av extra arbetskraft. Vidare fick uthyrning/inhyrning av en anställd endast avse en sammanhängande period om högst fyra månader (9 §). De tidsmässiga restriktionerna blev emellertid inte långvariga utan avskaffades efter ett och ett halvt år då 1993 års arbetsförmedlingslag⁹⁹ trädde i kraft. Arbetsförmedlingslagen från 1993, som gäller än idag, har alltså gjort det möjligt för en arbetsgivare att välja att täcka sitt arbetskraftsbehov - också i det långa perspektivet - genom inhyrning av arbetskraft framför återanställning av tidigare personal. Arbetsgivaren måste dock iaktta bestämmelserna i arbetsförmedlingslagens 4 §. Enligt denna får arbetstagare inte genom villkor i avtal eller på något annat sätt hindras att ta anställning hos beställare för vilka de utför eller utfört arbete. Vidare får en arbetstagare som har sagt upp sig från en anställning och tar anställning hos en arbetsgivare som hyr ut arbetskraft, inte hyras ut till sin förra arbetsgivare tidigare än sex månader efter det att anställningen hos denne upphörde.¹⁰⁰

I ljuset av arbetsförmedlingslagen från 1993 är det möjligt att AD:s praxis från 1980-talet, angående inlåning av arbetstagare, bör ses något annorlunda. Eftersom arbetsförmedlingslagen inte längre uppställer några tidsmässiga restriktioner för uthyrning/inhyrning av arbetskraft, torde inte heller inlåning av arbetskraft vara underkastad någon begränsning i tiden. AD:s resonemang om att företrädesrättsreglerna kringgås på ett otillbörligt sätt om arbetsgivaren tillgodoser ett mera permanent behov av arbetskraft genom inlåning till förfång för återanställningsberättigade personer, har därför troligtvis spelat ut sin roll.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det som huvudregel står en arbetsgivare fritt att anlita entreprenör, låna eller hyra in arbetstagare istället

⁹⁷ AD 1983 nr 54, s. 353-355.

⁹⁸ Lag (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft.

⁹⁹ Lag (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. Lagen trädde i kraft den 1 juli 1993.

¹⁰⁰ Iseskog, Tommy, Förmedling och uthyrning av arbetskraft, 1993, s. 8-12 och 21-25 samt SOU 1992:116, s. 28-30 och 99-104.

för att anställa uppsagda arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Förändringar i arbetsförmedlingslagen har gjort det möjligt för arbetsgivare att hyra in arbetskraft under obegränsad tid. Lagändringarna torde rimligtvis också inverka på AD:s praxis från 1980-talet som såg långvarig inlåning av arbetskraft, till förfång för återanställningsberättigade personer, som ett uttryck för ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Beträffande anlåtande av entreprenör har AD inte uppställt något krav på att entreprenaden måste vara begränsad i tiden för att godkännas som ett alternativ till återanställning. I det rättsfall som inledningsvis refererades i detta avsnitt och som rörde ett entreprenadförhållande (AD 1990 nr 67), lade AD istället vikt vid de omständigheter som talade för att det rörde sig om ett verkligt entreprenadförhållande. Omständigheter som att entreprenadföretaget hade träffat anställningsavtalen för egen räkning, att entreprenadföretaget utövade alla arbetsgivarfunktionerna i förhållande till arbetstagarna i entreprenadföretaget samt att ersättningen till entreprenadföretaget betalades i direkt förhållande till produktionsresultatet och inte med utgångspunkt i kostnaderna för arbetskraften, talade för att något otillbörligt kringgående av företrädesrätten inte hade ägt rum. Det verkar således som att ju fler faktorer som tyder på att det rör sig om ett verkligt entreprenadförhållande, desto större chans att entreprenadförhållandet anses tillbörligt.

5.5 Förändring av uppsagd arbetstagares ställning

Möjligheten för en arbetsgivare att anlita entreprenör, låna eller hyra in arbetstagare framför att återanställa företrädesberättigade personer, beror som sagt på faktumet att reglerna om företrädesrätt till återanställning endast aktiveras vid *nyanställning av arbetstagare*. Det måste alltså vara fråga om ett verkligt *anställningsförhållande* mellan en arbetsgivare och en arbetstagare för att företrädesrättsreglerna skall kunna åberopas. Detta faktum öppnar också möjlighet för en arbetsgivare att utöka sin arbetsstyrka genom att ta in fler *delägare*, s.k. *kompanjoner*, när det samtidigt finns uppsagda arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Under vissa omständigheter anses nämligen *delägare* i aktiebolag inte utgöra *arbetstagare i LAS mening* och några verkliga *anställningsförhållanden* är det då inte tal om. Det finns således ett visst utrymme för en arbetsgivare att undvika tillämpning av företrädesrättsreglerna genom att inbjuda vissa av de uppsagda arbetstagarna i *delägarskap*. Arbetsgivaren knyter då dessa personer till sig på annat sätt än genom *nyanställning* och behöver därmed inte följa den turordning som reglerna om företrädesrätt till återanställning föreskriver. Samma effekt kan uppnås om arbetsgivaren erbjuder någon av de uppsagda arbetstagarna en *företagsledande ställning*. Det blir då visserligen fråga om *nyanställning*, men då arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha *företagsledande eller därmed jämförlig ställning* är undantagna från LAS tillämpningsområde (1 §

2 st. 1 p. LAS), är detta också en situation som leder till att företrädesrättsreglerna i LAS inte skall tillämpas.¹⁰¹

5.5.1 Från arbetstagare till delägare

Förhållandet att aktiebolagsdelägare under vissa omständigheter inte anses vara *anställda* i det bolag som de äger aktier och arbetar i, öppnar alltså möjlighet för arbetsgivare att kringgå den turordningslista som skall tillämpas vid *nyanställning*. Istället för att återanställa de arbetstagare som står främst på turordningslistan, kan det finnas ett visst utrymme att erbjuda ett antal arbetstagare med sämre plats i turordningen, delägarskap i aktiebolaget. I konkursituationer kan några av de uppsagda arbetstagarna likaså sluta sig samman i nybildade kompanjonbolag. Bildandet av *verkliga* kompanjonbolag utesluter tillämpningen av LAS företrädesrättsregler. Gränsdragningen mellan verkliga *kompanjonskapsförhållanden* och *anställningsförhållanden* i samband med tvist om återanställning, har främst klargjorts i tre fall inför AD.

I två av fallen - **AD 1987 nr 9** och **AD 1994 nr 92** - hade konkursdrabbade verksamheter överlåtits till nybildade aktiebolag. Ägare av dessa nya aktiebolag var bl.a. vissa av de arbetstagare som hade sagts upp i konkursbolagen. I det senaste fallet - **AD 1997 nr 123** - var situationen en annan. Det var där fråga om ett och samma bolag som hade sagt upp arbetstagarna och som därefter, enligt arbetstagarsidans mening, hade återanställt två av de uppsagda arbetstagarna eller, med arbetsgivarsidans synsätt, hade ombildats till ett kompanjonbolag. I samtliga fall gällde det att avgöra om sådana kompanjonbolag, som uteslöt tillämpningen av LAS företrädesrättsregler, hade bildats.

Kompanjonbolag eller inte - ja enligt AD måste vissa förutsättningar vara för handen för att bildandet av ett kompanjonbolag i dessa situationer inte skall anses utgöra ett kringgående av LAS regler om företrädesrätt till återanställning. AD har avgjort samtliga tre rättsfall utifrån samma bedömningsmönster som sammanfattas på följande sätt i 1997 års rättsfall:

”Det skall vara fråga om ett verkligt kompanjonskapsförhållande mellan berörda personer. Enbart ett kapitaltillskott från vissa arbetstagare i en övertagande arbetsgivares rörelse räcker inte för att sätta företrädesrätts- och turordningsbestämmelserna ur spel. Vid bedömningen skall man beakta inte bara huruvida de verksamma personerna äger en större andel av aktierna och om de har ett väsentligt inflytande över bolagets verksamhet, utan man bör därutöver även granska de faktiska omständigheterna kring själva bildandet av kompanjonbolaget, den roll de verksamma personerna tillsammans har spelat för det nya företaget tillkomst och om det gemensamma syftet för dem har varit att tillsammans bereda sig möjlighet till fortsatt sysselsättning.”¹⁰²

¹⁰¹ Lunning, Lars, a.a., s. 23, 33 f. och 388 f.

¹⁰² AD 1997 nr 123, s. 906.

