



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andreas Kristiansson

Uppsägningsförbudet vid verksamhetsövergång

En genomgång av gemenskapsrätt och nationell
rätt i ljuset av normativa grundmönster

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Jur. dr. Mia Rönnmar

Ämnesområde
Arbetsrätt

Termin
VT 2009

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämne och bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Teori	7
1.4 Metod	10
1.5 Tidigare forskning	13
1.6 Avgränsningar	14
1.7 Disposition	15
2 ÖVERLÅTELSEDIREKTIVET	16
2.1 Direktivets framväxt och syfte	16
2.2 Direktivets grundläggande innehåll	18
3 ÖVERLÅTELSEDIREKTIVET OCH SVENSK RÄTT	23
3.1 Äldre rättsläge	23
3.2 Implementeringen av direktivet	24
4 UPPSÄGNINGSFÖRBUDET	28
4.1 Uppsägningsförbudets tillämpning i gemenskapsrätten	28
4.2 Genomgripande försämring av anställningsvillkoren	34
4.3 Uppsägningsförbudets tillämpning i svensk rätt	37
4.3.1 Uppsägningsförbudets implementering	37
4.3.2 Allmänt om anställningsskyddet i LAS	39
4.3.3 Arbetsdomstolens praxis	42
4.4 Provocerad uppsägning	46

5 ANALYS	48
5.1 Analys av gällande rättsläge	48
5.2 Analys med utgångspunkt i normativa grundmönster	53
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
Offentligt tryck	59
Sverige 59	
Europeiska unionen	59
Litteratur	60
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66
EG-domstolen	66
EFTA-domstolen	66
Arbetsdomstolen	67
House of Lords	67

Summary

This thesis covers the Directive (2001/23/EC) on transfers of undertakings in general and the Article on protection against dismissal in particular. The aim is to examine how EC-law has defined and applied the protection against dismissal and whether Swedish national law has defined and interpreted the protection against dismissal in accordance with EC-law. The protection against dismissal is further analysed according to the theory of normative patterns in a normative field.

The aim of the Directive is to, under certain circumstances, offer further protection to employees who are affected by transfers of undertakings. The aim is accomplished by a transfer of the existing employment relationship from the transferor to the transferee, a protection against dismissal related to the transfer of undertaking and rights to negotiations for the worker representatives concerned.

An important part of the Directive on transfer of undertakings is the protection against dismissal, Article 4.1. The provision stipulates that a transfer of an undertaking is not in itself an objective ground for dismissal, neither from the transferor nor the transferee. The provision provides an exception for dismissals for economic, technical or organizational reasons.

The protection against dismissal has, just like the Directive on transfers of undertakings in its entirety, been characterized by significant operational difficulties, by both EC-law and national law. The protection against dismissal has been applied in only a few cases by the European Court of Justice (ECJ), whereby a framework has been established. There are, however, no clear contours. The problem seems particularly to have been the extent of the protection against dismissal. Neither the preparatory works nor the case law has given a clear answer to this question. During the Swedish implementation process, the ambiguity could be noted in the Bill, where the government went against the proposal of the Government White Paper on a couple of important points relating to the extent of the protection against dismissal. Also the Labour Court has, in its sparse case law, been contradictory to its earlier case law and even in some cases decided against ECJ case law. However, the Swedish implementation does not in any critical point breach EC law.

When the protection against dismissal is analysed in the light of the theory of normative patterns in a normative field it appears that both the protection against dismissal and the Directive on transfers of undertakings stem from the normative pattern *The protection of an established position*. It is also clear that the Directive is the result of a polar power struggle between the normative patterns *Employment protection* and *Employer prerogative*. This tension can explain some of the application difficulties encountered.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar överlåtelsedirektivet (2001/23/EG) i allmänhet och direktivets uppsägningsförbud i synnerhet. Framförallt utreds hur EG-rätten definierat och tillämpat överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud och huruvida svensk nationell rätt har definierat och tolkat uppsägningsförbudet i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Vidare analyseras uppsägningsförbudet utifrån teorin om normativa grundmönster.

Direktivets syfte är att under vissa förutsättningar erbjuda ett utökat skydd för de arbetstagare som involveras i verksamhetsöverlåtelser. Detta åstadkoms genom att överföra de befintliga anställningsförhållandena från överlåtaren till förvärvaren, tillskapa ett skydd mot uppsägning på grund av verksamhetsövergången samt erbjuda rätt till förhandlingar med de inblandade arbetstagarrepresentanterna.

En viktig del av överlåtelsedirektivet är dess uppsägningsförbud, artikel 4.1. Bestämmelsen innebär att överlåtelse av verksamhet i sig inte är saklig grund för uppsägning från vare sig överlåtarens eller förvärvarens sida. Artikeln stadgar dock ett undantag för uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

Likt överlåtelsedirektivet som helhet har uppsägningsförbudet präglats av betydande tillämpningssvårigheter, både gemenskapsrättsligt och nationellt. Förbudet har prövats i ett fåtal rättsfall av EG-domstolen, vilka klargjort ett huvudsakligt ramverk. Däremot saknas tydliga konturer. Problemet tycks särskilt ha varit hur omfattande uppsägningsförbudets undantag skall vara. Det har varken i förarbeten eller i praxis givits något klart svar på denna fråga. Under den svenska implementeringsprocessen yttrade sig oklarheten bland annat i att regeringen i propositionen gick emot arbetsrättskommitténs betänkande på ett par viktiga punkter som behandlade uppsägningsförbudets omfattning. Även Arbetsdomstolen har i sin knapphändiga praxis varit motsägelsefull i förhållande till sin tidigare praxis, och även i något fall dömt emot EG-rättslig praxis. Sägas skall dock att den svenska rättstillämpningen inte på någon avgörande punkt åsidosatt EG-rätten.

Då uppsägningsförbudet analyseras utifrån teorin om normativa grundmönster framträder att såväl uppsägningsförbudet som överlåtelsedirektivet har sin grund i Skydd för etablerad position. Det blir vidare tydligt att direktivet är ett resultat av en polär maktkamp mellan de normativa grundmönstren anställningsskydd och arbetsgivarprerogativ. Denna motsättning kan även förklara en del av de tillämpningssvårigheter som uppstått.

Förord

Med dessa rader sätter jag punkt för en fantastisk resa. Tack alla ni som stöttat mig i stort som smått under de sex åren i Lund. Känn min djupaste och varmaste tacksamhet!

Lund, maj 2009
Andreas Kristiansson

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
COM	Kommissionsdokument, engelskspråkig version
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association, Europeiska frihandelssammanslutningen
EG	Europeiska gemenskapen
ESA	EFTA Surveillance Authority, EFTA:s övervakningsmyndighet enligt EES avtalet
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
KOM	KOM-dokument, dokument från kommissionen (engelska COM)
LAS	lagen (1982:80) om anställningsskydd, anställningsskyddslagen
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, medbestämmandelagen
OJ	Official Journal of the European Union
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapernas domstol
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen (fr.o.m. hösten 2001 sammanslaget med Industriförbundet till Svenskt Näringsliv)
Överlåtelsedirektivet	Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars om tillnärmning av medlemstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag och verksamheter

1 Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

Den ekonomiska härdsmlåta som världen upplevt under det senaste halvåret visar på ett tydligt sätt hur globaliseringen lett till att länders ekonomier är sammanbundna i komplexa mönster. Företag verkar inte längre på nationell basis, skyddade av värdlandets finanspolitiska åtgärder, utan måste ta företagsekonomiska beslut grundande på en mängd faktorer. För att kunna möta förändringar av såväl internt som externt slag och vara konkurrenskraftiga nationellt och internationellt måste företag vara flexibla.¹ Modeller för det flexibla företaget har konstruerats, och olika typer av flexibilitetsstrategier har presenterats.² En typ av flexibilitet är förmågan att omstrukturera företaget.

Omstruktureringar såsom företagsförvärv, företagssammanslagningar, leverantörsbyten och utläggning av verksamhet på entreprenad har ökat som företeelse under de senaste decennierna. Omstruktureringar har därför stor företagsekonomisk betydelse, men är även betydelsefulla på ett samhällsekonomiskt plan och ur enskilda arbetstagares perspektiv. Ett företags konkurrenskraft och anpasslighet till förändrade förutsättningar är viktigt för att skapa nya arbeten, men även för att behålla de som redan existerar. Individuella arbetstagare påverkas när bland annat situationer av arbetsbrist kan uppstå som en konsekvens av omstruktureringen.³

Från EG-rättslig sida uppmärksammades under 1970-talet den ökade betydelsen av verksamhetsöverlåtelser av olika slag, med de potentiella risker som enskilda arbetstagare ställdes inför som en konsekvens av dessa. Direktiv utfärdades och implementerades avseende tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning vid kollektiva uppsägningar, tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarnas rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamhet eller del av verksamhet (överlåtelседirektivet) samt tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens obestånd.⁴

Genom Sveriges deltagande i först Europeiska ekonomiska samarbetsrådet (EES) den 1 januari 1994 och sedan medlemskapet i Europeiska unionen (EU) den 1 januari 1995 har Sverige förbundit sig att införliva en rad direktiv, varvid överlåtelседirektivet är ett av dessa. Överlåtelседirektivet innebär kortfattat att arbetstagares anställning och

¹ Bjelland & Wood, 2008, s. 4 ff.; Anand & Sandeep, 2008, s. 32 ff.; Biedenbach & Söderholm, 2008; Goman, 2007, s. 3; Dessein & Santos, 2006, s. 982 ff.

² Se exempelvis Atkinson & Meager 1986

³ Stanley, 2009, s. 3 f.; Barkema & Schijven, 2008, s. 696 f.; Frensch, 2007, s. 386 f.; Greaver, 1998, s. 3ff.; Schweiger & Denisi, 1991, s. 110 ff.

⁴ Källström & Malmberg, 2009, s. 279 f.; Blanpain, 2008, s. 637; Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 195 f.; Barnard, 2006, s. 619; Mulder, 2004, s. 16; Nyström, 2002, s. 251

anställningsvillkor automatiskt övergår på förvärvaren vid en övergång av verksamhet, att överlåtaren och förvärvaren är förbjudna att säga upp personal på grund av övergången som sådan samt skyldighet för arbetsgivaren att erbjuda förhandlingar med de inblandade arbetstagarrepresentanterna.⁵

Överlåtelsedirektivet hör till de mest prövade rättsakterna i EG-domstolen men trots de många domarna kvarstår ett flertal oklarheter rörande direktivets tolkning, vilka inte klargjorts genom den revidering av direktivet som genomfördes och införlivades 2001.⁶

En av grundtankarna med överlåtelsedirektivet är alltså att anställningen med överlåtaren skall övergå oförändrad på förvärvaren. De rättigheter och skyldigheter överlåtaren har gentemot arbetstagarna i den verksamhet som övergår, tas automatiskt över av förvärvaren till följd av övergången (artikel 3.1 överlåtelsedirektivet, 6 b § LAS). Som en konsekvens av direktivets syfte har det uppställts ett uppsägningsförbud, vilket återfinns i artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet. Uppsägningsförbudet är implementerat i LAS genom bestämmelsen i 7 § tredje stycket. Nämda artikel och paragraf innehåller även ett undantag från uppsägningsförbudet, vilket stadgar att förbudet inte skall hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

Uppsägningsförbudet framstår som viktigt att belysa av flera olika anledningar. *För det första* råder det alltså osäkerhet kring under vilka förutsättningar en uppsägning i en övergångssituation ändå kan vara tillåten, till följd av undantaget för ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl som stadgas i direktivets artikel 4.1. Varken EG-domstolen eller direktivets förarbeten har preciserat problematiken.⁷

För det andra infördes i och med direktivet något för svensk rätt principiellt nytt. Före direktivets implementering var det i Sverige möjligt för överlåtaren att åberopa arbetsbrist till följd av verksamhetsövergången. Oavsett om övertaligheten uppkom hos överlåtaren eller hos förvärvaren ansågs det föreligga saklig grund för uppsägning. Uppsägningsförbudet har därför krävt rättslig förändring.⁸

För det tredje är problematiken teoretiskt intressant eftersom uppsägningsförbudets omfattning är nära förbunden med arbetstagarnas anställningsskydd i förhållande till arbetsgivarens arbetsledningsrätt enligt de så kallade § 32-befogenheterna.⁹ Detta aktualiserar Anna Christensens teori om normativa grundmönster. Teorins närmre innehåll beskrivs nedan

⁵ Blanpain, 2008, s. 647; Barnard, 2006, s. 621 f.; Mulder, 2004, s. 311; Iseskog, 2003, s. 6 ff.; Nyström, 2002, s. 255 ff.

