



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Katarina Broman

Förvärvarens övertagande av
personal vid
verksamhetsövergång

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Birgitta Nyström

Ämnesområde
Arbetsrätt

Höstterminen 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte, frågeställningar och tes	6
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Disposition	10
2 BAKGRUND	11
2.1 Företagsöverlåtelsedirektivets bakgrund, utveckling och syfte	11
2.2 Företagsöverlåtelsedirektivets materiella innehåll i korthet	12
2.3 Implementeringen i svensk rätt	13
3 ÖVERTAGANDEOBJEKTET	16
3.1 Föremålet för övergång	16
3.2 Ekonomisk enhet	17
3.2.1 Begreppen företag och verksamhet	17
3.2.2 Offentlig verksamhet	18
3.2.3 Organiserad gruppering av tillgångar	20
3.2.4 Syftet ekonomisk verksamhet	23
3.3 Bibehållen identitet	23
3.3.1 Aktivitetskriteriet	24
3.3.2 Fortsättningskriteriet	24
3.3.3 Likhetskriteriet	25
4 KRITERIET FÖRVÄRVARENS ÖVER-TAGANDE AV PERSONALSTYRKA	27
4.1 Förvärvarens övertagande av personalstryka	27
4.2 Rättspraxis från EG-domstolen	30

4.2.1	Merckx och Neuhuys, C-171/94 och C-172/94	30
4.2.2	Hidalgo och Ziemann, C-173/96 och C-247/96	30
4.2.3	Liikenne, C-172/99	32
4.2.4	Temco, C-51/00	32
4.2.5	Abler, C-340/01	33
4.2.6	Jouini m.fl, C-458/05	34
4.3	Rättspraxis från AD	35
4.3.1	Swebus III, AD 1995 nr 163	35
4.3.2	Finfast, AD 1997 nr 81	36
4.3.3	Blomman, AD 1998 nr 144	36
4.3.4	Invandrarverket II, AD 1999 nr 21	37
4.3.5	Proffice, AD 2008 nr 51	37
4.3.6	Ekonomistäd, AD 2008 nr 64	38
4.4	Intervjuresultat	39
5	PARTSVÄXLINGSMODELLEN OCH PARTERNAS MÖJLIGHETER ATT PÅVERKA KRITERIETS TILLÄMPLIGHET	44
5.1	Partsväxlingsmodellen	44
5.2	Möjligheten att begränsa omfattningen av den övergående verksamheten	46
5.3	Rätten att stanna kvar hos överlåtaren	46
5.4	Uppsägningsförbudet	49
5.5	Intervjuresultat	53
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	56
6.1	Innebörden och betydelsen av kriteriet förvärvarens övertagande av personal	56
6.2	Möjligheter till påverkan av bedömningen avseende kriteriet förvärvarens övertagande av personal	62
6.3	Tesen	65
6.4	Slutsatser	67
BILAGA A		69
	Intervjufrågor	69
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		70
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		72

Summary

The subject matter of a transfer of undertakings, according to the Council Directive 2001/23/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses and the Swedish Employment Protection Act (1982:80), should be an economic entity which retains its identity. According to article 1 paragraph 1 b of the Directive there is a transfer within the meaning of the Directive where there is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity. The European Court of Justice has in several cases interpreted the meaning of this article. According to case law all the facts characterizing the transaction in question shall be considered in an overall assessment. One of the facts that shall be considered is whether the majority, in terms of their numbers and skills, of the employees are taken over by the new employer. This criterion is interesting though it constitutes both a legal fact and a legal consequence. In this essay the complex of problems regarding this specific criterion is examined. What does the criterion mean? Of what importance in an overall assessment is the criterion? Is it possible that the criterion can be avoided by the parties? Further is the conformity of the criterion with the purpose of the Directive, to protect the employees, examined.

The regulation in the Swedish Employment Protection Act and the Swedish case law is mainly in conformity with the Directive and the case law of the European Court of Justice.

It can be stated, based on case law, that the criterion regarding a takeover of the majority of the employees is given a different meaning depending on whether it is a transfer of a asset-based or non asset-based business. According to case law a group of workers engaged in a joint activity may constitute an economic entity, if a major part in terms of their numbers and skills is transferred. The criterion regarding the transfer of the employees is a decisive factor, when a takeover regards a non asset-based business. At the same time the employers possibility to influence the application of the criterion is major.

The employers, mainly the transferor, may by limiting the scope of the business that will be transferred or by terminating the employment agreements with the employees (not in conflict with the prohibition of dismissal) influence the application of the criterion. The employees may by disputing a transfer of its employment agreements to the new employer influence the application of the criterion.

Sammanfattning

För att en verksamhetsövergång i enlighet med företagsöverlåtelsedirektivet och LAS ska vara för handen krävs det bland annat att föremålet som övergår är en ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet. Enligt företagsöverlåtelsedirektivet, artikel 1 punkten 1 b, ska med överlåtelse förstås en överlåtelse av en ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet. Den närmare innebörden av det sagda har uttolkats av EG-domstolen i flera rättsfall. Av rättspraxis följer att en helhetsbedömning ska göras vari flera kriterier ska beaktas och vägas. Ett av dessa kriterier är förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren. Det är intressant att detta kriterium både utgör ett rättsfaktum och en rättsföljd. I denna uppsats undersöks problematiken kring kriteriet närmare. Vad innebär kriteriet? Vilken betydelse har kriteriet? Kan parterna kringgå kriteriet? Vidare undersöks om kriteriet uppfyller det arbetstagar skydd som företagsöverlåtelsedirektivet syftar till att uppnå.

Den svenska regleringen i LAS samt den svenska rättspraxisen är i huvudsak att anse som i linje med EG-rätten och EG-domstolens rättspraxis.

Av rättspraxis kan utläsas att kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren bedöms något olika beroende på om det är en materialintensiv eller personalintensiv verksamhet som är föremål för övergång. Av rättspraxis kan utläsas att enligt det rådande synsättet kan ett kollektiv av arbetstagare utgöra en ekonomisk enhet, om huvuddelen av personalstyrkan sett till antal och kompetens som är avskilt för visst arbete övergått till förvärvaren. Då det rör sig om en personalintensiv verksamhet anses kriteriet ha avgörande betydelse för utgången i bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger. Vid personalintensiva verksamheter är också arbetsgivarnas möjligheter att påverka uppfyllandet av kriteriet som störst.

Arbetsgivarna, och främst överlåtaren, har möjlighet att påverka uppfyllandet av kriteriet förvärvarens övertagande av personal genom att begränsa omfattningen av den övergående verksamheten samt vidta uppsägningar (dock inte i strid med uppsägningsförbudet). Arbetstagarna kan påverka uppfyllandet av kriteriet genom att var och en har möjlighet att utnyttja sin rätt att motsätta sig att deras anställningsavtal övergår till förvärvaren.

Förord

Efter inspiration från advokat Ingela Malmberg vid advokatfirman Vinge i Malmö samt inspirerande föreläsningar under juristutbildningen i Lund beslutade jag mig för att mitt examensarbete skulle behandla verksamhetsövergångar ur ett arbetsrättsligt perspektiv. Min handledare professor Birgitta Nyström uppmärksammade mig på problematiken angående förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren, vilket kom att bli det specifika ämnet för uppsatsen. Ett ämne som fortfarande innehåller många frågetecken trots att reglerna angående verksamhetsövergångar nu tillämpats under flera år både inom EU och inom Sverige. Jag tycker att det är intressant att beakta personalens betydelse vid en verksamhetsövergång, då övertagandet av personalen både utgör ett rättsfaktum och en rättsföljd. Vidare är ämnet intressant med anledning av att både EG-rätten och den nationella rätten samt teori och praktik möts.

Inom ramen för mitt examensarbete har jag valt att genomföra sex intervjuer med operativt verksamma jurister och ombudsmän. De är advokat Anders Elmér, advokat Johan Sigeman, jurist Jonas Stenmo, jurist och förhandlare Mikael Roos, chefsjurist Dan Holke och ombudsman Michael Jensen. Jag vill rikta ett stort tack till dem för att de tog sig tid att svara på mina intervjufrågor. De många intressanta och värdefulla synpunkter som framkom genom intervjuerna har varit till stor hjälp och av stor betydelse vid uppsatsskrivandet.

Jag vill även tacka min handledare Birgitta Nyström för all den inspiration och hjälp hon givit, samt den kunskap hon delat med sig av.

Stort tack till Ingela Malmberg som inspirerat till uppsatsämnet samt givit mig möjligheten att få inblick i hur affärsjurister praktiskt arbetar med de frågor som examensarbetet behandlar.

Jag vill även ta tillfället i akt och tacka min familj som varit ett stort stöd under hela utbildningen. Ett särskilt tack riktas till min mamma och min sambo Henrik som båda bidragit med intressanta synpunkter och diskussioner samt korrekturläst hela uppsatsen.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
Företagsöverlåtelsedirektivet /Direktivet	Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Proposition
PTK	Privattjänstemannakartellen
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
1977 års överlåtelsedirektiv	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
1998 års ändringsdirektiv	Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter

1 Inledning

Föreligger en verksamhetsövergång i enlighet med definitionen i företagsöverlåtelsedirektivet¹? Är tillämpningskriteriet som innebär en övergång av en ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet uppfyllt? Det bör vara vanligt förekommande frågor då det i en verksamhet sker ett byte av arbetsgivare.

Ovanstående frågor är centrala för bedömningen om en övergång av en verksamhet i enlighet med företagsöverlåtelsedirektivet och svensk lag föreligger. Om en verksamhetsövergång *inte* är för handen erhåller arbetstagarna inte det skydd direktivet och svensk lag föreskriver, såsom exempelvis att deras anställningsavtal automatiskt ska övergå från överlåtaren till förvärvaren av verksamheten. Enligt svensk rätt är överlåtaren och förvärvaren, om en verksamhetsövergång föreligger, solidariskt ansvariga gentemot arbetstagarna avseende ekonomiska förpliktelser hänförliga till tiden innan övergången. Vidare inräknas vid beräkning av arbetstagarnas anställningstid deras anställningstid hos överlåtaren, vilket är positivt för arbetstagarna vid eventuella senare uppsägningar på grund av arbetsbrist hos förvärvaren. Det långtgående skydd direktivet och i sin tur svensk lag innebär för arbetstagare om en verksamhetsövergång är för handen, utgör i flera fall ett incitament för arbetsgivare att försöka kringgå reglerna. Förvärvaren kan exempelvis vara av uppfattningen att denne inte kan sysselsätta samtliga arbetstagare överlåtaren har anställda i verksamheten som ska övergå. Det är tidskrävande och kostsamma processer för arbetsgivare att överta samtliga arbetstagare för att i nästa led vidta uppsägningar av arbetstagare som inte kan sysselsättas.

För att bedöma om en verksamhetsövergång är för handen ska en helhetsbedömning företas, och flera kriterier ska beaktas och vägas. Ett av dessa kriterier är förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren. Detta kriterium är av central betydelse både för bedömningen om den verksamhet som övergår till förvärvaren, det vill säga själva föremålet för övergången, är att betrakta som en ekonomisk enhet samt för bedömningen om den ekonomiska enheten bibehållit sin identitet.

Kriteriet förvärvarens övertagande av personal har föranlett många frågor och flera rättsfall både i EG-domstolen och i Arbetsdomstolen (AD). En av anledningarna till problematiken avseende det specifika kriteriet kan vara att det både utgör ett rättsfaktum och en rättsföljd. Vad innebär kriteriet? När är det uppfyllt? Hur stor roll spelar detta kriterium i en helhetsbedömning? Kan man kringgå kriteriet? Det är just detta specifika kriterium och problematiken kring det som denna uppsats avser att belysa och utreda.

¹ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

1.1 Syfte, frågeställningar och tes

Syftet med denna uppsats är att utreda och redogöra för innebörden och betydelsen av kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren vid bedömningen av om en verksamhetsövergång föreligger. Jag avser också att undersöka om ovan nämnt kriterium kan användas av arbetsgivare respektive arbetstagare för att påverka bedömningen om en verksamhetsövergång är för handen. Mitt syfte är att belysa reglerna ur en svensk kontext. Jag utgår från både EG-rätt samt svensk rätt för att uppfylla detta syfte.

Mina frågeställningar lyder som följer. 1) Vad innebär, vid verksamhetsövergång, kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka? 2) Vilken betydelse har kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka vid bedömningen av om en verksamhetsövergång föreligger? 3) Kan parterna, tillsammans eller enskilt, genom att reglera antalet arbetstagare som omfattas av en övergång påverka utgången i bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger med avseende på kriteriet?

Jag avser även att koppla denna uppsats till en tes, vilken jag ska försöka verifiera respektive falsifiera med hjälp av det material jag presenterar. Min tes är följande: kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka, vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger, uppfyller *inte* det arbetstagar skydd som företagsöverlåtelsedirektivet (se ingressen, skäl 3) avser att uppnå.

Tesen är intressant i sammanhanget då det kan diskuteras om detta enskilda kriterium, som dock bör ses som en del i en helhet, kan anses korrespondera mot företagsöverlåtelsedirektivets syfte att skydda arbetstagare vid byte av arbetsgivare. Exempelvis kan det ifrågasättas om syftet uppnås om det visar sig att kriteriet i fråga är svårt att uppfylla eller lätt att kringgå av arbetsgivare.

1.2 Avgränsningar

Med anledning av ovan redovisade frågeställningar samt omfattningen av denna uppsats är vissa avgränsningar nödvändiga. Jag avser inte att närmare undersöka begreppet övergång, då denna uppsats fokuserar på förvärvarens eventuella övertagande av personalstyrka från överlåtaren. Vidare kommer jag inte heller att lägga vikt vid att utförligt definiera begreppen företag, verksamhet och del av verksamhet. Anledningen är att det ligger i utkanten av det jag har valt att fokusera på. En översiktlig definition ges dock i avsnitt 3.2.1. Då denna uppsats, som ovan nämnts, fokuserar på kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka oavsett verksamhetens art kommer jag inte att behandla problematiken angående myndighetsutövning och problematiken avseende insolvensförfaranden. Vidare kommer inte rättsverkningar avseende kollektivavtal, information och samråd samt tiden innan företagsöverlåtelsedirektivet trädde i kraft att behandlas. Slutligen

kommer jag inte att undersöka problematiken avseende gränsöverskridande verksamhetsövergångar. Detta med anledning av att jag belyser reglerna ur en svensk kontext.

Med denna uppsats avser jag inte att huvudsakligen fokusera på rättsverkningarna som inträder om en verksamhetsövergång föreligger. Jag kommer dock att kort och övergripande nämna de centrala bestämmelserna i företagsöverlåtelsedirektivet samt mer ingripande diskutera partsväxlingsmodellen och uppsägningsförbudet som företagsöverlåtelsedirektivet medför. Även möjligheten för arbetstagare att stanna kvar hos överlåtaren kommer att diskuteras. Anledningen till att detta diskuteras närmare är att det har ett nära samband med kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka.

1.3 Metod och material

Jag har valt att tillämpa den rättsdogmatiska metoden. Denna metod innebär att jag, för att besvara och diskutera mina frågeställningar, använder mig av EG-rättsliga direktiv och svensk lag, svenska förarbeten, rättspraxis från EG-domstolen och AD samt doktrin. Den rättsdogmatiska metoden tar sin utgångspunkt i rättskällorna, och besvarar frågan vad som ingår i gällande rätt (de lege lata). Då jag i huvudsak avser att undersöka vad gällande rätt innehåller anser jag denna metod bäst lämpad.

I kombination med den rättsdogmatiska metoden avser jag också att använda mig av empiri, i begränsad omfattning, i form av intervjuer. Mitt syfte med intervjuerna är att få insikt i hur man praktiskt arbetar med och resonerar kring ämnet uppsatsen behandlar. Framförallt är min förhoppning att intervjuerna kan bidra med värdefulla kunskaper angående hur man vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger resonerar kring betydelsen av kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka. Vidare är det intressant att belysa om operativt verksamma jurister och ombudsmän beaktar uppsägningsmöjligheter och begränsningsmöjligheter för att påverka om ett byte av arbetsgivare är att klassificera som en verksamhetsövergång.

Jag har valt att intervjua fem operativt verksamma jurister och en ombudsman (med arbetsrättskompetens); två arbetstagarrepresentanter, två arbetsgivarrepresentanter verksamma inom arbetsgivarorganisationer och två advokater vid advokatbyråer. De två intervjupersonerna vid advokatbyråerna är även dem att anse som företrädare för arbetsgivarperspektivet, dock anses de inta en annan roll än arbetsgivarrepresentanterna verksamma inom arbetsgivarorganisationerna. Anledningen till detta är att de intar en rådgivande funktion gentemot sina uppdragsgivare på ett tidigare stadium i ärenden avseende verksamhetsövergång. Det kan noteras att samtliga intervjupersoner är genom sitt arbete väl insatta i ämnet som uppsatsen behandlar.

Dan Holke, chefsjurist på LO-TCO Rättsskydd, är en av intervjupersonerna som representerar arbetstagarperspektivet. LO-TCO Rättsskydd är ett bolag inriktat på att driva domstolsprocesser inom bland annat arbetsrätt. De ägs till 90 % av LO och 10 % av TCO. Deras uppdragsgivare är i huvudsak LO, TCO, LO-förbunden och TCO-förbunden.² Den andre som representerar arbetstagarperspektivet är *Michael Jensen*, ombudsman på Ledarna. Ledarna är en arbetstagarorganisation vars medlemmar är chefer. Ledarna tillhör ingen facklig centralorganisation, men ingår i PTK (Privattjänstemannakartellen), och är politiskt obundet.³ *Jonas Stenmo*, jurist på Almega, är en av personerna som representerar arbetsgivarperspektivet. Almega är en organisation för tjänsteföretagare i Sverige. Sju arbetsgivarförbund, som representerar olika branscher, bildar Almega.⁴ *Mikael Roos*, jurist på Svensk Handel, är den andre intervjupersonen som representerar arbetsgivarperspektivet. Svensk Handel är en del av Svenskt Näringsliv (precis som arbetsgivarförbunden inom Almega). Organisationen arbetar med arbetsgivarfrågor och företräder företag inom parti- och detaljhandeln.⁵ Slutligen har jag intervjuat två fristående advokater. Dels *Johan Sigeman* som arbetar på advokatbyrån Sigeman & Co, vilket är en affärsjuridisk byrå. Byråns uppdragsgivare är främst medelstora och större företag, organisationer och myndigheter.⁶ Dels *Anders Elmér*, som arbetar på advokatbyrån Elmszell. Denna advokatbyrå är en nischbyrå med inriktning på arbetsrätt. Deras uppdragsgivare består av företag, myndigheter och organisationer.⁷

Anledningen till att jag valt att intervju personerna ovan är att de utifrån deras profession företräder olika synvinklar vid frågor om verksamhetsövergång, och jag därmed kan få flera olika perspektiv på ämnet. Genom att just intervju dessa personer avser jag att skapa balans mellan de olika perspektiven och lyfta fram ämnets problematik ur olika synvinklar. Urvalet av personerna ovan har gjorts med hjälp av min handledare Birgitta Nyström, som hänvisade mig till fyra av ovanstående personer. Ytterligare två personer rekommenderades jag att ta kontakt med, vilka i sin tur av olika skäl hänvisade mig vidare till deras kollegor. Då det rör sig om sex intervjupersoner kan intervjuerna endast fungera som exempel på hur operativt verkamma jurister och ombudsmän uppfattar och resonerar kring problematiken.

Intervjuerna har gått till på följande sätt. Samtliga intervjupersoner har fått intervjufrågorna, se bilaga A, skickade till sig via e-mail. De har därefter fått tid att läsa frågorna och fundera kring dem. Efter några dagar har jag sedan kontaktat intervjupersonerna via telefon och de har förklarat sin syn på ämnet och vi har diskuterat frågorna. Intervjuerna har ägt rum under oktober

² <http://www.fackjuridik.com/>, 2008-10-24.

³ <http://www.ledarna.se/web/showpage.do?path=%2Fpublicabout%2Fpublicfaq#centralorganisation>, 2008-10-10.

⁴ http://www.almega.se/Templates/T_2.asp?PN=887109, 2008-10-10.

⁵ <http://www.svenskhandel.se/Default.asp>, 2008-10-10.

⁶ <http://www.sigeman.se/byran/byran.html>, 2008-10-10.

⁷ <http://www.elmszell.se/object.php?obj=a0000c>, 2008-10-10.

månad 2008. Då en av intervjupersonerna som företräder arbetstagar sidan har bett om att få vara oidentifierad då svaren från intervjun redovisas, kommer intervjuresultaten från de båda intervjuade arbetstagarrepresentanterna att redovisas gemensamt.

Det sedvanliga rättskällematerialet och intervjuerna kommer, utöver vad som stadgats ovan, även att användas empiriskt i bemärkelsen att detta material kommer att ligga till grund för en argumentation för verifiering respektive falsifiering av tesen i uppsatsen. Uppsatsen kommer att belysa inte bara vad gällande rätt innebär, utan också om direktivets syfte uppfylls.

Då denna uppsats behandlar både EG-rätt och svensk rätt är det viktigt att uppmärksamma metodiska skillnader mellan dessa båda system. Det bör inledningsvis uppmärksammas att språksvårigheter kan uppkomma vid hantering av EG-rättsligt material, vilket kan leda till missförstånd. I denna uppsats utgår jag främst från EG-rättsligt material på svenska, med visst kompletterande material på engelska. Jag vill här inledningsvis påpeka att jag använder begreppen överlåtelse och övergång synonymt. Detta med anledning av att de båda begreppen används i samma bemärkelse i svensk rätt, överlåtelse används i den svenska språkversionen av företagsöverlåtelsedirektivet medan övergång används i bland annat LAS (Lagen (1982:80) om anställningsskydd). Vidare kan noteras att i svensk rätt, till skillnad från EG-rätten, betraktas förarbeten som en viktig rättskälla vid lagtolkning. De svenska förarbetena får dock inte styra tolkningen av EG-rätten. Det bör även lyftas fram att EG-domstolen använder bland annat ingresserna i direktiven som vägledning vid tolkning av direktiven. Både EG-domstolen och AD spelar betydelsefulla roller vid tolkning av direktiv respektive lag då de utgör de högsta uttolkarna av rätten på respektive område. Det är dock viktigt att ha i åtanke att AD tolkar svensk lag i ljuset av EG-rätten, då EG-rätten är överordnad nationell svensk rätt. Att notera är att båda domstolarna tillämpar den teleologiska tolkningsmetoden.⁸

Mitt material består dels av direktiv, lag, svenska förarbeten och rättspraxis från EG-domstolen och AD. De refererade rättsfallen från de båda domstolarna fyller en viktig funktion på området, då domstolarna tolkar rätten och avser att skapa förutsebarhet, och ges därför särskild tyngd. Det är viktigt att notera att de båda domstolarna inte är bundna av sina tidigare avgöranden, dock kan det återigen påpekas att AD måste beakta EG-domstolens domar.⁹ Det är vidare viktigt vid arbete med rättspraxis att fundera över hur generella slutsatser som kan dras av ett avgörande samt vilket prejudikatvärde avgörandet har. Ytterligare en sak att beakta och ta ställning till är om äldre rättspraxis är överspelad av nyare, till exempel på grund av att den utgår från äldre direktiv- eller lagtext.

Jag använder mig också av doktrin som redogör, diskuterar och analyserar gällande rätt avseende aktuellt ämne. Min huvudsakliga litteratur består av

⁸ Nyström (1999), s. 183 ff.

⁹ Nyström (1999), s. 188 f.

Anställningen vid verksamhetsövergång (2004) av Mulder, *EU och arbetsrätten* (2002) av Nyström, *Anställningsskydd kommentar till anställningsskyddslagen* (2006) av Lunning och Toijer, *EC employment law* (2006) av Barnard samt *Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet, ur Festskrift till Hans Stark* (2001) av Nordström. Vidare kommer jag att använda mig av information från flera artiklar hämtade ur *Lag & Avtal*, Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet samt *Common Market Law Review*. Slutligen använder jag intervjumaterial, vilket diskuterats ovan.

Ovan nämnda böcker är författade av personer som är att betrakta som neutrala och opartiska, vilket innebär att de inte är förespråkare för arbetsgivar- respektive arbetstagarintressen. Jag anser att dessa böcker är relevanta och aktuella för att utreda frågeställningarna i uppsatsen.

1.4 Disposition

I följande kapitel följer en bakgrund innehållande direktivets bakgrund, utveckling och syfte, dess centrala bestämmelser samt implementeringen av det i svensk rätt. I kapitel tre redogör jag för övertagandeobjektet, det vill säga sammanhanget som kriteriet kan placeras in i och dess roll i helheten. I därpå följande kapitel redogör jag specifikt för kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka, varpå även relevant rättspraxis diskuteras utförligt. Kapitel fem innehåller en redogörelse för partsväxlingsmodellen, möjligheten att begränsa omfattningen av den verksamhet som eventuellt övergår, arbetstagares rätt att motsätta sig en övergång samt uppsägningsförbudet. I kapitel fyra och fem redovisas vidare resultaten från genomförda intervjuer. Slutligen avser jag att analysera och diskutera det material som förts fram i uppsatsen samt försöka dra relevanta slutsatser utifrån det. Jag kommer även att diskutera och kommentera hur materialet förhåller sig till tesen jag nämnt ovan under avsnitt 1.1.