I alla rättsfallen uppmärksammas också den vanskliga gränsdragningen mellan verkliga kompanjonskapsförhållanden och skenbara sådana. I 1987 års fall uttrycks det som följer:

”Den gränsdragning som här är i fråga är känslig och kan vara svår att göra i det enskilda fallet. Uppenbarligen måste bedömningen ske med öppen blick för den risk för kringgående av företrädesrätten som kan finnas. Det får självfallet inte öppnas möjlighet att i samband med övertagande av en konkursgäldenärs rörelse eller i andra överlåtelsefall välja ut och fritt erbjuda anställning åt arbetstagare mot att dessa gör ett kapitaltillskott i det nya företaget.”¹⁰³

Bevisbördan för att ett kompanjonbolag har bildats åvilar i första hand arbetsgivarsidan. Arbetsgivarsidan har därför att klarlägga omständigheterna kring bildandet av bolaget, dess konstruktion etc. Oklarheter i dessa hänseenden går ut över arbetsgivaren.¹⁰⁴

De kriterier som AD har ställt upp som nödvändiga förutsättningar för att ett reellt kompanjonskapsförhållande skall anses föreligga, återfinns med varierande styrka i de olika rättsfallen. I det första fallet - **AD 1987 nr 9** - ansåg AD att ett äkta kompanjonbolag hade bildats och tillämpningen av LAS företrädesrättsregler var därför utesluten. I målet hade ett företag vid namn Byggtjänstorganens Service AB försatts i konkurs den 3 februari 1984. Detta företag ägdes till lika delar av fyra byggtjänstföretag i landet. En av dessa ägare var Skånsk Byggtjänst AB i Malmö. Den verksamhet som Byggtjänstorganens Service AB bedrev intill konkursen, övergick under våren 1984 till ett nybildat aktiebolag benämnt Bygginfo Syd AB. Delägare i detta bolag var fyra av de arbetstagare som hade sagts upp från Byggtjänstorganens Service AB i samband med konkursen samt ytterligare två personer som tidigare hade varit anställda i Byggtjänstorganens Service AB, men som hade lämnat bolaget våren 1983. Skånsk Byggtjänst AB, som var delägare i det konkursdrabbade företaget, inträdde också som delägare i det nybildade aktiebolaget Bygginfo Syd AB. Två arbetstagare från konkursbolaget som inte fick anställning i det nybildade bolaget, hävdade att deras företrädesrätt till återanställning hade kränkts genom att arbetstagare, med sämre plats på gällande återanställningslista, hade anställts i deras ställe. Arbetsgivarparterna menade i sin tur att det överhuvudtaget inte hade skett någon anställning hos Bygginfo Syd AB genom vilken företrädesrätten skulle kunna ha kränkts. Arbetsgivarsidan ansåg istället att de personer som var verksamma i det nybildade bolaget var kompanjoner och delägare.¹⁰⁵

AD:s bedömning av fallet inleddes med en granskning av de närmare omständigheterna kring tillkomsten av det nya bolaget Bygginfo Syd AB. AD tog därvid fasta på att de personer som tidigare hade varit anställda i

¹⁰³ AD 1987 nr 9, s. 120.

¹⁰⁴ AD 1994 nr 92, s. 561 och AD 1997 nr 123, s. 906.

¹⁰⁵ AD 1987 nr 9, s. 115-117.

konkursbolaget och som senare blev delägare i Bygginfo Syd AB, redan ett par veckor efter konkurstillfället, hade beslutat att driva verksamheten i konkursbolaget vidare. AD underströk att syftet med beslutet bl.a. var att bereda de arbetstagare som lämnade konkursbolaget fortsatt sysselsättning inom sitt tidigare verksamhetsområde. Kort tid därefter tillfrågades VD:n i Skånsk Byggtjänst AB om detta företag var berett att inträda som finansiär och delägare i det nya företaget. Anledningen till denna förfrågan var bl.a. att det nybildade bolaget i annat fall riskerade att konkurreras ut av Skånsk Byggtjänst AB. Omständigheterna kring bolagsbildningen gav vidare vid handen att det i mitten av mars 1984 träffades ett överlåtelseavtal mellan konkursförvaltaren och de fyra personer som hade sagts upp från konkursbolaget. Samtliga enskilda delägare började sin verksamhet för det nya bolaget redan i samband med beslutet att verksamheten i konkursbolaget skulle drivas vidare, d.v.s. i slutet av februari. Alla arbetade på eget ansvar inom sitt tidigare kompetensområde och alla hade i praktiken samma inflytande över gemensamma frågor i bolagets verksamhet.¹⁰⁶

Efter granskningen av de närmare omständigheterna kring tillkomsten av det nya bolaget, övergick AD till att klargöra ägarförhållandena i det nybildade bolaget. Enligt arbetstagersidan kunde en aktieägare i ett bolag, utan hinder av aktieinnehavet, betraktas som arbetstagare då denne dessutom arbetade i företaget. Undantag från denna regel kunde, enligt arbetstagersidan, endast göras beträffande den som ägde en större andel av aktierna och som dessutom hade ett väsentligt inflytande över bolagets verksamhet. Arbetstagarparterna ansåg emellertid inte att någon av delägarna i det nybildade bolaget ägde en så stor andel eller hade ett sådant inflytande som krävdes för undantag från huvudregeln.¹⁰⁷

Av utredningen i målet framgår att aktierna i det nybildade företaget ägdes till 50 % av Skånsk Byggtjänst AB och till 10 % vardera av fyra av de personer som tidigare hade varit anställda i konkursbolaget. Två av konkursbolagets tidigare anställda ägde vidare 5 % vardera av det nybildade bolagets aktier. Beträffande delägarnas inflytande över bolagets verksamhet anges i målet att fem av de sex enskilda delägarna ingick i bolagets styrelse. En av dessa personer var dessutom verkställande direktör i det nya aktiebolaget. Enligt AD var det emellertid inte meningsfullt att endast avgöra huruvida var och en av de sex enskilda delägarna i Bygginfo Syd AB skulle anses ha fått ställning av arbetstagare i sitt individuella förhållande till bolaget. AD ansåg att den roll som delägarna tillsammans hade spelat för det nya bolagets tillkomst, också borde beaktas. Eftersom Bygginfo Syd AB hade tillkommit efter ett initiativ och under avgörande medverkan av fyra av de anställda i konkursbolaget och då syftet var att bereda möjlighet till fortsatt sysselsättning, ansåg AD avslutningsvis att det var fråga om ett verkligt kompanjonskapsförhållande. AD underströk emellertid att läget hade kunnat vara att bedöma på ett annat sätt om t.ex. Skånsk Byggtjänst

¹⁰⁶ AD 1987 nr 9, s. 117-119.

¹⁰⁷ Ibid., s. 119.

AB hade varit initiativtagare och drivkraft i rekonstruktionen av konkursbolagets verksamhet eller om det nya bolaget först i ett senare skede hade erbjudit delägarskap och sysselsättning åt ytterligare en av de uppsagda från konkursbolaget.¹⁰⁸

Av detta fall framgår det tydligt att AD i sin bedömning av huruvida ett verkligt kompanjonbolag har bildats eller inte, lägger avgörande vikt vid den roll som delägarna tillsammans har spelat för tillkomsten av bolaget. Detta är också ett tydligt moment i **AD 1994 nr 92**. I detta mål hade Elunion Väst Aktiebolag (EU) försatts i konkurs den 23 februari 1993. Den 5 mars sade konkursförvaltaren upp samtlig personal i konkursbolaget. EU:s uppsagda platschef, Anders Larsson, lät därefter registrera ett nybildat aktiebolag benämnt Elektroteam i Jönköping Aktiebolag (ET). Styrelseledamot i ET var Anders Larsson själv. Hans hustru registrerades som suppleant. Den 15 mars förde konkursförvaltaren förhandling med Svenska Elektrikerförbundet (SEF) angående en överlåtelse av konkursboets tillgångar till det nybildade ET-bolaget. Av protokollet från förhandlingen framgår det att Anders Larsson hade avlämnat anbud om att överta EU:s rörelse och att han hade för avsikt att erbjuda sju av konkursbolagets anställda, däribland sig själv, ny anställning i ET. Vid förhandlingen krävde SEF att gällande turordningslista skulle tillämpas då arbetstagarna i konkursbolaget återanställdes i ET. Den 17 mars hölls ett personalmöte för de arbetstagare som hade sagts upp i samband med konkursen. Enligt dagordningen för mötet skulle Anders Larsson lämna information om ”ev. nytt företag” och SEF skulle informera om ”deras tolkning av förtursrätt” samt hålla ”diskussioner om förtursrätten”. Under mötet utdelades också en blankett enligt vilken de montörer som inte skulle få fortsatt anställning i ET-bolaget, skulle avstå sin företrädesrätt till återanställning. Samtliga montörer avstod dock från att underteckna blanketten. Den 24 mars ägde en ny förhandling rum mellan konkursförvaltaren och SEF. Konkursförvaltaren redogjorde då för ett nytt anbud på konkursbolagets rörelse från det nybildade ET-bolaget som då angavs vara ägt av Anders Larsson samt sex av de uppsagda montörerna i konkursbolaget. Samma dag träffades ett överlåtelseavtal mellan EU:s konkursbo och det nybildade bolaget ET som nu hade sju delägare.¹⁰⁹

Mot bakgrund av dessa omständigheter gjorde SEF gällande att företrädesrätten till återanställning hade kränkts för de uppsagda montörer som inte hade erbjudits anställning i ET. Arbetsgivarparterna hävdade å sin sida att de montörer som knöts till ET inte skulle betraktas som anställda utan ses som delägare i ett kompanjonbolag.¹¹⁰

I AD:s bedömning lades stor vikt vid den roll som delägarna tillsammans hade spelat för tillkomsten av ET-bolaget. AD konstaterade att ett

¹⁰⁸ Ibid., s. 116 och 119-121.

¹⁰⁹ AD 1994 nr 92, s. 547 och 561 f.