⁶ Barrett, 2009, s. 199; Källström & Malmberg, 2009, s. 279; Mulder, 2004, s. 16 f.; Malmberg, 2004, s. 792; Nyström, 2002, s. 255

⁷ Barrett, 2009, s. 205; Mulder, 2004, s. 317; Nyström, 2002, s. 274

⁸ Mulder, 2004, s. 311; Nyström, 2002, s. 290; Lunning, 1989, s. 27; Eklund, 1983, s. 134 f.

⁹ Mulder, 2004, s. 311

(1.3), men kortfattat innebär teorin att ur alla de rättsliga normer som verkar parallellt i samhället går det att urskilja normativa grundmönster. Dessa reflekterar normativa och sociala praktiker och moraliska uppfattningar som är väsentliga för mänskliga relationer och samhällslivet. Rättsreglernas innehåll är alltså kodifieringar av moraliska sedvänjor och värderingar i samhället vilka sedan kan urskiljas i vissa mönster.¹⁰ Teorin om normativa grundmönster blir särskilt relevant då uppsägningsförbudet vid verksamhetsövergångar undersöks, dels på grund av det dynamiska underliggande bipolära förhållandet mellan arbetstagarens rätt till anställning och arbetsgivarens arbetsledningsrätt, dels på grund av den gemenskapsrättsliga dimensionen där de svenska normativa grundmönstren utmanas av utomnationella värden.

För det fjärde är uppsägningsförbudet en praktiskt viktig regel som ofta förorsakar tillämpningsproblem i det praktiska livet.¹¹

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att utreda hur uppsägningsförbudet i överlåtelsedirektivet skall tillämpas rättsligt enligt EG-domstolens praxis och andra relevanta vägledande rättskällor. I syftet ingår även att utreda huruvida svensk rätt är i överensstämmelse med EG-rätten. Resultatet skall analyseras utifrån Anna Christensens teori om normativa grundmönster.

De frågeställningar som aktualiseras är:

- Hur har uppsägningsförbudet definierats och tillämpats gemenskapsrättsligt?
- Har uppsägningsförbudet i svensk rätt definierats och tillämpats i överensstämmelse med EG-rätten?
- Vilka normativa grundmönster och rörelser i det normativa fältet representerar överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud i gemenskapsrätten och svensk rätt?

1.3 Teori

Till skillnad från vad som historiskt varit brukligt vid författande av rättsvetenskapliga texter kommer föreliggande uppsats att analysera resultatet utifrån en teori. Valet att använda en teori som komplement till den traditionella rättsdogmatiska metoden är baserat på uppfattningen att

¹⁰ Christensen, 1996, s. 526

¹¹ Ieskog, 2003, s. 42; Nordström, 2001, s. 198

resultaten bör fogas in i ett vidare rättsligt sammanhang och att det vetenskapliga djupet ökar.¹² En anledning till att teorier har brukats sparsamt inom rättsvetenskapen är att det finns ett motstånd mot att använda sig av nya metoder på grund av vana. Tankemönster som har krävt stor ansträngning att ta till sig kan vara svåra att förändra. Till detta kommer att en sedan länge inarbetade metod, i detta fall den traditionella rättsdogmatiska metoden, är erkänd och incitament att utmana den saknas.¹³

Det har ibland hävdats att juridiken inte har förmåga att bygga allmänna teorier. Det står förvisso klart att juridiken inte bygger på generella teorier, såsom exempelvis fysiken. Detta innebär dock inte att juridiken blir en ovetenskaplig aktivitet. Vidare brukar det i kritiken mot juridikens förmåga att skapa teorier inrymmas påståenden om att juridiken inte kan generalisera sitt utgångsmaterial. Detta påstående är falskt då analogislutet ofta leder till generalisering av en lagregel. De juridiska analogislutledningar som förekommer och juridikens generaliseringsförmåga är på många sätt nära de sedan länge erkända vetenskaperna.¹⁴

Teorier skiftar i utformning mellan olika vetenskapsområden och ofta även inom ett specifikt vetenskapligt område. Rättsvetenskapen har dock en relativt homogen teoribildning. Inom rättsvetenskapen betraktas ofta teorier som redskap, vilka bör användas utifrån rättsvetenskapens förutsättningar. Rättsvetenskapens studieobjekt är normerna (rätten), och dessa är föränderliga i tid och rum. Detta måste ibland innebära att teorierna förändras för att möta denna dynamik. Dessutom bör rättsvetenskapens symbiotiska förhållande till den rättsliga praktiken nämnas, en relation som teorin måste kunna behandla. Sammantaget bör rättsvetenskapliga teorier helst avse grundläggande mönster, ett rättsområdes karaktär eller funna utvecklingstendenser.¹⁵

Anna Christensen har analyserat rättssystemet och utifrån denna analys funnit vissa regelbundenheter. Slutsatserna har utmynnat i en teori om normativa grundmönster.¹⁶ Christensen beskriver utgångspunkten såsom att ”en stor del av rättsreglernas innehåll, inte minst i Den sociala dimensionen¹⁷, är helt enkelt en juridisk kodifiering av de moraliska sedvänjor och grundhållningar som utbildats i samhället”.¹⁸ Hon fortsätter med att konstatera att det är möjligt att urskilja vissa mönster som kommer igen, vilka hon benämner normativa grundmönster. Varje mönster har sitt

¹² Se Sandgren, 2004, s. 300 för ett liknande resonemang

¹³ Wahlgren, 2003, 134 f.

¹⁴ Peczenik, 1974, s. 203 ff.

¹⁵ Sandgren, 2004, s. 304

¹⁶ Modellen har i monografier tillämpats av en rad författare, se Karlén, 1999; Fransson, 2000; Norberg, 2002; Hydén, 2002; Rönmar, 2004; Inghammar, 2007. Även i antologier har modellen behandlats, se Numhauser-Henning (red.), 2001; Bruun, 2000; Hydén, 2000; Köhler, 2000; i *Festskrift till Anna Christensen*

¹⁷ Den sociala dimensionen är ett EG-rättsligt uttrycksätt och omfattar de sociala och rättsliga ordningar som på ett omedelbart sätt berör enskilda individer såsom; familjerätt, arbetsrätt, hyresrätt och socialförsäkringsrätt

¹⁸ Christensen, 1996, s. 527

givna kärnområde eller ursprungsområde.¹⁹ Det normativa grundmönstret återspeglas i det sociala fält där juridiken rör sig. Det finns flera olika normativa grundmönster som kan liknas vid poler, vilka med större eller mindre kraft attraherar eller repellerar rättslig reglering. Var i fältet den rättsliga regleringen hamnar beror på den dragningskraft som de olika polerna utövar vid en given tidpunkt.²⁰

Normativa grundmönster växer fram kring bipolariteter. Ett särskilt tydligt mönster finner Christensen i vad hon beskriver som ”Skydd för etablerad position” och ”Det marknadsfunktionella mönstret”. Dessa två poler återkommer inom alla områden i Den sociala dimensionen. Som exempel på Skydd för etablerad position kan ges anställningsskyddet inom arbetsrätten och hyresgästens besittningsskydd inom hyresrätten. Det tydligaste utslaget av detta normativa grundmönster är dock besittningen av viss egendom som tillkommer den legitima ägaren. Utmärkande för detta mönster är att skyddet endast tillkommer den som redan uppnått viss position, och att det inte spelar någon roll hur positionen uppnåtts. Det marknadsfunktionella mönstret skiljer sig från Skydd för etablerad position genom att vara dynamiskt. Det marknadsfunktionella mönstret består av äganderätten i kombination med det fria avtalet samt näringsfriheten.²¹ Det marknadsfunktionella mönstret verkar fritt tills det anses föreligga ett samhälleligt intresse av att skydda något intresse. När detta behov formuleras närmar sig regleringen Skydd för etablerad position. På detta sätt förändras förhållanden och regleringar inom den sociala dimensionen i dynamiska mönster.²²

I arbetsrättens normativa fält kan Det marknadsfunktionella grundmönstret uppdelas i två skilda normativa grundmönster, arbetsgivarprerogativet och avtalsfrihet. Arbetsgivarprerogativet är ett av arbetsrättens viktigaste grundmönster, med sin grund i äganderätten och ägarens fria förfoganderätt.²³ Arbetsgivarprerogativet är det normativa grundmönster som ger arbetsgivaren rätt att fritt disponera sin verksamhet. Rätten innefattar friheten att fritt välja bland arbetssökande, att organisera verksamheten efter eget tyckande samt att säga upp anställningskontrakt utan vidare motivering. Grundmönstret ger uttryck för en flexibilitet och dynamik som är grundad på tanken om arbetsgivaren som ägare till verksamheten. Beslut som arbetsgivaren tar behöver inte vara grundade på rationella skäl, utan arbetsgivarens subjektiva kriterier kan vara utslagsgivande.²⁴

Skyddet för Etablerad position återfinns inom arbetsrätten som normativt grundmönster i anställningsskyddet. Anställningsskyddets syfte är att

¹⁹ Christensen, 1994, s. 4

²⁰ Hydén, 2000, s. 124

²¹ Hydén, 2000, s. 124 f.