2 Bakgrund

Detta kapitel syftar till att ge läsaren en bakgrund till och en överblick av reglerna avseende verksamhetsövergång. Härav beskrivs kortfattat bakgrunden till, utvecklingen av och syftet med företagsöverlåtelsedirektivet. Vidare redogörs det översiktligt för direktivets materiella innehåll. Slutligen redogörs för implementeringen av reglerna i svensk rätt.

2.1 Företagsöverlåtelsedirektivets bakgrund, utveckling och syfte

År 1977 antog rådet det ursprungliga överlåtelsedirektivet¹⁰. Det gjordes mot bakgrund av att kommissionen några år tidigare i ett socialt handlingsprogram tilldelats uppgiften att komma med förslag avseende stärkt anställningstrygghet för arbetstagare. Överlåtelsedirektivet gav upphov till många frågor och flera rättsfall från EG-domstolen, och för att försöka klarlägga rättsläget framlade kommissionen två rapporter som sedermera mynnade ut i ett ändringsdirektiv 1998 samt ett helt nytt direktiv 2001. 1998 års ändringsdirektiv¹¹ innebar i stor utsträckning endast en kodifiering av den rättspraxis som utvecklats över åren. För att skapa klarhet och överskådlighet antogs det nu gällande företagsöverlåtelsedirektivet (år 2001). Företagsöverlåtelsedirektivet från 2001 medför inget nytt i sak i förhållande till 1998 års ändringsdirektiv, utan är endast en konsoliderad och kodifierad version.¹²

Företagsöverlåtelsedirektivet är ett tvingande minimidirektiv till arbetstagarnas fördel, vilket innebär att mer gynnsamma bestämmelser för arbetstagare får förekomma på nationell nivå.¹³ Direktivet är tillämpligt, enligt artikel 1, vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion. Med överlåtelse förstås överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet. Direktivet ska tillämpas på både offentliga och privata företag som bedriver ekonomisk verksamhet, med eller utan vinstsyfte. Genom EG-domstolens tolkning har företagsöverlåtelsedirektivet givits ett vidsträckt tillämpningsområde. Det

¹⁰ 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.

¹¹ Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

¹² Mulder (2004), s. 115 ff., 158, 160 f. och Barnard (2006), s. 619 f. och Nyström (2002), s. 255 f.

¹³ Art 8, företagsöverlåtelsedirektivet.

bör noteras att för att företagsöverlåtelsedirektivet ska vara tillämpligt krävs ett byte av arbetsgivare, och inte endast ett ägarbyte. Det krävs även att verksamheten eller den del av verksamheten som ska övergå ligger inom fördragets territoriella räckvidd. Se artikel 1 punkten 2 i direktivet.¹⁴

Företagsöverlåtelsedirektivet är inte tillämpligt på sjögående fartyg samt en administrativ omorganisation av offentliga förvaltningsmyndigheter eller en överlåtelse av administrativa funktioner mellan offentliga förvaltningsmyndigheter. Se artikel 1 punkterna 1 c och 3 i direktivet.

Enligt ingressen, skäl 3, i företagsöverlåtelsedirektivet är syftet med direktivet att skydda arbetstagare vid byte av arbetsgivare, särskilt för att säkerställa att deras rättigheter skyddas. Det innebär att arbetstagare ska få behålla sina arbeten på samma villkor hos den nye arbetsgivaren. Viktigt att notera är att det är arbetstagare som har anställning i den verksamhet som överläts vid tidpunkten för övergången som åtnjuter skydd enligt företagsöverlåtelsedirektivet. Det är också viktigt att uppmärksamma att begreppet arbetstagare bestäms i nationell rätt, vilket framgår av artikel 2 punkten 1 d. Direktivet syftar vidare till en viss harmonisering av medlemsstaternas lagstiftningar, det är dock inte meningen att uppnå en enhetlig skyddsnivå inom hela EU. Den partiella harmoniseringen innebär att skillnaderna mellan medlemsstaterna ska minskas genom att det skydd arbetstagare har enligt nationell rätt ska utvidgas till att även omfatta verksamhetsövergångar.¹⁵

2.2 Företagsöverlåtelsedirektivets materiella innehåll i korthet

Företagsöverlåtelsedirektivet innehåller tre centrala materiella delar. Den första är artikel 3 som innebär att arbetstagarnas anställningsavtal som huvudregel ska övergå från överlåtaren till förvärvaren (automatisk övergång). Detta inkluderar att förvärvaren är skyldig att under en övergångsperiod tillämpa villkoren i det kollektivavtal som gällde för arbetstagarna då de var anställda hos överlåtaren. Se artikel 3 punkten 3. Den andra är artikel 4 som förklarar att övergången i sig inte får utgöra uppsägningsgrund. Den tredje är artiklarna 6 respektive 7 som berör arbetstagarrepresentanternas ställning samt skyldigheten att informera och samråda med de anställda.

Artikel 3 punkten 1 föreskriver en automatisk övergång av anställningsavtalet till förvärvaren då en verksamhetsövergång är för handen. Enligt rättspraxis från EG-domstolen är överlåtelsepunkten bestämd till tiden då ansvaret att driva verksamheten övergår till

¹⁴ Mulder (2004), s. 116 f., 121 och Nyström (2002), s. 256 f. och Lunning; Toijer (2006), s. 270.

¹⁵ Mulder (2004), s. 115 f., 120 f. och Barnard (2006), s. 620, 622. Se även prop. 1994/95:102, s. 24. Observera att denna proposition avser tiden innan 1998 och 2001 års direktiv infördes.

förvärvaren. Vidare har EG-domstolen uttalat att överlåtelse­tidpunkten inte kan skjutas upp.¹⁶ Trots att ansvaret övergår på förvärvaren vid överlåtelse­tidpunkten kan medlemsstaterna välja att istället föreskriva att överlåtaren och förvärvaren ska ha ett solidariskt ansvar avseende förpliktelser som uppkommit före övergången på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden som gällde vid tidpunkten för övergången. I artikel 3 punkten 4 sägs det att ålders-, invaliditets- och efterlevandeförmåner som ligger utanför medlemsstaternas nationellt författningsreglerade socialförsäkringssystem inte inkluderas i det ovan stadgade. Denna uppräknin­g av undantag är uttömmande.¹⁷

Då företagsöverlåtelsesdirektivet är ett tvingande minimidirektiv är skyddet det ger inte styrt av parternas samtycke och vilja. Det är dock tillåtet för arbetstaga­ren att motsätta sig att dennes anställningsavtal och anställningsförhållanden övergår till ny arbetsgivare. Det med anledning av att det är varje arbetstaga­res rätt att välja vem dennes arbetsgivare ska vara. Reglerna är tvingande i den meningen att om en arbetstaga­re väljer att följa med till förvärvaren kan arbetstaga­ren inte avstå från sina rättigheter.¹⁸ Artikel 3 diskuteras även nedan, se avsnitt 5.1 och 5.3.

Artikel 4 föreskriver att uppsägningar inte får ske med anledning av övergången. Uppsägningsförbudet hindrar dock inte uppsägningar som görs av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Denna artikel diskuteras utförligare i avsnitt 5.4.

2.3 Implementeringen i svensk rätt

Mot bakgrund av att Sverige tidigare tillämpade allmänna avtalsrättsliga regler avseende partsbyte, medförde för Sveriges del inträdet i EU vissa nödvändiga lagändringar avseende verksamhetsövergångar. Ändringarna trädde i kraft 1 januari 1995. Inledningsvis kan nämnas att de svenska reglerna har utformats så att det ska framgå att det finns en tydlig koppling till EG-rätten. Då företagsöverlåtelsesdirektivet är ett tvingande minimidirektiv har de svenska reglerna försetts med en EG-spärr, vilket framgår av 4 § MBL (Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet) och 2 § LAS.¹⁹

Först kan konstateras att med arbetstaga­re avses i Sverige det arbetstaga­rbegrepp som framgår av 1 § LAS, detta i enlighet med att arbetstaga­rbegreppet enligt företagsöverlåtelsesdirektivet bestäms på nationell nivå.²⁰

¹⁶ Se Mål C-478/03 Celtec Limited REG 2005 s. I-04389 och mål C-305/94 Rotsart de Hertaing REG 1996 s. I-5927.

¹⁷ Art 3, företagsöverlåtelsesdirektivet och Barnard (2006), s. 653 ff. och Lunning; Toijer (2006), s. 286.

¹⁸ Barnard (2006), s. 661 f. och Nyström (2002), s. 272 och prop. 1994/95:102, s. 34.

¹⁹ Nyström (2002), s. 290 f., 294 och Lunning; Toijer (2006), s. 300 och prop. 1994/95:102, s. 39.

²⁰ Lunning; Toijer (2006), s. 286.

Som följd av företagsöverlåtelsedirektivet infördes 6 b § LAS, vars innehåll motsvarar artikel 3 punkterna 1-2 och 4 i direktivet. Det framgår även av 6 b § LAS att Sverige har ett vidare tillämpningsområde än företagsöverlåtelsedirektivet, då det är stadgat att även sjögående fartyg samt arbetstagare i allmän tjänst omfattas (vilket omfattar alla offentligt anställda som omfattas av LAS). Anledningen till det vidare tillämpningsområdet i svensk lag är att det inte anses finnas skäl för en särreglering. Av förarbetena framgår bland annat att regleringen ligger i linje med strävandena att så långt som möjligt ha samma arbetsrättsliga regler för hela arbetsmarknaden. 6 b § LAS är inte tillämplig på konkurser (2st). Vidare framgår det av paragrafen att överlåtare och förvärvare har ett solidariskt ansvar för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden innan övergången. Sverige har således valt att införa modellen om solidariskt ansvar för överlåtare och förvärvare, vilket är frivilligt enligt företagsöverlåtelsedirektivet. Det kan noteras att preskriptionsreglerna i LAS är tillämpliga avseende förpliktelserna. Av 6 b § LAS framgår också att arbetstagaren har en rätt att motsätta sig att dennes anställningsförhållande övergår till förvärvaren (4st), vilket medför att arbetstagaren stannar kvar hos överlåtaren och gängse regler för omplacering och arbetsbrist kan bli tillämpliga.²¹ 6 b § LAS diskuteras vidare i avsnitt 5.

Till följd av inträdet i EU infördes också ett nytt tredje stycke i 7 § LAS, vilket föreskriver att en verksamhetsövergång inte utgör saklig grund för uppsägning. Även här finns undantagsmöjligheter innebärande att uppsägningsförbudet inte hindrar uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Regleringen avseende uppsägningsförbudet utvecklas närmare i avsnitt 5.4. Ytterligare en ändring genomfördes i LAS och det i 25 § LAS. Där förtydligas det att trots att en uppsägning gjorts av överlåtaren gäller företrädesrätt till återanställning mot förvärvaren om en övergång av verksamheten, som omfattas av 6 b § LAS, skett under den tidsperiod då företrädesrätt till återanställning föreligger.²²

I MBL genomfördes också vissa förändringar avseende information till och samråd med arbetstagarna, se 13 § MBL. Förhandlingsskyldigheten enligt 13 § MBL utökades på så sätt att om en arbetsgivare inte är bunden av något kollektivavtal är denne skyldig att ta initiativ till förhandling enligt 11 § MBL med alla berörda arbetstagarorganisationer i frågor som rör övergång av verksamhet. Vidare infördes i 28 § MBL ett nytt tredje stycke motsvarande företagsöverlåtelsedirektivet artikel 3 punkten 3 (se ovan avsnitt 2.2), men med en tidsbegränsning om ett år. Innebörden av 28 § tredje stycket MBL är således att om den förvärvande arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal som kan tillämpas på de arbetstagare som övergår, är denne trots det skyldig avseende de övertagna arbetstagarna att under ett år från övergången tillämpa anställningsvillkoren i det kollektivavtal som

²¹ Nyström (2002), s. 292 och Lunning; Toijer (2006), s. 289, 296 f., 299 och prop. 1994/95:102, s. 49, 81.

²² Nyström (2002), s. 292 f. och Lunning; Toijer (2006), s. 482 f.

gällde för den överlåtande arbetsgivaren. Undantaget är om det övertagna kollektivavtalets giltighetstid löpt ut dessförinnan eller om ett nytt kollektivavtal börjat gälla.²³

Som ovan nämnts är de svenska reglerna införda mot bakgrund av företagsöverlåtelsedirektivet och ska därmed ses och tolkas i ljuset av detta.

²³ Nyström (2002), s. 293 f. och Glavå (2001), s. 372.

3 Övertagandeobjektet

I detta kapitel redogörs för kontexten som kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren återfinns i. För att avgöra om företagsöverlåtelsedirektivet kan tillämpas måste det undersökas om de formella förutsättningarna för tillämpning är uppfyllda. De tre tillämplighetskriterierna framgår av artikel 1 företagsöverlåtelsedirektivet. Det ska röra sig om en övergång i direktivets mening (byte av arbetsgivare), föremålet för övergången ska vara en ekonomisk enhet och denna ekonomiska enhet ska behålla sin identitet efter övergången. Vad som menas med en övergång är en fråga om formen för själva övergången, vilket jag inte avser att behandla närmare i denna uppsats. Däremot avser jag att i detta kapitel behandla frågan om ekonomisk enhet och bibehållen identitet, det vill säga själva föremålet för övergången. Kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka faller inom ramen för föremålet för övergången.²⁴

3.1 Föremålet för övergång

Av artikel 1 punkten 1 b följer att med överlåtelse i företagsöverlåtelsedirektivets mening avses en överlåtelse av en ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet. Detta oavsett om denna verksamhet utgör huvud- eller sidoverksamhet. Vad detta närmare innebär har uttolkats av EG-domstolen i flera mål. Det kan inledningsvis noteras att denna precisering av överlåtelsebegreppet som man ser i 2001 års företagsöverlåtelsedirektiv, utifrån EG-domstolens avgöranden, inte har för avsikt att ändra direktivets räckvidd i förhållande till tidigare.²⁵

I ett tidigt rättsfall, *Spijkers*²⁶, hade EG-domstolen att bedöma företagsöverlåtelsedirektivets räckvidd vad avser föremålet för övergången och vad som krävs i detta avseende för att direktivet ska bli tillämpligt. Mer specifikt hade EG-domstolen att bedöma hur föremålet för en övergång ska identifieras. Domstolen angav för detta ändamål sju kriterier:

1. arten av företag eller verksamhet,
2. huruvida materiella tillgångar har övertagits,
3. värdet av övertagna immateriella tillgångar vid tidpunkten för övergången,
4. huruvida huvuddelen av personalstyrkan avseende såväl antal som kompetens har övertagits av förvärvaren,
5. huruvida kunder övertagits,
6. graden av likhet mellan verksamheten före och efter övergången,

²⁴ Mulder (2004), s. 144.

²⁵ Prambeln p. 8, företagsöverlåtelsedirektivet.

²⁶ Mål C-24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119.

7. hur länge ett eventuellt avbrott i verksamheten har varat.

EG-domstolen yttrade att det alltid ska göras en helhetsbedömning och att man inte kan se de enskilda kriterierna isolerat från varandra.²⁷ Ovan nämnda kriterier är inte uttömmande. Vidare är det viktigt att uppmärksamma att parterna inte kan förfoga över kriterierna, det vill säga parterna kan inte bestämma vilka omständigheter som ska beaktas vid en helhetsbedömning.²⁸

Ovan nämnda så kallade Spijkerskriterier ska tas i beaktande för att bedöma om en ekonomisk enhet övergått och om denna enhet bevarat sin identitet efter övergången. Det är viktigt att notera att det är två separata bedömningar som ska göras, som dock är avhängiga av varandra; dels om det är en ekonomisk enhet som övergått och dels om enheten bevarat sin identitet efter övergången. Domstolen uttrycker inte detta tydligt i *Spijkers*-målet, där de endast uttalar att det som övergått ska vara att klassificera som en "going concern".²⁹ Först i målet *Liikenne*³⁰ gör EG-domstolen klart att det rör sig om två skilda bedömningar. Spijkerskriterierna kan delas upp så att de fem första kriterierna avser bedömningen om en ekonomisk enhet övergått till förvärvaren, medan punkterna sex och sju avser bedömningen om verksamheten bevarat sin identitet efter övergången.³¹

3.2 Ekonomisk enhet

En ekonomisk enhet kan anses bestå av delarna företag och verksamhet, organiserad gruppering av tillgångar samt syftet ekonomisk verksamhet. Nedan görs en redogörelse för dessa begrepp. Ett särskilt avsnitt finns för offentlig verksamhet då den till viss del är undantagen från företagsöverlåtelsedirektivet, men omfattas av LAS. Avseende offentlig verksamhet föreligger vissa specifika fakta som är intressanta att belysa separat. Jag vill påminna läsaren om att då en bedömning avseende om en ekonomisk enhet föreligger görs alltid en helhetsbedömning, för ekonomisk enhet utgår denna från de fem första kriterierna som slogs fast av EG-domstolen i *Spijkers*-målet (se ovan avsnitt 3.1).

3.2.1 Begreppen företag och verksamhet

För att företagsöverlåtelsedirektivet ska kunna bli tillämpligt krävs det att en ekonomisk enhet övergår från överlåtaren till förvärvaren. Av artikel 1 punkterna 1 a och b framgår det att det ska röra sig om ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet. Avseende nämnda begrepp finns det ingen EG-rättslig definition och det är relativt meningslöst att försöka definiera skillnaderna mellan de olika begreppen då

²⁷ Mål C-24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, p. 13.

²⁸ Mulder (2004), s. 136.

²⁹ Mål C-24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, p. 12.

³⁰ Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, p. 31-34.

³¹ Mulder (2004), s. 133 f., 144.

samtliga omfattas av direktivet. Begreppen utgör således den yttre ramen för vad som omfattas av företagsöverlåtelsedirektivet. Det är viktigt att påpeka att begreppen är EG-rättsliga begrepp innebärande att nationell rätt inte genom att definiera begreppen kan undgå tillämpligheten av direktivet. Det kan konstateras avseende definitionen av begreppet verksamhet, som anses vara ett vidare begrepp än företag, att det har en mer vidsträckt innebörd än det allmänna förmögenhetsrättsliga verksamhetsbegreppet. Vad som i det enskilda fallet faller inom begreppet ekonomisk enhet är en bedömning som nationella domstolar får göra, men EG-domstolen har här angett att de nationella domstolarna måste göra EG-rättsliga bedömningar.³²

3.2.2 Offentlig verksamhet

Företagsöverlåtelsedirektivet omfattar både offentliga och privata företag som bedriver ekonomisk verksamhet oavsett vinstsyfte. En administrativ omorganisation av offentliga förvaltningsmyndigheter eller en överlåtelse av administrativa funktioner mellan offentliga förvaltningsmyndigheter omfattas inte, vilket framgår av direktivet artikel 1 punkten 1 c. Förtydligandet infördes i 2001 års företagsöverlåtelsedirektiv och innebär en kodifiering av EG-domstolens tidigare rättspraxis. Det bör poängteras att de två ovan nämnda undantagen ska tolkas restriktivt.³³

Det kan konstateras att myndighetsutövande funktioner inte omfattas av företagsöverlåtelsedirektivet, då det inte är fråga om någon ekonomisk aktivitet. Det är osäkert hur omfattande den myndighetsutövande verksamheten måste vara för att verksamheten i fråga ska undantas från direktivets tillämpningsområde. En verksamhet kan innehålla både myndighetsutövande moment samt andra aktiviteter med ekonomiskt syfte dock utan vinstsyfte. Så länge den ekonomiska verksamheten är underordnad är direktivet inte tillämpligt. Man bör ha i åtanke att EG-domstolen tolkar företagsöverlåtelsedirektivet vidsträckt.³⁴

Av målet *Kommissionen mot Storbritannien*³⁵ framgår att medlemsstaterna inte kan välja att undanta offentlig verksamhet från företagsöverlåtelsedirektivets tillämpningsområde. I målet yttrade domstolen att verksamheter ska innefatta en ekonomisk aktivitet för att omfattas av direktivet, men att detta inte betyder att verksamheterna behöver drivas i vinstsyfte. Vidare framgår av målet *Redmond Stichting*³⁶ att företagsöverlåtelsedirektivet omfattar verksamheter som drivs såväl i offentlig som privat regi. I *Henke*-målet³⁷ slogs de numera kodifierade undantagen fast. I *Liikenne*-målet³⁸ slogs vidare fast att

³² Mulder (2004), s. 173 ff.

³³ Mulder (2004), s. 179 f., 185.

³⁴ Nyström (2002), s. 265 ff.

³⁵ Mål C-382/92 Kommissionen mot Storbritannien ECR 1994 s. I-2435, p. 44-47.

³⁶ Mål C-29/91 Dr Sophie Redmond Stichting ECR 1992 s. I-3189, p. 17.

³⁷ Mål C-298/94 Henke REG 1996 s. I-4989, p. 13-15, 17-18.

³⁸ Mål C-172/99 Liikenne REG 2001 s. I-745, p. 22, 25.

företagsöverlåtelsedirektivet kan vara tillämpligt trots att direktivet om offentlig upphandling är tillämpligt.³⁹

Det bör upprepas och förtydligas att direktivet är tillämpligt på överlåtelser av offentliga verksamheter då de syftar till en ekonomisk verksamhet. Som utvecklas nedan, se avsnitt 3.2.4, ska begreppet ekonomisk verksamhet tolkas vidsträckt.⁴⁰

Som nämnts tidigare, se under avsnitt 2.3, har Sverige valt ett vidare tillämpningsområde i 6 b § LAS avseende offentliga verksamheter. Om reglerna är tillämpliga bestäms av om arbetstagarna omfattas av LAS och inte som i företagsöverlåtelsedirektivet av om det bedrivs en ekonomisk verksamhet.⁴¹ Enligt förarbetena ska både övergång av förvaltningsuppgifter samt övergång av myndighetsutövning omfattas av 6 b § LAS.⁴² Det sagda bekräftas även av AD i *Lantmäteri*-målet⁴³. AD menade här att även då det gäller övergång av offentlig verksamhet i enlighet med LAS måste det vara fråga om en övergång i enlighet med företagsöverlåtelsedirektivet och den rättspraxis som utarbetats av EG-domstolen. Mulder menar att AD med detta avser att en helhetsbedömning måste göras för att avgöra direktivets tillämplighet och att offentliga verksamheter inte ska särbehandlas i detta avseende. Det innebär med andra ord att en övergång av offentlig verksamhet som ligger utanför företagsöverlåtelsedirektivets område men inom tillämpningsområdet för LAS inte automatiskt ska innebära att en verksamhetsövergång är för handen, utan att man även här ska följa den struktur som utarbetats inom EU.⁴⁴ Det kan dock påpekas att AD i *Lantmäteri*-målet samt *Invandrarverket II*-målet⁴⁵ uttalade att då det rör sig om en offentlig verksamhet som faller utanför direktivet bör de kriterier i den av EG-domstolen uppdragna helhetsbedömningen som tar sikte på förhållanden av ekonomisk natur tillmätas mindre betydelse. Såsom exempelvis huruvida kunder övertagits och övertagandet av immaterialrättsliga tillgångar.⁴⁶ Nyström menar att de svenska implementeringsbestämmelserna inte endast innebär ett mer vidsträckt arbetstagskydd i bemärkelsen att alla offentliganställda omfattas av lagstiftningen, utan också en utvidgning av själva överlåtelsebegreppet.⁴⁷ Den helhetsbedömning som alltid ska göras blir något modifierad vid applikation på offentliga verksamheter som faller utanför företagsöverlåtelsedirektivets tillämpningsområde.

³⁹ Angående rättsfallen se även Mulder (2004), s. 180 ff.

⁴⁰ Nyström (2002), s. 266.

⁴¹ Lunning; Toijer (2006), s. 286.

⁴² Prop. 1994/95:102, s. 49.

⁴³ AD 1998 nr 121.

⁴⁴ Mulder (2004), s. 189 f.

⁴⁵ AD 1999 nr 21.

⁴⁶ AD 1998 nr 121 och AD 1999 nr 21.

⁴⁷ Nyström (2002), s. 299 f.