¹¹⁰ Ibid., s. 548.

kompanjonbolag hade bildats, men ansåg inte att det var fråga om ett sådant verkligt kompanjonskapsförhållande som uteslöt tillämpning av företrädesrättsreglerna. Det var framförallt de faktiska förhållandena kring själva bildandet av kompanjonbolaget som ledde fram till denna slutsats. Av utredningen i målet framgick att det endast var en person - Anders Larsson - och inte delägarna tillsammans, som tog initiativet till och var drivkraften bakom bildandet av bolaget. AD uppmärksammade även faktumet att tanken på ett kompanjonbolag väcktes av Anders Larsson först sedan det hade visat sig att en överenskommelse om avsteg från LAS företrädesrättsregler inte kunde uppnås med SEF eller de berörda montörerna själva. Beträffande ägarförhållandena och delägarnas inflytande i bolaget, konstaterade AD att det var Anders Larsson ensam som intog en företagsledande ställning. Detta berodde på hans höga aktieinnehav som uppgick till 51 % liksom hans särskilda kompetens. Larsson var dessutom VD för bolaget samt ordförande i bolagets styrelse. Övriga sex delägare var också ledamöter i bolagets styrelse. På grund av vars och ens begränsade kapitaltillskott i bolaget, ansågs de emellertid inneha ställning av arbetstagare. Varje delägars kapitaltillskott uppgick till 4500 kronor vilket medförde de sex delägarna ägde drygt 8 % av aktierna vardera. Sammanfattningsvis var det i målet inte fråga om ett sådant verkligt kompanjonskapsförhållande som uteslöt företrädesrättsreglernas tillämpning. Genom att inte återanställa de montörer som stod främst på turordningslistan, hade ET-bolaget kränkt deras företrädesrätt till återanställning enligt 25 och 26 §§ LAS. Allmänt skadestånd utgick därför med 40 000 kronor till var och en av de arbetstagare vars rätt hade kränkts.¹¹¹

Något verkligt kompanjonbolag ansågs inte heller ha bildats i **AD 1997 nr 123**. Som tidigare har nämnts skiljer sig detta fall till viss del från AD 1987 nr 9 och AD 1994 nr 92. I 1997 års fall var det inte fråga om någon överlåtelse av en konkursdrabbad rörelse. Istället gjorde arbetsgivarsidan gällande att det hade skett en ombildning av ett företag till ett kompanjonbolag. I målet hade Bröderna Areskougs Byggnadsplåt i Malmö Aktiebolag i oktober 1995 sagt upp samtliga nio anställda p.g.a. arbetsbrist. Aktiebolaget var medlem i Plåtslageriernas Riksförbund som hade träffat kollektivavtal med Svenska Bleck- och Plåtslagareförbundet. Avtalet innehöll regler om företrädesrätt till återanställning som överensstämde med LAS företrädesrättsregler. Turordningen vid återanställning skulle därmed bestämmas med hänsyn till sammanlagd anställningstid och ålder.¹¹²

Två av plåtslagarna kom emellertid att arbeta kvar i bolaget efter de tidpunkter då deras respektive uppsägningstider löpte ut. Eftersom de hade kortare anställningstider än samtliga övriga plåtslagare, ansåg arbetstagersidan att de två plåtslagarna hade återanställts i strid med turordningsreglerna i kollektivavtalet. Arbetsgivarsidan invände att bolaget inte kunde anses ha återanställt de två plåtslagarna. Enligt

¹¹¹ AD 1994 nr 92, s. 563-565.

¹¹² AD 1997 nr 123, s. 893 f. och 905 f.

arbetsgivarparterna hade de istället inträtt som delägare och kompanjoner i bolaget.¹¹³

AD använde sig av samma bedömningsmönster som i de två tidigare fallen. Det tillades dock att arbetsgivarens bevisbörda beträffande kompanjonbolagets uppkomst, var särskilt tung i en situation som den föreliggande. Detta berodde på att risken för kringgående av företrädesrättsreglerna typiskt sett var särskilt stor, när det var fråga om ett och samma företag som i sin verksamhet behöll tidigare anställda, vilka i turordningshänseende hade en sämre ställning än övriga arbetstagare. Liksom i de tidigare fallen fokuserade AD på de faktiska omständigheterna i målet. Att det var de två bröderna Areskuogs och de två plåtslagarnas avsikt att de senare skulle inträda som kompanjoner i bolaget, var bara en av flera faktorer som skulle vägas in i bedömningen. AD ansåg att vissa av de faktiska omständigheterna i målet talade för att det var fråga om ett verkligt kompanjonskapsförhållande. I tiden efter uppsägningarna hade bröderna Areskoug och de två utvalda plåtslagarna diskuterat ett fortsatt engagemang i bolaget för de senare. Parterna kom då överens om att de två plåtslagarna skulle förvärva 10 % var av aktierna i bolaget. De enades också om att bolaget skulle ha en delvis ny inriktning och organisation, att delägarnas roller i bolaget skulle förändras samt att alla fyra skulle ta ut lika stor lön från bolaget. Bolaget kom också senare att ombildas på det sätt som parterna hade kommit överens om. De två plåtslagarna förvärvade sålunda 10 % av aktierna vardera, de medverkade vid bolagsstämman och i samband med viktigare beslut i bolaget. Var och en av de två nya delägarna intog också en självständig roll i bolaget än tidigare.¹¹⁴

AD stannade emellertid inte här, utan konstaterade vidare att det fanns en rad faktiska omständigheter som talade för att det inte var fråga om ett verkligt kompanjonskapsförhållande. De nya delägarnas aktieinnehav och deras inflytande över bolagets verksamhet, pekade i samma riktning. AD underströk att de aktieöverlåtelser som bröderna Areskoug gjorde till de två plåtslagarna endast avsåg en mindre andel i bolaget, nämligen 10 % vardera. De två plåtslagarna betalade aktierna med var sitt skuldebrev på 5000 kronor. Borgenärer för skuldebreven var bröderna Areskoug. Angående de två plåtslagarnas inflytande över bolagets verksamhet, upplystes att de varken var styrelseledamöter eller firmatecknare. Dessa uppgifter innebar att plåtslagarnas delaktighet i bolaget var begränsat till innehavet av de mindre aktieposterna. De faktiska omständigheterna gav vidare vid handen att det fortfarande var en av de två bröderna Areskoug som hade den arbetsledande rollen i företaget. Även om de två nyblivna delägarna i viss utsträckning medverkade vid beslutsfattandet i bolaget, ansåg AD ändå att deras ställning i bolaget endast marginellt skiljde sig från vad som i allmänhet gäller för anställda i mindre företag. AD menade därför att Bröderna Areskougs Byggnadsplåt AB hade anställt de två plåtslagarna i strid med

¹¹³ Ibid., s. 905.

¹¹⁴ AD 1997 nr 123, s. 906 f.

kollektivavtalets regler om turordning vid företrädesrätt till återanställning. De arbetstagare som hade förbigåtts erhöll 40 000 kronor vardera i allmänt skadestånd.¹¹⁵

Efter en genomgång av de tre rättsfall som berör gränsdragningen mellan verkliga *kompanjonskapsförhållanden* och *anställningsförhållanden* i samband med tvist om återanställning, kan det konstateras att AD är ganska sträng i sin bedömning. I alla tre rättsfallen har AD understrukt att bedömningen måste göras med öppna ögon för den risk för kringgående av företrädesrätten som existerar. AD har också poängterat att det självfallet inte får öppnas möjlighet att välja ut och fritt erbjuda anställning åt arbetstagare mot att dessa gör ett kapitaltillskott i företaget. Vid bedömningen av huruvida ett verkligt kompanjonskapsförhållande är för handen har AD inte bara beaktat om de verksamma personerna äger en större andel av aktierna utan även om de har ett väsentligt inflytande över bolagets verksamhet. Styrelseposter och firmateckningsrätt är omständigheter som talar för att delägarna har ett väsentligt inflytande över företagets verksamhet. Utöver aktieinnehav och inflytande har AD uppmärksammat de faktiska omständigheterna kring själva bildandet av kompanjonbolaget, den roll de verksamma personerna tillsammans har spelat för det nya företagets tillkomst och huruvida det gemensamma syftet för dem har varit att tillsammans bereda sig möjlighet till fortsatt sysselsättning. I de två fall vari konkursbolag överläts till nybildade bolag, var det den roll som delägarna tillsammans hade spelat för det nya bolagets tillkomst som var den tyngsta faktorn i AD:s bedömning. AD har antytt att initiativet till kompanjonbolaget företrädesvis skall vara gemensamt, för att ett verkligt kompanjonskapsförhållande skall anses ha uppstått. De personer, som enligt arbetstagersidan har gått förbi arbetstagare med bättre plats på återanställningslistan, har i samtliga tre rättsfall erhållit drygt 10 % vardera av aktierna i de nybildade bolagen eller i det ombildade bolaget. Eftersom utgången har varierat målen emellan går det inte att säga något generellt om hur omfattande ett aktieinnehav måste vara för att ett verkligt kompanjonskapsförhållande skall anses vara för handen. Det är istället de faktiska omständigheterna kring själva bildandet av kompanjonbolaget sammanvägt med aktieinnehav och bolagsinflytande, som avgör utgången i målet.