²² Hydén, 2000, s. 131

²³ Rönmar, 2004, s. 33; Rönmar, 2000; Christensen, 1999; Christensen, 1996; Numhauser-Henning, 1997

²⁴ Inghammar, 2007, s. 40; Numhauser-Henning, 2000, s. 31

skydda den fortsatta anställningen hos dem som redan har etablerat en position på arbetsmarknaden. Även detta mönster kan härledas till äganderätten. Ett annat viktigt normativt grundmönster inom arbetsrätten är rättvis fördelning, med grundtanken att arbetsmarknadens resurser bör byggas på materiella rättvisepprinciper.²⁵

1.4 Metod

Uppsatsen kommer att ta sin utgångspunkt i traditionell rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatik är en metod som behandlar det rättsliga normsystemet och normernas tolkning. Rättsdogmatikens uppgift är att tolka och systematisera gällande rätt.²⁶ För att finna vad som är gällande rätt i Sverige skall man enligt denna metod använda sig av rättskällorna, vilka har en inbördes hierarki. Källor till rättslig auktoritet omfattar alla de skäl som ger normer en rättslig auktoritet och innebörd. Rättslig auktoritet hos en viss norm kan grunda sig på lagstiftarens vilja, seder och bruk samt att olika relevanta rättspolitiska och andra etiska sakskaäl stödjer normen.²⁷ Inom den svenska arbetsrätten är de primära rättskällorna EG-rätten, lagar, förordningar och övriga författningar, förarbeten, rättspraxis, kollektivavtal, doktrin, allmänna rättsgrundsatser samt sedvänja och bruk.²⁸

Redogörelsen av den juridiska metoden och problematiseringen av densamma är ofta enligt min mening eftersatt i examensarbeten från de juridiska fakulteterna. I ett led att utveckla denna disciplin följer en kortare redogörelse för de svenska traditionella rättskällorna och de tillämpningssvårigheter respektive källa kan innebära, vilket följs av en diskussion kring EG-rättens rättskällehierarki och dess förhållande till svensk nationell rätt. Det finns även intressanta teoretiska aspekter inom metoddiskursen, såsom huruvida det går att tala om en juridisk metod överhuvudtaget.²⁹ Dessa metafysiska frågor lämnas dock därhän i detta arbete.

Den svenska nationella rättskälla som har högst prioritet är författningar, med vilket avses grundlagar, lagar, förordningar och föreskrifter. Grundlagar och lagar är de författningar som är av störst betydelse och domstolarna och andra myndigheter är bundna att följa lagen. Lagstiftningens dominerande ställning kan motiveras i anslutning till begreppen demokrati och rättsstat. Noterbart är dock att författningstext kan tolkas på olika sätt och att författningstext ofta behöver fyllas ut med andra rättskällor för att klargöra vad som är gällande rätt.³⁰ Inom svensk arbetsrätt

²⁵ Rönmar, 2004, s. 33; Rönmar, 2000; Christensen, 1999; Christensen, 1996; Numhauser-Henning, 1997

²⁶ Peczenik, 1990, s. 131

²⁷ Peczenik, 1990, s. 142

²⁸ Källström & Malmberg, 2009, s. 67 ff.; Hellner, 2001, s. 22

²⁹ Peczenik, 1990, s. 216; Peczenik, 1974, s. 61 ff.

³⁰ Zetterström, 2008, s. 50 ff.; Victorin, 2002, s. 73 f.; Lehrberg, 2001, s. 73 ff.; Peczenik, 1990, s. 142

är lagstiftningen i stor utsträckning semidispositiv. Detta innebär att lagstiftningen tillåter arbetsmarknadens parter att genom kollektivavtal avtala om regler som avviker från i övrigt tvingande regler. Dessa avsteg tillåts inte genom personliga avtal, därav semidispositiviteten.³¹ Semidispositiv lagstiftning som tillkommit i syfte att genomföra EG-direktiv brukar ange att kollektivavtalen inte får innebära att för arbetstagarna mindre förmånliga regler än de direktiven stadgar avtalas. Sådana regler brukar benämnas semidispositiva med EU-spärr.³²

Förarbeten är de dokument som utgör resultatet av lagstiftningsprocessen. Dessa illustrerar lagstiftningsprocessen och utröner lagars syften och bakgrund. Förarbeten är inte bindande för rättstillämparen, men klargör ofta lagens syften och hur lagen bör tolkas. Om förarbetena strider mot gällande lagtext så skall de dock inte tillämpas.³³

Med rättspraxis menas avgöranden från de högsta domstolsinstanserna i Sverige och då framförallt Högsta domstolen och Regeringsrätten. I föreliggande arbete blir Arbetsdomstolens domar av betydelse. Rättspraxis anses inte vara bindande för domstolarna när de skall avgöra mål, men lägre domstolsinstanser tillämpar ofta de högre domstolsinstansernas avgöranden och på så sätt skapas en enhetlig rättstillämpning. Författare har olika åsikter kring vilken av rättskällorna förarbeten eller rättspraxis, som befinner sig överst i rättskällehierarkin. Många gånger fungerar dessa rättskällor som komplement till varandra, men det kan uppstå tillämpningsproblem om förarbeten och rättspraxis innebär motsatta tolkningar av en författningstext.³⁴

Inom svensk arbetsrätt är kollektivavtalet en grundläggande rättskälla. Kollektivavtalet är nämligen det viktigaste instrumentet för reglering av anställningsvillkoren i Sverige. Kollektivavtalets rättsverkningar kodifierades genom 1928 års lag om kollektivavtal, vars innebörd kom att utvecklas i Arbetsdomstolens praxis. Bland annat slogs kollektivavtalets bindande verkan och fredsplikten fast. Även om kollektivavtalets rättsverkningar varit oförändrade under lång tid har det faktiska innehållet i kollektivavtalen genomgått betydande förändringar. En tydlig tendens i utvecklingen är att kollektivavtalsrelationerna decentraliseras. Även det personliga avtalet bör i detta sammanhang nämnas, då individuell reglering mellan arbetsgivare och arbetstagare idag spelar en betydande roll.³⁵

En annan rättskälla är juridisk doktrin, de arbeten som rättsvetenskapsmännen skapar. Många gånger försöker rättsvetenskapsmännen sammanfatta rätten och fastställa vad som är

³¹ Källström & Malmberg, 2009, s. 164 f.

³² Källström & Malmberg, 2009, s. 166

³³ Zetterström, 2008, s. 50 ff.; Leijonhufvud, 2002, s. 95 ff.; Lehrberg, 2001, s. 86 ff.; Peczenik, 1990, s. 160 f.

³⁴ Zetterström, 2008, s. 51 ff.; Heuman, 2002, s. 117 ff.; Lehrberg, 2001, s. 97 ff.; Peczenik, 1990, s. 158 f.

³⁵ Källström & Malmberg, 2009, s. 67 f.

gällande rätt inom ett visst område, men även utveckla rätten genom förslag och lösningar. Det är relativt vanligt förekommande att domstolarna i sina domar hänvisar till juridisk doktrin, men doktrin är inte en bindande rättskälla.³⁶

EG-rättens rättskällor är huvudsakligen följande:

- Primärrätt (de grundläggande fördragen)
- Allmänna rättsprinciper
- Avtal som gemenskapen har ingått med tredje land
- Bindande och icke-bindande sekundärrätt
- EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis
- Förarbeten
- Generaladvokatens förslag till avgöranden
- Doktrin
- Ekonomiska teorier

Primärrätt och bindande sekundärrätt, internationella avtal samt allmänna rättsprinciper är bindande rättskällor. Även EG-domstolens och förstainstansrättens praxis brukar anses som bindande. Vad gäller icke-bindande sekundärrätt, förarbeten, generaladvokatens förslag till dom, EG-rättslig doktrin samt ekonomiska teorier är dessa rättskällor endast vägledande. Generellt sett kan det sägas att domstolarnas rättspraxis är mer omfattande och betydelsefulla än i många nationella ordningar, såsom den svenska. Skillnaden ligger i förhållandet hur stor del av rättsordningen som utgörs av lagstadgad rätt i relation till andelen rätt som skapats genom praxis.³⁷

Fördragen är att betrakta som en del av den svenska nationella rätten och gäller i Sverige med samma effekt som de har inom EG-rätten. Sekundärrätten har också införlivats generellt med svensk rätt, och förordningar är direkt tillämpliga och således en del av svensk rätt medan det är upp till medlemsstaterna att implementera direktiv.³⁸ EU:s arbetsrätt har huvudsakligen formen av direktiv.³⁹ EG-domstolens praxis är formellt sett endast bindande i det konkreta fallet, men i praktiken råder prejudikatföljsamhet.⁴⁰ Lagförarbeten saknas i stort sett inom EG-rätten, även om utvecklingen går mot ökad offentlighet inom EU. Det finns ingen motsvarighet till de omfattande förarbeten som utgör tolkningsunderlag till svenska lagar. Däremot bör den ingress som inleder varje förordning eller direktiv beaktas, då den preciserar syftet med rättsakten.⁴¹

³⁶ Zetterström, 2008, s. 51 ff.; Vogel, 2002, s. 167 ff.; Lehrberg, 2001, s. 113 ff.; Peczenik, 1990, s. 171 f.

³⁷ Hettne & Otken Eriksson, 2005, s. 24, Allgårdh & Norberg, 2004, s. 86; Bernitz, 2002, s. 54 f.

³⁸ Bernitz, 2002, s. 62; Allgårdh & Norberg, 2004, s. 110 f.

³⁹ Källström & Malmberg, 2009, s. 60

⁴⁰ Hettne & Otken Eriksson, 2005, s. 30 ff.; Bernitz, 2002, s. 56

⁴¹ Hettne & Otken Eriksson, 2005, s. 66 ff.; Bernitz, 2002, s. 57

Frågeställningens syfte innebär att såväl EG-rätt som nationell svensk rätt blir viktiga att hantera metodologiskt, både var för sig men även det inbördes förhållandet. Två skilda rättssystem har nämligen blivit tillämpliga i Sverige, vilka ofta måste beaktas parallellt, till följd av medlemskapet i EU. Den nationella rätten skall i så stor utsträckning som möjligt tolkas i enlighet med den tillämpliga EG-rätten. EG-rätten är till stor del tillämplig i medlemsländerna utan att några särskilda åtgärder behöver vidtas av medlemsländerna.⁴² Om rättstillämparen inte kan tolka den nationella rätten i överensstämmelse med EG-rätten, skall de avvikande reglerna avstås ifrån. Rättstillämparen får då stödja sig direkt på EG-rätten, utom i de fall där det även finns inomgemenskapsrättsliga överväganden som säger annorlunda.⁴³

1.5 Tidigare forskning

En uppsats bör bygga på tidigare publicerad litteratur, och en genomgång av relevant material hjälper läsaren att orientera sig. Det bör vidare redogöras för vilka brister och förtjänster dessa verk uppvisar.⁴⁴ Vid en redogörelse för tidigare forskning är det i föreliggande fall nödvändigt att dela upp arbetet i olika delar, där respektive del har litteratur av tung dignitet. Litteratur som rör uppsägningsförbudet, teorin om normativa grundmönster och den juridiska metoden behandlas därför var för sig.

Arbetets fokus kommer som beskrivits ovan att ligga på överlåtelsedirektivet, och mer preciserat dess uppsägningsförbud. Både en svensk och gemenskapsrättslig kontext beaktas. Inom den gemenskapsrättsliga dimensionen finns standardverk av Catherine Barnard, *EC employment law*, och Roger Blanpains *European Labour Law*, vidare finns artiklar som behandlar uppsägningsförbudet specifikt av de Groot, Garde och Barrett. Vad gäller standardverken är dessa i förekommande fall sakliga och redogör för den allmänna tolkningen av relevanta rättsfrågor. Artiklarna är i större utsträckning utmanande och ställer inte sällan upp teser som är nyskapande. De är dock viktiga för att diskutera rättsläget inom områden som är oklara.