3.2.3 Organiserad gruppering av tillgångar

Av artikel 1 punkten 1 b följer att en ekonomisk enhet utgörs av en organiserad gruppering av tillgångar. Vad detta innebär har varierat i rättspraxis över tiden, man talar ibland om pre-Süzen⁴⁸ och post-Süzen. Barnard menar att pre-Süzen tittade EG-domstolen i sin bedömning på om aktiviteten (arbetsuppgifterna) i verksamheten övertagits av förvärvaren, det hon benämner ”the labour law approach”. Post-Süzen undersöker EG-domstolen istället om tillgångar överförts till förvärvaren, det Barnard benämner ”the commercial approach”. Författaren menar att ”the labour law approach” i större utsträckning än ”the commercial approach” leder till att en verksamhetsövergång i företagsöverlåtelsedirektivets mening är för handen.⁴⁹

”The labour law approach”, pre-Süzen, innebär således att EG-domstolen i sin bedömning fokuserar på om arbetsuppgifterna övergått till förvärvaren. Detta är särskilt tydligt i det uppmärksammade *Schmidt*-målet⁵⁰. EG-domstolen yttrade i målet att det avgörande kriteriet för om en verksamhetsövergång föreligger är om verksamhetens identitet bevaras som en ekonomisk enhet, vilket man i målet kunde se genom att beakta om samma eller liknande verksamhet fortsatte eller återupptogs av förvärvaren. Domstolen menade vidare att avsaknaden av överföring av tillgångar inte ensamt uteslöt företagsöverlåtelsedirektivets tillämplighet.⁵¹ *Schmidt*-målet har kritiserats flitigt. Bland annat har kritiken inneburit att det ansetts att EG-domstolen genom avgörandet övergav den flexibilitet som givits genom *Spijkers*-domen. Kritiken innebar i korthet att EG-domstolen gjort en alltför snäv och enkelspårig bedömning i målet, vilken skulle medföra att en verksamhetsövergång var för handen i de flesta fall.⁵² I ett senare mål, *Rygaard*⁵³, ändrade EG-domstolen sin ståndpunkt och förefaller genom detta ha avgränsat tillämpningsområdet för företagsöverlåtelsedirektivet.⁵⁴ Domstolen menade att det inte räckte att arbetsuppgifterna hos överlåtaren respektive förvärvaren var lika. De yttrade att en stabilt organiserad ekonomisk enhet, det vill säga det som ska övergå, är en verksamhet som inte kan begränsas till utförandet av ett visst arbete. Det krävs att en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gör det möjligt att stadigvarande fortsätta med verksamheten övergår.⁵⁵ I de förenade målen *Merckx och Neuhuys*⁵⁶, som kom efter *Rygaard*, återknöt EG-domstolen dock till den ståndpunkt den gett uttryck för i *Schmidt*-målet. Domstolen konstaterade återigen att avsaknaden av en övergång av tillgångar inte utesluter företagsöverlåtelsedirektivets tillämplighet. I målet handlade det om bilförsäljning och domstolen konstaterade att övergången av ett

⁴⁸ Mål C-13/95 Süzen REG 1997 s. I-1259.

⁴⁹ Barnard (2006), s. 637 f.

⁵⁰ Mål C-392/92 Schmidt ECR 1994 s. I-1311.

⁵¹ Mål C-392/92 Schmidt ECR 1994 s. I-1311, p. 16-17.

⁵² Barnard (2006), s. 639 och Garde (2002), s. 524.

⁵³ Mål C-48/94 Rygaard REG 1995 s. I-2745.

⁵⁴ Nyström (2002), s. 260 f.

⁵⁵ Mål C-48/94 Rygaard REG 1995 s. I-2745, p. 16-17, 20-21.

⁵⁶ Förenade målen C-171/94 och C-172/94 Merckx och Neuhuys REG 1996 s. I-1253.

ensamåterförsäljaravtal vars territoriella omfattning förblev densamma räckte för direktivets tillämplighet.⁵⁷

Post-Süzen, ”the commercial approach”, innebär att det inte räcker att arbetsuppgifter överförs, utan det krävs även att tillgångar överförs till förvärvaren. *Rygaard* var målet i vilket EG-domstolen slog in på detta spår, som sedermera genom *Süzen*-målet kommit att bli det dominerande betraktelsesättet avseende ekonomisk enhet.⁵⁸ Senare avdömda mål i EG-domstolen bekräftar att detta synsätt är det rådande. Se exempelvis målen *Allen*⁵⁹, *Liikenne*⁶⁰ och *Temco*⁶¹ där EG-domstolen återigen poängterar att en helhetsbedömning ska göras.

Genom *Süzen*-målet⁶² slog EG-domstolen fast att det krävs att en stabilt organiserad ekonomisk enhet övergår för att företagsöverlåtelsedirektivet ska bli tillämpligt. Denna ekonomiska enhets verksamhet får dock inte vara begränsad till utförandet av ett visst arbete. Domstolen fortsatte och förklarade att begreppet enhet avser en organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. För att göra denna bedömning ska en helhetsbedömning utifrån Spijkerskriterierna göras. EG-domstolen konstaterade vidare att en enhet inte kan reduceras till att endast avse den verksamhet som bedrivs. Enhetens identitet karaktäriseras nämligen av flera omständigheter, som exempelvis personal och driftsmetoder. EG-domstolen påpekade också att det är av stor vikt att beakta vilken typ av verksamhet det rör sig om samt se till vilka produktions- och driftsmetoder som används, då viktningen av Spijkerskriterierna med hänsyn till detta nödvändigtvis måste variera. Med detta menar domstolen att en verksamhet kan fungera utan betydande materiella respektive immateriella tillgångar. EG-domstolen förtydligar och påpekar att ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, på vissa områden där verksamheten i huvudsak baseras på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet. Om så är fallet ska det medges att en sådan enhet kan behålla sin identitet vid en övergång om förvärvaren inte inskränker sig till att fortsätta verksamheten utan även övertar huvuddelen, sett till antal och kompetens, av personalstyrkan.⁶³

Av *Süzen*-målet kan utläsas att EG-domstolen skiljer på två typer av verksamheter, nämligen personalintensiva verksamheter och materialintensiva verksamheter. Om en verksamhet betraktas som materialintensiv krävs det, för att en verksamhetsövergång i enlighet med direktivet ska föreligga, att en betydande omfattning av tillgångar ska övergå på förvärvaren. Om det å andra sidan rör sig om en

⁵⁷ Förenande målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, p. 21, 30.

⁵⁸ Barnard (2006), s. 641, 644.

⁵⁹ Mål C-234/98 *Allen* REG 1999 s. I-8643, p. 26.

⁶⁰ Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, p. 33.

⁶¹ Mål C-51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969, p. 24.

⁶² Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. I-1259.

⁶³ Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. I-1259, p. 13-15, 18, 21.

personalintensiv verksamhet krävs det, som ovan konstaterats i *Süzen*-målet, att en huvuddel av personalstyrkan sett till antal och kompetens ska övergå på förvärvaren. Det är således verksamhetens art som avgör vilken typ av tillgångar som måste övergå, för att förvärvaren ska kunna fortsätta driva verksamheten i fråga. Därav följer att bestämmandet av verksamhetens art är en avgörande bedömning. Av detta följer vidare att arbetsgivarna genom att göra en sådan bedömning, på egen risk⁶⁴, utifrån den kan avgöra företagsöverlåtelsedirektivets tillämplighet genom att bestämma vilka och hur stor omfattning av tillgångar som ska övergå till förvärvaren.⁶⁵

Det kan konstateras av ovanstående att EG-domstolen fäster olika stor vikt vid Spijkerskriterierna beroende på vilken verksamhet det handlar om. Som ovan också diskuterats skiljer man på framför allt två typer av verksamheter: personalintensiva och materialintensiva. Enligt Lunning och Toijer är det sannolikt att fler kategorier kommer att utkristalliseras med tiden för att spegla nya och skiftande förhållanden inom näringslivet.⁶⁶

AD ligger i sina avgöranden i linje med det synsätt som benämns post-*Süzen*, dock gjorde AD detta ställningstagande innan EG-domstolen konstaterat att EG-rätten skulle tolkas på detta sätt. I *Swebus III* - målet⁶⁷ från år 1995 konstaterade AD att ”verksamhet” inte är det samma som arbetsuppgifter, utan snarare att betrakta som affärsrörelse. AD uttalade i det specifika målet att utförandet av likadana arbetsuppgifter inte medförde att en verksamhetsövergång förelåg, då inga materiella tillgångar eller arbetskraft övergått vid entreprenörbytet i fråga. AD:s dom innebär att det måste föreligga en självständig ekonomisk enhet för att företagsöverlåtelsedirektivet ska aktualiseras.⁶⁸

Utifrån målen *Rygaard* och *Süzen* anser Mulder att det förefaller som om EG-domstolen genom kravet på en stabilt organiserad ekonomisk enhet uppställer ett krav på varaktighet. Med varaktighet menas då att syftet med övergången ska vara att varaktigt fortsätta med verksamheten, det vill säga att verksamheten kan fortsätta på egen hand. Därav följer att inte enbart arbetsuppgifter kan utgöra en ekonomisk enhet då de inte självständigt kan existera och utgöra en verksamhet. I samband med detta kan också lyftas fram att med stabil menas att verksamheten ska vara tillräckligt oberoende samt relativt strukturerad, också detta för att verksamheten ska kunna fortsätta efter övergången.⁶⁹

⁶⁴ Se mål C-340/01 *Abler* ECR 2003 s. I-14023.

⁶⁵ *Barnard* (2006), s. 641 ff. och *Barrett* (2005), s. 1057.

⁶⁶ *Lunning; Toijer* (2006), s. 275, 277.

⁶⁷ AD 1995 nr 163. Noteras bör att AD i detta mål avstod från att begära förhandsavgörande från EG-domstolen, då man ansåg tidigare rättspraxis från EG-domstolen gav tillräcklig vägledning. Beslutet att inte inhämta förhandsavgörande var inte enhälligt.

⁶⁸ *Mulder* (2004), s. 194 och *Lunning; Toijer* (2006), s. 284. Se även AD 1997 nr 67, AD 1997 nr 81 och AD 1998 nr 44 som bekräftar den ståndpunkt AD intog i AD 1995 nr 163.

⁶⁹ *Mulder* (2004), s. 198 f.

3.2.4 Syftet ekonomisk verksamhet

Av artikel 1 punkten 1 b framgår vidare ett ytterligare kriterium avseende ekonomisk enhet för att företagsöverlåtelsedirektivet ska vara tillämpligt. Det är att övergången ska avse en ekonomisk enhet vilken syftar till att bedriva ekonomisk verksamhet. Med ekonomisk verksamhet avses att någon ekonomisk aktivitet förekommer. Med ekonomisk verksamhet avses således inte i detta sammanhang affär eller rörelse. Genom avgöranden har EG-domstolen givit begreppet ekonomisk verksamhet en vid innebörd, såsom exempelvis professionell idrottsverksamhet inkluderas. EG-domstolen har dock konstaterat att för att det ska röra sig om en ekonomisk verksamhet krävs det att verksamheten består i att utbjuda varor eller tjänster på en viss marknad och mot en viss ersättning. Det kan noteras att det inte krävs något vinstsyfte för att en ekonomisk verksamhet ska anses föreligga. Vidare bör uppmärksammas att det inte är av avgörande betydelse om den ekonomiska verksamheten som övergår endast utgör en sidoverksamhet.⁷⁰

Det har inte uppställts några kriterier för hur en bedömning avseende om en ekonomisk verksamhet föreligger ska göras. Enligt Mulder kan man dock säga att en verksamhet med ekonomiska motiv eller överväganden som erbjuder varor eller tjänster på en viss marknad samt att verksamheten innebär någon form av risktagande talar för att ett ekonomiskt syfte föreligger och därmed även en ekonomisk verksamhet. Vidare ska den ekonomiska verksamheten för att uppfylla direktivets krav bedrivas någorlunda regelbundet, vara självständigt organiserad samt stå under viss kontroll och övervakning. Det kan noteras att finansieringsformen för verksamheten inte är av betydelse för bedömningen.⁷¹

Det kan kort uppmärksammas, som Mulder påpekat, att det inte är helt klaggjort vad det ekonomiska syftet ska ha för innebörd. Av artikel 1 punkten 1 b företagsöverlåtelsedirektivet framgår som ovan nämnts bara att syftet med den ekonomiska enhet som övergår ska vara ekonomiskt.⁷²

3.3 Bibehållen identitet

Av artikel 1 punkten 1 b företagsöverlåtelsedirektivet framgår att den ekonomiska enhet som övergår vid en verksamhetsövergång ska behålla sin identitet efter övergången. Mulder delar upp begreppet bibehållen identitet i tre stycken kriterier: aktivitetskriterium, fortsättningskriterium och likhetskriterium.⁷³ Jag vill även i detta avsnitt påminna läsaren om att det alltid ska företas en helhetsbedömning avseende om den ekonomiska enheten bibehållit sin identitet. Kriterierna sex och sju i *Spijkers*-målet tar sikte på bedömning avseende bibehållen identitet (se ovan avsnitt 3.1).

⁷⁰ Mål C-13/76 Doná ECR 1976 s. 1333, p. 12 och mål C-29/91 Dr Sophie Redmond Stichting ECR 1992 s. I-3189, p. 17, 30 och Mulder (2004), s. 205 f.

⁷¹ Mulder (2004), s. 205 ff.

⁷² Mulder (2004), s. 207.

⁷³ Mulder (2004), s. 144 f., 255.

3.3.1 Aktivitetskriteriet

Aktivitetskriteriet innebär ett krav på att verksamheten utgör en pågående enhet vid övergången, vilket brukar benämnas ”going concern”. Verksamheten ska pågå både före och efter övergången. Det medför att det inte är en verksamhetsövergång i företagsöverlåtelsedirektivets mening om en verksamhet upphör och en annan uppstår, trots att den nya verksamheten exempelvis ligger i den tidigare verksamhetens lokaler.⁷⁴ Det sagda utesluter inte att en verksamhet tillfälligt ligger nere om den återupptas med bevarad identitet. Vidare utesluts inte företagsöverlåtelsedirektivets tillämplighet på grund av att det inte finns någon personal anställd i den övergående verksamheten vid tidpunkten för övergången. Kravet på bevarad identitet kan uppfyllas ändå. Det sagda uttalas bland annat i målet *Ny Mølle Kro*⁷⁵, där domstolen påpekade att detta gör sig särskilt gällande då det handlar om säsongsbunden verksamhet. Noteras bör att standpunkten att anställd personal inte behöver förekomma vid övergången kan ifrågasättas vad avser verksamheter som baseras på arbetskraft.⁷⁶

Ovan stadgade innebär att EG-domstolen uttolkat en bred tolkningsgrund för aktivitetskriteriet, och i längden direktivets, tillämplighet. Det ställs inte särskilt höga krav för att aktivitetskriteriet ska anses uppfyllt, i princip endast att det föreligger en regelbunden aktivitet hos överlåtaren.⁷⁷ Av *Rygaard*-målet framgår vidare att den verksamhet som övergår måste vara av sådan omfattning att kontinuitet kan tryggas efter övergången. Det räcker dock att en viss del av den övergångna verksamheten fortsätter efter övergången.⁷⁸

Slutligen kan konstateras avseende aktivitetskriteriet att om verksamheten pågår vid övergången utgör detta ett kännetecken på att transaktionen faller inom tillämpningsområdet för företagsöverlåtelsedirektivet. Motsatsvis utgör ett avbrott i verksamheten vid övergången en indikation på att transaktionen inte faller inom direktivets tillämpningsområde.⁷⁹

3.3.2 Fortsättningskriteriet

Nästa kriterium är fortsättningskriteriet. Kriteriet innebär att verksamheten för att anses ha bevarat sin identitet ska fortsätta eller återupptas efter övergången av verksamheten. Detta har EG-domstolen konstaterat i flera avgöranden, där ibland det tidiga *Spijkers*-målet. Det ställs ett krav på den övergående verksamheten innebärande att den ska vara tillräckligt

⁷⁴ Mulder (2004), s. 256 och Nyström (2002), s. 259.

⁷⁵ Mål C-287/86 *Ny Mølle Kro* ECR 1987 s. 5465, p. 18-20.

⁷⁶ Mulder (2004), s. 277.

⁷⁷ Mulder (2004), s. 257, 274.

⁷⁸ Mål C-48/94 *Rygaard* REG 1995 s. I-2745, p. 21.

⁷⁹ Mål C-234/98 *Allen* REG 1999 s. I-8643, p. 33.

strukturerad och oberoende för att varaktigt kunna fortsätta trots bytet av arbetsgivare. I kravet på varaktighet ligger inte ett krav på varaktigt avtalsförhållande, utan varaktigheten avser enheten som övergår. Fortsättningskriteriet fokuserar på den faktiska fortsättningen av verksamheten i fråga, och det räcker därför inte endast med ett syfte att fortsätta. Av ovan stadgade följer att detta är ett objektiva kriterium, vilket också kan utläsas ur *Spijkers*-målet.⁸⁰ För tydlighetens skull kan konstateras att fortsättningskriteriet inte hindrar att en verksamhet tillfälligt ligger nere. Varaktigheten av nedläggningen får dock beaktas i den helhetsbedömning som företas. EG-domstolen har i skilda avgöranden godtagit att en verksamhet legat nere ungefär en månad, legat nere under jul- och nyårshelger samt legat nere under en säsong då det rör sig om säsongsverksamhet.⁸¹ AD har också i sin rättspraxis⁸² yttrat att tillfälliga avbrott i verksamheten inte hindrar tillämpligheten av 6 b § LAS.⁸³

För att kunna bedöma om verksamheten faktiskt fortsätter efter övergången och därmed om den ekonomiska enheten bevarat sin identitet krävs det att övergångstidpunkten kan fastställas. Det finns ingen klar definition av när övergångstidpunkten inträder, utan den får bestämmas utifrån en objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. Utgångspunkten får dock anses vara tidpunkten då förvärvaren övertar ledningen över den ekonomiska enheten. Ett avtal mellan arbetsgivarparterna avseende övergångstidpunkten är inte avgörande, men kan i det enskilda fallet fungera som en indikation för när övergångstidpunkten inträder. Det är viktigt att anmärka i detta sammanhang att det mellan överlåtaren och förvärvaren inte får förekomma några glapp i ansvarsfördelningen av förpliktelser.⁸⁴ Av *Allen*-målet kan man finna stöd för standpunkten att någon övergång inte skett så länge både överlåtaren och förvärvaren innehar arbetsledningsrätt, men att det arbete arbetstagarna utför ligger inom ramen för arbetskyldigheten mot överlåtaren.⁸⁵

3.3.3 Likhetskriteriet

Det tredje och sista kriteriet avseende bedömningen om en ekonomisk enhet bibehållit sin identitet utgörs av likhetskriteriet. Kriteriet innebär att det ska föreligga en likhet mellan verksamheterna som bedrevs/bedrivs både före och efter övergången. Det ska röra sig om samma eller liknande verksamhet. Vid bedömning om likhetskriteriet är uppfyllt ska det företas en helhetsbedömning där *Spijkers*kriterierna ska beaktas. Av EG-domstolens

⁸⁰ Mål C-24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, p. 10-11 och Mulder (2004), s. 260 ff. och Lunning; Toijer (2006), s. 275.

⁸¹ Se mål C-24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, mål C-287/86 *Ny Mølle Kro* ECR 1987 s. 5465 och mål C-101/87 *Bork international* ECR 1988 s. 3057.

⁸² AD 2002 nr 63.

⁸³ Mulder (2004), s. 260 ff. och Nyström (2002), s. 259.

⁸⁴ Mulder (2004), s. 264, 267 f.

⁸⁵ Mål C-234/98 *Allen* REG 1999 s. I-8643, se särskilt p. 33.

rättspraxis följer att man härvid måste beakta mer än själva arbetsuppgifterna. Det innebär att det inte endast är graden av likhet som blir avgörande för bedömningen angående bibehållen identitet. Uppmärksammas kan att likhetskriteriet inte avser mer än själva verksamheten. Slutligen kan konstateras att likhetskriteriet inte ska väga tungt i helhetsbedömningen om en ekonomisk enhet bevarat sin identitet.⁸⁶

⁸⁶ Mulder (2004), s. 268 ff. Se även de förenande målen C-171/94 och C-172/94 Merckx och Neuhuys REG 1996 s. I-1253.

4 Kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka

I detta kapitel ska kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren utredas närmare. Det vill säga vad detta specifika kriterium innebär och vilken betydelse det har vid bedömningen om en ekonomisk enhet som bibehållit sin identitet övergått till förvärvaren. I föregående kapitel har jag redogjort för den helhet som kriteriet bedöms inom. Denna helhet ska alltid beaktas trots att jag här utskiljer ett kriterium.

Nedan redovisas den litteratordiskussion som förekommer kring kriteriet förvärvarens övertagande av personal. Vidare redogörs ingående för relevanta rättsfall, både från EG-domstolen och från AD. Slutligen redovisas intervjuresultaten avseende innebörden och betydelsen av kriteriet.

4.1 Förvärvarens övertagande av personalstyrka

Som stadgats i föregående kapitel utgör kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka det fjärde av de sju uppräknade Spijkerskriterierna. Kriteriet utgör en del i helhetsbedömningen om det är en ekonomisk enhet som övergått till förvärvaren. Kriteriet utgör således en del i bedömningen avseende identifieringen av föremålet för övergången. Det kan återigen påminnas om att parterna inte kan bestämma vilka kriterier som ska beaktas vid bedömningen i fråga.

Av *Süzen*-målet framgår att begreppet ekonomisk enhet avser en organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. EG-domstolen påpekade att det är av stor vikt att beakta vilken typ av verksamhet det rör sig om samt se till vilka produktions- och driftsmetoder som används, då viktningen av Spijkerskriterierna med hänsyn till detta nödvändigtvis måste variera. Med detta menar domstolen att en verksamhet kan fungera utan betydande materiella respektive immateriella tillgångar. EG-domstolen förtydligar och påpekar att ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, på vissa områden där verksamheten i huvudsak baseras på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet. Om så är fallet ska det medges att en sådan enhet kan behålla sin identitet vid en övergång om förvärvaren inte inskränker sig till att fortsätta verksamheten utan även övertar huvuddelen, sett till antal och kompetens, av personalstyrkan.⁸⁷

Som framgår av målen *Spijkers* och *Süzen* ska beaktas om huvuddelen av personalstyrkan sett till såväl antal som kompetens övergått från överlåtaren

⁸⁷ Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. I-1259, p. 13, 18, 21.

till förvärvaren. Det föreligger således både ett kvantitativt kriterium och ett kvalitativt kriterium vid bedömningen. Hur mycket som utgör huvuddelen är inte definierat vare sig i företagsöverlåtelsedirektivet eller i rättspraxis. Det borde skifta från fall till fall, vilket försvårar för arbetsgivare att räkna ut var gränsen ligger avseende antal och vilka arbetstagare som inte ska övergå för att utesluta direktivets tillämplighet. Det enda som med klarhet kan sägas är att företagsöverlåtelsedirektivet inte är tillämpligt vid övergång av personalintensiva verksamheter då ingen arbetstagare övertas av förvärvaren. Att kompetensen beaktas särskilt beror på att vissa arbetstagare får anses inneha en nyckelroll för driften och därmed också utgöra en förutsättning för en varaktig fortsättning av verksamheten.⁸⁸ EFTA-domstolen har gjort vissa relevanta uttalanden avseende denna problematik. Av *Eidesund*-målet⁸⁹ framgår bland annat att övertagande av personal med expertkunskap tyder på att verksamheten bevarar sin identitet. Övertagande av personal utan expertkunskap väger å andra sidan lättare avseende bedömningen om en ekonomisk enhet med bibehållen identitet övergått.⁹⁰

Att ett kollektiv av arbetstagare kan medföra att en ekonomisk enhet föreligger ger uttryck för den bärande tanken med direktivet, att se de anställda som en del av verksamheten.⁹¹ Vidare bekräftas syftet med företagsöverlåtelsedirektivet, det vill säga skydd för arbetstagarnas anställningar, då avsaknaden av materiella tillgångar i en verksamhet inte utesluter möjligheten att en ekonomisk enhet föreligger. Direktivet kan således vara tillämpligt även när de anställda utgör den enda tillgången i en verksamhet. Det medför att direktivets tillämpningsområde blir vidsträckt och att flera moderna tjänsteproducerande företag faller inom dess område. Melin menar att domen i *Süzen*-målet medförde att det relativt gamla företagsöverlåtelsedirektivet därmed anpassades till den moderna arbetsmarknaden.⁹²

Av *Spijkers*-målet framgår att det alltid ska ske en helhetsbedömning avseende kriterierna som uppräknas i domen. EG-domstolen ger inte uttryck för att något av kriterierna ska anses väga tyngre än något annat/några andra av kriterierna.⁹³ Av *Süzen*-målet framgår dock, som tidigare konstaterats, att EG-domstolen i nuläget tycks skilja mellan två typer av verksamheter. Det är personalintensiva och materialintensiva verksamheter. Beroende på vilken verksamhet det berör får kriterierna olika stor tyngd vid viktningen i den helhetsbedömning som företas. Övertagande av personal får stor betydelse då det rör sig om en personalintensiv verksamhet.⁹⁴ Garde och Barrett menar att det framstår som EG-domstolen numera infört en hierarki mellan de två kriterierna personalövertagande och materialövertagande. De menar att det framstår som att personalövertagandet är underordnat

⁸⁸ Mulder (2004), s. 203 och Lunning; Toijer (2006), s. 276.

⁸⁹ Mål E-2/95 Eidesund, EFTA-domstolen 25 september 1996.

⁹⁰ Hemberg (1997/98), s. 683.

⁹¹ Fransson (1995), s. 29.

⁹² Garde (2002), s. 529 och Melin (1998), s. 128 f. och Barrett (2005), s. 1059.

⁹³ Mål C-24/85 Spijkers ECR 1986 s. 1119, p. 13.