De tre anförda rättsfallen rör alla frågan om de personer som både äger aktier och arbetar i ett och samma aktiebolag, skall anses vara *anställda* eller *delägare* i bolaget. Problematiken är densamma för medlemmar i ekonomiska eller ideella föreningar samt för kommanditdelägare i kommanditbolag. För att personer som är verksamma i dessa juridiska sammanslutningar skall anses vara delägare, krävs det att vederbörande personer äger en övervägande del av sammanslutningens andelar och att de har ett väsentligt inflytande över verksamheten. Delägare i handelsbolag och komplementärer med personligt ansvar i kommanditbolag anses i regel inte

¹¹⁵ Ibid, s. 908 f. och 911 f.

vara anställda i dessa sammanslutningar. Detsamma gäller delägare i enkla bolag.¹¹⁶

5.5.2 Från arbetstagare till företagsledare

I **AD 1997 nr 123**, vari AD inte ansåg att Bröderna Areskoug AB hade ombildats till ett verkligt kompanjonbolag, hävdade arbetsgivarparterna i andra hand att de två plåtslagare som hade arbetat kvar i företaget var att anse som arbetstagare med företagsledande eller därmed jämförlig ställning. Om denna invändning accepterades av AD skulle effekten bli att Bröderna Areskoug AB inte behövde ta hänsyn till gällande återanställningslista, eftersom de två plåtslagarna då föll utanför gällande kollektivavtals tillämpningsområde. Avtalet innehöll ett stadgande som överensstämde med 1 § 1 st. 1 p. LAS som från LAS tillämpningsområde undantar arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha en företagsledande eller därmed jämförlig ställning.¹¹⁷ Denna andrahandsinvändning återfinns även i det ovan nämnda målet **AD 1987 nr 9**.¹¹⁸ Då AD i 1987 års fall ansåg att ett verkligt kompanjonbolag hade bildats, berörde domstolen inte andrahandsinvändningen. Det fick emellertid domstolen anledning att göra i det förstnämnda fallet från 1997.

För att avgöra huruvida de två plåtslagarna som arbetade kvar i Bröderna Areskoug AB var att anse som företagsledare, sökte AD ledning i förarbetena till LAS samt i tidigare rättspraxis kring 1 § LAS.¹¹⁹ AD vände sig inledningsvis till förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag som även är vägledande för den nu gällande anställningsskyddslagen från 1982. I dessa förarbeten anges det att uttrycket arbetstagare med företagsledande eller därmed jämförlig ställning skall ges en restriktiv tolkning och att ingen person utom företagsledaren bör omfattas av bestämmelsen i mindre företag.¹²⁰ Av domstolens tidigare rättspraxis framgår vidare principen att det i mindre företag inte är mer än *en* person som skall anses vara företagsledare eller motsvarande.¹²¹ Då AD tidigare i målet hade kommit fram till att bolagets VD, Björn Areskoug, hade den arbetsledande ställningen i företaget, fanns det inte utrymme för ytterligare företagsledare i bolaget. AD godtog därför inte arbetsgivarparternas andrahandsinvändning.¹²²

Förförarbetena till 1 § LAS och därtill knuten rättspraxis, har alltså stor betydelse då det gäller att avgöra om en arbetstagare verkligen har en företagsledande ställning eller om det rör sig om ett skenarrangemang för att

¹¹⁶ Lunning, Lars, a.a., s. 23.

¹¹⁷ AD 1997 nr 123, s. 893 och 903.

¹¹⁸ AD 1987 nr 9, s. 114.

¹¹⁹ AD 1997 nr 123, s. 909.

¹²⁰ Prop. 1973:129, s. 194 f. och 230 samt InU 1973:36, s. 26 ff. Jfr prop. 1981/82:71, s. 92 ff.

¹²¹ Se bl.a. AD 1979 nr 60 och 146.

¹²² AD 1997 nr 123, s. 908 f.

undvika tillämpning av LAS företrädesrättsregler. Som framgår av 1997 års fall uppställer LAS förarbeten huvudregeln att det endast skall finnas *en* företagsledare i mindre företag.¹²³ Vanligtvis är det företagets VD som anses inneha den företagsledande ställningen i ett mindre företag.¹²⁴ AD har i huvudsak följt förarbetsuttalandena på denna punkt, men har i ett fall - **AD 1979 nr 60** - accepterat mer än en företagsledare i ett mindre dotterbolag med 35 anställda. Förutom VD:n i dotterbolaget ansågs en av dotterbolagets anställda, som ägde en tredjedel av aktierna i moderbolaget, ha en företagsledande ställning i dotterbolaget. VD:n i dotterbolaget ägde likaså en tredjedel av aktierna i moderbolaget. Eftersom båda personerna var styrelseledamöter och firmatecknare i dotterbolaget, konstaterade AD att arbetstagaren i kraft av sitt aktieinnehav i moderbolaget kunde utöva i stort sett samma inflytande över dotterbolaget som dotterbolagets VD. För att kunna genomdriva sin uppfattning var nämligen både arbetstagaren och VD:n i dotterbolaget beroende av stöd från den tredje delägaren i moderbolaget.¹²⁵ Av fallet framgår det att det inte är aktieinnehavet i sig som avgör huruvida mer än en person kan vara att anse som företagsledare i ett mindre företag. Avgörande är hur företagsledningen har organiserats och utövats i praktiken. Detta bekräftas i **AD 1983 nr 182** som också berörde ställningen för en arbetstagare som ägde en tredjedel av aktierna i det bolag som han arbetade i. Vederbörande saknade emellertid styrelseplats och firmateckningsrätt i bolaget. Företagets VD var ensam styrelseledamot och den ende som var behörig att teckna bolagets firma. VD:n var dessutom den person som kunde kopplas till det faktiska handhavandet av bolagets angelägenheter. Mot denna bakgrund ansåg AD att bolagets VD var den ende som kunde anses ha en företagsledande ställning i bolaget.¹²⁶

Beträffande medelstora företag anger förarbetena till LAS att verkställande direktören, hans ställföreträdare och möjligen ytterligare någon tjänsteman med speciellt självständigt ansvar bör undantas från lagens tillämpningsområde. I större företag gäller detta för direktionsmedlemmar och, särskilt om direktion saknas, tjänstemän som har en självständig ställning såsom chef för en större gren av företagets verksamhet.¹²⁷

I förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag understryks det att begreppet arbetstagare i företagsledande eller därmed jämförlig ställning, skall ges en restriktiv och snäv innebörd.¹²⁸ Trots dessa uttalanden fick begreppet en relativt vid tolkning i rättstillämpningen. Arbetstagare som med hänsyn till sin ställning i företaget närmast var att beteckna som företagsledare, men som inte hade tillförsäkrats förmåner som överensstämde med en verklig företagsledares arbetsvillkor, ansågs likväl

¹²³ Ibid. Se vidare prop 1973:129, s. 230 och InU 1973:36, s. 28. Jfr prop. 1981/82:71, s. 92 f.

¹²⁴ Se t.ex. AD 1979 nr 146, s. 860.

¹²⁵ AD 1979 nr 60, s. 363.

¹²⁶ AD 1983 nr 182, s. 1084 f.

¹²⁷ InU 1973:36, s. 28. Jfr prop 1981/82:71, s. 93.

¹²⁸ Prop. 1973:129, s. 194 och 230 samt InU 1973:36, s. 28.

vara företagsledare i företaget.¹²⁹ Denna extensiva tolkning av lagrummet motverkades genom att 1 § i LAS formulerades om i 1982 års anställningsskyddslag. I 1974 års anställningsskyddslag undantogs arbetstagare med företagsledande eller därmed jämförlig ställning, från lagens tillämpningsområde. Enligt 1982 års anställningsskyddslag gäller undantaget för arbetstagare *som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor* får anses ha företagsledande eller därmed jämförlig ställning. Genom detta tillägg i lagtexten ville lagstiftaren poängtera att undantaget endast skall gälla för dem som i verklig mening kan betraktas som företagsledare. Domstolen bör således inte längre bara beakta arbetstagarens formella position, utan även andra omständigheter som är typiska för företagsledare i allmänhet.¹³⁰

Skälet till att arbetstagare med företagsledande eller därmed jämförlig ställning undantas från LAS tillämpningsområde, är att dessa personer har en utpräglad arbetsgivarfunktion. Denna arbetsgivarfunktion medför ett särskilt förtroendeförhållande mellan arbetsgivaren och företagsledaren. Har arbetsgivaren inte längre förtroende för företagsledaren har det ansetts orimligt att anställningsskyddet i LAS upprätthålls. Företagsledarnas trygghetsbehov tillfredsställs istället genom särskilda löneförmåner och andra fördelaktiga anställningsförhållanden.¹³¹

Förarbetena till LAS och efterföljande rättstillämpning ger vid handen att utrymmet för att kringgå LAS företrädesrättsregler med hjälp av 1 § 1 st. 1 p. LAS, är starkt begränsad i mindre företag. Då det som huvudregel endast finns *en* företagsledare i mindre företag, har en arbetsgivare som redan har en företagsledare en minimal chans att hävda att ytterligare arbetstagare har ställning som företagsledare. Ju större företaget är desto större möjlighet att utöka antalet företagsledare. Sedan 1982 års anställningsskyddslag trädde i kraft¹³² är det emellertid inte tillräckligt att arbetstagaren innehar en formell position som företagsledare. Vederbörande skall dessutom *med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor* anses ha företagsledande eller därmed jämförlig ställning. Detta innebär att en äkta företagsledare måste ha anställningsförmåner och lönevillkor som överensstämmer med de anställningsvillkor som företagsledare har i allmänhet. Detta faktum kan verka betungande och avskräckande på en arbetsgivare som försöker kringgå LAS företrädesrättsregler genom att anställa vissa utvalda arbetstagare som företagsledare. Den skärpta formuleringen av företagsledarbegreppet torde därför ha medfört att risken för skenarrangemang har minskats.