För den svenska behandlingen av överlåtelsedirektivet och uppsägningsförbudet står framförallt Bernard Johann Mulder i *Anställningen vid verksamhetsövergång* samt Anders Nordströms *Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet*. Mulders verk är en avhandling, vilken noggrant har genomlyst överlåtelsedirektivet. Materialet är inträngande och pålitligt.⁴⁵ Nordströms artikel behandlar uppsägningsförbudet men bör läsas med ett kritiskt förhållningssätt då författaren i princip gör ett sakinlägg från sin utgångspunkt som advokat. Resonemangen är dock intressanta av samma anledning som de

⁴² Bernitz, 2002, s. 60, Allgårdh & Norberg, 2004, s. 116

⁴³ Hettne & Otken Eriksson, 2005, s. 167; Bernitz, 2002, s. 61

⁴⁴ Schött m.fl., 2007, s. 30; Sandgren, 2006, s. 52, Lindblom & Rylander, 1990, s. 47

⁴⁵ Malmberg, 2005, s. 213

internationella artiklarna. Vidare bör ett par verk som behandlar överlåtelsedirektivet nämnas. Birgitta Nyströms *EU och arbetsrätten* är ett standardverk inom svensk gemenskapsarbetsrätt. Även Kent Källström och Jonas Malmberg i *Anställningsförhållandet* och Lars Lunning och Gudmund Toijer i *Anställningsskydd: kommentar till anställningsskyddslagen* behandlar direktivet och uppsägningsförbudet och får ses som standardverk inom svensk arbetsrätt.

Sammantaget kan sägas att förvånansvärt lite, med tanke på de oklarheter som föreligger, har skrivits om uppsägningsförbudet i en internationell såväl som svensk kontext. För att validera ställningstaganden kommer de i föreliggande fall att jämföras med andra författares resonemang. I de fall åsikterna går isär kommer detta att redovisas.

Teorin om normativa grundmönster tar sin utgångspunkt i arbeten av Anna Christensen: *Hemrätt i hyreshuset: en rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd* och *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*. Teorin har vidareutvecklats i Karlén 1999, Fransson 2000, Norberg 2002, Hydén 2002, Rönmar 2004 och Inghammar 2007. Även i antologier har modellen behandlats, se Numhauser-Henning (red.) 2001 samt Bruun 2000, Hydén 2000 och Köhler 2000, i *Festskrift till Anna Christensen*.

Det förs i arbetet en, för att vara ett juridiskt examensarbete, omfattande metoddiskussion där såväl de svenska som gemenskapsrättsliga rättskällorna behandlas. Källor som redogör för förhållandet mellan svensk nationell rätt och gemenskapsrätt har prioriterats. Detta har inneburit att internationell litteratur inte har prioriterats i denna del. Ett urval av relevant litteratur inom området är Jan Hellners *Metodproblem i rättsvetenskapen – studier i förmögenhetsrätt*, Aleksander Peczeniks *Juridikens metodproblem*, Ulf Bernitz m.fl. *Finna rätt*, Jörgen Hettne och Ida Otkens *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning* samt Olof Allgårdh och Sven Norbergs *EU och EG-rätten*.

1.6 Avgränsningar

Med anledning av arbetets frågeställningar är det nödvändigt att avgränsa uppsatsen. Inte några av begreppen; offentligrättsliga subjekt, företag, verksamhet eller del av verksamhet, kommer att analyseras ingående. Överlåtelsebegreppet kommer att behandlas mer ingående, men inte fullständigt. En beskrivning av överlåtelsebegreppet är nödvändig för att förstå hur uppsägningsförbudet samverkar med de övriga delarna av direktivet. Avgränsningar kommer även att göras vad gäller rättsverkningar av kollektivavtal, information och samråd samt tiden innan överlåtelsedirektivet trädde i kraft. Inte heller gränsöverskridande verksamhetsöverlåtelser eller vad som gäller vid insolvens och konkurs kommer att behandlas.

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel som behandlar ämne och bakgrund, syfte och frågeställningar, teori, metod, tidigare forskning, avgränsningar och disposition. Därefter kommer ett kapitel som översiktligt redogör för överlåtelsedirektivet, med därtill centrala rättsfall. I därpå följande kapitel kommer det att redogöras för hur direktivets implementerats i Sverige. I nästföljande kapitel behandlas förbudet mot uppsägning på grund av företagsöverlåtelse, först på en gemenskapsrättslig nivå, och därefter i svensk nationell rätt. Ett sammanfattande kapitel analyserar slutligen huruvida svensk rätt överensstämmer med gemenskapsrätten vad avser överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud. Resultatet kommer även i denna del att analyseras utifrån teorin om normativa grundmönster.

2 Överlåtelsedirektivet

2.1 Direktivets framväxt och syfte

Rådet antog 1977 direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, vilket ofta hänförs till som överlåtelsedirektivet. Direktivet var ett resultat av den uppgift som ålagts kommissionen genom det sociala handlingsprogrammet 1974-1976,⁴⁶ där bland annat arbetstagares anställningstrygghet skulle förstärkas. Direktivet antogs med stöd av nuvarande artiklarna 94 och 136 i Amsterdamfördraget.

Arbetstagarnas situation vid verksamhetsöverlåtelser kom i olika omfattning att uppmärksammas av kommissionen i början på 1970-talet. Bakgrunden var det ekonomiska läget och företagsorganiseringen under 1960-talet, med en snabb tillväxt av företagskoncentrationer på såväl nationell nivå som EG-nivå. Det skedde dessutom massuppsägningar som ett led i denna struktur i dåvarande Västtyskland, Nederländerna och Belgien. Ganska snart blev det tydligt att den ekonomiska tillväxten inte åtföljdes av en likvärdig utveckling av arbetstagarnas skydd.⁴⁷

Kommissionen ville tillmäta de socialpolitiska intressena ökad vikt, och inte bara premiera ekonomiska utvecklingsaspekter. De socialpolitiska ambitionerna vid verksamhetsöverlåtelser skulle därför bli kodifierade i direktivet från 1977. Vid de inledande förhandlingarna var tanken att arbetstagarnas skydd vid verksamhetsöverlåtelser skulle vara inkluderat i en överenskommelse mellan medlemsländerna rörande internationella sammanslagningar av aktiebolag. Så blev inte fallet, mycket beroende på oenighet kring arbetstagarnas medinflytande.⁴⁸ Kommissionen presenterade istället ett förslag till direktiv om tillvaratagande av arbetstagares rättigheter vid bolagsfusioner, verksamhetsövergångar och företagssammanslutningar i maj 1974.⁴⁹ Efter behandling i Europaparlamentet⁵⁰ och i ekonomiska och sociala kommittén⁵¹ presenterades ett förslag av kommissionen som antogs av rådet.⁵²

Det sägs i kommissionens förslag från 1975 att direktivets syfte är att skydda arbetstagares nuvarande och framtida rättigheter vid verksamhetsövergångar genom att introducera skydd av olika slag. Syftet

⁴⁶ Rådets resolution, Social Action Program 1974 to 1976, OJ C 13, 12 February 1974, s. 1-4. Se även till exempel Barnard, 2006, s. 619 f.

⁴⁷ Blanpain, 2008, s. 647; Barnard, 2006, s. 619; Mulder, 2004, s. 119

⁴⁸ Mulder, 2004, s. 120

⁴⁹ Kommissionens förslag, COM (74) 351 final, 29 May 1974

⁵⁰ Europaparlamentets resolution, OJ C 95, 28 April 1975, s. 17-25

⁵¹ Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande, OJ C 255, 7 November 1975, s. 25-36

⁵² Kommissionens förslag, COM (75) 429 final, 25 July 1975

skall enligt förslaget uppnås genom att överföra de befintliga anställningsförhållandena från överlåtaren till förvärvaren, skydd mot uppsägning på grund av verksamhetsövergången samt genom förhandlingar med de inblandade arbetstagarrepresentanterna.⁵³ Även i det antagna direktivets ingress diskuteras bland annat de förändringar av företagsstrukturer som kunde skönjas, genom utbredningen av verksamhetsövergångar av olika slag och nödvändigheten att bemöta den potentiella problematik detta kunde ge upphov till för de som har anställning i den rörelse som överläts.

Överlåtelsedirektivet var därefter gällande gemenskapsrätt i samma form under ett decennium, tills frågan om behovet av en revision kom upp på dagordningen i slutet på 1980-talet. Kommissionen presenterade 1994 ett förslag till ändring av överlåtelsedirektivet, som skulle motsvara den praxis som EG-domstolen skapat.⁵⁴ Kommissionen pekade på att genomförandet av den inre marknaden under 1980-talet hade åtföljts av en utveckling präglad av olika typer av företagsomorganisationer.⁵⁵ Utvecklingen ansågs till stor del styrd av de marknadsekonomiska premisserna, där även arbetstagare är föremål för handel. I denna kontext måste gemenskapssamarbetet fokusera på att ytterligare utöka den ekonomiska lönsamheten, men i denna målsättning inte glömma bort arbetstagarnas ställning. Huvudsyftet i 1994 års förslag var därför att tillförsäkra att arbetstagare i den verksamhet som är föremål för omstrukturering inte påverkas negativt.⁵⁶

Det ansågs att direktivet behövde klargöras på en rad punkter, såsom begreppen överlåtelse och arbetstagare, att direktivet omfattar både privat och offentlig verksamhet samt att direktivet förutsätter att arbetsgivaren har ett informationsutbyte med arbetstagarrepresentanterna. Direktivet skulle med andra ord moderniseras för att kunna möta den aktuella problematiken. Överlåtelsedirektivets räckvidd skulle dock inte ändras eller inskränkas.⁵⁷ Året därefter, 1995, fastslogs kommissionens sociala handlingsprogram på medellång sikt för 1995-1997, i vilket de ekonomiska och sociala målen för unionen är sammanlänkade.⁵⁸

Kommissionen hade i sitt sociala handlingsprogram uppmärksammat att överlåtelsedirektivet oftare än de flesta andra direktiv var föremål för prövning i EG-domstolen, mycket beroende på tolkningssvårigheter. För att vägleda utarbetade kommissionen först ett dokument med riktlinjer, baserade på praxis,⁵⁹ och kom snart därefter med ett förslag till ändringsdirektiv i vilket bland annat 1994 års förslag till definition av begreppet överlåtelse ändrades.⁶⁰ 1977 års överlåtelsedirektiv reviderades

⁵³ Kommissionens förslag, COM (75) 429 final, 25 July 1975, punkterna 7-8

⁵⁴ Kommissionens förslag, COM (94) 300 final, 8 September 1994

⁵⁵ Kommissionens förslag, COM (94) 300 final, 8 September 1994, punkterna 3-8

⁵⁶ Kommissionens förslag, COM (94) 300 final, 8 September 1994, punkt 1

⁵⁷ Kommissionens förslag, COM (94) 300 final, 8 September 1994, punkt 17 f.