⁹⁴ Barnard (2006), s. 641 f.

materialövertagandet. Med detta menar Garde och Barrett att kriteriet övertagande av personalstyrka får avgörande betydelse avseende direktivets tillämplighet endast om verksamheten i fråga kan fungera utan materiella tillgångar.⁹⁵ Av detta följer även att avsaknaden av övertagande av personal från överlåtaren då det rör sig om en materialintensiv verksamhet inte är tillräckligt för att utesluta direktivets tillämplighet.⁹⁶

Då förvärvarens övertagande av personalstyrka utgör både ett rättsfaktum, en förutsättning för direktivets tillämplighet, och en rättsföljd, som inträder om företagsöverlåtelsedirektivet är tillämpligt, uppkommer ett cirkelresonemang. Detta innebär med andra ord vid övergång av en personalintensiv verksamhet att bedömningen om en huvuddel av personalstyrkan övergått avgör om rättsföljden att personal ska övergå vid verksamhetsövergången inträder. Vid övergång av personalintensiva verksamheter blir således rättsföljden även ett rättsfaktum. Ett resonemang i enlighet med detta innebär att förvärvaren vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger och om han därmed är skyldig att överta personalen i verksamheten som övergår ska bedöma om han faktiskt tagit över huvuddelen (sett till såväl antal som kompetens) av personalen.⁹⁷

Som konstaterats i föregående kapitel (se avsnitt 3.2.3) är bedömningen om det är en personalintensiv verksamhet eller en materialintensiv verksamhet som övergår av central betydelse. Detta eftersom kriterierna får olika stor betydelse beroende på vilken verksamhet som berörs. Trots att arbetsgivare gör denna bedömning på egen risk, kan de om deras bedömning är korrekt bestämma över direktivets tillämplighet genom att avgöra vilka tillgångar (material och/eller personal) och kvantiteten som ska övergå på förvärvaren. Om det rör sig om en personalintensiv verksamhet innebär vägran att överta personal från förvärvaren att företagsöverlåtelsedirektivet inte är tillämpligt.⁹⁸ Att, framför allt, förvärvaren indirekt kan besluta om företagsöverlåtelsedirektivets tillämplighet menar Garde står i strid med syftet med direktivet att skydda arbetstagarnas anställningar.⁹⁹

Vilka typer av verksamheter som anses utgöra verksamheter som i huvudsak baseras på arbetskraft finns det inget uttömmande svar på. EG-domstolen har däremot uttalat att exempelvis städverksamheter och bevakningsverksamheter i huvudsak baseras på arbetskraft och att dess tillgångar ofta är få.¹⁰⁰ Härav kan utläsas att EG-domstolen, vid bedömningen av arten av verksamheten, undersöker vilka produktionsfaktorer som används för att driva verksamheten.

⁹⁵ Garde (2002), s. 530.

⁹⁶ Barnard (2006), s. 643.

⁹⁷ Barnard (2006), s. 642 och Barrett (2005), s. 1065.

⁹⁸ Barnard (2006), s. 643 och Barrett (2005), s. 1065.

⁹⁹ Garde (2002), s. 525.

¹⁰⁰ Lunning; Toijer (2006), s. 276. Se även de förenade målen C-173/96 och C-247/96 Hidalgo och Ziemann REG 1998 s. I-8237 och mål C-51/00 Temco REG 2002 s. I-969.

4.2 Rättspraxis från EG-domstolen

Nedan kommer att behandlas centrala rättsfall, avseende kriteriet förvärvarens övertagande av personal, från EG-domstolen. Rättsfallen *Süzen* och *Spijkers* kommer inte att behandlas, då de redan behandlats utförligt ovan (se avsnitten 3.1, 3.2.3 och 4.1).

4.2.1 Merckx och Neuhuys, C-171/94 och C-172/94

Twist mellan Merckx och Neuhuys (anställda vid Anfo Motors) gentemot Ford Motors Company uppkom med anledning av att återförsäljningsavtalet avseende bilar sades upp med Anfo Motors. Verksamheten i detta bolag skulle upphöra. Avtal ingicks mellan Ford och Novarobel (ny återförsäljare). Novarobel återanställde 14 av tidigare 64 arbetstagare i Anfo Motors. Inga materiella tillgångar överfördes till Novarobel. Merckx och Neuhuys ville inte övergå till Novarobel och menade därmed att ingen verksamhetsövergång förelåg.¹⁰¹

EG-domstolen yttrade att Ford flyttat den ekonomiska risken genom övergången, att verksamheten fortsatt utan avbrott inom samma sektor och på samma villkor, att en del av personalstyrkan övertagits samt att Novarobel dragit nytta av Anfo Motors kundkrets. Domstolen fortsätter och menar att en överlåtelse av ett återförsäljaravtal av beskrivet slag kan omfattas av företagsöverlåtelsedirektivet. Att majoriteten av arbetstagarna i Anfo Motors sades upp vid övergången är inte tillräckligt för att utesluta direktivets tillämplighet. Detta eftersom uppsägningarna kan ha skett av godtagbara skäl (ekonomiska, tekniska eller organisatoriska). Vidare kan inte en överträdelse av det i direktivet reglerade uppsägningsförbudet påverka bedömningen om en övergång föreligger. Vidare uttrycks i målet att arbetstagare vid tidpunkten för övergången har rätt att motsätta sig att dess anställningsförhållanden övergår till förvärvaren. Och om så sker är det upp till medlemsstaterna att bestämma hur den uppkomna situationen ska hanteras.¹⁰²

4.2.2 Hidalgo och Ziemann, C-173/96 och C-247/96

Frågan i målen var om och i så fall under vilka omständigheter företagsöverlåtelsedirektivet är tillämpligt när ett offentligt organ som överlåtit sin hemtjänst eller tilldelat kontraktet på bevakning av vissa av dess anläggningar först till ett företag, och sedan efter utgången eller uppsägningen av avtalet med detta första företag beslutar att överlåta

¹⁰¹ Förenande målen C-171/94 och C-172/94 Merckx och Neuhuys REG 1996 s. I-1253, p. 2, 6-7, 10, 13.

¹⁰² Förenande målen C-171/94 och C-172/94 Merckx och Neuhuys REG 1996 s. I-1253, p. 18-19, 24-26, 34, 39.

tjänsten eller tilldela kontraktet till ett annat företag.¹⁰³ Det var således i målet frågan om en ”contracting-out” situation.¹⁰⁴

EG-domstolen inledde med att konstatera att syftet med direktivet är att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden vid övergång av verksamhet. Vidare konstaterades att varken hemtjänst eller bevakning utgör myndighetsutövning. EG-domstolen fortsatte och sade att för att företagsöverlåtelse direktivet ska vara tillämpligt krävs det att föremålet för övergången är en varaktigt organiserad ekonomisk enhet. Vidare får dess verksamhet inte vara begränsad till utförandet av visst arbete. Begreppet enhet avser en sådan organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. Enheten måste således vara tillräckligt strukturerad och oberoende för att kunna omfattas av direktivet. Det finns inget krav på att det ska finnas betydande materiella eller immateriella tillgångar. EG-domstolen yttrade att vid städning och bevakning är tillgångarna ofta minimala och verksamheten baseras i huvudsak på arbetskraft. Domstolen yttrade att en organiserad grupp av arbetstagare som varaktigt avskiljts för ett gemensamt uppdrag kan utgöra en ekonomisk enhet.¹⁰⁵

EG-domstolen framhävde att det krävs en helhetsbedömning där Spijkerskriterierna beaktas för att göra en bedömning. Vidare måste man beakta vilken typ av verksamhet som är för handen då viktningen av Spijkerskriterierna varierar med anledning av detta. En enhet kan bibehålla sin identitet och fungera utan betydande tillgångar, och därav kan inte övergången av tillgångar få avgörande betydelse. Ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, där verksamheten i huvudsak baseras på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet. En sådan enhet kan också bibehålla sin identitet om förvärvaren inte inskränker sig till att fortsätta verksamheten i fråga, utan även övertar en huvuddel av personalstyrkan sett till såväl antal som kompetens som överlåtaren särskilt avdelat för uppdraget i fråga.¹⁰⁶

Av de förenade målen *Hidalgo* och *Ziemann* kan utläsas att EG-domstolen vid bedömningen om en ekonomisk enhet föreligger delar upp bedömningen i två delar. Först ska undersökas om en ekonomisk enhet föreligger och därefter ska undersökas om denna enhet har överförs till den nye verksamhetsinnehavaren. Vidare kan man genom dessa mål se att domstolen övergett den ståndpunkt den uttalat i målet *Schmidt*, det vill säga det räcker inte att endast arbetsuppgifter övergått för att en verksamhetsövergång ska vara för handen.¹⁰⁷

¹⁰³ Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Hidalgo* och *Ziemann* REG 1998 s. I-8237, p. 19.

¹⁰⁴ Garde (2002), s. 527.

¹⁰⁵ Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Hidalgo* och *Ziemann* REG 1998 s. I-8237, p. 21, 24-26.

¹⁰⁶ Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Hidalgo* och *Ziemann* REG 1998 s. I-8237, p. 29, 31-32.

¹⁰⁷ Garde (2002), s. 528 f.

4.2.3 Liikenne, C-172/99

I målet förelåg en tvist mellan bussbolaget Oy Liikenne Ab och två av dess chaufförer. Efter ett offentligt upphandlingsförfarande övertog Liikenne driften av sju lokala busslinjer för tre år. Det tidigare företaget sade med anledning av att avtalet tillföll Liikenne upp 45 chaufförer, varav 33 anställdes av Liikenne dock med sämre anställningsvillkor. De enda materiella tillgångarna som övertogs var två bussar under två till tre månader, i väntan på nya bussar. Frågan som ställdes till EG-domstolen var om ett företags övertagande av kollektivtrafik till följd av en offentlig upphandling omfattas av företagsöverlåtelsedirektivet.¹⁰⁸

Att ett förfarande är föremål för en offentlig upphandling utesluter inte tillämpligheten av företagsöverlåtelsedirektivet. Förevarande verksamhet är vidare inte att betrakta som myndighetsutövning, och därmed inte heller undantagen från direktivets tillämplighetsområde av denna anledning.¹⁰⁹

Återigen upprepar EG-domstolen hur bedömningen avseende om en ekonomisk enhet övergått ska genomföras. Se redogörelse ovan i avsnitt 4.2.2. EG-domstolen konstaterade att busstrafik inte kan ses som en personalintensiv verksamhet då den förutsätter omfattande material och anläggningar. Härav följer för att en ekonomisk enhet ska kunna fungera väl förutsatts att en betydande del materiella tillgångar övergår. EG-domstolen löser den nationella tvisten genom att konstatera att då inte betydande materiella tillgångar övergått till den nya innehavaren är ingen verksamhetsövergång i överlåtelsedirektivets mening för handen.¹¹⁰

Barrett är kritisk till EG-domstolens uttalande i *Liikenne*-målet angående kravet på att en betydande del materiella tillgångar måste övergå, då det rör sig om en materialintensiv verksamhet, för att verksamhetsövergång ska vara för handen. Han anser att denna bedömning blir mindre lämplig ju mindre roll tillgångarna spelar för driften av verksamheten. Vidare menar Barrett att de verksamheter som faller utanför området av det ovan sagda blir att betrakta som undantag. I de flesta verksamheter tycks materiella tillgångar ha en så pass stor roll att verksamheterna inte blir att betrakta som om de i huvudsak baseras på arbetskraft.¹¹¹

4.2.4 Temco, C-51/00

Frågorna i målet är följande. Är företagsöverlåtelsedirektivet tillämpligt då en uppdragsgivare genom avtal lagt ut städningen av dess lokaler på entreprenad, vilken låtit en underentreprenör utföra tjänsterna i fråga, säger upp entreprenöravtalet och ingår ett nytt avtal avseende samma tjänster med en andra entreprenör? Den andre entreprenören övertar inte materiella eller immateriella tillgångar från den förste entreprenören respektive

¹⁰⁸ Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, p. 2, 8-11, 15.

¹⁰⁹ Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, p. 19, 25.

¹¹⁰ Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, p. 31, 33-34, 39, 42-43.

¹¹¹ Barrett (2005), s. 1060 f.

underentreprenören. Vidare säger underentreprenören upp nästan samtliga arbetstagare och den andre entreprenören övertar enligt kollektivavtal en del av denna personal. Den nationella domstolen undrar också om artikel 3 punkten 1 i direktivet ska tolkas så att den inte hindrar en arbetstagare att vara fortsatt anställd hos överlåtaren.¹¹²

EG-domstolen upprepade åter den bedömning avseende ekonomisk enhet som kommit till uttryck i de förenade målen *Hidalgo och Ziemann*, se ovan i avsnitt 4.2.2. Vidare påminde domstolen om att städverksamhet, som var föremålet för verksamheten i fallet, i huvudsak baseras på arbetskraft. Trots att underentreprenören inte upphörde att existera kan en verksamhetsövergång i direktivets mening vara för handen. Det med anledning av att det räcker med att en del av en verksamhet överläts. Så är fallet i målet då den andre entreprenören övertog den del som avsåg städning. Underentreprenörens uppsägningar av majoriteten av arbetstagarna några dagar innan övergången av verksamheten, med anledning av verksamhetsövergången, medför inte att arbetstagarna förlorar sin rätt till att deras anställningsavtal fortsätter hos den nye verksamhetsinnehavaren. Personalen skall anses vara anställd vid övergångstidpunkten.¹¹³

Vad avser frågan angående artikel 3 i direktivet yttrade EG-domstolen att arbetstagare har en rätt att motsätta sig en övergång av dess anställningsavtal. Situationen som uppstår om så sker ska lösas av nationell rätt. Av det stadgade följer att artikel 3 i företagsöverlåtelsedirektivet inte hindrar att arbetstagare som motsätter sig en övergång fortsätter vara anställda hos överlåtaren.¹¹⁴

4.2.5 Abler, C-340/01

Frågan i målet avser om företagsöverlåtelsedirektivet är tillämpligt då en beställare genom avtal har uppdragit åt en entreprenör att sköta ett sjukhus storköksdrift, säger upp detta avtal och ingår ett nytt avseende samma uppgifter med en annan entreprenör. Förutsättningarna i målet är att den andre entreprenören använder stora delar av de materiella tillgångar som beställaren tillhandahåller. Vidare vägrar den andre entreprenören att överta personalstyrkan.¹¹⁵

EG-domstolen utreder att för att bedöma om en ekonomisk enhet övergått ska en helhetsbedömning utifrån Spijkerskriterierna företas. Samtidigt är det av central betydelse vilken typ av verksamhet som drivs. Då storköksverksamhet kräver betydande materiell utrustning för att kunna drivas kan verksamheten inte anses vara i huvudsak baserad på arbetskraft. Därav räcker det för att en övergång av en ekonomisk enhet ska vara för handen att lokalerna och utrustning övertagits. Dessutom, påpekar

¹¹² Mål C-51/00 Temco REG 2002 s. I-969, p. 20, 35.

¹¹³ Mål C-51/00 Temco REG 2002 s. I-969, p. 23-26, 28-29, 33.

¹¹⁴ Mål C-51/00 Temco REG 2002 s. I-969, p. 36-37.

¹¹⁵ Se mål C-340/01 Abler ECR 2003 s. I-14023, p. 27.

domstolen, har förvärvaren övertagit kunderna då de inte kan välja i och med det rör sig om ett sjukhus. Härav följer att vägran att överta en huvuddel av personalstyrkan sett till såväl antal som kompetens inte är tillräckligt för att utesluta företagsöverlåtelsedirektivets tillämplighet. Vidare konstaterar domstolen att det faktum att det är beställaren som äger de materiella tillgångarna i fråga inte heller utesluter direktivets tillämplighet.¹¹⁶

Barrett påpekar att *Abler*-målet minskar utrymmet för kringgående av direktivet. Det genom att då det rör sig om övergång av en materialintensiv verksamhet kan direktivet anses tillämpligt trots att äganderätten till de materiella tillgångarna inte övergått till den nye verksamhetsinnehavaren. Det räcker under dessa omständigheter att arbetsuppgifterna och verksamheten är densamma.¹¹⁷

4.2.6 Jouini m.fl, C-458/05

Den nationella domstolen undrar om företagsöverlåtelsedirektivet ska tolkas så att det är tillämpligt på en situation då det sker en övergång av anställda mellan två företag som bedriver uthyrning av arbetskraft. I fallet övergick en tredjedel av den uthyrda arbetskraften samt en del av den administrativa personalen i det överlåtande bolaget till det nya.¹¹⁸

Då endast en del av personalstyrkan övergick till den nya verksamheten kan endast en del av verksamheten anses ha övergått (således inte hela företaget). Precis som i de förenade målen *Hidalgo och Ziemann*, se ovan i avsnitt 4.2.2, gick EG-domstolen igenom hur en bedömning avseende om en ekonomisk enhet har övergått ska göras. Vidare konstaterade domstolen att artikel 2 punkten 2 andra stycket måste beaktas, vilken säger att företagets specifika karaktär måste tas i beaktande vid prövningen av om en sådan verksamhet övergått. En bedömning huruvida de tillgångar som den äldre verksamheten bedrevs med, och som överförts, utgjorde en enhet som i sig anses tillräcklig för att kunna tillhandahålla de tjänster som var typiska för företagets ekonomiska verksamhet ska göras. Dessa tillgångar ska utgöra en enhet utan att använda andra betydande tillgångar eller andra delar av företaget. Domstolen fortsatte och sa att denna typ av verksamhet (uthyrning av arbetskraft) kännetecknas av att det är arbetstagarna som tas i anspråk av företagen som använder sig av dem. Det är en verksamhet som i huvudsak baseras på arbetskraft. Att arbetstagarna blir integrerade i kundernas organisationsstruktur påverkar inte denna bedömning. Företagsöverlåtelsedirektivet ska således tillämpas då arbetskraft övergår för att utföra samma arbeten för samma kunders räkning och då de tillgångar som omfattas av övergången i sig är tillräckliga för att möjliggöra ett fortsatt tillhandahållande av de tjänster som är typiska för den ekonomiska

¹¹⁶ Se mål C-340/01 *Abler* ECR 2003 s. I-14023, p. 30, 33, 35-37, 42.

¹¹⁷ Barrett (2005), s. 1063.

¹¹⁸ Mål C-458/05 *Jouini m.fl* REG 2007 s. I-07301, p. 21, 29.

verksamheten som föreligger. Detta, som sagts, utan att andra betydande tillgångar eller andra delar av företaget används.¹¹⁹

4.3 Rättspraxis från AD

Nedan kommer att behandlas utvalda rättsfall från AD. Dessa rättsfall är valda mot bakgrund av att de är av betydelse, ur en svensk kontext, för hur kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren bör bedömas. Genom rättsfallen avser jag att belysa olika aspekter som framkommit genom rättspraxis avseende kriteriet. Rättsfallet *Swebus III* är av intresse då AD i det definierar begreppet verksamhet, vilket ligger till grund för den fortsatta bedömningen av kriteriet. Då AD använder en EG-konform tolkningsmetod, vilket kommer att visas nedan, återger de i domskälen stora delar av de avgöranden som redovisats ovan. Jag kommer inte nedan att upprepa dessa rättsfalls innehåll utan hänvisar läsaren till redogörelsen ovan.

4.3.1 Swebus III, AD 1995 nr 163

Frågan för AD att utreda i målet är om entreprenörsskiftet från Swebus till Ödåkra och Linjebuss inneburit en verksamhetsövergång i enlighet med 6 b § LAS.

AD inleder med att konstatera att ordet verksamhet i företagsöverlåtelsedirektivet inte innebär arbetsuppgifter, utan affärsrörelse. Domstolen menar att rättspraxis från EG-domstolen även ger underlag för en sådan slutsats. AD hänvisar här till *Spijkers*-målet där EG-domstolen uttalat att det ska göras en helhetsbedömning för att avgöra om det som övergått är att betrakta som en ”going concern”.

I målet konstaterar AD att de nya verksamhetsinnehavarna inte övertagit arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar. Verksamheten har således inte bevarat sin identitet och någon övergång i enlighet med 6 b § LAS är inte för handen. Den enda likheten som föreligger mellan verksamheterna är hänförlig till arbetsuppgifterna, såsom det geografiska området busslinjerna betjänar. Vidare kommenterar AD att det inte skett något avbrott i verksamheten vid arbetsgivarbytet samt att avtalen löper på lång tid, inte kan tillmätas självständig betydelse vid bedömningen.

I målet var en ledamot skiljaktig och menade att en verksamhetsövergång i enlighet med LAS förelåg. Denne ledamot ansåg inte att begreppet verksamhet ska tolkas så snävt som majoriteten förespråkar. Det bland annat mot bakgrund av att verksamheten vände sig till samma kunder och samma arbetsuppgifter utfördes.¹²⁰

¹¹⁹ Mål C-458/05 Jouni m.fl REG 2007 s. I-07301, p. 30-39.

¹²⁰ AD 1995 nr 163.

Det kan noteras att AD beslutade att inte inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen rörande den tvistiga frågan, som den fackliga parten begärt. Anledning var att majoriteten i AD ansåg att EG-domstolens föreliggande avgöranden gav tillräcklig vägledning. Beslutet att inte inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen har ansetts tveksamt. I *efterhand* kan det dock konstateras att AD:s avgörande är väl i linje med EG-domstolens *senare* avgöranden.¹²¹

4.3.2 Finfast, AD 1997 nr 81

Företaget Finfast bedrev fastighetsskötsel och städning i ett bostadsområde. De sade 1996 upp två arbetstagare med anledning av att de lade ut det arbete de utförde på entreprenad till FF. Frågan är om en verksamhetsövergång i enlighet med 6 b § LAS föreligger, vilket i så fall medför en skyldighet för FF att överta de två uppsagda arbetstagarna.

Återigen påpekar AD att 6 b § LAS ska tolkas EG-konformt och att frågan om en verksamhetsövergång föreligger innebär en bedömning om en bestående ekonomisk enhet övergått till den nye verksamhetsinnehavaren.

Med anledning av att FF inte övertagit någon personal, några kunder eller några materiella eller immateriella tillgångar av betydelse från Finfast anser AD inte att en verksamhetsövergång föreligger. Att verksamheten inte legat nere vid arbetsgivarbytet förändrar inte denna bedömning. Likheten mellan arbetet som utförs är hänförliga till arbetsuppgifterna och inte affärsrörelsen, och som EG-domstolen uttalat kan en verksamhet inte reduceras till verksamheten den bedriver.

Majoriteten i AD menar i detta mål att det inte behöver inhämtas förhandsavgörande från EG-domstolen. Två ledamöter är av skiljaktig mening i detta avseende, då de menar att det inte är klart hur direktivet ska tillämpas i den aktuella situationen.

Det är intressant att notera att de två skiljaktiga även menar att en verksamhetsövergång föreligger då det rör sig om samma verksamhet, något avbrott i verksamheten har inte förekommit samt att kunderna förblir desamma. Ledamöterna menar att faktumet att någon personal inte övertagits inte kan tillmätas någon betydelse då det som utreds i målet är om förvärvaren har en skyldighet att överta personalen i fråga.¹²²

4.3.3 Blomman, AD 1998 nr 144

Jolantas Blommor överläts till bolaget Blomman och fråga uppkommer om en verksamhetsövergång i enlighet med LAS är för handen.

¹²¹ Lunning; Toijer (2006), s. 284.

¹²² AD 1997 nr 81.

AD konstaterar återigen att 6 b § LAS ska tolkas i ljuset av företagsöverlåtelsedirektivet. Att beakta är syftet med direktivet, det vill säga att skydda arbetstagarna. För att besvara frågan måste en bedömning om en bestående ekonomisk enhet övergått göras. I föreliggande mål ska beaktas att hyresrätten till lokalen samt till den tillhörande inventarier övertogs av förvärvaren. Det medför att betydande materiella tillgångar övergått. Vidare noteras att det är samma slags verksamhet som bedrivs efter övergången. AD noterar också att verksamheten inte legat nere i samband med övergången samt att vissa av kunderna, i alla fall inledningsvis, övertagits. AD menar att en verksamhetsövergång är för handen samt att avsaknaden av övertagande av personal inte ändrar detta.

I målet anmärks också, då invändning framförts, att personalen i fråga som ska övertas i och med att en verksamhetsövergång i enlighet med 6 b § LAS föreligger inte motsatt sig en övergång. Enligt 6 b § 4 stycket LAS har arbetstagarna dock denna möjlighet. Det är viktigt att notera att det endast är arbetstagaren själv som förfogar över denna rättighet, det vill säga att det är en ensidig rättshandling. Den kan företas både uttryckligen eller konkludent och ska riktas till överlåtaren av verksamheten. Det kan vidare påpekas att denna rättighet ska utnyttjas inom skälig tid från det att arbetstagaren får underrättelse om övergången av verksamheten.¹²³

4.3.4 Invandrarverket II, AD 1999 nr 21

Den 1 oktober 1997 övergick ansvaret för förvar av utlänningar från Polismyndigheten till Statens Invandrarverk (SIV) (numera Migrationsverket¹²⁴). Frågan av intresse här är om en verksamhetsövergång föreligger.

Återigen konstaterar AD att 6 b § LAS ska tolkas i ljuset av EG-rätten. Situationen i förevarande mål omfattas inte av företagsöverlåtelsedirektivet, men av LAS. AD framhåller inledningsvis att det är den anställande myndigheten som skall betraktas som arbetsgivare då det rör 6 b § LAS. För att bedöma om en bestående ekonomisk enhet överlåtits ska en helhetsbedömning göras. I förevarande mål ska de kriterier i EG-domstolens bedömning som tar sikte på förhållanden av ekonomisk natur tillmätas mindre betydelse. I fallet har endast en begränsad andel av personalstyrkan övertagits, vilket är den enda omständighet som talar mot att en övergång av verksamhet föreligger. I enlighet med de förenade målen *Merckx och Neyhuys* kan denna aspekt inte få avgörande betydelse. AD anser att en verksamhetsövergång föreligger.¹²⁵

4.3.5 Proffice, AD 2008 nr 51

Omständigheterna i målet var att ett sågverk hade lagt ut sin truckverksamhet på entreprenad till företaget BT. BT anlät Sundsvalls

¹²³ AD 1998 nr 144.