5.6 Anställningserbjudanden till utvalda delar av överlåtarens personal vid

¹²⁹ Se t.ex. AD 1979 nr 146 och AD 1980 nr 92.

¹³⁰ Prop. 1981/82:71, s. 93 f.

¹³¹ Prop. 1973:129, s. 194 f. Jfr prop. 1981/82:71, s. 92.

¹³² Lag (1982:80) om anställningsskydd trädde i kraft den 1 april 1982. Se punkt 1 i övergångsbestämmelserna till lagen.

verksamhetsövergång

Det har tidigare nämnts att berörd arbetstagare skall ha *sagts upp* p.g.a. arbetsbrist, för att företrädesrätten till återanställning skall kunna göras gällande (se avsnitt 4.2). Före Sveriges implementering av direktivet om företagsöverlåtelser¹³³, visade sig detta faktum öppna möjlighet för verksamhetsförvärvare att handplocka personal efter egna önskemål hos överlåtaren. Då överlåtaren ännu inte hade vidtagit några uppsägningar, hade förvärvaren inte någon skyldighet att följa den turordningslista som skulle tillämpas vid återanställning. Denna situation uppmärksammades under 1980-talet då AD avkunnade en dom - **AD 1986 nr 144** - som bekräftade att en korrekt tillämpning av LAS företrädesrättsregler kunde medföra denna effekt.

I målet överlät dåvarande Kockums Industri AB (KIAB), den 8 augusti 1984, sin skogsmaskinrörelse till Stensele Mekaniska Verkstad AB (SMV). Drygt en månad efter överlåtelsen, den 11 september, riktade SMV anställningserbjudanden till vissa anställda inom KIAB:s skogsmaskinrörelse. Bekräftelse att anställningsavtal hade träffats med de arbetstagare som hade accepterat SMV:s anställningserbjudanden, lämnades per brev den 25 september. Kort tid därefter, den 27 september, sade KIAB p.g.a. arbetsbrist upp samtliga anställda i skogsmaskinrörelsen. Svenska Industritjänstemannaförbundet (Sif) och Svenska Metallarbetareförbundet anförde att SMV genom sitt anställningsförfarande hade kränkt den företrädesrätt till återanställning som enligt LAS tillkommit ett antal av förbundens medlemmar. Förbunden menade att reglerna om företrädesrätt till återanställning skulle anses tillämpliga även om överlåtaren inte hade sagt upp sin personal innan förvärvaren erbjöd de utvalda arbetstagarna anställning. Till stöd för denna synpunkt åberopade förbunden att detta följde av grunderna för anställningsskyddslagen samt att SMV i samband med anställningserbjudandena hade handlat i syfte att kringgå lagens regler och därvid hade förfarit på ett otillbörligt sätt som stred mot god sed på arbetsmarknaden.¹³⁴

AD underströk inledningsvis att tidpunkterna för inträdet och upphörandet av företrädesrätten var noga bestämda i 25 § LAS. Enligt denna paragraf inträder företrädesrätten i och med uppsägningen. I detta fall hade uppsägningarna inte vidtagits förrän efter SMV:s anställningserbjudanden och AD ansåg inte att det fanns något utrymme för att tillämpa reglerna om företrädesrätt till återanställning, utanför det område som uttryckligen anges i lagtexten. AD stannade emellertid inte här utan framhöll att det var en

¹³³ Implementeringen genomfördes bl.a. genom lag (1994:1685) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd. Implementeringslagen trädde i kraft den 1 januari 1995. Lagen skall dock inte tillämpas beträffande en övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet som inträffat för ikraftträdandet. Se punkterna 1 och 2 i övergångsbestämmelserna till lag (1994:1685).

¹³⁴ AD 1986 nr 144, s. 958 och 960.

annan sak att det skulle vara stötande och från rättslig synpunkt oriktigt att låta kringgående av lag passera. För att kunna konstatera att kringgående av lag var för handen krävdes, i enlighet med AD 1986 nr 50, för det första att de åtgärder som påstods utgöra ett kringgående blev på vanligt sätt styrkta och för det andra att ett syfte med åtgärderna kunde antas ha varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. För det tredje skulle handlandet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet framstå som otillbörligt. AD påpekade också att förhållandet, att en part utnyttjar en i lagen angiven begränsning av motpartens rätt, inte i och för sig kan sägas innebära att han gör sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av lagen.¹³⁵

För att avgöra huruvida SMV:s åtgärder innebar ett kringgående av LAS företrädesrättsregler konstaterade AD till att börja med, att personalsammansättningen hos SMV delvis blev en annan än vad som skulle ha varit fallet om bolaget vid anställningarna hade tillämpat LAS regler om återanställning. SMV hade valt personal med hänsyn till arbetstagarnas kvalifikationer och möjligheter att passa in i ett effektivt team. Därmed ansåg AD de åtgärder som påstods utgöra ett kringgående av LAS styrkta. AD hade därefter att bedöma huruvida SMV:S handlande hade syftat till att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna och om handlandet hade varit av sådant slag att det stred mot god sed på arbetsmarknaden. Enligt AD kunde dessa förutsättningar anses uppfyllda om KIAB på SMV:s uppmaning, eller i varje fall med SMV:s vetskap, dröjt med sina uppsägningar i syfte att göra det möjligt för SMV att genomföra sitt anställningsförfarande utan att behöva iaktta företrädesrättsreglerna. Förbunden hade därför att visa att situationen för SMV, när anställningserbjudandena lämnades, i allt väsentligt framstod som identisk med den som skulle ha gällt om KIAB då redan hade gjort sina uppsägningar. En grundläggande förutsättning för detta var i sin tur att det framgick att SMV vid detta tillfälle förstod eller rimligen måste ha förstått att KIAB avsåg att i direkt samband med överlåtelsen säga upp den personal som inte fick anställning hos SMV. Det ansågs däremot inte tillräckligt att SMV till äventyrs insåg att KIAB inte på sikt kunde bereda sina arbetstagare sysselsättning.¹³⁶

AD sökte ledning i det *överlåtelseavtal* som hade träffats mellan parterna den 8 augusti 1984. Enligt detta avtal behöll KIAB arbetsgivaransvaret för de arbetstagare som inte övergick till SMV. AD menade att denna formulering gav uttryck för en avsikt att bereda de berörda arbetstagarna fortsatt sysselsättning. Avtalstexten hade därför inte i sig gett SMV anledning att anta att KIAB avsåg att omedelbart säga upp all personal som inte fick anställning hos SMV. Eftersom AD inte redan av avtalet kunde dra slutsatsen att SMV hade insikt om KIAB:s planer, undersökte AD vidare vad som *under förhandlingarna om överlåtelsen och i övrigt hade förekommit mellan avtalsparterna*. Det blev inte heller genom dessa

¹³⁵ AD 1986 nr 144, s. 960 f.

¹³⁶ Ibid., s. 961 f.

undersökningar utrett att KIAB informerat SMV om sin avsikt att kort tid efter överlåtelsen säga upp all personal i skogsmaskinrörelsen eller att KIAB överhuvudtaget lämnat SMV några upplysningar som bort föränleda en sådan slutsats. AD gick slutligen in på frågan om SMV *på annat sätt fått kännedom* om KIAB:s planer innan anställningserbjudandena lämnades. Förbunden stödde sig i detta sammanhang på en rad olika omständigheter. Dels hade de lokala fackklubbarna informerat SMV om skyldigheten att följa LAS turordningsregler vid ett anställningsförfarande och dels hade klubbarna gjort upp en lagenlig turordningslista som överlämnades till SMV innan anställningserbjudandena presenterades. Dessutom anordnades två olika informationsmöten för de arbetstagare som berördes av verksamhetsövergången. Det ena mötet avsåg de personer som skulle komma att erbjudas anställning i SMV; och det andra den personal som inte skulle gå över till SMV. Dagen efter dessa möten informerades de fackliga klubbarna om att den personal som inte fick anställning hos SMV skulle sägas upp p.g.a. arbetsbrist. Trots att alla dessa omständigheter inträffade före SMV:s anställningserbjudanden, ansåg AD inte att SMV måste ha insett att KIAB avsåg att i omedelbar anslutning till överlåtelsen säga upp all personal i skogsmaskinrörelsen.¹³⁷

Sammanfattningsvis fann AD att det inte hade styrkts att SMV, när anställningserbjudandena lämnades, vare sig hade fått veta att KIAB avsåg att säga upp den övertaliga personalen i skogsmaskinrörelsen eller hade sådana informationer i övrigt, att en slutsats av detta innehåll var ofrånkomlig. SMV kunde därför inte anses ha varit skyldig att tillämpa LAS regler om företrädesrätt till återanställning i samband med sina anställningserbjudanden.¹³⁸

Drygt tio år efter SMV- domen, avgjorde AD ett fall - **AD 1995 nr 8** - som hade stora likheter med SMV-fallet. I 1995-års fall överlät företaget Alcatel, den 4 december 1991, en viss del av sin rörelse till företaget Minolta. Samma dag eller senast dagen därpå riktade Minolta, utan hänsyn till lagenlig turordningslista vid återanställning, anställningserbjudanden till vissa av Alcatels anställda. Erbjudandena som koncentrerades till arbetstagare som enligt Minoltas uppfattning skulle vara lämpliga för anställning hos Minolta, skulle accepteras senast den 13 december. Den 19 december, d.v.s. *efter* Minoltas anställningserbjudanden, sade Alcatel upp ett 50-tal anställda p.g.a. arbetsbrist. På grund av likheterna med SMV-målet, hävdade kändena att Minolta på ett otillbörligt sätt hade planerat sitt handlande vid förvärvet utifrån utgången i SMV-målet. Kändena ansåg att Minolta hade gjort sig skyldig till ett sådant otillbörligt kringgående av 25 § LAS som stred mot god sed på arbetsmarknaden.¹³⁹

¹³⁷ AD 1986 nr 144, s. 962-965.