⁵⁸ Kommissionens förslag, COM (95) 134 final, 12 April 1995

⁵⁹ Kommissionens förslag, KOM (97) 85 slutlig, 4 mars 1997

⁶⁰ Kommissionens förslag, KOM (97) 60 slutlig, 24 februari 1997

inte, utan ett direktiv antogs om ändring av 1977 års direktiv,⁶¹ varefter ett kodifieringsförfarande inleddes. I tretton punkter förklaras i ingressen skälen till förändringarna av 1977 års överlåtelsedirektiv. Kärnfrågan tycks vara det behov av förändring som uppstått till följd av den inre marknadens effekter, nationell lagstiftning och revisionen av direktivet om kollektiva uppsägningar. 1998 års överlåtelsedirektiv följdes av en konsoliderad och kodifierad version, som antogs 2001. Detta direktiv föranledde inga förändringar i sak, däremot i form, och numreringarna av artiklarna har setts om.⁶² Syftet med direktivet kan formuleras som att de rättigheter en arbetstagare har enligt nationell rätt till följd av en anställning skall gälla i den situation då verksamheten där arbetstagaren är anställd byter arbetsgivare.⁶³

2.2 Direktivets grundläggande innehåll

Överlåtelsedirektivet består av tre centrala delar. För det första skall anställningsavtalen enligt artikel 3.1, som huvudregel, övergå från överlåtaren till förvärvaren. I praktiken träder förvärvaren alltså in i anställningsavtalet sådant det är när överlåtelsen sker. Även EG-domstolen har fastslagit att det är anställningsavtalet vid överlåtelse tidpunkten som blir avgörande.⁶⁴ Det har även fastslagits att anställningsavtalet övergår med automatik och nödvändighet till förvärvaren just vid överlåtelse tidpunkten.⁶⁵ Arbetstagaren är, som en konsekvens av ovanstående, inte skyddad mot sådana förändringar av anställningsvillkoren som överlåtaren redan vidtagit, så länge det inte är överlåtelsen som varit orsaken.⁶⁶ Arbetstagaren som åtnjuter skydd av överlåtelsedirektivet har en rättighet att stå kvar i anställning hos den nye arbetsgivaren, men ingen skyldighet.⁶⁷ Arbetstagaren har dock möjlighet att avstå från skyddet som ges och motsätta sig en överföring av anställningen.⁶⁸ Reglerna är dock tvingande på så sätt att den arbetstagare som nyttjar sin rätt att följa med till förvärvaren, inte kan avstå sina rättigheter enligt direktivet.⁶⁹ Detta är fallet även om arbetstagaren i sig blivit fullvärdigt kompenserad.⁷⁰

⁶¹ Direktiv 98/50/EG, EUT L 201, 17 juli 1998

⁶² Direktiv 2001/23/EG, EUT L 82, 22 mars 2001, s. 16 f; Nyström, 2002, s. 256

⁶³ Barnard, 2006, s. 620 f.; Mulder, 2004, s. 123

⁶⁴ Mål C-19/83 *Wendelboe* ECR 1985 s. 457, dom den 7 februari 1985; Mål 287/86 *Ny Mölle Kro* ECR 1987 s. 5465, dom den 17 december 1987

⁶⁵ Mål C-305/94 *Rotsart de Hertaing* REG 1996 s. I-5927, dom den 14 november

⁶⁶ Mål C-209/91 *Rask* 1992 REG I-5755, dom den 12 november 1992; Nyström, 2002, s. 271f.; Mulder, 2004, s. 311f.

⁶⁷ Mål C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas m.fl.*, ECR 1992, s. I-6577, dom den 16 december 1992

⁶⁸ Mål 105/84 *Danmols* ECR 1985 2639, dom den 11 juli 1985; Mål C-171/94 och 172/94 *Merckx och Neuhuys* 1996 ECR I-1253, dom den 7 mars 1996

⁶⁹ Källström & Malmberg, 2009, s. 288; Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 200; Nyström, 2002, s. 272

⁷⁰ Mål 324/86 *Daddy's Dance Hall* ECR 1988 s. 739, dom den 10 februari 1988

För det andra skall överlåtelsen som sådan inte kunna utgöra saklig grund för uppsägning, enligt artikel 4.1. I praktiken innebär detta att det föreligger ett förbud mot att säga upp personal som tillhör en verksamhet som övergår till ny arbetsgivare. Det har dock tillskapats en undantagsregel för uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. EG-domstolen har i ett par fall behandlat uppsägningsförbudet och dess undantag.⁷¹

För det tredje är förvärvaren, enligt artikel 3.3, skyldig att tillämpa villkoren i det kollektivavtal som gällde för arbetstagarna medan de fortfarande arbetade hos överlåtaren under en övergångsperiod. Enligt praxis är förvärvaren inte skyldig att tillämpa regler i kollektivavtal gentemot arbetstagare som inte var bundna av ett sådant före överlåtelsen.⁷²

Direktivet innehåller förutom dessa tre huvudområden en bestämmelse om tillämpningsområde i artikel 1. Vidare stadgar artikel 3.4 att det är medlemsstaternas skyldighet att säkerställa att pensioner, såsom åldersinvaliditets eller efterlevandeförmåner, säkerställs för de personer som tidigare varit anställda hos överlåtaren. Förvärvaren övertar alltså inte denna skyldighet.⁷³ Arbetstagarrepresentanternas ställning redogörs för i artikel 6 och i artikel 7 finns regler om information och samråd.

Överlåtelsedirektivets artikel 8 föreskriver att direktivet inte är ett hinder för medlemsstater som avser att ha regler som är mer gynnsamma för arbetstagarna. Artikel 9 fastställer dessutom att medlemsstaterna har ett ansvar att införa nödvändiga bestämmelser för att tillgodose att de arbetstagare som anser sig felaktigt behandlade skall kunna föra sin talan vid domstol.

Enligt överlåtelsedirektivets ingress skall bland annat arbetstagarnas rättigheter i samband med skifte av arbetsgivare genom företagsöverlåtelser tillgodoses. Arbetstagarnas rättigheter skyddas genom att ge dem möjlighet att bibehålla sitt arbete hos den nye arbetsgivaren på samma villkor som gällde i förhållande till överlåtaren. Direktivets ingress stadgar vidare att de skillnader som finns mellan länder vad gäller skyddsnivån bör minskas för att inte påverka den gemensamma marknaden på ett negativt sätt.⁷⁴

En viktig avgränsning för direktivet är alltså att någon enhetlig skyddsnivå inte eftersträvas. Målsättningen är enbart att säkerställa att det skydd arbetstagare har i förhållande till överlåtaren av verksamheten enligt nationella regler skall gälla oberoende av överlåtelsen som sådan också i förhållande till förvärvaren. Det är alltså de arbetstagare som har anställning i den verksamhet som överläts som skyddas. Arbetstagarbegreppet som

⁷¹ Mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988; förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996; mål C-319/94 *Dethier Equipment* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

⁷² Mål 287/86 *Ny Mölle Kro* ECR 1987 s. 5465, dom den 17 december 1987

⁷³ EFTA-domstolen E-2/95 Eidesund; EFTA-domstolen E-3/95 Langeland

⁷⁴ Ingressen till RÅDETS DIREKTIV 2001/23/EG av den 12 mars 2001, art. 3 ff.

sådant definieras efter de nationella reglerna i varje enskilt medlemsland.⁷⁵ En annan avgränsning är att det uppställs ett krav på att arbetstagarna har fått en ny arbetsgivare, för att direktivet skall äga tillämplighet. Exempel på en sådan situation är att en verksamhet överförs från ett helägt dotterbolag till ett annat helägt dotterbolag, ägaren är densamma men arbetsgivaren ändras. För det fall att det är aktier som överläts aktualiseras inte direktivet.⁷⁶

Överlåtelsedirektivet har sedan den första versionen 1977 varit föremål för omfattande tolkningsproblem och har kommit att bli en av de mest prövade rättsakterna i EG-domstolen.⁷⁷ För att kunna erhålla förståelse för uppsägningsförbudets konstruktion är det nödvändigt att förstå hur överlåtelsebegreppet definierats. I detta avsnitt skall därför den centrala utvecklingen i EG-domstolens rättspraxis redogöras för.

De fem första målen⁷⁸ som prövades med 1977 års överlåtelsedirektiv som grund behandlade framförallt direktivets förhållande till olika insolvensförfaranden. Därefter följde två avgöranden som tog upp frågor kring direktivets implementering.⁷⁹ Sedan ställdes EG-domstolen inför vad som skulle komma att bli ett av de viktigaste och mest omskrivna avgörandena rörande överlåtelser, *Spijkers*-målet.⁸⁰

I *Spijkers*-målet prövades om föremålet för övergången från en arbetsgivare till en annan omfattades av direktivets tillämpningsområde och hur föremålet för övergången skulle identifieras. Nedan följer en kort sammanfattning av omständigheterna i målet.

Spijkers innehade en anställning som vice VD hos Colaris. Colaris drevs som ett slakthus och upphörde med sin verksamhet i slutet av december 1982, vilken övergick till Benedik Abattoir. Alla anställda i Colaris, förutom *Spijkers* och en annan medarbetare övertogs av förvärvaren. Lokaler och lagertillgångar övertogs också, innebärande att den verksamhet Colaris bedrivit kunde fortsätta, dock övertogs inte kunder och goodwill. Colaris sattes i konkurs i mars 1983, varvid *Spijkers* krävde lön och anställning från överlåtelse tidpunkten eftersom *Spijkers* ansåg att det enligt direktivet förelegat en verksamhetsövergång.

⁷⁵ Blanpain, 2008, s. 647 f.; Barnard, 2006, s. 620 ff.; Mulder, 2004, s. 115 ff.; prop. 1994/95:102, s. 24

⁷⁶ Barnard, 2006, s. 635; Lunnig & Toijer, 2006, s. 271; Nielsen, 2006, s. 276 f.; Nyström, 2002, s. 256 f.

⁷⁷ Barrett, 2009, s. 199; Källström & Malmberg, 2009, s. 279; Mulder, 2004, s. 117; Malmberg, 2004, s. 792; Nyström, 2002, s. 255; Nielsen, 2000, 314 f.

⁷⁸ Mål 19/83 *Wendelboe* ECR 1985 s. 457, dom den 7 februari 1985; mål 135/83 *Abels* ECR 1985 s. 469, dom den 7 februari 1985; mål 179/83 *Industriebond FNV* ECR 1985 s. 511, dom den 7 februari 1985; mål 186/83 *Botzen* m.fl. ECR 1985 s. 519, dom den 7 februari 1985; mål 105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639, dom den 11 juli 1985

⁷⁹ Mål 235/84 *kommissionen mot Italien* ECR 1986 s. 2291, dom den 10 juli 1986; mål 237/84 *kommissionen mot Belgien* ECR 1986 s. 1247, dom den 15 april 1986

⁸⁰ Mål 24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, dom den 18 mars 1986

EG-domstolen kom i sitt utslag fram till att det avgörande kriteriet för att slå fast att det förelåg en övergång i direktivets mening är om en ännu bestående enhet (going concern) övergått varigenom verksamheten behållit sin identitet. EG-domstolen gjorde det i *Spijkers*-målet tydligt att alla omständigheter som utgjorde den föreliggande transaktionen skulle beaktas. Det gjordes i domslutet en uppräkningslista av vilka kriterier som särskilt skall beaktas för att en övergång skall falla inom överlåtelsedirektivets räckvidd. De sju kriterier som räknades upp var:

- 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,
- 7) Hur länge ett eventuellt avbrott i verksamheten har varat

Genom dessa sju kriterier skall bedömningen huruvida det som överförs uppfyller kraven på ekonomisk enhet och huruvida verksamhetens identitet efter övergången är bevarad företas.⁸¹ Ingen av de angivna omständigheterna skall dock isolerat vara för sig vara avgörande, och uppräkningslistan skall endast vara att anse som exemplifierande, inte uttömmande.⁸² Bedömningen av om det är en ekonomisk enhet som övergått skall ske före dess att det sker en bedömning huruvida verksamhetens identitet behålls efter övergången. Att bedömningarna skall ske skilt från varandra antyds i *Spijkers*-målet,⁸³ men bekräftas först i *Liikenne*-målet.⁸⁴ EG-domstolen har dock stundtals varit otydlig, vad gäller att fastslå när överlåtelsedirektivet är tillämpligt.⁸⁵ I *Süzen*⁸⁶ skilde domstolen till exempel inte på enhet och identitet vid sin bedömning.