¹²⁴ <http://www.migrationsverket.se>.

¹²⁵ AD 1999 nr 21.

Hamn för bemanning av truckarna. Sundsvalls Hamn sade sedermera upp avtalet med BT samt sade upp samtliga truckförare. BT träffade då avtal med Proffice, som är ett bemanningsföretag, om bemanning av truckarna. Proffice anställde tio av de arbetstagare som tidigare varit anställda av Sundsvalls Hamn. Frågorna i målet var om en verksamhetsövergång skett från Sundsvalls Hamn till Proffice alternativt BT.

AD konstaterade återigen att 6 b § LAS ska tolkas EG-konformt. AD hänvisade i detta mål särskilt till *Jouni m.fl.*-målet. Mot bakgrund av EG-rätten kan fastslås att det inte är fråga om en verksamhetsövergång varje gång ett bemanningsföretag hyr ut personal. Om det är en verksamhetsövergång får avgöras utifrån det närmare ansvar som bemanningsföretaget åtar sig. Om ett bemanningsföretags verksamhet är begränsad till att tillhandahålla personal bör detta inte leda till att en verksamhetsövergång skett från det ena bemanningsföretaget till det andra. För att så ska vara fallet krävs det antingen att bemanningsföretagets åtaganden är så långtgående att det kan sägas ha varit en entreprenad eller att övergången avsett en del av det ena bemanningsföretagets verksamhet. Då Proffice endast ställde ett antal truckförare till BT:s förfogande samtidigt som BT behöll arbetsledningen får detta anses som en ren personaluthyrning, vilket innebär att en verksamhetsövergång inte skett. Det har heller inte skett någon verksamhetsövergång från Sundsvalls Hamn till BT.¹²⁶

4.3.6 Ekonomistäd, AD 2008 nr 64

Ett hotell lade ut sin städning på entreprenad till företaget Sodexho. 2006 sades detta entreprenadavtal upp. Ett antal arbetstagare vid Sodexho sades därmed upp på grund av arbetsbrist. Senare under 2006 ingick hotellet ett entreprenadavtal om städning med företaget Ekonomistäd. Har en verksamhetsövergång ägt rum från Sodexho till Ekonomistäd?

AD har att bedöma om en bestående ekonomisk enhet övergått till Ekonomistäd, vilket ska tolkas i ljuset av EG-rätten. AD inleder med att konstatera att verksamheten som Sodexho respektive Ekonomistäd bedrivit är densamma samt att verksamheten inte legat nere under någon period. Dessa aspekter är dock hänförliga till arbetsuppgifterna och inte affärsrörelsen som bedrivs. Vidare fortsätter AD och konstaterar att några betydande materiella tillgångar inte övergått, endast några linnevagnar som hotellet tillhandahöll. Inte heller övertogs huvuddelen av personalstyrkan, endast två personer övertogs. Anledning till detta är att flera personer än just de tre personer som specificerades på städningen på hotellet i fråga ansågs arbeta med städningen i inte obetydlig omfattning (vid behov). Inte heller någon arbetsledning har överförts. Sammanfattningsvis anses inte någon verksamhetsövergång föreligga.¹²⁷

¹²⁶ AD 2008 nr 51.

¹²⁷ AD 2008 nr 64.

4.4 Intervjuresultat

Nedan redovisas vad intervjupersonerna lyft fram angående kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren vid verksamhetsövergång, med utgångspunkt i intervjufrågorna (se bilaga A). I detta avsnitt redogörs för intervjupersonernas synpunkter angående innebörden av kriteriet samt vilken betydelse kriteriet får vid bedömningen om en verksamhetsövergång är för handen. I avsnitt 5.5 i följande kapitel redovisas intervjupersonernas synpunkter angående kringgåendemöjligheterna av kriteriet.

Följande framgår av intervjun den nionde oktober 2008 med Jonas Stenmo, jurist verksam inom Almega. Inledningsvis kan noteras att arbetsgivare både i egenskap av överlåtare och av förvärvare företräds av Almega. Jonas Stenmo kan över tiden se hur en förskjutning skett inom området, då det inte numera endast processas mot förvärvare utan även mot överlåtare av verksamheter. Av detta följer att även rådgivningen, främst mot överlåtare, förändrats. Exempelvis iakttas en större försiktighet vid rådgivning gentemot överlåtare angående uppsägningar av arbetstagare i anslutning till en verksamhetsövergång då detta inte längre betraktas som ”förvärvarens problem”. Jonas Stenmo påtalar också inledningsvis att problemen vid verksamhetsövergångar är störst vid entreprenadsituationer då entreprenörerna är konkurrenter och inte tidigare har någon yrkesmässig relation till varandra.

Jonas Stenmo menar att kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka är ett av de viktigaste kriterierna vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger. Då kriteriet aktualiseras bör beaktas vilken typ av företag som ska övergå och vilka arbetstagare som de facto övergår. Vidare måste det beaktas, om arbetstagare övergår till förvärvaren, varför arbetstagarna övergår samt hur deras arbetsuppgifter kommer att utformas, då detta kan få betydelse för bedömningen. Om exempelvis arbetstagarna ska arbeta med andra arbetsuppgifter inom förvärvarens verksamheter, får övergången av personal mindre betydelse. Vidare är det av intresse, som ovan nämnts, vilken typ av verksamhet som övergår. Jonas Stenmo är av uppfattningen att kriteriet för det första får störst betydelse vid verksamheter som baseras på arbetskraft (till skillnad från utrustningskrävande verksamheter) och för det andra kan betydelsen vid bedömningen avseende dessa företag skilja sig åt beroende på verksamhetsstrukturen i det specifika företaget.

Avseende bedömningen om huvuddelen av personalstyrkan övergått till förvärvaren är Jonas Stenmo av uppfattningen att övertagande av huvuddelen av personalstyrkan sett till antal i nuläget är det dominerande synsättet. Främst får antalet arbetstagare som övergår avgörande betydelse då det rör sig om utbytbar arbetskraft. Jonas Stenmo framhåller vidare att han är övertygad om att huvuddelen av personalstyrkan sett till kompetens kommer få större betydelse, då vissa personer utgör nyckelpersoner och en förutsättning för att verksamheten ska kunna fortgå.

Vad gäller arbetsgivarens möjligheter att med hjälp av kriteriet påverka om ett byte av arbetsgivare är att betrakta som en verksamhetsövergång i enlighet med LAS och direktivet menar Jonas Stenmo att det är ett speciellt kriterium då det går att råda över. Beroende på om arbetsgivaren vill att bytet av arbetsgivare ska vara att betrakta som en verksamhetsövergång eller inte kan de agera olika. Jonas Stenmo framhåller att det är av betydelse att beakta om det är nyckelpersoner eller antal som är centralt för den föreliggande verksamheten. Vidare bör man som arbetsgivare noggrant undersöka vad gäller antal arbetstagare som övergår att man inte "ligger på gränsen" sett till huvuddel av arbetstagarna. Konkret innebär detta enligt Jonas Stenmo att om man som förvärvare närmar sig att överta hälften av arbetstagarna så, om man vill att bytet av arbetsgivare ska betraktas som en verksamhetsövergång, bör man överta ytterligare några arbetstagare för att försäkra sig om att huvuddelen av personalstyrkan övergått. Tankesätt är unikt sett ur ett svenskt rättsligt perspektiv då arbetsgivaren på förhand kan påverka reglernas tillämplighet samtidigt som detta inte får påverka bedömningen, det vill säga åberopas mot arbetsgivaren i en tvist. Slutligen anser Jonas Stenmo att kriteriet fungerar i helhetsbedömningen och att det hindrar arbetsgivare från att fritt kunna göra specifika urval av allt för många arbetstagare.

Följande framgår av intervjun den 13 oktober 2008 med Mikael Roos, jurist och förhandlare på Svensk Handel. Det bör inledningsvis noteras att Mikael Roos endast arbetar med frågor som rör parti- och detaljhandel. Mikael Roos menar att kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren är ett väsentligt kriterium som väger tungt vid bedömningen om en verksamhetsövergång är för handen. Kriteriet påverkar även i stor omfattning bedömningen för om verksamheten bibehållit sin identitet. När kriteriet förvärvarens övertagande av personal beaktas uppkommer ett cirkelresonemang, vilket försvårar bedömningen avseende när kriteriet är uppfyllt.

Avseende frågan om kriteriet i fråga kan ha olika innebörd beroende på vilken verksamhet som är föremål för verksamhetsövergång, menar Mikael Roos att kriteriet får något olika innebörd beroende på vilken bransch det rör sig om. Vidare anser Mikael Roos att man, då kriteriet beaktas, även får se till om material överförs från överlåtaren till förvärvaren.

Mikael Roos är av uppfattningen att arbetsgivare kan påverka tillämpligheten av kriteriet förvärvarens övertagande av personal. Överlåtaren kan påverka genom att det är denne som avgör hur verksamheten ska överlåtas. Mikael Roos framhåller dock att en helhetsbedömning där samtliga Spijkerskriterier beaktas ska företas, vilket påverkar bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger. Även förvärvaren har ett intresse av att påverka, då denne ofta vill behålla sina tidigare anställda trots en verksamhetsövergång.

Vad avser ”huvuddelen av personalstyrkan sett till antal och kompetens” menar Mikael Roos att antalet arbetstagare som övertas väger tyngre än kompetensen avseende den övertagna personalen. Var gränsen går för huvuddelen sett till antal låter sig inte bestämmas exakt, men hälften är ett riktmärke han arbetar utifrån. Mikael Roos framhåller vidare att kompetenskriteriet tillämpas betydligt mer sällan än antalskriteriet.

Avslutningsvis kan noteras att Mikael Roos är av uppfattningen att det sällan uppstår tvister vid verksamhetsövergångar. Anledningen till detta är att frågorna som uppkommer ofta är föremål för förhandlingslösningar mellan de inblandade parterna.

Av intervjun med Johan Sigeman, advokatbyrån Sigeman & Co, den 16 oktober 2008 framgår följande. Johan Sigeman anser att kriteriet förvärvarens övertagande av personal är ett centralt kriterium som noggrant beaktas vid frågor om företagsförvärv. Då kriteriet aktualiseras beaktas personalstyrkans sammansättning (antal och nyckelpersoner) samt om personalen utgör en tillgång eller en belastning vid en övergång. Vad avser förvärvaren beaktas särskilt dennes eventuella befintliga personal och hur överlåtarens personal kommer att fasas in i förvärvarens verksamhet. Johan Sigeman lyfter vidare fram att kriteriets betydelse varierar beroende på vilken verksamhet som är föremål för bedömning. Han är av uppfattningen att kriteriet väger tyngre då det rör sig om personalintensiva verksamheter.

Johan Sigeman förklarar att han sällan resonerar kring ”huvuddel av personalstyrkan sett till antal och kompetens” inom ramen för sitt arbete. Framför allt diskuteras inte i siffror vad huvuddel av personalstyrkan sett till antal innebär. Det beaktas dock om personal ska övergå vid ett företagsförvärv samt vilken personal det berör, exempelvis är nyckelpersoner av central betydelse vid en sådan bedömning. Enligt Johan Sigeman är detta en fråga som praktiskt sett köpare och säljare diskuterar gemensamt (identifierar den personal som är tänkt ska övergå), vilken även är av betydelse vid bestämmandet av priset på affären. Exempelvis påverkas priset av om förvärvaren till följd av förvärvet anser sig behöva säga upp arbetstagare. Det kan noteras att Johan Sigeman, utifrån sin erfarenhet, inte anser att själva affären styrs av dessa frågor.

Johan Sigeman anser att arbetsgivare har ett visst utrymme att påverka tillämpligheten av reglerna avseende verksamhetsövergång, detta bland annat genom att begränsa överlåtelsen till vissa klart definierade delar. Möjligheterna till påverkan är något som främst beaktas under planeringen avseende hanteringen av dessa frågor. Enligt Johan Sigeman bör det lyftas fram att avsikten med en affär kan vara att endast överta exempelvis maskiner, och att arbetsgivare därmed inte i alla fall försöker att undgå reglerna avseende verksamhetsövergång.

Sammanfattningsvis kan noteras att Johan Sigeman är av uppfattningen att frågor avseende personalövertagande vid en företagstransaktion inte medför allt för stora praktiska problem. Frågorna som uppkommer regleras främst i

avtalet som reglerar transaktionen och blir en prisfråga mellan överlåtaren och förvärvaren.

Av intervjun med Anders Elmér, Elmsell Advokatbyrå, den 29 oktober 2008 framgår följande. Anders Elmér anser att kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren är ett betydelsefullt kriterium som beaktas. Detta med anledning av att det just är frågan om personal ska övergå till förvärvaren som är en av huvudfrågorna vid en företagstransaktion. Ett problem är dock det cirkelresonemang som kriteriet ger upphov till. Med anledning av detta råds klienterna, då dessa inte önskar att en verksamhetsövergång i enlighet med direktivet och LAS ska föreligga, att inte överta personal i de fall kriteriet kan få en avgörande betydelse för om all personal måste övertas. Av detta framgår att arbetsgivare har en möjlighet att påverka uppfyllandet av kriteriet. Utrymmet för påverkan kan dock variera beroende på vilka arbetstagare som övergår. Anders Elmér menar vidare att kriteriet förvärvarens övertagande av personal får olika betydelse beroende på vilken verksamhet som är föremål för övergång.

Vad avser huvuddelen sett till antal och kompetens är Anders Elmér av uppfattningen att det kvalitativa kriteriet är av större betydelse än det kvantitativa, med undantag för de fall då en övervägande majoritet av de anställda övertas. Kompetenskriteriet får således stor betydelse då delar av personalen övertas av förvärvaren. Anders Elmér uttrycker det som så att kvalitet ger lättare upphov till identitet i en verksamhet.

Av intervjuerna med arbetstagarrepresentanterna, Michael Jensen på Ledarna den 20 oktober 2008 och Dan Holke på LO-TCO Rättsskydd den 23 oktober 2008 framgår följande. De båda intervjupersonerna menar att ett cirkelresonemang uppkommer vid beaktandet av reglerna om verksamhetsövergång, vilket är en nackdel sett ur ett arbetstagarperspektiv. Samtidigt påpekas att det inte är ett alternativ att bortse från personalövertagandet vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger. En av intervjupersonerna lyfter fram ett annat problem avseende reglerna, nämligen att de hämmar mindre företag ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Ett mindre företag med begränsade resurser måste vid anbudsläggandet kunna förutse om detta ska anställa personal eller överta personal för att kunna driva verksamheten, då det inte är ekonomiskt möjligt att ha dubbel personalstyrka anställd. En av intervjupersonerna är vidare av uppfattningen att en lösning på cirkelresonemanget som uppkommer skulle kunna vara att arbetstagarna hos överlåtaren får företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren (enligt äldre svensk modell), vilket skulle medföra att förvärvaren inte behöver överta personal denne inte är i behov av. En sådan regel skulle dock hindra förvärvaren från att nyanställa annan personal. En regel av detta slag kan förekomma i kollektivavtal, vilket kan anses vara lämpligt då regeln därmed kan branschpassas.

De båda arbetstagarrepresentanterna är av uppfattningen att kriteriet förvärvarens övertagande av personal är av betydelse vid bedömningen om

en verksamhetsövergång föreligger. De båda är också av uppfattningen att kriteriets betydelse beror på vilken verksamhet som är för handen, i vissa verksamheter utgör personalen identiteten. En viss förvåning har uttryckts, av en av intervjupersonerna, angående EG-domstolens bedömning i frågan. Särskilt avseende utgången i *Liikenne*-målet där EG-domstolen menar att en bussverksamhet är att betrakta som en materialintensiv verksamhet.

Båda intervjupersonerna är av uppfattningen att arbetsgivare har möjlighet att disponera över uppfyllandet av kriteriet genom att reglera vilka arbetstagare som övertas, vilket *borde* medföra att detta kriterium inte skulle vara det avgörande kriteriet. Den ena intervjupersonen anser att arbetsgivarens påverkansmöjligheter beror på arbetsmarknadens struktur. Med detta menar han att arbetsgivarens påverkansmöjligheter är större då det finns andra arbetstagare än de hos överlåtaren att tillgå för arbetet. En av arbetstagarrepresentanterna anser vidare att arbetstagarnas påverkan av uppfyllandet av kriteriet skulle kunna öka om arbetstagarorganisationerna på överlåtar- respektive förvärvarsidan ökade sitt samarbete.

Vad avser begreppet huvuddelen av personalstyrkan sett till antal och kompetens är de båda intervjupersonerna av uppfattningen att osäkerhet råder avseende innebörden av detta begrepp. Återigen konstateras att det dominerande synsättet idag är antal. Hur kompetens förhåller sig till antal kan de däremot inte med säkerhet uttala sig om, de menar dock att om nyckelpersoner respektive arbetsledning övertas bör detta vara av betydelse. En av intervjupersonerna har lyft fram att det vidare är svårt att definiera vad huvuddelen ska bedömas i förhållande till, det vill säga huvuddelen av vad då. En av intervjupersonen anser slutligen att reglernas oklarhet kan vara positiv i bemärkelsen att oklarheten dels minskar kringgåendet av reglerna och dels utgör ett incitament för parterna att finna en förhandlingslösning på frågorna.

5 Partsväxlingsmodellen och parternas möjligheter att påverka kriteriets tillämplighet

I detta kapitel redogörs för arbetsgivarnas respektive arbetstagarnas möjligheter att påverka om en verksamhetsövergång är för handen och då särskilt med fokus på kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka. Detta är av intresse för att se om kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka har en faktisk betydelse samt om parterna genom sina ageranden kan sätta kriteriet ur spel.

Jag kommer inledningsvis att beskriva partsväxlingsmodellen (artikel 3), då den är den huvudsakliga rättsföljden om en verksamhetsövergång föreligger. Det är viktigt att ha förståelse för denna då verksamhetsövergångar diskuteras. Vidare kommer att redogöras för överlåtarens möjlighet att begränsa omfattningen av den verksamhet som ska övergå, arbetstagarnas möjligheter att stanna kvar hos överlåtaren samt uppsägningsförbudet (artikel 4). Det kan noteras att skyddet som företagsöverlåtelsedirektivet ger genom artiklarna 3 och 4 ska ses som en samverkande helhet.¹²⁸ Slutligen kommer att redogöras för intervjuresultaten avseende parternas möjligheter att kringgå reglerna om verksamhetsövergång.

5.1 Partsväxlingsmodellen

Partsväxlingsmodellen framgår av artikel 3 punkten 1 företagsöverlåtelsedirektivet. I svensk rätt återfinns den i 6 b § 1 stycket LAS. Den tidigare gällande modellen i svensk rätt kan kallas individualmodellen som innebär att ingen av parterna i avtalet kunde bytas ut utan samtycke från motparten. Sedan implementeringen av EG-rätten gäller istället numera en ensidig substitutionsmodell.¹²⁹ Den numera gällande modellen innebär en skyldighet för förvärvaren av verksamheten i fråga att automatiskt och omedelbart överta överlåtarens anställningsförhållanden. Den innebär vidare att förvärvaren har samma möjligheter och restriktioner vad gäller arbetstagarnas anställningsvillkor som överlåtaren hade. Partsväxlingsmodellen är tvingande rätt och kan därmed inte avtalas bort även om arbetstagaren kompenseras i motsvarande mån, vilket EG-domstolen slagit fast i målet *Daddy's Dance Hall*¹³⁰. För överlåtaren innebär modellen ett eventuellt kvarstående som solidariskt

¹²⁸ Barrett (2005), s. 1090.

¹²⁹ Eklund (1983), s. 104 ff., 170 f.

¹³⁰ Mål C-324/86 *Daddy's Dance Hall* ECR 1988 s. 739.

ansvarig för ekonomiska förpliktelser avseende tiden fram till överlåtelsen. Det kan noteras att preskriptionsfristerna i LAS ska iakttas.¹³¹

Artikel 3 punkten 1 direktivet har varit föremål för prövning flera gånger i EG-domstolen. I *Abels*-målet¹³² slog domstolen fast att överlåtarens förpliktelser med grund i anställningsavtalet, även om de uppkommit före tidpunkten för verksamhetsövergången men ännu inte förfallit, skall föras över vid övergången av verksamheten. Det innebär att artikel 3 punkten 1 omfattar arbetstagarnas samtliga rättigheter med undantag för dem som stadgas i artikel 3 punkten 4.¹³³ I *Botzen*-målet¹³⁴ och *Danmols Inventar*-målet¹³⁵, som båda handlade om vilka arbetstagare som skulle omfattas av den automatiska övergången, slog EG-domstolen fast följande. Arbetstagaren måste för att omfattas av den automatiska övergången vara genom anställning knuten till den del av verksamheten som övergår. Vidare konstaterar EG-domstolen att de arbetstagare som valt att motsätta sig att deras anställningsavtal övergår till förvärvaren inte omfattas av direktivets skyddsregler.¹³⁶

För att omfattas av bestämmelserna om automatisk övergång av anställningen ska anställningen hos överlåtaren, oavsett anställningsform, bestå vid tidpunkten för övergången av verksamheten.¹³⁷

Sammanfattningsvis kan konstateras att partsväxlingsmodellen innebär att förvärvaren är skyldig att automatiskt och omedelbart inträda i överlåtarens anställningsavtal och anställningsförhållanden avseende de arbetstagare som omfattas av verksamhetsövergången. Vidare kan också noteras att regeln är tvingande och kan därmed inte avtalas bort av parterna, oavsett kompensation. Partsväxlingen innebär att förvärvaren inträder i de föreliggande anställningsavtalen med de anställningsvillkor som arbetstagarna har med överlåtaren. Det krävs således inte någon särskild rättshandling för att partsväxlingen ska ske. Vid övergångstidpunkten upphör överlåtaren att vara motpart i anställningsavtalet medan förvärvaren inträder som ny arbetsgivare och motpart.¹³⁸

Om förvärvaren vägrar att acceptera att en verksamhetsövergång är för handen och därmed vägrar att inträda som arbetsgivare för de arbetstagare som övergått vid övergången, är detta att betrakta som avskedande av arbetstagarna. För detta kan förvärvaren bli skadeståndsskyldig (allmänt skadestånd) gentemot arbetstagarna för icke lagligt grundat avsked. Avskedandena kan också ogiltigförklaras om det inte ens anses föreligga

¹³¹ Se art 3 p. 1 företagsöverlåtelsedirektivet samt 6 b § 1st LAS och Mulder (2004), s. 289 och Lunning; Toijer (2006), s. 297, 299 f.

¹³² Mål C-135/83 *Abels* ECR 1985 s. 469.

¹³³ Mål C-135/83 *Abels* ECR 1985 s. 469, p. 36-37.

¹³⁴ Mål C-186/83 *Botzen* m.fl. ECR 1985 s. 519.

¹³⁵ Mål C-105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639.

¹³⁶ Mål C-186/83 *Botzen* m.fl. ECR 1985 s. 519, p. 16 och mål C-105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639, p. 17.

¹³⁷ Se art 3 p. 1 företagsöverlåtelsedirektivet och Mulder (2004), s. 309.

¹³⁸ Mulder (2004), s. 293 f.

saklig grund för uppsägning. Om saklig grund för uppsägning däremot föreligger, exempelvis arbetsbrist, kan inte avskedandena ogiltigförklaras. Om en arbetstagare inte skulle ha blivit uppsagd vid korrekt tillämpning av turordningsreglerna kan arbetstagaren tilldömas, utöver det allmänna skadeståndet enligt ovan, ekonomiskt skadestånd (förlorad lön) och allmänt skadestånd (kränkningen).¹³⁹

5.2 Möjligheten att begränsa omfattningen av den övergående verksamheten

Av artikel 1 punkten 1 företagsöverlåtelsedirektivet och 6 b § 1 stycket LAS framgår att det som ska övergå, för reglernas tillämplighet, är ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet. Det står arbetsgivarna fritt att, enskilt eller gemensamt, besluta om vilken del av en verksamhet som ska övergå samt hur stor denne del ska vara.