¹³⁸ Ibid., s. 965.

¹³⁹ AD 1995 nr 8, s. 110 f. och 115.

AD avgjorde fallet utifrån det bedömningsmönster som använts i SMV-målet. Inledningsvis konstaterade AD att personalsammansättningen i Minolta hade blivit en annan om LAS turordningsregler vid återanställning hade följts. Därefter gick de in på frågan om Alcatel och Minolta hade samverkat för att fördröja Alcatels uppsägningar till dess att Minolta hade lämnat sina anställningserbudanden. AD ansåg inte att utredningen i målet gav stöd för en sådan samverkan. En rad omständigheter talade för detta ställningstagande. Dels hade Alcatels dåvarande VD ifrågasatt om det var lagenligt att handplocka personal på det sätt som Minolta önskade; och dels hade det visat sig finnas ett annat syfte bakom Alcatels fördröjda uppsägningar, än att bereda Minolta tillfälle till att undandra sig tillämpningen av 25 § LAS. Alcatel bedrev nämligen också förhandlingar med andra företag om överlåtelse av ytterligare delar av Alcatels verksamhet. Dessa förhandlingar avslutades inte förrän den 20 december 1991. Dessförinnan visste Alcatel inte hur många som skulle bli övertaliga och vilka dessa skulle bli. Det var därför rimligt att Alcatel dröjt med sina uppsägningar till dess att samtliga förhandlingar var över. Visserligen kände Minolta till att Alcatel inte hade tänkt säga upp sin personal förrän Alcatel fått vetskap om vilka som hade accepterat erbjudanden om anställning i Minolta. Eftersom inte heller Minolta kunde veta hur många och vilka som skulle bli uppsagda av Alcatel, var det inte möjligt för Minolta att tillämpa någon turordningslista vid nyanställning.¹⁴⁰

Sammanfattningsvis ansåg AD att Alcatel hade fördröjt uppsägningarna med hänsyn till egna intressen och inte för att bereda Minolta möjlighet att dessförinnan nyanställa personal. I detta fall hade händelseförloppet utvecklats på ett sådant sätt att det gagnade Minoltas intresse att själv kunna välja den personal som företaget ville ta över. Ett sådant utnyttjande av en begränsning i en lagregels tillämplighet kunde inte anses utgöra ett otillbörligt kringgående av lagen.¹⁴¹

Efter AD:s dom i mål 1986 nr 144 riktade Sif och Svenska Metallindustriarbetareförbundet skarp kritik mot utgången i målet. Förbunden uppmanade lagstiftaren att täppa till den lucka som fanns i anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser. I annat fall uppmanades företagsförvärvare att ”plocka russin ur kakan”, utan att facket hade en chans att rädda anställningarna för de arbetstagare som inte ansågs passa in i det nya företaget. AD:s dom antydde att det krävdes ganska mycket för att arbetstagarsidan skulle kunna hävda att lagen hade kringgåts på ett otillbörligt sätt som stred mot god sed på arbetsmarknaden. Det räckte inte att styrka de åtgärder som påstods utgöra ett kringgående av företrädesrättsreglerna. Det krävdes också att arbetstagarsidan kunde göra troligt att syftet med åtgärderna hade varit att kringgå de aktuella lagreglerna. Därutöver skulle arbetsgivarens handlande framstå som otillbörligt i det särskilda fallet. De två sistnämnda kriterierna kunde anses

¹⁴⁰ AD 1995 nr 8, s. 115.

¹⁴¹ Ibid., s. 115 f.

uppfyllda om arbetstagsidan kunde bevisa att överlåtaren och förvärvaren hade samarbetat i syfte att undgå turordningsreglerna vid återanställning. Förbunden kritiserade särskilt denna del av domen eftersom de ansåg det omöjligt att bevisa tysta överenskommelser mellan överlåtare och förvärvare. Sif och Svenska Metallarbetareförbundet ville täppa till luckan i anställningsskyddet genom att tidigarelägga den tidpunkt vid vilken företrädesrätt till återanställning inträder. De menade att företrädesrätten skulle gälla oberoende av när den faktiska uppsägningen ägde rum.¹⁴²

Uppsägning från arbetsgivarens sida är än idag den grundläggande förutsättningen för företrädesrättens inträde. Förvärvarens möjlighet att handplocka personal hos överlåtaren har således inte förhindrats genom en tidigareläggning av den tidpunkt vid vilken företrädesrätten inträder. Luckan i anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser har emellertid tätats genom LAS anpassning till EU-direktivet om företagsöverlåtelser.

AD 1986 nr 144 och AD 1995 nr 8 avgjordes som sagt utifrån regler i LAS som inte hade anpassats till EU-direktivet om företagsöverlåtelser. Enligt dåvarande regelverk hade förvärvaren inte någon skyldighet att överta överlåtarens personal. Om förvärvaren inte hade för avsikt att anställa överlåtarens arbetstagare, ankom det på överlåtaren att säga upp sina anställda, som därefter erhöll företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren.¹⁴³ Idag har LAS harmoniserats med hänsyn till direktivet om företagsöverlåtelser. Huvudregeln är numera att förvärvaren automatiskt övertar all personal hos överlåtaren (6 b § 1 st. LAS). Skulle övertalighet uppstå hos förvärvaren är det hans uppgift att vidta nödvändiga uppsägningar.¹⁴⁴ Vid bestämmandet av turordningen för uppsägningarna har de övertagna arbetstagarna rätt att tillgodoräkna sig anställningstiden hos överlåtaren (3 § 1 st. 2 p. LAS). De har därefter företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren (25 § 3 st. LAS). Överlåtaren får endast säga upp sina anställda innan beslutet om verksamhetsövergång har fattats. De arbetstagare som sägs upp hos överlåtaren under dessa omständigheter, följer med till förvärvaren under uppsägningstiden och har därefter företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren.¹⁴⁵

Bestämmelsen om automatisk övergång av överlåtarens personalstyrka i samband med en företagsöverlåtelse, undanröjer möjligheten för förvärvaren att handplocka personal från överlåtaren före uppsägningstillfället. Dessa nya regler i LAS torde därför innebära att ovan nämnda rättspraxis har spelat ut sin roll. Det finns således inte längre någon möjlighet för förvärvaren att fritt välja arbetstagare ur överlåtarens arbetsstyrka innan överlåtaren har sagt upp sina arbetstagare p.g.a. arbetsbrist.

¹⁴² Trehörning, Pär, Metall och Sif kräver lagändring - Kryphål i anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser, Lag & Avtal, 1987/2, s. 11-12.

¹⁴³ Schmidt, Folke, a.a., s. 181.

¹⁴⁴ Prop. 1994/95:102, s. 45.

¹⁴⁵ Ibid., s. 44.

6 Sammanfattande analys av rättsläget

Praktiskt taget alla de arbetsgivaråtgärder som har berörts i denna framställning utgör *möjliga* kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS. Lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin tyder emellertid på att några av åtgärderna accepteras i större utsträckning än andra. Vissa åtgärder utgör således klara och tydliga kryphål, medan andra åtgärder befinner sig i en ganska diffus gråzon mellan genomträngliga och genomträngliga kryphål i företrädesrättsreglerna i LAS.

De klara kryphålen är få. Av rättspraxis och lagtext har det framgått att omplacering av uppsägningshotade arbetstagare i enlighet med 7 § 2 st. LAS samt utökning av arbetstid för deltidanställda enligt 25 a § LAS, alltid går före återanställning av företrädesberättigade individer. Anser arbetsgivaren att han kan åstadkomma en effektivitetsvinst genom att strukturera om sin arbetsstyrka på dessa olika sätt, är det alltså tillåtet att föredra dessa åtgärder framför att återanställa tidigare personal.