I ett led mot utvecklingen av 2001 års överlåtelsedirektiv var EG-domstolens avgörande i *Schmidt*-målet⁸⁷ viktigt, vad avser frågan huruvida överföring av arbetsuppgifter där endast en person är anställd skall omfattas

⁸¹ För exempel på där domstolen tillämpat kriterierna från *Spijkers*-målet, se: mål C-48/94 *Rygaard* REG 1995 s. I-2745, dom den 19 september 1995, punkt 15; mål C-392/92 *Schmidt* ECR 1994 s. I-1311, dom den 14 april 1994, punkt 17; mål C-234/98 *Allen* REG 1999 s. I-8643, dom den 2 december 1999, punkt 23; mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, dom den 25 januari 2001, punkt 27; mål C-175/99 *Mayeur* REG 2000 s. I-7755, dom den 26 september 2000, punkt 44; mål C-51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969, dom den 24 januari 2002, punkt 23

⁸² Mål 24/86 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, dom den 18 mars 1986, punkterna 12 och 13

⁸³ Mål 24/86 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, dom den 18 mars 1986, punkterna 11 och 12

⁸⁴ Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, dom den 25 januari 2001

⁸⁵ Mulder, 2004, s. 142; Nyström, 2002, s. 271

⁸⁶ Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. I-1259, dom den 11 mars 1997

⁸⁷ Mål C-392/92 *Schmidt* ECR 1994 s. I-1311, dom den 14 april 1994

av överlåtelsedirektivet.⁸⁸ Domen meddelades 1994, samma år som kommissionens förslag om ändring av överlåtelsedirektivet presenterades.

Schmidt var anställd som städerska av en sparbank, för att städa lokalerna i dess filial i Wacken. Schmidt sades upp i februari 1992 på grund av renoveringsarbete av lokalen. Därefter överfördes städuppgifterna till företaget Spiegelblank- ett företag som redan ansvarade för lokalvården i de flesta av bankens övriga lokaler. Schmidt erbjöds återanställning på villkor som av henne bedömdes som sämre än de tidigare villkoren, varvid hon väckte talan mot beslutet om uppsägning.

EG-domstolen ansåg att det som är utmärkande för en transaktion som faller inom direktivets tillämpningsområde, vad avser en person vars arbetsuppgifter överförs, är i vilken grad identiteten av verksamheten är bevarad. Domstolen bedömde att direktivet omfattar den situation att ett företag överlåter en uppgift till ett annat företag, som därigenom tar över ansvaret i förhållande till de anställda i den överlåtna verksamheten. Att endast en person varit anställd, eller det förhållande att några materiella tillgångar inte överlåtits utesluter inte tillämpning. Denna bedömning kritiserades av ett flertal länder, som ansåg att utfallet givit direktivets överlåtelsebegrepp en allt för vid omfattning.⁸⁹

Rygaard-målet⁹⁰, vilket bekräftades i *Süzen*⁹¹, konstituerar dock att överföring av arbetsuppgifter i sig inte gör direktivet tillämpligt. Domen i *Süzen*-målet har av en del ansetts anpassa direktivet till den moderna arbetsmarknaden genom att göra en nödvändig precisering. Utgången inskränkte i praktiken direktivets räckvidd i förhållande till *Schmidt*-målet.⁹² Domarna har tydliggjort att inte varje byte av entreprenör kan vara en överlåtelse i direktivets mening och att en övergång av enbart arbetsuppgifter inte är tillräckligt för att falla inom överlåtelsedirektivets räckvidd.⁹³ *Rygaard*-, *Henke*-,⁹⁴ och *Süzen* -målen kan tolkas som att EG-domstolen avsett att markera att de yttre ramarna för direktivets räckvidd inte skulle utvidgas ytterligare, och domarna föranledde krav på ändringar i direktivet, vilket skulle presenteras året därpå i 1998 års ändringsdirektiv.⁹⁵

⁸⁸ Blanpain, 2008, s. 649; Nyström, 2002, s. 264

⁸⁹ Barnard, 2006, s. 639; Mulder, 2004, s. 148; Garde, 2002, s. 524

⁹⁰ Mål C-48/94 *Rygaard* REG 1995 s. I-2745, dom den 19 september 1995

⁹¹ Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. I-1259, dom den 11 mars 1997

⁹² Barrett, 2005, s. 1059; Garde, 2002, s. 529; Nyström, 2002, s. 262; Melin, 1998, s. 128 f.

⁹³ Blanpain, 2008, s. 654; Nyström, 2002, s. 262

⁹⁴ Mål C-298/94 *Henke* REG 1996 s. I-4989, dom den 15 oktober 1996

⁹⁵ Barnard, 2006, 639 ff.; Mulder, 2004, s. 157 f.

3 Överlåtelsedirektivet och svensk rätt

3.1 Äldre rättsläge

Det fanns i svensk rätt före 1995 års implementering av överlåtelsedirektivet ingen generell reglering av vilka konsekvenser verksamhetsövergångar hade för anställningsskyddet.⁹⁶ Den nya regleringen innebar en så pass stor förändring av svensk rätt att inga gamla rättsfall kommer att redogöras för nedan vid beskrivningen av tidigare rättsläge, mer än i form av hänvisningar.⁹⁷

Vid en verksamhetsövergång aktualiserade före överlåtelsedirektivets implementering dels 25 § LAS om företrädesrätt till återanställning, dels 3 § LAS som reglerade, och fortfarande reglerar, tillgodoräknande av anställningstid hos tidigare arbetsgivare, i detta fall överlåtaren. Det fanns dessutom vissa regler i bland annat föräldraledighetslagen och semesterlagen som kunde aktualiseras. Som huvudregel var det dock allmänna avtalsrättsliga regler om partsbyte som blev tillämpliga. På ett teoretisk plan kunde därför inte gäldenären (arbetsgivaren) frigöra sig från sina avtalsförpliktelser genom att överföra dem till någon annan utan borgenärens (arbetstagens) samtycke. Anställningsparterna skulle alltså inte ensidigt kunna överflytta sin partsställning, med de rättigheter och skyldigheter som var förbundna med denna.⁹⁸

Det var före överlåtelsedirektivets implementering i svensk rätt tillåtet att säga upp de anställda i samband med att en verksamhet övergick. Grunden som LAS krävde och accepterade var att det uppstått en arbetsbrist hos överlåtaren. Till skillnad från idag fick den förvärvande parten fritt bestämma om överlåtarens personal skulle användas även fortsättningsvis. Förvärvaren hade möjlighet att istället använda sig av egen personal eller lägga ut verksamheten på entreprenad.⁹⁹ De bestämmelser som aktualiserades i LAS var 3 § och 25 §. 3 § LAS stadgade att arbetstagen i vissa situationer fick tillgodoräkna sig anställningstid hos det överlåtande företaget. I 25 § LAS klargjordes att arbetstagen i det överlåtande företaget som sagts upp på grund av arbetsbrist kunde ha företrädesrätt hos förvärvaren. Praxis från AD krävde att det skulle föreligga ett direkt rättsligt

⁹⁶ Mulder, 2004, s. 128; Nyström, 2002, s. 290; Lunning, 1989, s. 27; Eklund, 1983, s. 134 f.

⁹⁷ Se Nordström, 2001, s. 197f.; Bergh m.fl., 1995, s. 40 f.

⁹⁸ Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 196; Adlercreutz, 2002, s. 140 f.; Eklund, 1983, s. 18 ff., 98 ff.; Rodhe, 1956, s. 608 ff.

⁹⁹ SOU 1993:32, s. 324 f.; Lunning, 1989, s. 27; Eklund, 1983, s. 134 f.

samband mellan överlåtaren och förvärvaren, för att det skulle anses föreligga en övergång enligt LAS.¹⁰⁰

3.2 Implementeringen av direktivet

I och med Sveriges inträde i EU förband sig landet att implementera överlåtelsedirektivet, och vidta de lagändringar som var nödvändiga.¹⁰¹ Förändringarna gäller från och med den 1 januari 1995. De bestämmelser i svensk rätt som reglerar verksamhetsövergångar vilar på det gemenskapsrättsliga överlåtelsedirektivet. Detta innebär också att det är EG-domstolen som ytterst tolkar direktivet och har att ta ställning till hur direktivet skall avgränsas vid oklara fall.¹⁰²

Sverige ansåg redan före det så kallade EES-avtalets ikraftträdande 1994 att svenska regler uppfyllde kraven i överlåtelsedirektivet.¹⁰³ Efter ingående granskning stod det dock klart att de svenska regler som berördes i LAS och MBL i flera avseenden inte levde upp till direktivets bestämmelser. Sverige anmälde även våren 1994 till EFTAS övervakningsorgan ESA för att landet inte fullgjort sina åtaganden enligt EES-avtalet.¹⁰⁴

Överlåtelsedirektivet är ett tvingande minimidirektiv, vilket innebär att EG-spärr införts i 2 § LAS och 4 § MBL.¹⁰⁵ Vidare infördes materiellt viktiga regler i 6 b § LAS, vars innehåll motsvarar artikel 3 punkterna 1-2 och 4 i direktivet. Konkret innebär bestämmelsen att anställdas rättigheter och skyldigheter enligt anställningsavtalet övergår på den nye arbetsgivaren vid en verksamhetsövergång. Den tidigare arbetsgivaren är vidare solidariskt ansvarig för eventuella ekonomiska förpliktelser hänförliga till tiden före överlåtelsen. Om arbetstagaren motsätter sig övergång till den nye arbetsgivaren övergår inte anställningsförhållandet, enligt 6 b § tredje stycket LAS.¹⁰⁶ Ordagrant lyder bestämmelsen:

”Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan, övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock också ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Detta stycke gäller även arbetstagare i allmän tjänst och på sjögående fartyg.

Första stycket gäller inte vid övergång i samband med konkurs.

Första stycket gäller inte heller ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner.

Trots bestämmelserna i första stycket skall anställningsavtalet och

¹⁰⁰ Se till exempel: AD 1976 nr 18; AD 1978 nr 153; AD 1979 nr 140

¹⁰¹ SFS 1994:1685; SFS 1994: 1686

¹⁰² Hettne & Otken Eriksson, 2005, s. 30 f.; Mulder, 2004, s. 126; Iseskog, 2003, s. 5; Nyström, 2002, s 47 f.