Förutsättningen för att en del av en verksamhet ska kunna övergå är att aktuell del är klart urskiljbar.¹⁴⁰ Som tidigare nämnts framgår det av *Botzen*-målet att arbetstagarna för att omfattas av det skydd direktivet ger ska genom anställning vara knutna till den del av verksamheten som övergår.¹⁴¹

Arbetsgivarna har genom ovanstående getts utrymme att indirekt påverka vilka anställda som ska övergå, genom att de kan undanta vissa delar av verksamheten från överlåtelsen.¹⁴² Om överlåtaren, genom att använda sig av sin arbetsledningsrätt, kan omplacera arbetstagare till arbetsuppgifter som faller utanför den del av verksamheten som skall övergå och på så sätt kan undgå tillämplighet av företagsöverlåtelsedirektivet framgår inte av direktivtexten eller av EG-domstolens rättspraxis.¹⁴³

5.3 Rätten att stanna kvar hos överlåtaren

Rätten för arbetstagarna att motsätta sig att deras anställningsavtal övergår till förvärvaren framgår inte av direktivtexten. Det är istället en ståndpunkt som utarbetats av EG-domstolen. Av *Danmols Inventar*-målet¹⁴⁴ framgår att arbetstagarna som berörs av övergången har rätt att motsätta sig att deras anställningsavtal övergår på förvärvaren genom att med verkan senast dagen för övergången frivilligt säga upp sin anställning hos överlåtaren.¹⁴⁵ I *Berg och Busschers*-målen¹⁴⁶ utvecklade EG-domstolen sin ståndpunkt och sade att syftet med överlåtelsedirektivet inte kan utsträckas till att innebära att anställningen med överlåtaren ska bestå då arbetstagaren inte vill fortsätta

¹³⁹ Iseskog (2003), s. 26 f. och Källström; Malmberg (2006), s. 281.

¹⁴⁰ Källström; Malmberg (2006), s. 279.

¹⁴¹ Mål C-186/83 *Botzen* m.fl. ECR 1985 s. 519, p. 16.

¹⁴² Hemberg (1997/98), s. 679 och AD 1996 nr 49.

¹⁴³ Lunning; Toijer (2006), s. 275.

¹⁴⁴ Mål C-105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639.

¹⁴⁵ Mål C-105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639, p. 16-17 och p. 1 i domslutet.

¹⁴⁶ Förenade målen C-144/87 och C-145/87 *Berg och Busschers* ECR 1988 s. 2559.

sin anställning hos förvärvaren.¹⁴⁷ I *Katsikas*-målen¹⁴⁸ utvecklar EG-domstolen sin ståndpunkt ytterligare. I målet uttalade domstolen att arbetstagaren inte har någon kontraheringsplikt i förhållande till arbetsgivarna vid en verksamhetsövergång. Vidare menade domstolen att direktivet inte innefattar någon generell rätt för arbetstagare i denna situation att stanna kvar hos överlåtaren. Domstolen framhåller att det dock står medlemsstaterna fritt att införa/föreskriva en sådan regel.¹⁴⁹ Uttalandena i *Katsikas*-målen bekräftades sedermera i *Merckx- och Neyhuys*-målen.¹⁵⁰ Det kan noteras att domstolen i *Merckx- och Neyhuys*-målen även sade följande. Om anställningsförhållandet upphör på arbetstagarens initiativ på grund av att överlåtelsen medför en väsentlig förändring av arbetstagarens anställningsvillkor (i målet rörde det arbetstagarens lön) kan direktivet bli tillämpligt och då specifikt artikel 4 punkten 2. Se mer om denna nedan i avsnitt 5.4.¹⁵¹

Rättsläget avseende EG-rätten kan sammanfattas som följande. Huvudregeln enligt artikel 3 punkten 1 företagsöverlåtelsedirektivet är att arbetstagarnas anställningsavtal övergår automatiskt till förvärvaren. I rättspraxis har det dock utarbetats en rätt för arbetstagarna att frivilligt motsätta sig att deras anställningsavtal övergår till förvärvaren. Kontraheringsplikten gäller således inte för arbetstagarna. Detta med anledning av att ett sådant betraktelsesätt skulle anses stå i strid med arbetstagarnas grundrättighet att fritt få välja sin arbetsgivare. Om en arbetstagare väljer att stanna kvar hos överlåtaren omfattas hon eller han inte av det skydd företagsöverlåtelsedirektivet erbjuder. Hur situationen som uppstår, om en arbetstagare väljer att motsätta sig en övergång av dennes anställningsavtal till förvärvaren, ska bedömas beror på aktuella nationella bestämmelser.¹⁵²

I svensk rätt regleras berörd fråga i 6 b § 4 stycket LAS. Enligt 6 b § LAS framgår, precis som av direktivet, att huvudregeln är att arbetstagarnas anställningsavtal automatiskt ska övergå till förvärvaren. I Sverige är dock arbetstagarens rätt att motsätta sig att dennes anställningsavtal vid verksamhetsövergång övergår till förvärvaren lagstadgad, till skillnad från EG-rätten. Om arbetstagaren motsätter sig en övergång av anställningsavtalet består dennes anställning med överlåtaren och gängse regler blir tillämpliga på anställningsförhållandet. Följden av det sagda blir bland annat att överlåtarens omplaceringsskyldighet kvarstår samt att eventuell arbetsbrist behandlas enligt gängse regler. Det är viktigt att notera att en arbetstagare som utnyttjar denna möjlighet inte kan rikta några anspråk mot förvärvaren av verksamheten samt inte vid en eventuell senare uppsägning från överlåtaren hävda företrädesrätt till återanställning hos

¹⁴⁷ Förenade målen C-144/87 och C-145/87 Berg och Busschers ECR 1988 s. 2559, p. 12.

¹⁴⁸ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas* m.fl. ECR 1992 s. I-6577.

¹⁴⁹ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas* m.fl. ECR 1992 s. I-6577, p. 29-31, 35-37.

¹⁵⁰ Förenade målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, p. 35.

¹⁵¹ Barrett (2005), s. 1094 f. och de förenade målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, p. 39.

¹⁵² Mulder (2004), s. 301 f.

förvärvaren. Som Lunning och Toijer uttrycker bör 6 b § 4 stycket LAS få störst betydelse då det rör sig om partiella överlåtelse.¹⁵³

En arbetstagare som avser att motsätta sig att dennes anställningsavtal övergår till förvärvaren ska meddela överlåtaren detta. Meddelande ska lämnas inom skälig tid efter att arbetstagaren blivit underrättad om verksamhetsövergången. Det kan noteras att informationen angående en planerad verksamhetsövergång ges till de fackliga organisationerna och inte till de enskilda arbetstagarna. Det har i svensk rätt inte införts någon regel som föreskriver att arbetsgivaren ska informera de anställda om verksamhetsövergången samt rätten att motsätta sig en övergång. Vad skälig tid innebär är inte definierat i lagtexten, men det uttalas i förarbetena att allmänna avtalsrättsliga principer ska vara vägledande. Då tidsfristen börjar löpa då arbetstagaren får kunskap om den förestående verksamhetsövergången kan detta innebära att tidsfristen löper då förvärvaren tar över verksamheten. Detta borde dock inte bli något större problem då det generellt sett föreligger ett gemensamt intresse av att frågan blir avgjord.¹⁵⁴

I målet *Blomman* kom AD in på frågan om arbetstagarens rätt att motsätta sig en övergång av dennes anställningsavtal. AD uttalade att 6 b § 4 stycket LAS är en rättighet för arbetstagaren och att det är arbetstagaren själv som disponerar över rättigheten. Arbetstagaren företar en ensidig rättshandling om han eller hon motsätter sig en övergång av anställningsavtalet. Arbetstagaren kan uttrycka sin vilja både uttryckligen och genom konkludent handlande. AD sade också att beskedet ska lämnas till överlåtaren, det vill säga motparten i anställningsförhållandet.¹⁵⁵

Huvudregeln innebärande automatisk övergång av parternas anställningsavtal till förvärvaren utgör inte endast en rättighetsregel utan även en presumtionsregel. Vidare kan noteras att det är den som påstår att arbetstagaren valt att stanna kvar hos överlåtaren som har bevisbördan för påståendet.¹⁵⁶

För att återknyta till frågan om parterna kan påverka uppfyllandet av kriteriet kan följande noteras. Om kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren är tillämpligt kan påverkas av om flera arbetstagare väljer att motsätta sig att deras anställningsavtal övergår till förvärvaren. En eller flera arbetstgares frivilliga rättighet att motsätta sig en övergång av deras individuella anställningsförhållande kan således få konsekvenser för bedömning om en verksamhetsövergång föreligger.¹⁵⁷

¹⁵³ Prop. 1994/95:102, s. 45, 81 f. och Lunning; Toijer (2006), s. 296.

¹⁵⁴ Prop. 1994/95:102, s. 46 och Lunning; Toijer (2006), s. 296 och Mulder (2004), s. 304, 306 och Savin (1995), s. 12 f.

¹⁵⁵ AD 1998 nr 144.

¹⁵⁶ Mulder (2004), s. 305 f.

¹⁵⁷ Lunning; Toijer (2006), s. 274 f.

5.4 Uppsägningsförbudet

I artikel 4 punkten 1 företagsöverlåtelsedirektivet stadgas att en övergång av verksamhet inte i sig ska utgöra skäl för uppsägning, vare sig från överlåtarens eller från förvärvarens sida. Det sagda hindrar dock inte uppsägningar som görs av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, och som innebär förändringar i arbetsstyrkan. Det kan noteras att detta inte innebär att överlåtaren kan åberopa ekonomiska skäl för att vidta uppsägningar för förvärvarens räkning.¹⁵⁸ I svensk rätt återfinns motsvarande stadgande i 7 § 3 stycket LAS. Det kan noteras att även 7 § 3 stycket LAS, genom hänvisning till 6 b § LAS, har ett mer vidsträckt tillämpningsområde än direktivet (offentligt anställda och sjögående fartyg).¹⁵⁹ Nordström menar att då de svenska reglerna i princip är ordagrant implementerade bör de tolkas i enlighet med EG-rätten.¹⁶⁰

Artikel 4 punkten 2 direktivet innehåller regler om när arbetsgivaren ska anses ansvarig för att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet med arbetstagaren upphört då arbetstagaren avslutat anställningen. Det är under förutsättning att anställningen upphör därför att verksamhetsövergången medför en väsentlig förändring av arbetsvillkoren, som är till nackdel för arbetstagaren. Av EG-domstolens rättspraxis följer att artikel 4 punkten 2 ska tolkas vidsträckt. Vidare följer av denna rättspraxis att regeln även ska vara tillämplig på väsentliga förändringar som ska företas enligt nationell lag.¹⁶¹ Regeln i artikel 4 punkten 2 direktivet har inte implementerats i svensk rätt genom ett särskilt stadgande. Anledning är att lagstiftaren ansett att svensk rätt redan innehöll en sådan regel avseende provocerad uppsägning. Stöd för att en sådan regel redan tillämpas i Sverige kan även hämtas ur AD:s rättspraxis.¹⁶²

Uppsägningsförbudet bör ses tillsammans med skyddet som partsväxlingsmodellen erbjuder. För att partsväxlingsmodellen ska inträda ska arbetstagaren vara anställd i överlåtarens verksamhet vid verksamhetsövergången. För att undvika att arbetstagarna är anställda vid denna tidpunkt kanske överlåtaren säger upp arbetstagaren innan berörd tidpunkt. I ett sådant fall får arbetstagaren skydd genom artikel 4.¹⁶³

Vid övertalighet till följd av en verksamhetsövergång har överlåtaren inte rätt att säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning, trots att överlåtelsebeslutet ännu inte är fattat. Det sagda innebär att överlåtaren inte kan säga upp arbetstagare av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, när det verkliga skälet är förvärvarens krav på hur verksamheten ska se ut efter överlåtelsen. Det är istället förvärvaren som efter övergången ska

¹⁵⁸ Lunning; Toijer (2006), s. 294.

¹⁵⁹ Lunning; Toijer (2006), s. 483.

¹⁶⁰ Nordström (2001), s. 203.

¹⁶¹ Mål C-175/99 Mayer REG 2000 s. I-7755 och mål C-425/02 Boor REG 2004 s. I-10823, p. 33.

¹⁶² Prop. 1994/95:102, s. 48 och Mulder (2004), s. 322 f.

¹⁶³ Barnard (2006), s. 663.

vidta behövliga uppsägningar. Av detta följer att turordningskretsarna kommer att fastställas hos förvärvaren enligt gängse regler. Av detta följer också att det i princip tycks föreligga ett absolut uppsägningsförbud för överlåtaren då en uppsägning sker på grund av övergången. Det kan framhållas att överlåtaren får vidta uppsägningar som skulle ha genomförts oavsett verksamhetsövergång. Det kan noteras att uppsagda arbetstagare vars uppsägningstid löper vid tidpunkten för övergången följer med till förvärvaren. Dessa arbetstagare har företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren, vilket följer av 25 § LAS. Arbetstagarna i fråga kan dock inte kräva omplacering till lediga tjänster hos förvärvaren.¹⁶⁴

Som ovan nämnts hindrar inte uppsägningsförbudet uppsägningar som företas av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl och som innebär förändringar i arbetsstyrkan. Vad som avses med det stadgade undantaget från uppsägningsförbudet är inte helt fastställt. Det kan dock konstateras att det avser uppsägningar som är hänförliga till verksamheten som sådan. Undantaget anses inte tillämpligt om omplacerings- eller omskolningsmöjligheter föreligger. Genom undantaget ges arbetsgivarna viss begränsad möjlighet till omorganisationer och rationaliseringar, dock omfattas inte en arbetsbristsituation till följd av övergången.¹⁶⁵ I *Dethier Équipement*-målet¹⁶⁶ fastslog EG-domstolen att undantagsmöjligheterna från uppsägningsförbudet tillkommer både överlåtaren och förvärvaren.¹⁶⁷ Av ovan stadgat kan utläsas att uppsägningsförbudet inom EG-rätten anknyter till uppsägningsskälet och inte till tidpunkten för uppsägningen. dock kan tidpunkten ha betydelse vad avser bevisfrågan.¹⁶⁸ I *Merckx- och Neyhuys*-målen anförde EG-domstolen att uppsägningar kan ha skett i enlighet med de lagstadgade undantagen (ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl) eller skett i strid med uppsägningsförbudet, därav kan uppsägningarna inte påverka bedömningen om en verksamhetsövergång är för handen.¹⁶⁹ Mulder menar att arbetsgivaren har bevisbördan för att uppsägningar inte skett i strid med uppsägningsförbudet, då arbetstagare sägs upp med hänvisning till de lagstadgade undantagsmöjligheterna samtidigt som andra arbetstagare anställs.¹⁷⁰

AD har också haft att avgöra två mål avseende undantagsmöjligheterna, det är målen *Safe Service II*¹⁷¹ och *Invandrarverket II*¹⁷². I *Safe Service II*-målet antog AD ståndpunkten att uppsägningar företagna av överlåtaren före verksamhetsövergången endast kan åberopas av överlåtaren och inte av förvärvaren. Vidare framgår av målet att en arbetstagare, utan att angripa

¹⁶⁴ Savin (1995), s. 14 och Hemberg (1997/98), s. 679 och prop. 1994/95:102, s. 44 f. och Nordström (2001), s. 203.

¹⁶⁵ Mulder (2004), s. 317 f.

¹⁶⁶ Mål C-319/94 *Dethier Équipement* REG 1996 s. I-1061.

¹⁶⁷ Mål C-319/94 *Dethier Équipement* REG 1996 s. I-1061, p. 34-37.

¹⁶⁸ Malmberg (2005/06), s. 212 och Källström; Malmberg (2006), s. 282.

¹⁶⁹ Förenande målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, p. 25-26.

¹⁷⁰ Mulder (2004), s. 317.

¹⁷¹ AD 1995 nr 97.

¹⁷² AD 1999 nr 21.

uppsägningarna hos överlåtaren, kan göra anspråk på fortsatt anställning hos förvärvaren.¹⁷³ I *Invandrarverket II*-målet konstaterade AD att hypotetisk arbetsbrist hos förvärvaren kan innebära att överlåtaren kan vidta uppsägningar. I målet ansåg AD turordningsbrott föreligga.¹⁷⁴ Dessa två mål tycks stå i strid med den rättspraxis som utarbetats av EG-domstolen. Ett uppsägningsbrott är inte enligt EG-domstolen att betrakta som ett turordningsbrott. Vidare, enligt domstolen, får arbetsbrist hos förvärvaren inte lösas inom ramen för verksamheten hos överlåtaren. En lagstridig uppsägning innebär vidare enligt domstolen att anställningen består vid verksamhetsövergången.¹⁷⁵ Enligt Malmberg bör *Safe Service II*-målet anses ha lågt rättskällevärde. Det med anledning av att målet bygger på en skälighetsbedömning samt att AD tycks mena att uppsägningsförbudet ska utsträckas till att omfatta uppsägningar som företagits innan frågan om verksamhetsövergång aktualiserats.¹⁷⁶

Efter införandet av 6 b § och 7 § 3 stycket LAS har kommit att diskuteras om förvärvaren direkt efter övergången kan företa uppsägningar eller om denne måste iakttä en övergångsfrist. Företagsöverlåtelsedirektivet och EG-domstolen ger inget direkt svar på frågan. Enligt de svenska förarbetena utgår man dock från att förvärvarens handlande efter övergången inte omfattas av uppsägningsförbudet.¹⁷⁷

Om en arbetstagare anser uppsägningen felaktig ska denne, precis som i andra uppsägningsfall, yrka på ogiltigförklaring av uppsägningen samt iakttä i 40-42 §§ LAS föreskrivna preskriptionsregler. Arbetstagaren kan väcka talan mot såväl överlåtaren som förvärvaren då arbetstagaren felaktigt sagts upp i samband med övergången och inte fått anställning hos förvärvaren. Om uppsägningen anses felaktig ska arbetstagaren anses vara anställd hos förvärvaren.¹⁷⁸

Uppsägningsförbudet anses ge upphov till både rättsliga och bevismässiga svårigheter. Svårigheterna är hänförliga till bedömningen när under övergångsprocessen som uppsägningsförbudet är tillämpligt. Det kan exempelvis ifrågasättas om överlåtaren i förväg får anpassa personalstyrkan för att underlätta en framtida försäljning. Enligt Lunning och Toijer får det anses krävas att övergångsplanerna tagit relativt fast form för att uppsägningsförbudet ska aktualiseras.¹⁷⁹ Enligt Mulder får man se till när beslutet om en verksamhetsövergång fattas. Man måste dock vara vaksam på att en viss ordning väljs (först uppsägning, sedan överlåtelsebeslut) i syfte att kringgå reglerna avseende uppsägning.¹⁸⁰ Av förarbetena kan utläsas att det får betydelse vid vilken tidpunkt uppsägningar aktualiseras samt om de är hänförliga till verksamheten som sådan. Av detta följer att i

¹⁷³ AD 1995 nr 97.

¹⁷⁴ AD 1999 nr 21.

¹⁷⁵ Mulder (2004), s. 321 f.

¹⁷⁶ Malmberg (2005/06), s. 212.

¹⁷⁷ Lunning; Toijer (2006), s. 295 och prop. 1994/95:102, s. 42, 45.

¹⁷⁸ Lunning; Toijer (2006), s. 483. Se även AD 1995 nr 60.

¹⁷⁹ Lunning; Toijer (2006), s. 294 f.

¹⁸⁰ Mulder (2004), s. 314.

svensk rätt beaktas främst tidpunkten för uppsägningarna och inte uppsägningsskälet.¹⁸¹ Från EG-domstolens praxis kan bland annat följande mål beaktas. Av *Bork International*-målet kan utläsas att vid en bedömning om en uppsägning strider mot uppsägningsförbudet ska domstolen ta hänsyn till under vilka objektiva omständigheter uppsägningen ägt rum. Särskilt bör beaktas om uppsägningen företogs i anslutning till tidpunkten för verksamhetsövergången. Om uppsägningen skett i strid med artikel 4 direktivet anses arbetstagaren vara anställd vid övergången.¹⁸² I *Temco*-målet antyds det att tidssambandet mellan uppsägningar och verksamhetsövergång kan få betydelse vid bevisprövningen. Återigen fastställde domstolen att arbetstagarna ska anses vara anställda vid verksamhetsövergången om uppsägningarna anses vara i strid med uppsägningsförbudet.¹⁸³

Det bör uppmärksammas att eventuella kringgåendemöjligheter av uppsägningsförbudet har lyfts fram i litteraturen. Det framhålls bland annat att det är sannolikt att förvärvare kommer att låta förvärvet av verksamheten ske genom en annan juridisk person, exempelvis dotterbolag. Detta för att undgå gemensamma turodningskretsar och det problem arbetsgivaren kan anse detta innebära.¹⁸⁴

Sammanfattningsvis kan följande sägas. Uppsägningsförbudet har enligt EG-domstolen en relativt inskränkt innebörd, då det bland annat inte uttalats ett förbud för överlåtaren att vidta uppsägningar för förvärvarens räkning. Vidare medför undantagsmöjligheterna från uppsägningsförbudet att förbudet givits en snäv innebörd. Som ovan nämnts tycks de svenska avgörandena samt uttalandena i propositionen inte vara helt i linje med EG-rätten. De svenska reglerna utvidgar uppsägningsförbudet. Som Malmberg framhåller tycks svensk rätt sätta tidpunkten för uppsägningen framför uppsägningsskälet vid en bedömning om uppsägningar skett i strid med uppsägningsförbudet. Det är tvärtemot den rättspraxis som utvecklats av EG-domstolen. Inom EG-rätten anses tidpunkten för uppsägningarna endast ha betydelse för bevisfrågan. Nordström menar, som ovan nämnts, att svensk rätt bör tolkas i enlighet med EG-rätten och att detta rättssystem är överordnat det svenska. Detta medför att de svenska förarbetsuttalandena samt den svenska rättspraxisen saknar rättslig betydelse. För parterna i en transaktion är det dock lämpligast att följa den svenska modellen, det vill säga låta förvärvaren genomföra uppsägningarna, och därmed undvika rättsliga problem. Förfarandet får istället bli en prisfråga för parterna.¹⁸⁵

¹⁸¹ Prop. 1994/95:102, s. 41 ff. och Malmberg (2005/06), s. 212.

¹⁸² Mål C-101/87 *Bork international* ECR 1988 s. 3057, p. 18-19.

¹⁸³ Mål C-51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969, p. 28.

¹⁸⁴ Savin (1995), s. 14.

¹⁸⁵ Nordström (2001), s. 207, 210 och Malmberg (2005/06), s. 212.

5.5 Intervjuresultat

Nedan redovisas intervjupersonernas synpunkter angående kringgåendemöjligheterna avseende kriteriet förvärvarens övertagande av personal.

Enligt Jonas Stenmo, Almega, kan det vara gynnsamt sett ur både överlåtarens och förvärvarens perspektiv att undgå tillämpligheten av reglerna i direktivet och LAS. Om en övergång inte blir att betrakta som en verksamhetsövergång kan exempelvis överlåtaren bli tvungen att säga upp arbetstagare och därmed iakttä långa uppsägningstider. Om förvärvaren vill överta personalen beror främst på om överlåtarens arbetskraft framstår som mer eller mindre kvalificerad. Ofta är detta även en prisfråga vid förhandlingar om verksamhetsövergångar. Jonas Stenmo kunde inte uttala sig mer specifikt angående kringgåendemöjligheterna av kriteriet, då Almega först kommer in senare i processerna avseende verksamhetsövergångar och kringgåendemöjligheterna främst är affärsmässiga beslut som tas på ett tidigare stadium.

Mikael Roos, Svensk Handel, anser utifrån sin profession att det kan vara gynnsamt att undgå reglerna angående verksamhetsövergång. Han menar att ju fortare en övertagandeprocess går, vilket beror på hur överlåtaren ”städad” i sin verksamhet, desto bättre pris sätts på verksamhetsövergången. Blir förvärvaren tvungen att överta flera anställda denne inte kan sysselsätta eller önskar ha anställda, påverkar detta således priset på övergången. Detta då det blir en längre och kostsammare process för förvärvaren, i form av exempelvis iakttagande av uppsägningstider. Mikael Roos menar att de tidigare reglerna (innan direktivet trädde i kraft) var gynnsammare ur ett arbetsgivarperspektiv, då överlåtaren lättare kunde säga upp arbetstagare samt förvärvaren kunde välja vilka arbetstagare denne skulle överta.

Mikael Roos anser att kringgåendemöjligheter för att utesluta att en verksamhetsövergång i enlighet med direktivet och 6 b § LAS föreligger beaktas. Det genom att överlåtaren ”städad” i sin verksamhet för att göra denne mer attraktiv inför en försäljning. Arbetsgivare eftersträvar att verksamheten vid en försäljning ska innehålla rätt antal arbetstagare med rätt kompetens. Att överlåtaren ”städad” i sin verksamhet beror inte i alla fall på att en verksamhetsövergång så småningom ska genomföras, utan det kan ske i förhållande till verksamhetens krav på lönsamhet. Om verksamheten efter detta inte visar sig mer lönsam, förekommer det att arbetsgivare först vid denna tidpunkt önskar få till stånd en verksamhetsövergång. I vissa fall beror dock ”städningen” på krav från förvärvaren, vilket kan anses vara i strid med föreliggande regler. Det kan konstateras för helhetens skull att det är högst ovanligt enligt Mikael Roos uppfattning att arbetstagare tackar nej till att deras anställningsavtal övergår till förvärvaren, då detta i många fall kan leda till en uppsägning på grund av arbetsbrist.

Vad avser kringgåendemöjligheterna, och främst möjligheten att vidta uppsägningar, menar Mikael Roos att förvärvaren bär den största risken.

Konsekvenserna av ett brott mot uppsägningsförbudet blir påtagligast för förvärvaren. Han påpekar också att det är viktigt vid förhandlingar i samband med en verksamhetsövergång att se till att de anställda i överlåtarens verksamhet som inte kommer att övergå är nöjda, så att de inte tar i anspråk sina juridiska rättigheter. Det bör nämnas att Mikael Roos inte anser möjligheterna till att vidta uppsägningar utgör ett stort problem.