AD:s rättspraxis har emellertid visat att omplacering i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt inte utgör en lika självklar lucka i reglerna om företrädesrätt till återanställning som omplacering i enlighet med 7 § 2 st. LAS. Enligt praxis är omplacering i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt endast tillåten om åtgärden inte innebär ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. För att kunna bevisa att arbetsgivaren har kringgått företrädesrättsreglerna på ett otillbörligt sätt krävs inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett kringgående av lag blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att det visas att ett syfte med åtgärderna har varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. Därutöver måste det framgå att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet framstår som otillbörligt. Kan arbetstagersidan bevisa att dessa tre kriterier är uppfyllda i det enskilda fallet, har arbetsgivaren vidtagit en otillbörlig åtgärd som strider mot reglerna om företrädesrätt till återanställning.

Samma tre kriterier har arbetstagersidan att bevisa då arbetsgivaren, istället för att återanställa uppsagd personal, lånar in arbetstagare från ett annat företag eller anlitar en entreprenör. Att tillgodose ett mera permanent behov av arbetskraft i ett företags normala verksamhet genom inlåning till förfång för återanställningsberättigade personer, utgjorde enligt AD:s praxis från 1980-talet ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Eftersom lagstiftaren i och med 1993 års arbetsförmedlingslag godkände långvarig uthyrning/inhyrning av arbetskraft, torde numera även inlåning av arbetskraft vara en i huvudsak acceptabel åtgärd i det långa perspektivet. Entreprenadförhållanden som alternativ till återanställning, är inte heller underkastade några tidsmässiga begränsningar. Vid anlitan av entreprenör

lägger AD istället vikt vid förekomsten eller frånvaron av vissa omständigheter som tyder på att det rör sig om ett verkligt entreprenadförhållande. Ju fler omständigheter som talar för att det är fråga om ett verkligt entreprenadförhållande, desto större chans att entreprenaden anses tillbörlig. Motsatsvis pekar frånvaron av dessa omständigheter på att arbetsgivarens åtgärd innebär ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna.

Genom att understryka att omplacering i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt, anlitan av entreprenör samt inlåning av arbetstagare inte får innebära att företrädesrättsreglerna kringgås på ett otillbörligt sätt, har AD *i teorin* gjort klart att arbetsgivaren inte skall se dessa åtgärder som några potentiella kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning. Det är emellertid anmärkningsvärt att de rättsfall som har berört dessa åtgärder inte innehåller ett enda exempel på att arbetstagarsidan har lyckats bevisa att arbetsgivarens åtgärd har inneburit ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Jag anser att denna omständighet tyder på att det inte är alldeles lätt för arbetstagarsidan att bevisa att syftet med åtgärderna har varit att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna och att visa att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet är otillbörligt. Då arbetstagarsidan sällan kan uppfylla dessa beviskrav, utgör omplacering i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt, anlitan av entreprenör samt inlåning av arbetstagare, *i praktiken* reella kryphål i reglerna om företrädesrätt till återanställning.

Tiden före den svenska implementeringen av direktivet om företagsöverlåtelser, fanns det likaså risk för att företrädesrättsreglerna kringgicks på ett otillbörligt sätt genom att företagsförvärvare riktade anställningserbjudanden till vissa utvalda delar av överlåtarens personal innan dessa hade sagts upp av överlåtaren. Även i denna situation gällde det för arbetstagarsidan att styrka de åtgärder som påstods utgöra ett kringgående av företrädesrättsreglerna, att bevisa att ett syfte med åtgärderna hade varit att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna samt att visa att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet var otillbörligt. Detta innebar närmare bestämt att arbetstagarsidan hade att klargöra att överlåtaren och förvärvaren hade samverkat för att fördröja uppsägningarna till dess att förvärvaren hade lämnat sina anställningserbjudanden. Facket opponerade sig mot denna tunga bevisbörda under åberopande av att det praktiskt taget var omöjligt att bevisa tysta överenskommelser mellan överlåtaren och förvärvaren. I likhet med de rättsfall som berör omplacering i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt, anlitan av entreprenör samt inlåning av arbetstagare, saknar de rättsfall som rör riktade anställningserbjudanden vid verksamhetsövergång, exempel på att arbetstagarsidan har lyckats uppfylla sin bevisbörda. Innan företagsöverlåtelседirektivet implementerades i svensk rätt utgjorde således denna åtgärd, enligt mig, ett reellt kryphål i företrädesrättsreglerna. Idag innehåller LAS emellertid regler som anger att överlåtarens personal automatiskt skall övergå till förvärvaren vid en verksamhetsövergång. Detta

innebär att arbetsgivaren inte längre har möjlighet att handplocka personal hos förvärvaren före uppsägningstillfället. Därmed har det tidigare kryphålet i samband med företagsöverlåtelser helt och hållet täppts igen.

De åtgärder som går ut på att arbetsgivaren förändrar en före detta anställds ställning från arbetstagare till delägare eller företagsledare, menar jag utgöra minimala kryphål i företrädesrättsreglerna. Av rättspraxis framgår att AD har varit högst medveten om den risk för kringgående av företrädesrättsreglerna som existerar vid bildande av kompanjonbolag. AD har därför placerat bevisbördan för att ett verkligt kompanjonbolag har bildats på arbetsgivaren. Vid bedömningen beaktar AD inte bara huruvida de verksamma personerna äger en större andel av aktierna och om de har ett väsentligt inflytande över bolagets verksamhet. Därutöver granskas de faktiska omständigheterna kring själva bildandet av kompanjonbolaget, den roll de verksamma personerna tillsammans har spelat för det nya företags tillkomst och huruvida det gemensamma syftet för dem har varit att tillsammans bereda sig möjlighet till fortsatt sysselsättning. I rättspraxis har AD särskilt koncentrerat sin bedömning till den roll som de verksamma personerna tillsammans har spelat för bolagets tillkomst. Att bolaget har bildats på gemensamt initiativ av delägarna är således av avgörande betydelse för att AD skall anse att ett verkligt kompanjonbolag har bildats. Har endast en av delägarna initierat bolagsbildningen, tycks AD motsatsvis presumera att något verkligt kompanjonskapsförhållande inte är för handen. Med hänsyn till att AD har uttalat att bedömningen bör ske med öppna ögon för den risk för kringgående av företrädesrättsreglerna som finns; samt mot bakgrund av den noggranna och stränga bedömning som AD har manifesterat i praxis, anser jag att möjligheten att bilda kompanjonbolag för skens skull, för att därigenom undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna, är ytterst begränsad.

Det är också min uppfattning att utrymmet för att kringgå företrädesrättsreglerna genom att hävda att någon av de uppsagda arbetstagarna har tilldelats en tjänst som företagsledare, är mycket litet. Då förarbetena till LAS anger att det som huvudregel endast skall finnas *en* företagsledare i ett mindre företag, har arbetsgivaren i ett dylikt företag mycket liten chans att hävda att fler personer än VD:n har företagsledande ställning. Visserligen antyder förarbetena också att möjligheten att ha fler företagsledare ökar med företagets storlek. Jag tror emellertid att risken för skenarrangemang även är liten i medelstora och stora företag. Detta anser jag med hänsyn till att det inte längre är tillräckligt att arbetstagaren har en *formell* position som företagsledare. Sedan 1982 måste arbetstagaren dessutom ha en *reell* ställning som företagsledare. Detta framgår av LAS som lägger avgörande vikt vid att arbetstagarens *arbetsuppgifter och anställningsvillkor* överensstämmer med de arbetsuppgifter och anställningsvillkor som företagsledare har i allmänhet.

Enligt min mening innebär inte heller förlängning av uppsägningstid något allvarligt hot mot det anställningsskydd som reglerna om företrädesrätt till

återanställning utgör. Visserligen har AD angivit att en förlängningsperiod som underskrider fem och en halv månad kan vara tillåten. Jag tror emellertid inte att AD skulle acceptera en kortare förlängning om förlängningen innebar att turordningen till återanställning kastades om; eller om företrädesrättsperioden, för den som stod först på turordningslistan, löpte ut under den förlängda uppsägningstiden. Hursomhelst kan åtgärden endast nyttjas för att lösa kortvariga arbetskraftsbehov. Då arbetsgivaren har behov av att utöka sin arbetsstyrka för en längre tid framöver, ter sig förlängning av uppsägningstid som ett tämligen meningslöst arrangemang för att undvika återanställning av den person som är företrädesberättigad i första hand. När den förlängda uppsägningstiden väl har löpt ut, behöver arbetsgivaren kanske likväl återanställa den person som står först på återställningslistan. Intresset för att utnyttja förlängd uppsägningstid i syfte att undvika återanställning av vissa arbetstagare, torde därför vara i stort sett obefintligt bland arbetsgivare som behöver tillgodose ett arbetskraftsbehov av permanent karaktär.

7 Avslutning

Utredning och analys har visat att det endast är två av de arbetsgivaråtgärder som har berörts i denna uppsats som *definitivt* utesluter tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS. Dessa åtgärder är omplacering av uppsägningshotade arbetstagare enligt 7 § 2 st. LAS samt utökning av arbetstid för deltidsanställda i enlighet med 25 a § LAS. Enligt rättspraxis och lagtext går dessa åtgärder alltid före anställning av personer med företrädesrätt till återanställning. Övriga åtgärdstyper som har figurerat i uppsatsen får anses befinna sig i en diffus gråzon mellan genomträngliga och ogenomträngliga kryphål i företrädesrättsreglerna. Det går inte generellt att säga att de *alltid* eller *aldrig* utesluter företrädesrättsreglernas tillämpning. Utredning och analys antyder emellertid att sannolikheten för att en arbetsgivare skall ”lyckas” att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna, är större om han väljer att vidta vissa åtgärder och mindre om han väljer andra åtgärdstyper.