¹⁰³ Prop. 1991/92:170 bil. 9, s. 25 f.

¹⁰⁴ Nyström, 2002, s. 290 f.

¹⁰⁵ Lunning & Toijer, 2006; Nyström, 2002, s. 290 ff.; s. 300; prop. 1994/95:102, s. 39

¹⁰⁶ Lunning & Toijer, 2006, s. 296 f.; Iseskog, 2003, s. 9 f.; Nyström, 2002, s. 292 f.

anställningsförhållandet inte övergå till en ny arbetsgivare, om arbetstagaren motsätter sig detta.”

Det infördes ett nytt andra stycke i 7 § LAS som stadgar att en sådan övergång som avses i 6 b § LAS inte i sig kan utgöra saklig grund för uppsägning. Detta förbud har dock fått ett undantag, som säger att uppsägningsförbudet inte hindrar uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår. Denna bestämmelse har lett till en del tillämpningssvårigheter, vilket också förarbetena förutsåg.¹⁰⁷ En mindre förändring av 25 § LAS har gjorts för att förtydliga att företrädesrätt till återanställning gäller mot ny arbetsgivare vid fall av verksamhetsövergångar.¹⁰⁸

Som ett led i implementeringsprocessen har MBL utökats genom att 13 § MBL tillförts ett andra stycke, innebärandes att en arbetsgivare som inte är bunden av något kollektivavtal är skyldig att ta initiativ till förhandling i enlighet med 11 § MBL. Alla berörda arbetstagarorganisationer skall involveras i frågor som rör uppsägning på grund av arbetsbrist eller övergång av en verksamhet. I samband med denna reglering finns även ett krav på att skriftligen underrätta motparterna om händelseutvecklingen, 15 § MBL.¹⁰⁹ Vidare har 28 § MBL fått ett tillägg i ett nytt tredje stycke samt ett förändrat första stycke. Överlåtarens kollektivavtal skall i tillämpliga delar gälla för den nye arbetsgivaren, om denne inte redan är bunden av ett annat kollektivavtal som kan tillämpas på de arbetstagare som följer med. Även om förvärvaren har ett tillämpligt kollektivavtal skall som huvudregel de anställningsvillkor som gällde i det tidigare kollektivavtalet tillämpas under ett år från övergången.¹¹⁰

Precis som i EG-domstolen har överlåtelsedirektivet kommit att prövas relativt ofta även i AD.¹¹¹ Nedan kommer en kort genomgång av avgöranden från AD där domstolen definierat begreppet övergång av verksamhet.¹¹² Arbetsdomstolens avgöranden kan ställas i relation till EG-domstolens definition av begreppet *lagenlig överlåtelse*, vilket av EG-domstolen givits en vidare tolkning än den rent språkliga såväl som den traditionellt juridiska betydelsen i Sverige.¹¹³

AD 1995 nr 96 och AD 1995 nr 163 behandlar en situation där ett bussbolag gått miste om tre entreprenadavtal. Arbetstagarparten hävdade att bussbolagets verksamhet, med avseende på dessa tre entreprenader, övergått till den nye entreprenören. AD ansåg dock att det inte hade ägt rum en

¹⁰⁷ Prop. 1994/95:102, s. 45; Iseskog, 2003, s. 40 f.; Nordström, 2001, s. 197 ff.

¹⁰⁸ Lunning & Toijer, 2006, s. 482 f.; Iseskog, 2003, s. 45; Nyström, 2002, s. 292 f.

¹⁰⁹ Iseskog, 2003, s. 50; Nyström, 2002, s. 293

¹¹⁰ Iseskog, 2003, s. 31 f.; Nyström, 2002, s. 293 f.; Glavå, 2001, s. 372

¹¹¹ Iseskog, 2003, s. 16; Nyström, 2002, s. 296

¹¹² För ytterligare praxis se: AD 1998 nr 124; AD 1998 nr 144; AD 1998 nr 146; AD 2001 nr 101; AD 2002 nr 63; AD 2003 nr 56; AD 2008 nr 51; AD 2008 nr 64

¹¹³ AD 2008 nr 64; Barnard, 2006, s. 634; Nyström, 2002, s. 256; de Groot, 1993, s. 343 f.

övergång av verksamhet eftersom den nye entreprenören inte övertagit vare sig personal eller produktionsutrustning.¹¹⁴

Arbetsdomstolen behandlade i målet AD 1996 nr 49 ett entreprenadföretag (A) som överlätit avsevärda delar av sin verksamhet till ett annat företag (B). Fråga rörde ett särskilt projekt, ett tunnelbygge, som avtalades senare, där B förvärvade maskinutrustning och skulle ansvara för viss arbetsledning i företag A. Bakgrunden till tvisten var att företag A:s anställda i tunnelprojektet sades upp, eftersom projektet skulle läggas ned. AD hade att svara på huruvida tunnelprojektet inneburit en verksamhetsövergång. Domstolen ansåg att en övergång av verksamhet inte ägt rum, med hänsyn till att det inte varit fråga om att driften överförts eller entreprenaden överlåtits.

I nästföljande två avgöranden från Arbetsdomstolen, AD 1997 nr 67 och AD 1997 nr 81, fick *Süzen*-domens precisering av överlåtelsebegreppet betydelse. I AD 1997 nr 67 var det fråga om ett landsting som bytte entreprenad för beställningscentralen. AD ansåg att en övergång av verksamhet inte ägt rum på grund av bristen på överlåtelse av materiella tillgångar, immateriella tillgångar och material. Detta trots att artkriteriet, identitetskriteriet, kundkriteriet och kontinuitetskriteriet var uppfyllda. I AD 1997 nr 81 hade domstolen att ta ställning till huruvida ett entreprenadavtal medfört en verksamhetsövergång. Avtalet var slutet mellan ett fastighetsbolag och en entreprenör och rörde fastighetsunderhåll. AD ansåg inte att det förelåg en verksamhetsövergång eftersom övertagaren inte övertagit materiella eller immateriella tillgångar, inte heller någon personal. Detta trots att verksamheten i övrigt var densamma.

I nästkommande fall, AD 1998 nr 44, var frågan om det skett en lagenlig överlåtelse och om den i så fall omfattat en verksamhet eller del av verksamhet. Tvisten gällde återigen fastighetsbranschen, och sakfrågan var ett byte av entreprenör för fastighetsskötsel. Då den nye entreprenören inte övertagit tillgångar eller anställt personal från den tidigare entreprenören förelåg, enligt AD, inte någon övergång av verksamhet. I AD 1998 nr 121¹¹⁵ hade två kommuner börjat bedriva lantmäteriverksamhet, sedan möjlighet till sådan verksamhet givits genom riksdagsbeslut. Frågan var om det skett en övergång av verksamhet från det statliga Lantmäteriet till dessa kommuner. Domstolen ansåg att det inte skett någon verksamhetsövergång eftersom de aktuella kommunerna inte övertagit tillgångar av något större värde, och inte heller övertagit personal från Lantmäteriverket.

AD 1999 nr 21¹¹⁶ behandlade förvar av utlänningar enligt utlänningslagen. Bakgrunden var att Statens invandrarverk övertog arbetsuppgifterna från polisen. Domstolen ansåg att en verksamhetsövergång ägt rum med hänsyn

¹¹⁴ Se även AD 1995 nr 134

¹¹⁵ AD 1998 nr 121, AD 1998 nr 124 och AD 1999 nr 21 är även centrala domar vad gäller verksamhetsövergångar i den offentliga sektorn

¹¹⁶ Se även AD 1998 nr 124 för i grunden samma övergångssituation

till att Statens invandrarverk övertagit ansvaret för de utlänningar som vistades i de lokaler där verksamheten bedrevs, att identitetskriteriet var uppfyllt samt att huvuddelen av inventarierna övertagits.

4 Uppsägningsförbudet

4.1 Uppsägningsförbudets tillämpning i gemenskapsrätten

Enligt överlåtelsedirektivets artikel 4.1 är överlåtelse av verksamhet i sig inte skäl för uppsägning från vare sig överlåtarens eller förvärvarens sida. Artikel 4.2 tar sikte på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Artikel 4.2 tar sikte på kringgåenden av uppsägningsförbudet, och stadgar att då ett anställningsavtal som upphör därför att överlåtelsen medför en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för arbetstagaren, skall arbetsgivaren anses ansvarig.

För att överlåtelsedirektivet skall kunna uppnå sitt syfte är det viktigt att både artikel 3 och artikel 4 fungerar var för sig i den praktiska tillämpningen, men ännu desto viktigare fungerar tillsammans. Om en av artiklarna missar sitt mål innebär det att hela systemet av rättigheter och skyldigheter vid överlåtelser, från överlåtaren till förvärvaren, upphör att verka. Artikel 3 är viktig då denna bestämmelse, som beskrivits ovan, utgör ramen för överlåtelsebegreppet. När det gäller artikel 4 innebär en ineffektiv tillämpning att överlåtaren och förvärvaren ges möjlighet att undvika de skyldigheter som stadgas i artikel 3.¹¹⁷

Artikel 4 lyder ordagrant:

1. En överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet skall inte i sig utgöra skäl för uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida. Denna bestämmelse skall dock inte hindra uppsägningar som görs av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, och som innefattar förändringar i arbetsstyrkan.

Medlemsstaterna får föreskriva att första stycket inte skall tillämpas på särskilda kategorier av arbetstagare som inte omfattas av medlemsstaternas lagar eller praxis i fråga om skydd mot uppsägning.

2. Om anställningsavtalet eller anställningsförhållandet upphör därför att överlåtelsen medför en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för arbetstagaren, skall arbetsgivaren anses ansvarig för att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet upphörde.

EG-domstolen har prövat uppsägningsförbudet i artikel 4.1 i ett par mål, vilka skall redogöras för nedan.¹¹⁸

¹¹⁷ Barrett, 2005, s. 1090

¹¹⁸ Mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988; förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars

I *Bork International*¹¹⁹ blev det klarlagt att arbetstagare som sagts upp före övergången och i strid med artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet, skall anses som anställda då övergången skedde. I praktiken innebär detta att förpliktelser gentemot de anställda övergår från överlåtaren till förvärvaren med automatik, i enlighet med artikel 3. Uppsägningsförbudet träder i kraft så fort det anses att en verksamhetsövergång är för handen. Vid bedömningen av huruvida det skett ett brott mot artikel 4.1 skall de objektiva omständigheter som motiverat uppsägningen undersökas. En viktig faktor är hur nära, räknat i tid, uppsägningarna och verksamhetsövergången ligger.

Omständigheterna i målet var att Bork International arrenderade ett snickeri av Orehoved Trae, samtidigt som företaget övertog all personal. Sedermera sade Bork International upp arrendeavtalet, och därtill även personalen. Ett annat företag, Junckers Industrier, köpte därefter snickeriet av Orehoved Trae och övertog drygt hälften av den personal som tidigare varit anställd i Bork International.