Johan Sigeman, advokatbyrån Sigeman & Co, är av uppfattningen att det i vissa fall kan vara gynnsamt att undgå reglerna om verksamhetsövergång. Anledningen är att en verksamhetsövergång innebär stora kostnader (överta all personal) och eventuellt en tidskrävande hantering hos förvärvaren exempelvis avseende turordning och övertagande av kollektivavtal. Johan Sigeman menar att kringgåendemöjligheter i form av uppsägning med mera, enligt hans erfarenhet, inte tillämpas i stor utsträckning då detta inte lönar sig på grund av att det innebär stora kostnader, förseningar av affären samt en risk att hanteringen är i strid med gällande regler. För att undgå att sådana aktiviteter inte ska vara att betrakta som i strid med reglerna avseende verksamhetsövergång måste agerandet företas i god tid innan företagsförvärvet genomförs. Det medför, som tidigare sagts, stora kostnader och är tidskrävande, varav det är bättre ur ett affärsjuridiskt perspektiv att hantera frågorna inom ramen för avtalet som reglerar transaktionen. Naturligtvis får åtgärder vidtas av överlåtaren om dessa oavsett en verksamhetsövergång skulle ha vidtagits.

Av intervjun med Anders Elmér, Elmszell Advokatbyrå, framgår det att det ur klienternas (arbetsgivare) synvinkel kan vara gynnsamt att undgå tillämplighet av verksamhetsövergångsreglerna. Anledningen till detta är att dessa regler kan leda till stora kostnader och tidskrävande processer, exempelvis vad avser att två arbetsgivares system ska samordnas. Anders Elmér anser att flera faktorer beaktas avseende hur tillämpligheten av reglerna kan undvikas, bland annat beaktas möjligheten att låta verksamheten övergå till ett visst bolag (om förvärvaren har flera bolag) så att gemensamma turordningslistor undviks. Ett sådant förfarande kan även vara taktiskt sett till föreliggande kollektivavtal.

Anders Elmér menar att uppsägningsmöjligheter också beaktas vid frågor om företagsöverlåtelser. Han är av uppfattningen att undantagen från uppsägningsförbudet är relativt omfattande, men om en undantagsmöjlighet är tillämplig blir naturligtvis en bevisfråga för arbetsgivaren i slutfasen. Tidpunkten när uppsägningarna företogs är av intresse ur bevissynpunkt. Det bör framhållas att många problematiska frågor regleras genom avtal, exempelvis avtalas normalt sett att överlåtaren får bära avvecklingskostnaderna om förvärvaren blir skyldig att överta samtliga arbetstagare på grund av reglerna om verksamhetsövergång.

Av intervjuerna med Michael Jensen, Ledarna, och Dan Holke, LO-TCO Rättsskydd, framgår följande angående möjligheterna att kringgå reglerna om verksamhetsövergång. De båda intervjupersonerna är överens om att det ur ett arbetsgivarperspektiv kan vara gynnsamt att undgå reglerna om

verksamhetsövergång. Däremot är fallet inte så sett ur arbetstagarperspektivet, då arbetstagare alltid har en möjlighet att tacka nej till en övergång av deras anställningsavtal. Den långtgående konsekvensen om en verksamhetsövergång är för handen utgör ett incitament för arbetsgivare att kringgå reglerna, menar en av intervjupersonerna. Som framgår av lagtexten och direktivtexten får inte uppsägningar på grund av verksamhetsövergången äga rum, utan möjligheten att företa uppsägningar blir istället en fråga för förvärvaren. När uppsägningsförbudet inträder finns det inget svar på då ingen rättspraxis i frågan föreligger, menar intervjupersonerna.

6 Analys och slutsatser

I detta kapitel avser jag att analysera och diskutera det material avseende kriteriet förvärvarens övertagande av personal jag presenterat tidigare i uppsatsen. Vidare ska jag med hjälp av materialet försöka att verifiera respektive falsifiera tesen jag presenterat i inledningskapitlet.

6.1 Innebörden och betydelsen av kriteriet förvärvarens övertagande av personal

Företagsöverlåtelsedirektivet är ett tvingande minimidirektiv till arbetstagarnas fördel. Den huvudsakliga rättsföljden, se artikel 3 punkten 1 direktivet, om en verksamhetsövergång är för handen är partsväxlingsmodellen. Denna modell innebär en skyldighet för förvärvaren att automatiskt och omedelbart överta överlåtarens anställningsförhållanden. Förvärvaren inträder därmed som ny arbetsgivare med samma möjligheter och restriktioner, som överlåtaren hade, vad gäller arbetstagarnas anställningsvillkor. Partsväxlingsmodellen är tvingande rätt och kan inte avtalas bort av parterna, även om arbetstagaren kompenseras i motsvarande mån. Detta framgår av målet *Daddy's Dance Hall*. Av *Abels*-målet kan vidare utläsas att artikel 3 punkten 1 direktivet omfattar arbetstagarnas samtliga rättigheter, med undantag för de i artikel 3 punkten 4 i direktivet stadgade undantagen. I svensk rätt återfinns reglerna angående partsväxlingsmodellen i 6 b § 1 stycket LAS.

Bestämmelserna i LAS avseende verksamhetsövergång är antagna mot bakgrund av 1977 års överlåtelsedirektiv. Då både 1998 års ändringsdirektiv och rådande företagsöverlåtelsedirektiv från 2001 har antagits sedan dess kan det ifrågasättas hur svensk rätt förhåller sig till de ändrade reglerna. Även rättspraxisen från EG-domstolen har förändrats, exempelvis är *Schmidt*-målets betydelse idag överspelad. Min uppfattning är att de svenska reglerna i huvudsak är att betrakta som i enlighet med EG-rätten. Detta mot bakgrund av att de svenska reglerna är generellt utformade och ska tolkas EG-konformt, samt att AD vid tolkningen av de svenska reglerna ska tillämpa principen om EG-konform tolkning. Vad gäller uppsägningsförbudet föreligger dock en divergens mellan EG-domstolens och AD:s rättspraxis. Min uppfattning är att lagtexten i 7 § LAS ger utrymme för den tolkning av uppsägningsförbudet som EG-domstolen utvecklat, varpå endast en praxisändring av AD och inte en lagstiftningsåtgärd bör vidtas i Sverige.

I artikel 1 företagsöverlåtelsedirektivet kan utläsas de rekvisit som ska vara uppfyllda för att en verksamhetsövergång ska vara för handen, och därmed rättsföljden enligt ovan ska inträda. Övergången ska innebära ett byte av arbetsgivare, föremålet för övergången ska vara en ekonomisk enhet och denna enhet ska behålla sin identitet efter övergången. Kriteriet förvärvarens

övertagande av personal faller inom ramen för föremålet för övergången. Det kan noteras att kriteriet även har ett visst samband med bedömningen om verksamheten bibehållit sin identitet, vilket tydligt framgår av litteraturen samt intervjuerna med Mikael Roos och Anders Elmér. Av artikel 1 punkten 1 b direktivet kan utläsas att med överlåtelse i direktivets mening avses en överlåtelse av en ekonomisk enhet som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet. Vad detta närmare innebär har, som framgår av uppsatsen, uttolkats av EG-domstolen i flera rättsfall. Det finns dock fortfarande många obesvarade frågor att ta ställning till. Av *Spijkers*-målet framgår att det vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger ska en helhetsbedömning företas. Ett av kriterierna som ska beaktas i helhetsbedömningen är just kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren. Vidare är det viktigt att notera att parterna inte förfogar över kriterierna som beaktas i denna helhetsbedömning. Det kan dock ifrågasättas om inte parterna indirekt kan förfoga över kriterierna då främst överlåtaren kan påverka tillämpligheten av kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren.

Begreppet bibehållen identitet anses vara sammansatt av tre olika komponenter. Aktivitetskriteriet, vilket innebär att verksamheten ska pågå både före och efter övergången ("going concern"). I litteraturen har ståndpunkten att tillämplighet av aktivitetskriteriet inte utesluts endast på grund av att det inte finns någon personal anställd i verksamheten vid tidpunkten för övergången gjorts gällande. Som Mulder påpekat, vilket jag håller med om, kan detta ifrågasättas då personalintensiva verksamheter är föremål för övergång. Det bör dock lyftas fram att det inte ställs särskilt höga krav för att aktivitetskriteriet ska anses vara uppfyllt, det räcker att en regelbunden aktivitet föreligger hos överlåtaren. Den andra komponenten är fortsättningskriteriet, vilket innebär att verksamheten faktiskt ska fortsätta eller återupptas efter en övergång för att anses ha bevarat sin identitet. Den tredje komponenten är likhetskriteriet, vilket innebär att det ska föreligga en likhet i verksamheten före och efter övergången. Likhetskriteriet anses inte väga särskilt tungt i den helhetsbedömning som görs.

En ekonomisk enhet anses bestå av tre delar. Det är företag eller verksamhet, organiserad gruppering av tillgångar samt syftet ekonomisk verksamhet. Begreppen företag och verksamhet är EG-rättsliga begrepp som anger den yttre ramen för vad som omfattas av företagsöverlåtelsedirektivet. Vad som avses med att syftet ska vara ekonomisk verksamhet innebär att någon ekonomisk aktivitet ska förekomma. Det kan noteras att begreppet ekonomisk verksamhet har tolkats vidsträckt av EG-domstolen, och det kan särskilt lyftas fram att begreppet inte förutsätter att verksamheten drivs i vinstsyfte. Med organiserad gruppering av tillgångar kan bland annat avses material, immateriella rättigheter och personal. Den närmare innebörden av begreppet har växlat över tiden. Inledningsvis ansågs det dominerande synsättet, vilket kom till uttryck genom *Schmidt*-målet, vara att en verksamhetsövergång förelåg om arbetsuppgifterna övergått till förvärvaren.

Av Barnard benämns detta synsätt ”the labour law approach” eller pre-Süzen. Detta av EG-domstolen antagna betraktelsesätt kritiserades kraftigt. Kritiken bestod bland annat i att man ansåg EG-domstolen gjort en för snäv bedömning, vilken också saknade flexibilitet. Genom *Süzen*-målet kom ett annat synsätt att bli det dominerande, av Barnard benämnt ”the commercial approach” eller post-Süzen. Av *Süzen*-målet kan utläsas att EG-domstolen nu menar att en ekonomisk enhet inte kan reduceras till arbetsuppgifterna som utförs i verksamheten. Utan en ekonomisk enhet anses bestå av en organisation av personer eller andra beståndsdelar vilka kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. EG-domstolen menar att det måste beaktas vilken typ av verksamhet som är för handen och att viktningen av Spijkerskriterierna utifrån detta kan variera. Domstolen menar att ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, på vissa områden där verksamheten i huvudsak baseras på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet. En sådan enhet kan också bibehålla sin identitet om förvärvaren inte inskränker sig till att fortsätta verksamheten, utan även övertar huvuddelen av personalen sett till antal och kompetens.

Utifrån materialet i uppsatsen anser jag att kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren har något olika innebörd beroende på vad för typ av verksamhet det appliceras på. Ser man på den föreliggande rättspraxisen från EG-domstolen kan man se en skillnad i bedömningen mellan personalintensiva respektive materialintensiva verksamheter. Då det rör materialintensiva verksamheter, anses inte kriteriet ha avgörande betydelse i den helhetsbedömning som görs. Men vägran att överta personal då det rör sig om materialintensiva verksamheter anses inte heller kunna utesluta direktivets tillämplighet. Se exempelvis målet *Abler*. Det sagda innebär att kriteriet varken får utslagsgivande roll för att direktivet är tillämpligt respektive mot att det är tillämpligt. Då det rör sig om personalintensiva verksamheter kan kriteriet spela en helt avgörande roll för direktivets tillämplighet. Ett kollektiv av arbetstagare avdelat för att utföra ett visst arbete kan utgöra en ekonomisk enhet enligt EG-domstolens uttalande i *Süzen*-målet. Det avgörande är om förvärvaren övertagit en huvuddel av personalen sett till antal och kompetens. Jag anser att AD:s rättspraxis avseende denna bedömning ligger väl i linje med den rättspraxis EG-domstolen utarbetat.

Som Garde och Barrett framhåller framstår det som om EG-domstolen infört en hierarki mellan kriterierna materialövertagande och personalövertagande, där personalövertagande är underordnat materialövertagande. Följden av detta blir att kriteriet förvärvarens övertagande av personal endast får avgörande betydelse i verksamheter som fungerar utan materiella tillgångar. Se exempelvis *Abler*-målet där, som ovan nämnts, underlåtenheten att överta personal vid en övergång av en materialintensiv verksamhet inte utesluter direktivets tillämplighet. Att en hierarki föreligger går endast att utläsa vid en genomgång av rättspraxis, det är inget EG-domstolen själv uttryckligen framhåller. Det kan diskuteras varför EG-domstolen infört en hierarki mellan de två kriterierna och vidare

varför den utföll på föreliggande sätt. Jämför exempelvis målet *Liikenne*, som handlade om ett bussbolag. Domstolen skulle kunna ha resonerat att en bussverksamhet var en personalintensiv verksamhet då verksamheten inte kan fortsätta utan personal, då det är personalen som kör bussarna. Barrett menar vidare att ju mindre roll de materiella tillgångarna spelar desto mindre tillämplig blir den föreliggande metoden. De verksamheter som faller utanför de materialintensiva verksamheterna blir att betrakta som undantag. Det är relativt få företag som inte kan betraktas som materialintensiva överhuvudtaget. Detta får därmed till följd, enligt det ovan förda resonemanget, att kriteriet förvärvarens övertagande av personal får en inskränkt betydelse sett till helheten. Jag delar Barretts åsikt att metoden att kategorisera verksamheter i dessa två kategorier blir mindre lämplig ju mindre roll de materiella tillgångarna spelar. En fallande skala där kriteriet personalövertagande beaktas i större utsträckning, ju mindre roll de materiella tillgångarna spelar är att föredra. En sådan skala skulle dock med stor sannolikhet vara svår att tillämpa i praktiken och betydligt mindre förutsägbar än dagens resonemang. Samtidigt skulle en mindre förutsägbarhet kunna vara positivt i en bemärkelse, och det är att arbetsgivarna inte lika lätt skulle kunna sätta kriteriet ur spel.

Vid personalintensiva verksamheter, då kriteriet förvärvarens övertagande av personal får avgörande betydelse, kan kriteriets effektivitet utifrån ett arbetstagarperspektiv ifrågasättas. Anledningen till det är att arbetsgivarna, främst överlåtaren, har möjlighet att påverka kriteriets tillämplighet. Genom att underlåta att överta all personal eller en huvuddel av personalen anses inte kriteriet uppfyllt (bortsett från eventuella kringgåenden). Det kan påpekas som en av intervjupersonerna som representerar arbetstagarperspektivet gjort, att arbetsgivarens påverkansmöjligheter också styrs av arbetsmarkandens struktur. Det intervjupersonen åsyftar är om annan arbetskraft än överlåtarens finns att tillgå för att driva verksamheten. Vidare kan lyftas fram, som Jonas Stenmo på Almega påpekade, att arbetsgivarna hindras från att fritt handplocka allt för många arbetstagare. Överlåtaren har juridiskt sett rätt till att beakta kriteriet förvärvarens övertagande av personal, att bestämma hur dess verksamhet ska överlåtas och därmed också vilka arbetstagare som ska överlåtas, vilket innebär att arbetsgivaren medvetet kan påverka kriteriets tillämplighet. Detta utan att det kan åberopas mot arbetsgivaren vid en eventuell process. Naturligtvis får inte uppsägningsförbudet i direktivet och LAS kränkas. Att detta beaktas i praktiken framgår av intervjuerna.

Vilka verksamheter som är att betrakta som personalintensiva är svårt att uttömmande svara på. Enligt rättspraxis från både EG-domstolen och AD kan vi se att städverksamhet, bevakningsverksamhet och verksamhet bestående av uthyrning av personal är att anse som personalintensiva verksamheter. Se exempelvis målen *Jouni m.fl.*, *Proffice*, *Ekonomistäd* och *Hidalgo och Ziemann*. Som ovan nämnts är verksamheter som är att se som personalintensiva begränsade. De kan tänkas bli fler i framtiden då vi lever i ett kunskapssamhälle där företagen i allt större utsträckning ser ”know how” som en av deras mest betydelsefulla tillgångar. Samtidigt kan man också

bara fundera över och spekulera i, som Lunning och Toijer ger uttryck för, om inte fler kategorier av verksamheter än personalintensiva och materialintensiva kommer att framträda. Vilka dessa är kan som sagts endast spekuleras kring, man skulle kunna tänka sig att verksamheter där material och personal utgör ungefär lika betydelsefulla tillgångar för verksamheten kan bli en kategori. Det skulle dock innebära en justering av föreliggande rättspraxis, jämför exempelvis *Liikenne*-målet. Exempel på en sådan verksamhet är åkerier. I dessa fall skulle man kunna tänka sig en något annorlunda bedömning av kriteriet förvärvarens övertagande av personal då verksamheten både utgör en personalintensiv och materialintensiv verksamhet.

En ytterligare aspekt som närmare bör belysas är vad ”huvuddelen sett till antal och kompetens” innebär. Det får som nämnts betydelse för bedömningen om en ekonomisk enhet övergått vid personalintensiva verksamheter. Av rättspraxis från både EG-domstolen och AD samt av intervjuerna framgår att det idag klart dominerande kriteriet är antal. Exakt hur många arbetstagare som måste övergå för att huvuddelen sett till antal ska anses uppfyllt går inte att säga, utan får bedömas från fall till fall beroende på personalstyrkans sammansättning. Mikael Roos på Svensk Handel menar att man kan arbeta utifrån riktmärket femtio procent, och som Jonas Stenmo på Almega sade så bör man vara försiktig och noggrant fundera då man börjar närma sig detta tal. Av intervjuerna framgår, se särskilt intervjun med Jonas Stenmo, att antalet arbetstagare som övergår är särskilt intressant då det rör sig om utbytbar arbetskraft. Om det däremot rör sig om nyckelpersoner och arbetsledning bör ett färre antal arbetstagare behöva övergå för att huvuddelen av personalstyrkan ska anses ha övergått. Det menar bland annat Johan Sigeman på advokatbyrån Sigeman & Co. Anders Elmér, Elmszell advokatbyrå, är av uppfattningen att då delar av personalstyrkan övergår är kompetenskriteriet av störst betydelse. Detta då kvalitet lättare ger upphov till identitet avseende verksamheten. Som Jonas Stenmo också ger uttryck för kan kanske huvuddelen sett till kompetens få en större betydelse i framtiden då vi får allt fler ”know how” företag. Jag är beredd att hålla med Jonas Stenmo i detta avseende. Anledningen till att domstolarna idag fokuserar främst på antal är enligt min mening för att detta är ett mer mätbart kriterium än kompetens. Både det kvantitativa kriteriet och det kvalitativa kriteriet bör dock samspela precis som följer av ordalydelsen i rättspraxis, se exempelvis *Süzen*-målet, ”huvuddelen sett till antal och kompetens”. Detta bör enligt min mening innebära att antalet kan vara lägre om de som övergår är nyckelpersoner för verksamheten. Man kan också uttrycka det i termer att så stor del av personalen (sett till både antal och vilken kompetens dessa personer besitter) måste övergå att verksamheten bibehåller sin identitet efter övergången.

Jag anser att ett förhandsavgörande gällande huvuddelen av personalstyrkan sett till antal och kompetens hade varit på sin plats. Dels hade det varit intressant att få ta del av EG-domstolens syn på huvuddelen sett till kompetens i förhållande till antal. Jag tror som främst Anders Elmér och Johan Sigeman framhåller att kompetens är av större betydelse då färre

arbetstagare övertas, då dessa kan ge upphov till identitet avseende verksamheten. Det är intressant att notera att det idag föreligger en viss divergens mellan rättspraxis och i vissa fall agerandet i praktiken. Där man i praktiken, enligt intervjuresultaten, beaktar kompetenskriteriet i större utsträckning. Det kan vidare lyftas fram, som intervjupersonerna som intar ett arbetstagarperspektiv gjort, att oklarheten i reglerna dels i viss mån minskar kringgåendet av reglerna och dels utgör ett incitament för parterna att förhandla om lösningar. Jag tror dock att ett klargörande från EG-domstolen inte behöver medföra att kringgåendemöjligheterna ökar samtidigt som incitamentet för förhandlingslösningar minskar, då EG-domstolen inte kan uttala exakta tal för när huvuddelen sett till antal och kompetens är uppfyllt. Däremot kan EG-domstolen klargöra hur vi ska väga kriterierna och vad och hur vi ska beakta kriteriet kompetens.

Vidare hade det varit intressant att få ett ställningstagande av EG-domstolen beträffande hur stor den krets av arbetstagare är som man bedömer huvuddelen av personalen i förhållande till. Jämför exempelvis målet *Ekonomistäd* från AD, där en verksamhetsövergång inte ansågs föreligga då en huvuddel av personalstyrkan inte övergått. Detta grundades på att man såg till alla som arbetade med städning, det vill säga inklusive de behovsanställda. AD:s bedömning medför att det blir svårare att uppfylla kriteriet förvärvarens övertagande av personal och därmed direktivets tillämplighet då även behovsanställda ska beaktas. Att avgränsa vilka arbetstagare som ska utgöra underlag för bedömningen avseende huvuddel av personalstyrkan är en grundläggande fråga som jag anser att EG-domstolen bör ta ställning till. En ytterligare fråga som jag anser EG-domstolen bör ta ställning till är hur omfattande tidsperiod man får ta i beaktande vid bedömningen för om en verksamhetsövergång föreligger. Man kan exempelvis tänka sig ett scenario där förvärvaren övertar ett antal arbetstagare från överlåtaren. Efter ett tag övertar förvärvaren några till. Efter att ha övertagit arbetstagare i flera etapper anses en huvuddel av personalstyrkan ha övertagits, och en tvist uppkommer. Var går då gränsen avseende övertagande av arbetstagarna inom ramen för verksamhetsövergången? Ska samtliga slås samman och beaktas som en helhet, eller ska man se varje etapp av övertagande för sig och bedöma om en verksamhetsövergång föreligger? Jag tror att tidssambandet mellan övertagandena får betydelse, bland annat för att bedöma om arbetsgivarna gör på detta sätt för att undvika att en verksamhetsövergång ska vara för handen. Som sagts är detta grundläggande principiella frågor som utgör förutsättningar för den fortsatta bedömningen, varför jag anser att det är en uppgift för EG-domstolen att ta ställning till dem.

Som upprepade gånger nämnts kompliceras tillämpligheten av kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren av att kriteriet både utgör ett rättsfaktum och en rättsföljd. För att lösa denna problematik behövs en ändring av företagsöverlåtelsedirektivet genomföras. Som tidigare också nämnts upprepade gånger ska kriteriet ses som en del i en helhet, varpå kriteriets betydelse inte blir lika framträdande. Dock måste framhållas att då det berör personalintensiva verksamheter har kriteriet en

avgörande betydelse. Kanske kan en praktisk lösning i svensk kontext införas i kollektivavtal. Som en av intervjupersonerna som företräder arbetstagarperspektivet uttalat skulle en regel i kollektivavtal kunna branschpassas, vilket även kriteriet görs enligt domstolarna. Att införa en regel om företrädesrätt för överlåtarens arbetstagare hos förvärvaren innebär att förvärvaren inte behöver överta personal som denne inte är i behov av, samtidigt som förvärvaren inte för att undgå reglerna om verksamhetsövergång kan nyanställa andra arbetstagare. En regel angående företrädesrätt, som är i enlighet med äldre svensk rätt, skulle inte bli lika betungande för förvärvaren. Detta skulle också kunna minska incitamentet för kringgående av reglerna om verksamhetsövergång. En sådan regel innebär en inskränkning av det skydd som arbetstagare erhåller genom direktivet varpå regeln endast idag kan komma i fråga då en verksamhetsövergång i direktivets och LAS mening inte är för handen.

6.2 Möjligheter till påverkan av bedömningen avseende kriteriet förvärvarens övertagande av personal

Som redogjorts för i kapitel fem kan både arbetsgivare och arbetstagare påverka uppfyllandet av kriteriet förvärvarens övertagande av personal. Av intervjuerna framgår att främst arbetsgivare kan ha ett intresse av att undvika att reglerna om verksamhetsövergång blir tillämpliga, då förvärvaren inte vill överta samtliga arbetstagare. Som intervjupersonerna som intar ett arbetsgivarperspektiv framhåller är det en tidskrävande och kostsam process att låta alla arbetstagare övergå till förvärvaren och sedan låta denna företa uppsägningar.