Som jag ser det tycks sannolikheten för att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna vara störst om arbetsgivaren, istället för att återanställa uppsagd personal, väljer att omplacera arbetstagare i kraft av sin arbetsledningsrätt, anlitar entreprenör, lånar in arbetstagare från ett annat företag eller hyr in arbetskraft. Det är visserligen AD:s inställning att de tre förstnämnda åtgärderna inte får vidtas om de innebär ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten till återanställning. Rättspraxis antyder emellertid att det inte är alldeles lätt för arbetstagarsidan att prestera de bevis som AD kräver för att kunna konstatera att arbetsgivaren har kringgått företrädesrättsreglerna på ett otillbörligt sätt. Effekten av de svåruppfyllda beviskraven blir då att arbetsgivarna likväl kan utnyttja de nämnda åtgärderna för att kringgå reglerna om företrädesrätt till återanställning. Även om det är AD:s avsikt att dessa åtgärder inte skall uppfattas som potentiella kryphål i företrädesrättsreglerna, utgör de enligt min uppfattning i regel ändå reella och genomträngliga kryphål. Detta gällde tidigare även den åtgärd som gick ut på att en verksamhetsförvärvare riktade anställningserbjudanden till vissa utvalda delar av överlåtarens personal innan dessa hade sagt upp av överlåtaren. Den svenska implementeringen av direktivet om företagsöverlåtelser har emellertid täppt igen detta kryphål.

Sannolikheten för att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna tycks vara mycket liten om arbetsgivaren, istället för att återanställa uppsagd personal, väljer att förändra en arbetstagares ställning från ordinär arbetstagare till delägare/kompanjon eller företagsledare. Möjligheten att bilda kompanjonbolag eller att skapa företagsledande tjänster för skens skull, för att därigenom undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna, är nämligen starkt begränsad. Vid bildande av kompanjonbolag beror detta på att AD utför en mycket sträng bedömning där arbetsgivaren har att bevisa att ett verkligt kompanjonbolag har bildats. Företagsledartjänster skapar

arbetsgivaren vidare inte hur som helst. Han är här begränsad av företagets storlek som avgör antalet möjliga företagsledartjänster och av faktumet att det inte är tillräckligt att inrätta *formella* företagsledartjänster. Tjänsterna måste även med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor vara att likställa med företagsledartjänster i allmänhet. Nämnda åtgärder utgör således praktiskt taget ogenomträngliga kryphål i företrädesrättsreglerna.

Beträffande förlängning av uppsägningstid för anställda som inte står först på återanställningslistan, har det framkommit att endast mycket kortvariga förlängningar kan utgöra potentiella kryphål i företrädesrättsreglerna. Då en arbetsgivares arbetskraftsbehov ofta sträcker sig över en längre tidsperiod, har arbetsgivaren starkt begränsad nytta av att utnyttja denna åtgärd för att undgå att återanställa en person med företrädesrätt till återanställning. När den förlängda uppsägningstiden väl har löpt ut behöver arbetsgivaren kanske likväl återanställa den arbetstagare som i första hand har företrädesrätt till återanställning. Den kortvariga förlängningen av uppsägningstiden ter sig därför som ett tämligen meningslöst arrangemang i syfte att undgå återanställning av företrädesberättigade personer. Den begränsade nyttan av att vidta denna åtgärd leder förmodligen till att arbetsgivarna inte väljer just detta tillvägagångssätt för att undvika tillämpning av företrädesrättsreglerna. Därmed torde åtgärden inte innebära något verkligt hot mot det anställningsskydd som företrädesrättsreglerna utgör. Åtgärden kan kanske därför också ses som ett av de allra minsta kryphålen i reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS.

Det kan sammanfattningsvis konstateras att det är ytterst få av de åtgärder som har presenterats i denna uppsats som arbetsgivarna *systematiskt* kan utnyttja för att undgå återanställning av uppsagda arbetstagare, som av olika anledningar inte gynnar ett företags fortsatta drift. Bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning är med andra ord ett relativt "vattentätt" regelkomplex som understödjer arbetstagarnas anställningstrygghet. Risken med ett starkt anställningsskydd är emellertid att företagsamheten hämmas vilket kan få allvarliga konsekvenser som arbetslöshet och försämrad statsekonomi. Denna aspekt har uppmärksammats på senare år med lagändringar i LAS som följd. Exempelvis har företrädesrättsperioden förkortats från ett år till nio månader. Vidare har möjligheten att göra avvikelser från företrädesrättsreglerna utvidgats genom att denna kompetens inte längre är förbehållen de centrala förbunden, utan numera även kan tillkomma de lokala fackföreningsklubbarna. Bristen på luckor eller kryphål i företrädesrättsreglerna kan eventuellt ses som ett skäl till dessa lagändringar som i viss mån tillgodoser arbetsgivarnas behov av flexibilitet och som därmed också stimulerar företagsamheten.

Strävandena mot en flexiblare arbetsrätt avspeglas inte bara i de justerade företrädesrättsreglerna. Nyligen (28/4 1999) röstade riksdagen igenom ett förslag om förändring av LAS turordningsregler. Förslaget innebär att företagare med färre än tio anställda skall ha rätt att undanta två arbetstagare från den lagenliga turordningslistan vid uppsägningar p.g.a. arbetsbrist.

Om/när detta förslag genomförs kommer anställningsskyddet, för de arbetstagare som rationaliseras bort till förmån för två utvalda arbetstagare, att vara begränsat till deras eventuella företrädesrätt till återanställning. För de arbetstagare som riskerar att missgynnas av en framtida lagändring av nämnda slag – bl.a. äldre arbetstagare och kvinnor i fertil ålder - är det då betryggande att denna uppsats har visat att det finns ytterst få arbetsgivaråtgärder som kan beröva dem det anställningsskydd som reglerna om företrädesrätt till återanställning i LAS utgör.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Betänkanden

- InU 1973:36 Inrikesutskottets betänkande i anledning av propositionen 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd, m.m., jämte motioner.
- SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal.
- SOU 1992:116 Privat förmedling och uthyrning av arbetskraft.
- SOU 1993:32 Ny anställningsskyddslag.

Propositioner

- Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.
- Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.
- Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

Litteratur

- Ahlberg, Kerstin, Arbetsgivare medger: Vid förhandlingen är loppet redan kört. Hur fungerar lagarna vid företagskris? Lag & Avtal, 1982/9, s. 11-14.
- Arbetsdomstolens domar, Domstolsverket, Fakta Info Direkt AB, Stockholm.
- Bylund, Bo, Elmér, Anders, Viklund, Lars och Öhman, Toivo, Anställningsskyddslagen med kommentarer, 7 upplagan, Tiden/Rabén Prisma, Stockholm 1997.
- Bylund, Bo och Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok, 10 omarbetade upplagan, Tiden/Rabén Prisma, Stockholm 1997.
- Christensen, Anna, Anställningsskydd och besittningsskydd. En komparativ undersökning. I Festskrift till Anders Agell, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1994.
- Fahlbeck, Reinhold, Praktisk arbetsrätt, upplaga 3:1, Liber, Malmö 1989.
- Iseskog, Tommy, Förmedling och uthyrning av arbetskraft, upplaga 1:1, Aktuell Juridik, Stockholm 1993.
- Iseskog, Tommy, Att vara anställd, upplaga 1:1, Consensus AB, Knivsta 1998.
- Lind, Anna, Lagen om anställningsskydd i teori och praktik - LAS, 2 upplagan, Hogia Förlag, Stenungsund 1995.
- Lunning, Lars, Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen, 7 upplagan, Allmänna Förlaget, Stockholm 1989.

- Runhammar, Urban och Stare, Peter, Handbok i arbetsrätt. Lagtext, kommentarer, rättsfall, upplaga 11:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.
- Rydén; Daniel, S tvingades luckra upp arbetsrätten, Sydsvenska Dagbladet, 29/4 1999, s. A7.
- Schmidt, Folke, Löntagarrätt, Reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström, Juristförlaget JF AB, Stockholm 1994.
- Trehörning, Pär, Metall och Sif kräver lagändring - Kryphål i anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser, Lag & Avtal, 1987/2, s. 11-12.
- Åhnberg, Lars, LAS-Handboken - lagtext, kommentarer och AD-domar, 2 omarbetade upplagan, Förlag Lars Åhnberg AB, Uppsala 1997.

EG-rättsakter

- Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT nr L 61, 5.3.1977, s. 26.
- Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT nr L 201, 17.7.1998, s. 88.

Rättsfallsförteckning

AD 1976 nr 26
AD 1976 nr 111
AD 1979 nr 60
AD 1979 nr 146
AD 1980 nr 54
AD 1980 nr 92
AD 1983 nr 54
AD 1983 nr 125
AD 1983 nr 182
AD 1984 nr 19
AD 1984 nr 26
AD 1984 nr 82
AD 1986 nr 50
AD 1986 nr 144
AD 1987 nr 9
AD 1988 nr 8
AD 1990 nr 67
AD 1993 nr 101
AD 1994 nr 86
AD 1994 nr 92
AD 1995 nr 8
AD 1995 nr 108
AD 1996 nr 56
AD 1997 nr 123