Som ovan nämnts har arbetstagare rätt att motsätta sig att dennes anställningsavtal övergår till förvärvaren, vilket grundas på den grundläggande rättigheten att arbetstagaren fritt får välja sin arbetsgivare. Det sagda medför att arbetstagaren fortsätter att vara anställd av överlåtaren och gängse regler står till dennes förfogande för att hantera den uppkomna situationen. Som framgår av intervjuerna med arbetstagarrepresentanterna utnyttjar arbetstagare denna rättighet framför allt vid verksamhetsövergångar där endast en del av överlåtarens verksamhet övergår. Vanligast borde det vara bland arbetstagare som har en längre anställningstid och därmed en betydande trygghet i turordningshänseende hos överlåtaren. Ett problem som skulle kunna uppstå vid en verksamhetsövergång av en del av en verksamhet är att flera arbetstagare motsätter sig att deras anställningar övergår. Det kan få till konsekvens att huvuddelen av personalstyrkan sett till antal och kompetens inte övergår vilket i sin tur kan medföra att en verksamhetsövergång i LAS och direktivets mening inte är för handen. Detta får till konsekvens för de arbetstagare som faktiskt övergår, under premisen att det ska ske en verksamhetsövergång, inte till exempel får räkna sin anställningstid hos överlåtaren vid beräkning av den totala anställningstiden. Vidare är inte överlåtaren solidariskt ansvarig i förhållande till arbetstagaren för

ekonomiska förpliktelser. Den praktiska betydelsen av detta problem bör vara liten, för om både överlåtaren och förvärvaren anser att en verksamhetsövergång föreligger och dessa agerar utifrån detta erhåller arbetstagarna fullgott skydd och inga konflikter uppstår.

Arbetsgivarnas möjligheter att påverka uppfyllandet av kriteriet är större och mer praktiskt märkbara. Det kan inledningsvis noteras att det främst är överlåtaren, av arbetsgivarna, som har möjlighet att agera och därigenom påverka uppfyllandet av kriteriet. Däremot kan överlåtarens agerande många gånger i praktiken bero på förvärvarens uppfattning och vilja. Det kan först och främst nämnas den påverkansmöjlighet som diskuterats under avsnittet ovan, i form av att begränsa antalet arbetstagare som ska övergå. Vidare kan arbetsgivaren genom att begränsa omfattningen av den verksamhet som övergår påverka kriteriets tillämplighet. För att en del av en verksamhet ska kunna övergå krävs det att den delen är klart urskiljbar. Av *Botzen*-målet framgår vidare att det endast är arbetstagare som är knutna till den delen av verksamheten som faller inom skyddet som företagsöverlåtelsedirektivet föreskriver. För att undgå tillämplighet av kriteriet kan arbetsgivaren genom att utnyttja sin arbetsledningsrätt omplacera arbetstagare till uppgifter som faller utanför den del av verksamheten som ska övergå. Som Lunning och Toijer påpekar är det osäkert i vilken utsträckning detta är tillåtet. Min uppfattning är att det står arbetsgivarna fritt att företa dessa åtgärder. Bland annat med anledning av att skyddsaspekten antagligen får mindre betydelse då arbetstagarna faktiskt vid själva överlåtelsen har en anställning. Återigen kompliceras bedömningen av vad som sker i överlåtarens verksamhet efter verksamhetsöverlåtelsen, exempelvis läggs den ned eller drivs den vidare. Jag anser att tidsaspekten när åtgärderna företas återigen får betydelse och då främst om man kan uppfatta åtgärderna som ett kringgående av direktivet och LAS. Även anledningen till omplaceringen som arbetsgivaren anger, i kombination med tidsaspekten, kan vara av betydelse.

Ett ytterligare sätt för arbetsgivarna att undvika att kriteriet uppfylls är att vid en verksamhetsövergång inte överta någon personal överhuvudtaget, utan istället exempelvis använda sig av bemanningsföretag för att utföra arbetet. I *Proffice*-målet godtog AD ett sådant agerande från arbetsgivarnas sida. Det ska dock framhållas att det antagligen, för att komma till denna slutsats, av AD ansågs som mycket betydelsefullt att arbetet redan tidigare utfördes av bemanningsföretag. Frågan är om inte AD kommit till en annan slutsats om bemanningsföretag anlitas för att undvika direktivets tillämplighet. Återigen är det svåra bedömningar att göra då det faktiskt kan vara fallet att förvärvaren vill driva verksamheten vidare med hjälp av arbetstagare från bemanningsföretag. Min uppfattning är att AD i dessa fall ger omständigheterna i det enskilda fallet stort utrymme, såsom hur förvärvaren bedrivit verksamhet tidigare. En annan närliggande fråga, som lyftes fram av en av intervjupersonerna som intar ett arbetstagarperspektiv, är hur domstolarna skulle ställa sig till fallet att förvärvaren vägrar ta över personal från överlåtaren samtidigt som denne nyrekryterar personal med motsvarande kompetens. Av direktivet och av LAS ordalydelse kan inte ett förbud mot detta anses föreligga, även om förvärvaren förvärvar viss

personal från överlåtarens verksamhet. Det sagda måste skiljas från uppsägningsförbudet. Om arbetstagarna av egen fri vilja avslutar sina anställningar hos överlåtaren och sedan börjar arbeta i förvärvarens verksamhet, är detta inte i strid med uppsägningsförbudet. Om däremot arbetstagarna i överlåtarens verksamhet sägs upp och sedan erbjuds anställning hos förvärvaren kan detta stå i strid med reglerna. Som uttrycks i de förenade målen *Merckx och Neyhuys* kan uppsägningar några dagar innan en verksamhetsövergång inte påverka bedömningen om en verksamhetsövergång är för handen då uppsägningarna kan ha företagits i strid med uppsägningsförbudet. Som Mulder framhåller är det arbetsgivaren som har bevisbördan för att arbetstagarna ej sagts upp i strid med uppsägningsförbudet.

Uppsägningsförbudet innebär ett förbud för arbetsgivarna att på grund av verksamhetsövergången företa uppsägningar. Uppsägningar som grundas på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl som innebär förändringar i arbetsstyrkan undantas från förbudet. Av detta följer att uppsägningar som skulle vidtas oavsett verksamhetsövergången inte är i strid med uppsägningsförbudet. Som Anders Elmér framhåller är undantagen från uppsägningsförbudet relativt omfattande, men att det främst blir en bevisfråga för arbetsgivaren. En divergens mellan EG-domstolens avgöranden i förhållande till AD:s avgöranden kan konstateras angående när uppsägningsförbudet inträder. Enligt EG-domstolens avgöranden ska man vid bedömningen se till anledningen bakom uppsägningen, tidpunkten för uppsägningen ska dock ha betydelse i bevishänseende. Av AD:s avgöranden kan utläsas att AD istället ser till tidpunkten när uppsägningen vidtas. Det sagda innebär att EG-domstolen ger uppsägningsförbudet en snävare innebörd än vad AD gör. Då AD ska företa en EG-konform tolkning av reglerna och då EG-rätten står över nationell rätt bör den bedömning EG-domstolen gjort vara den gällande. Denna är särskilt gynnsam ur ett arbetsgivarperspektiv. Men som kommenterats i litteraturen är det lämpligast att i Sverige följa den svenska modellen. Denna innebär att överlåtaren inte vidtar uppsägningarna utan låter arbetstagarna övergå till förvärvaren som sedan vidtar uppsägningarna. Ett problem som uppstår med anledning av detta agerande är att då turordningen ska bestämmas hos förvärvaren ska samtliga arbetstagare beaktas. Det kan få till följd att det inte är den övergångna personalen som är bland de arbetstagare som måste sägas upp. Som intervjupersonerna också påpekar innebär ett övertagande av all personal och därefter uppsägningar en tidskrävande och kostsam process.

Enligt reglerna i företagsöverlåtelsedirektivet och LAS ska om en verksamhetsövergång föreligger arbetstagarnas anställningsavtal automatiskt övergå till förvärvaren. Om förvärvaren anser att arbetstagare behöver sägas upp på grund av arbetsbrist ska turordningen bestämmas utifrån alla anställda hos förvärvaren. Då detta sällan framstår som en attraktiv möjlighet för förvärvaren, blir saken istället en fråga att hantera för överlåtaren och en prisfråga för transaktionen. Överlåtaren ”städar” gärna i sin verksamhet för att göra verksamheten som avses överlåtas att framstå

som attraktiv. Så länge som samtliga inblandade parter är nöjda så uppstår ingen tvist och därmed aktualiseras inte reglerna om verksamhetsövergång. Det kan noteras att en överenskommelse mellan fackförbund och arbetsgivare att en verksamhetsövergång inte föreligger, inte binder enskilda medlemmar. Som Johan Sigeman och Anders Elmér framhåller regleras oftast dessa frågor i avtalet som reglerar transaktionen. Avtalen innebär i regel en kostnadsreglering avseende vem som ska bära kostnaderna om en tvist uppstår. Av intervjuerna med arbetsgivarrepresentanterna framgår vidare att man inte komplicerar frågorna ytterligare genom att exempelvis bilda dotterbolag dit verksamheten övergår. Som framgår av intervjun med Anders Elmér, görs dock taktiska övervägande utifrån den befintliga företagsstrukturen (om arbetsgivaren har flera bolag). Det bör framhållas att, som Johan Sigeman uttryckte det, kriteriet angående personalövertagande inte styr affären.

6.3 Tesen

Som tidigare nämnts i avsnitt 1.1 är min tes följande: kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka, vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger, uppfyller *inte* det arbetstagar skydd som företagsöverlåtelsedirektivet (se ingressen, skäl 3) avser att uppnå.

Inledningsvis kan återigen konstateras att kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren ska ses som en del i en helhet. Generellt sett anser jag att reglerna i företagsöverlåtelsedirektivet och LAS korresponderar mot syftet att skydda arbetstagare. Det kan bland annat utläsas av att EG-domstolen och AD i sina avgöranden konstaterar reglernas syfte och har detta som en utgångspunkt vid bedömningen av målen. Se exempelvis de förenade målen *Hidalgo och Ziemann* ur EG-domstolens rättspraxis och *Blomman*-målet ur AD:s rättspraxis.

Det kan lyftas fram att det tidigare dominerande synsättet vid diskussioner angående företagsöverlåtelser, av Barnard benämnt "the labour law approach" eller pre-Süzen, i större utsträckning än det i nuläget dominerade synsättet, av Barnard benämnt "the commercial approach" eller post-Süzen, ledde till att en verksamhetsövergång var för handen. "The labour law approach" kom främst till uttryck genom målet *Schmidt*, där EG-domstolen ansåg att en verksamhetsövergång i direktivets mening förelåg då arbetsuppgifterna övergått till förvärvaren. Det kan noteras att detta synsätt som presenterades i *Schmidt*-målet inte vann framgång i svensk rättspraxis, se *Swebus III*-målet. Då "the labour law approach" i större utsträckning leder till slutsatsen att en verksamhetsövergång föreligger, kan detta anses innebära att synsättet i större utsträckning än rådande ledde till att syftet med företagsöverlåtelsedirektivet uppfylldes. Samtidigt kan diskuteras om inte "the commercial approach" vilken följer av *Süzen*-målet, och som idag utgör det dominerande synsättet, också i stor utsträckning kan medföra att syftet med direktivet uppfylls. Detta mot bakgrund av att EG-domstolen genom *Süzen*-målet fastställde att inte bara övertagande av material utan även ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam

verksamhet kan utgöra en ekonomisk enhet. Som Melin påpekar kan man se domen i målet *Süzen* som ett tecken på att EG-domstolen anpassade direktivet till den moderna arbetsmarknaden. Därmed kan fler verksamheter, om kriterierna är uppfyllda, vara föremål för verksamhetsövergångar och syftet att skydda arbetstagare får ett vidsträckt område att tillämpas på.

Av materialet som lyfts fram i uppsatsen kan pekas på flera punkter som talar mot att syftet i företagsöverlåtelsedirektivet uppfylls. Jag anser att arbetsgivarnas, främst överlåtarens, möjligheter att påverka kriteriet förvärvarens övertagande av personal tillämplighet talar mot syftet med direktivet. Framför allt vid personalintensiva verksamheter ges överlåtaren möjligheter att genom sitt agerande råda över kriteriets tillämplighet. Överlåtaren av en verksamhet kan till och med avstå från att låta vissa arbetstagare övergå vid en transaktion just av anledningen att undvika att en verksamhetsövergång i direktivets och LAS mening ska vara för handen. Genom sitt agerande fråntar arbetsgivaren arbetstagarna dess skydd. Att så faktiskt sker i praktiken talar även intervjuaren för, se bland annat intervjuerna med Jonas Stenmo och arbetstagarrepresentanterna. Det kan noteras för tydlighetens skull att dessa ageranden inte är i strid med de föreliggande reglerna, så som de tolkats, utan det står överlåtaren fritt att bestämma vad som ska överlåtas.

Att syftet med företagsöverlåtelsedirektivet att skydda arbetstagarna inte alltid sätts främst, exempelvis genom att arbetsgivaren ges möjlighet att råda över kriteriet, bör enligt min mening ses i ett större perspektiv. För att reglerna angående verksamhetsövergång ska kunna fungera praktiskt i samhället är det nödvändigt med en avvägning mellan olika intressen. Både arbetsgivarens och arbetstagarens intressen måste beaktas, men framför allt måste beaktas ekonomiska och konkurrensrättsliga intressen i förhållande till det sociala som företagsöverlåtelsedirektivet ger uttryck för. Att bara se till det sociala skyddet hade antagligen gett allt för stora negativa konsekvenser för både företagen och marknaden i medlemsstaterna respektive EU ur ett ekonomiskt och konkurrensrättsligt perspektiv.

Sammanfattningsvis kan av ovanstående dras slutsatsen att genom att i de dömande instanserna övergå från "the labour law approach" (pre-*Süzen*) till "the commercial approach" (post-*Süzen*) har skyddet för arbetstagarna försämrats då färre transaktioner är verksamhetsövergångar i företagsöverlåtelsedirektivets och LAS mening. Detta trots ovan för diskussion om att det rådande synsättet inte endast avseende arbetstagar skyddet är negativt, utan utvecklats. Att arbetsgivarna, och då främst överlåtaren, ges möjlighet att påverka om kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren är uppfyllt anser jag vidare tala mot syftet med direktivet. Det bör återigen noteras att jag analyserar detta kriterium isolerat från övriga i förhållande till syftet med företagsöverlåtelsedirektivet. Man skulle kunna tänka sig att diskussionen kring tesen blivit något annorlunda om alla Spijkerskriterier beaktats och analyserats.

Min slutsats mot bakgrund av ovan fördd diskussion är att kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka från överlåtaren inte fullständigt uppfyller det arbetstagar skydd som företagsöverlåtelsedirektivet avser att uppnå. Jag vill dock poängtera att min slutsats inte nödvändigtvis bör medföra en förändring av bedömningen av kriteriet i förhållande till syftet med direktivet, då det måste finnas en balans i förhållande till ekonomiska och konkurrensrättsliga aspekter.

6.4 Slutsatser

Kriteriet förvärvarens övertagande av personal får olika stor betydelse beroende på om det är en materialintensiv eller personalintensiv verksamhet som ska övergå. Då det rör materialintensiva verksamheter anses inte kriteriet ha en utslagsgivande funktion för om en verksamhetsövergång är för handen. Däremot då övergången rör personalintensiva verksamheter anses kriteriet enligt rättspraxis ha en utslagsgivande funktion.

Påverkansmöjligheterna om en verksamhetsövergång föreligger, utifrån kriteriet förvärvarens övertagande av personal, är som störst då en personalintensiv verksamhet är för handen. Arbetsgivaren kan i princip bestämma om huvuddelen av personalstyrkan sett till antal och kompetens är uppfyllt. Lyftas fram bör, som en av intervjupersonerna påpekat, att arbetsgivarens påverkansmöjligheter dock påverkas av arbetsmarknadens struktur (tillgången på annan arbetskraft).

Av rättspraxis kan vidare utläsas att en hierarki föreligger mellan kriterierna materialövertagande och personalövertagande, där personalövertagande är underordnat materialövertagande.

Kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren uppfyller inte till fullo det arbetstagar skydd som företagsöverlåtelsedirektivet avser att uppnå. Att så är fallet kan bero på att ett kriterium urskiljs ur en helhetsbedömning. En annan anledning kan vara att domstolarna genom rättspraxis försöker upprätthålla en balans mellan det sociala skyddet som direktivet avser att uppnå i förhållande till ekonomiska och konkurrensrättsliga aspekter inom medlemsstaterna och EU.

Det kan konstateras att det fortfarande råder relativt stor oklarhet angående reglerna om verksamhetsövergång. Ur ett arbetsgivarperspektiv, enligt rådande tolkning av reglerna, ges ett stort handlingsutrymme att bestämma tillämpligheten av reglerna angående verksamhetsövergång. Ur ett arbetstagarperspektiv kan framhållas att oklarheten och osäkerheten som idag råder angående reglerna minskar kringgåendet av reglerna samt utgör ett incitament för parterna att hitta förhandlingslösningar. Som framgår av intervjuerna med arbetsgivarrepresentanterna löses oftast frågorna genom förhandlingar och en kostnadsreglering görs avseende vem som ska bära kostnaderna om en tvist uppstår angående verksamhetsövergång och eventuella konsekvenser som följer av denna.

Då kriteriet både utgör ett rättsfaktum och en rättsföljd uppstår ett cirkelresonemang. Enligt min uppfattning kan detta endast lösas genom att lagstiftningsåtgärder vidtas. Då kriteriet är av väsentlig betydelse vid bedömning om en verksamhetsövergång är för handen kan det inte bortses från, däremot skulle kringgåendemöjligheterna av det kunna minskas.

Bilaga A

Intervjufrågor

1. Beaktar du kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka då du i din profession kommer i kontakt med frågor angående verksamhetsövergång? Om, hur tänker och resonerar du kring detta kriterium?
2. Anser du kriteriet förvärvarens övertagande av personal från överlåtaren har en faktisk betydelse vid bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger? Om så, på vilket sätt?
3. Anser du kriteriet ha olika innebörd beroende på vilken verksamhet (exempelvis en restaurang respektive en städfirma eller ett bemanningsföretag) som är föremål för en verksamhetsövergång? Om, hur skiljer de sig åt?
4. Anser du att arbetsgivaren har utrymme att besluta om företagsöverlåtelsedirektivets respektive 6 b § LAS tillämplighet beroende på vilken verksamhet som föreligger samt vilka tillgångar arbetsgivaren väljer att överföra? Kan arbetstagersidan påverka denna bedömning enligt din uppfattning och erfarenhet?
5. Vad innebär ”huvuddel av personalstyrkan sett till antal och kompetens” för dig? När anser du detta vara uppfyllt?
6. ”Huvuddel av personalstyrkan sett till antal och kompetens” innehåller både ett kvantitativt och ett kvalitativt kriterium. Anser du dessa väga olika tungt i en bedömning? Om så, vilket väger i så fall tyngst och varför?
7. Kan det vara gynnsamt ur din aspekt, utifrån din profession, att undgå reglerna i 6 b § LAS respektive företagsöverlåtelsedirektivet vid ett arbetsgivarbyte?
8. Beaktar du kriteriets potential avseende kringgåendemöjligheter för att utesluta att en verksamhetsövergång är för handen? (Exempelvis uppsägningsmöjligheter, omorganisationer, arbetstagarnas möjligheter att tacka nej till att anställningsavtalet övergår, möjligheten för förvärvaren att bilda ett dotterbolag vartill övergången görs, etc.) Om så, i vad mån beaktas det och vilka medel tillämpas?
9. Om uppsägningsmöjligheterna beaktas, när anser du uppsägningsförbudet i 7 § 3st LAS respektive artikel 4 företagsöverlåtelsedirektivet aktualiseras?
10. Hur ser du på problematiken att kriteriet förvärvarens övertagande av personalstyrka både utgör ett rättsfaktum och den huvudsakliga rättsföljden vid verksamhetsövergångar?

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

Litteratur

Barnard, Catherine (2006), *EC employment law*, 3 uppl. Oxford, University Press.

Barrett, Gavin (2005), Light acquired on acquired rights: examining developments in employment rights on transfers of undertakings, *Common Market Law Review*, 2005, nummer 42, s. 1053-1105.

Eklund, Ronnie (1983), *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*. Stockholm, Norstedt & Söners förlag.

Fransson, Susanne (1995), EU-anpassningen var inte tillräcklig, *Lag & Avtal*, 1995, nummer 1, s. 29.

Garde, Amandine (2002), Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings, *Common Market Law Review*, 2002, nummer 39, s. 523-550.

Glavå, Mats (2001), *Arbetsrätt*. Lund, Studentlitteratur.

Hemberg, Maria (1997/98), EG-anpassning av LAS – vad har hänt sedan reglerna om övergång av verksamhet trädde i kraft?, *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1997/98, s. 678-684.

Iseskog, Tommy (2003), *Anställningsskydd vid övergång av verksamhet*, 3 uppl. Stockholm, Norstedts Juridik AB.

Källström Kent; Malmberg, Jonas (2006), *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*. Uppsala, Iustus förlag AB.

Lunning, Lars; Toijer, Gudmund (2006), *Anställningsskydd: kommentar till anställningsskyddslagen*, 9 uppl. Stockholm, Norstedts Juridik AB.

Malmberg, Jonas (2005/06), Anställningen vid verksamhetsövergång, *Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet*, 2005/06, nummer 1, s. 204-213.

Melin, Mats (1998), Fru Sützen och direktivet, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 1998, s. 121-129.

Mulder, Bernard Johann (2004), *Anställningen vid verksamhetsövergång*. Lund, Juristförlaget i Lund.

Nordström, Anders (2001), Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet, i Eklund, Ronnie, m.fl. *Festskrift till Hans Stark*. Stockholm, Jure AB, s. 197-210.

Nyström, Birgitta (1999), Några problem vid arbete med EG-rättsligt material, i Källström, Kent; Malmberg, Jonas, *Arbetsrätt 1999. Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt*. Uppsala, Iustus förlag, s. 183-189.

Nyström, Birgitta (2002), *EU och arbetsrätten*, 3 uppl. Stockholm, Norstedts Juridik AB.

Savin, Peter (1995), Övergång av verksamhet, *Advokaten*, 1995, nummer 2, s. 12-15.

Övrigt

<http://www.migrationsverket.se>, Migrationsverkets hemsida, 2008-09-25.

<http://www.fackjuridik.com/>, LO-TCO Rättsskydds hemsida, 2008-10-24.

<http://www.ledarna.se/web/showpage.do?path=%2Fpublicabout%2Fpublicfaq#centralorganisation>, Ledarnas hemsida, 2008-10-10.

http://www.almega.se/Templates/T_2.asp?PN=887109, Almegas hemsida, 2008-10-10.

<http://www.svenskhandel.se/Default.asp>, Svensk Handels hemsida, 2008-10-10.

<http://www.sigeman.se/byran/byran.html>, Advokatbyrån Sigeman & Co:s hemsida, 2008-10-10.

<http://www.elmzell.se/object.php?obj=a0000c>, Elmzell advokatbyrås hemsida, 2008-10-10.

Rättsfallsförteckning

EFTA-domstolen

E- 2/95 *Eidesund*, EFTA-domstolen 25 september 1996.

EG-domstolen

Mål C- 13/76 *Doná* ECR 1976 s. 1333.

Mål C- 135/83 *Abels* ECR 1985 s. 469.

Mål C- 186/83 *Botzen m.fl.* ECR 1985 s. 519.

Mål C- 105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639.

Mål C- 24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119.

Mål C- 287/86 *Ny Mølle Kro* ECR 1987 s. 5465.

Mål C- 324/86 *Daddy's Dance Hall* ECR 1988 s. 739.

Mål C-101/87 *Bork international* ECR 1988 s. 3057.

Förenade målen C- 144/87 och C- 145/87 *Berg och Busschers* ECR 1988 s. 2559.

Mål C- 29/91 *Dr Sophie Redmond Stichting* ECR 1992 s. I-3189.

Förenade målen C- 132/91, C-138/91 och C- 139/91 *Katsikas m.fl.* ECR 1992 s. I-6577.

Mål C- 382/92 *Kommissionen mot Storbritannien* ECR 1994 s. I-2435.

Mål C- 392/92 *Schmidt* ECR 1994 s. I-1311.

Mål C- 48/94 *Rygaard* REG 1995 s. I-2745.

Förenade målen C- 171/94 och C- 172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253.

Mål C- 298/94 *Henke* REG 1996 s. I-4989.

Mål C- 305/94 *Rotsart de Hertaing* REG 1996 s. I-5927.

Mål C- 319/94 *Dethier Équipement* REG 1996 s. I-1061.

Mål C- 13/95 *Sützen* REG 1997 s. I-1259.

Förenade målen C- 173/96 och C- 247/96 *Hidalgo och Ziemann* REG 1998 s. I-8237.

Mål C- 234/98 *Allen* REG 1999 s. I-8643.

Mål C- 172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745.

Mål C- 175/99 *Mayer* REG 2000 s. I-7755.

Mål C- 51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969.

Mål C- 340/01 *Abler* ECR 2003 s. I-14023.

Mål C- 425/02 *Boor* REG 2004 s. I-10823.

Mål C- 478/03 *Celtec Limited* REG 2005 s. I-04389.

Mål C- 458/05 *Jouni m.fl.* REG 2007 s. I-07301.

Arbetsdomstolen

AD 1983 nr 156

AD 1995 nr 60

AD 1995 nr 97

AD 1995 nr 163

AD 1996 nr 49

AD 1997 nr 67

AD 1997 nr 81

AD 1998 nr 44

AD 1998 nr 121
AD 1998 nr 144
AD 1999 nr 21
AD 2002 nr 63
AD 2008 nr 51
AD 2008 nr 64