Den fråga som domstolen huvudsakligen hade att ta ställning till var huruvida direktivet omfattar den situation som beskrivits ovan, nämligen att ägaren av en arrendeverksamhet säger upp avtalet, varigenom driften läggs ner, och sedan återtar samma verksamhet och säljer den till en tredje part, som i sin tur återupptar driften av verksamheten med drygt hälften av den tidigare arrendatorns personal. Domstolen menade att ett tillfälligt uppehåll av driften i sig inte utesluter direktivets tillämplighet, men att arbetstagarna behövde ha en giltig anställning vid överlåtelse tillfället för att kunna åberopa direktivet.¹²⁰

Det senaste målet från EG-domstolen som behandlade uppsägningsförbudets effekt då arbetstagare sagts upp före överlåtelsen var *Temco*¹²¹ där domstolen hänvisade till det ovan refererade *Bork International*-målet.¹²² Domstolen ansåg att det förhållandet att den tidigare verksamhetsinnehavarens personal sades upp endast några dagar före det att den nya verksamhetsinnehavaren övertog samma personal, visade att skälet till uppsägningen var att det hade skett en verksamhetsövergång. Under dessa omständigheter skall personalen enligt domstolen fortfarande anses vara anställd vid tidpunkten för övergången. Arbetstagarnas anställningsavtal fortsätter att gälla hos den nya verksamhetsinnehavaren efter övergången. Möjligen kan domstolens resonemang i *Temco* ges en mer generell innebörd och förstås som domstolens hållning i fall där förvärvaren

1996; mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998; mål C-51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969, dom den 24 januari 2002

¹¹⁹ Mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

¹²⁰ Mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

¹²¹ Mål C-51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969, dom den 24 januari 2002, punkt 23

¹²² Mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

inte vill överta arbetstagare vid verksamhetsöverlåtelse. Det kan dock inte utifrån dagens praxis ges något klart svar på denna fråga.¹²³

I *Merckx och Neuhuys*-målen¹²⁴ gjorde inte målsägandena gällande att direktivet var tillämpligt, utan i stället att situationen i fråga inte skulle bedömas som en övergång av verksamhet. De faktiska omständigheterna i målet var att Merckx och Neuhuys var anställda som bilförsäljare hos Anfo Motors, som var ensam återförsäljare för Ford i ett förortsområde i Bryssel. I oktober underrättades de anställda i Anfo Motors att Ford skulle upphöra med sin verksamhet den 31 december och att Ford redan den 1 november skulle börja anlita en oberoende återförsäljare, Novarobel. Anfo Motors sade upp 50 av sina totalt 64 arbetstagare. De kvarvarande skulle flyttas över till Novarobel. Merckx och Neuhuys vägrade flytta över och menade att det var fråga om en nedläggning av verksamheten, och ingen övergång enligt överlåtelsedirektivet.

I domen slår EG-domstolen fast att direktivet är tillämpligt då ett återförsäljaravtal övergår från en återförsäljare, som upphör med verksamheten, till en annan återförsäljare som anställer en del av personalen. Något hinder för att inte fortsätta anställningen hos förvärvaren ansågs inte föreligga. EG-domstolen menade att det inte var tillräckligt att merparten av personalen blivit uppsagd vid övergången då dels uppsägningarna kunde ha skett med åberopande av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl och dels att en eventuell överträdelse av uppsägningsförbudet inte kan påverka bedömningen av om en överlåtelse föreligger enligt överlåtelsedirektivet.¹²⁵

Uppsägningsförbudet har vidare blivit prövat av EG-domstolen i *Dethier Equipement*-målet,¹²⁶ i synnerhet huruvida uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl tillkommer såväl förvärvaren som överlåtaren. Det har, som ovan beskrivits, i överlåtelsedirektivet införts ett undantag till uppsägningsförbudet som säger att direktivet inte motsätter sig uppsägningar som grundar sig på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Undantaget från uppsägningsförbudet avser uppsägningar i samband med överlåtelser som är hänförliga till verksamheten som sådan. Överlåtaren och förvärvaren ges därmed möjlighet till omorganisationer och rationaliseringar, vilket kan vara viktigt vid överlåtelssituationer.¹²⁷

Domstolen slog i *Dethier Equipement* fast att både överlåtaren och förvärvaren har denna möjlighet eftersom uppsägningsförbudet enbart gäller på grund av övergången som sådan. EG-domstolen pekade på att artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet tillförsäkrar arbetstagarna ett tvingande skydd som

¹²³ Barrett, 2005, s. 1093

¹²⁴ Förenade målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996

¹²⁵ Förenade målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996

¹²⁶ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

¹²⁷ Kommissionens förslag, COM (74) 351 final, 29 May 1974, s. 7

motiveras enbart på grund av överlåtelsen. Domstolen definierade dock inte vad som skall avses med en uppsägning på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Frågan har inte heller utretts och preciserats i förarbetena till överlåtelsedirektivet. Vidare kan svar inte finnas i något annat rättsfall från EG-domstolen.¹²⁸ Vissa menar att det faktum att både överlåtaren och förvärvaren har befogenhet att vidta uppsägningar enligt undantaget betyder att EG-rätten i bedömningen anknyter till arbetsgivarens uppsägnings-skäl, och inte till att uppsägningen sker vid någon särskild tidpunkt. Tidssambandet med övergången kan dock ha betydelse som bevisning för vad som utgör uppsägnings-skäl.¹²⁹ Viss vägledning kan vidare fås av generaladvokat van Gervens resonemang inför avgörandet i *d'Urso*.¹³⁰ Generaladvokaten ansåg att direktivet i sig inte innehåller några som helst undantag från uppsägningsförbudet, inte heller av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Generaladvokaten menar att direktivet uttryckligen förbjuder uppsägningar som grundar sig på överlåtelsen i sig. Bara uppsägningar som skulle gjorts oavsett faller inom undantaget.

Undantaget torde inte bli tillämpligt om det är möjligt att lösa övertaligheten med hjälp av omplaceringar. Vidare är antagligen en omreglering av anställningsavtalet till arbetstagarnas nackdel tillåten inom ramen för undantaget. Bevisbördan för att uppsägningen gjorts med stöd av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl ligger på arbetsgivaren.¹³¹ Det finns inom vetenskapssamhället olika åsikter kring undantagets omfattning. Exempelvis anser Nielsen att undantaget bör ges en snäv tolkning,¹³² medan Nyström anser att undantaget i praktiken måste anses som väsentligt.¹³³

Nedan följer ett komparativt inlägg, där House of Lords praxis rörande uppsägningsförbudets undantag undersöks. Genom att studera flera rättssystem ges bättre möjligheter att dra allmänna slutsatser, då komparativa studier både ger kunskap om andra rättssystem och medför större insikter i det egna rättssystemet.¹³⁴ Sverige och England är intressanta att jämföra då länderna dels representerar olika rättsfamiljer, men även länge intog skilda positioner i förhållande till EG-rätten och dess inflytande i den sociala dimensionen. Likheterna mellan länderna är dock ändå så stora att en jämförelse är meningsfull.¹³⁵ Den engelska domstolens tillvägagångssätt vid prövningen av huruvida arbetsgivarens uppsägning

¹²⁸ Barnard, 2006, s. 665; Mulder, 2004, s. 317

¹²⁹ Malmberg, 2005, s. 212

¹³⁰ "I do not share the view that the directive allows any kind of dismissal on economic, technical or organizational grounds. The directive expressly prohibits such dismissals where they occur as a result of the transfer of the undertaking." Generaladvokatens (van Gerven) förslag till avgörande den 30 maj 1991, i mål C-362/89 *d'Urso* ECR 1991 s. I-04105, dom den 25 juli 1991, art. 35

¹³¹ Mulder, 2004, s. 317 f.

¹³² Nielsen, 1999, s. 141 ff.

¹³³ Nyström, 2002, s. 274

¹³⁴ Rönnmar, 2004, s. 29 f.

¹³⁵ Rönnmar, 2004, s. 30 f.

varit saklig eller inte enligt det lagstadgade¹³⁶ anställningsskyddet regleras i *Employment Rights Act 1996 section 98*. I rättspraxis har bestämmelsens uppsägnings-skäl givits en så pass vid tolkning att i princip endast godtyckliga uppsägningar är rättsstridiga. Den specifika engelska definitionen av övertalighet, redundancy, återfinns i *Employment Rights Act 1996 section 139 (1)*. Övertalighet definieras här snävt, och för att efterleva EG-rättsliga direktiv har definitionen gjorts vidare i gemenskapsrättsliga sammanhang.¹³⁷

Till skillnad från EG-domstolens praxis har uppsägningsförbudets undantag som anger ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl som grund för uppsägning, prövats något mer utförligare i England. *Ekonomiska* skäl har ansetts behöva relatera till företagets grundverksamhet. Arbetsbrist har således ansetts som en saklig grund för uppsägning, medan bredare skäl, såsom att betinga ett högre försäljningspris för verksamheten eller möjliggöra en försäljning överhuvudtaget inte har bedömts som giltiga.¹³⁸ Flexibilitet och kostnadssänkande åtgärder har heller inte godtagits, då de inte i sig själva ansetts konstituera en förändring i arbetsstyrkan.¹³⁹ Arbetsgivarens handlingar måste vidare vara motiverade av genuina ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, och försök från förvärvaren att använda sig av undantaget i syfte att exempelvis senare återanställa de uppsagda med sämre arbetsvillkor godtas generellt inte i praxis.¹⁴⁰

Domen i *Dethier Equipement* innebar även att rättsstridigt uppsagda arbetstagare gentemot förvärvaren kan göra gällande att uppsägningarna var rättsstridiga. Detta var en kvalificering, i förhållande till domen i *Bork International*,¹⁴¹ vad gäller arbetstagarens möjligheter att föra talan angående en uppsägning i nära anslutning till överlåtelsen gentemot förvärvaren.¹⁴² De nationella domstolarna i medlemsländerna upplever dock en otydlighet kring vilka rättsmedel som skall finnas tillhanda för arbetstagaren i den nationella rätten, vid brott mot uppsägningsförbudet i artikel 4.1. Domen i *Dethier Equipement*¹⁴³ har preciserat denna osäkerhet. Formuleringen i domslutet, se särskilt den sista meningen, har ansetts tyda på att EG-domstolen i målet visade intentioner, vilka går längre än domen i det specifika fallet.¹⁴⁴ Den aktuella formuleringen lyder:

”Arbetstagare vars anställningsavtal sagts upp av överlåtaren på ett rättsstridigt sätt kort tid före överlåtelsen av företaget, och som inte

¹³⁶ Det har inom *common law* utvecklats ett visst anställningsskydd som verkar parallellt med det lagreglerade. Se Rönmar, 2004, s. 290

¹³⁷ Rönmar, 2004, s. 290 ff.

¹³⁸ *Wheeler v. Patel* 1987 IRLR s. 631

¹³⁹ *Berriman v. Delabole Slate* 1990 ICR s. 85

¹⁴⁰ Barnard, 2006, s. 665

¹⁴¹ Mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

¹⁴² Barrett, 2005, s. 1091

¹⁴³ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

¹⁴⁴ Garde, 2002, s. 547; Cavalier, 1997, s. 64

återanställts av förvärvaren, kan gentemot förvärvaren göra gällande den omständigheten att uppsägningarna var rättsstridiga.”¹⁴⁵

Problemet som uppstått på en tillämpad nivå är att de nationella domstolarna i flera fall uppvisat en klar tendens till att anse att arbetstagare som sagts upp i nära anslutning till överlåtelse saknar rätt att föra talan mot förvärvaren.¹⁴⁶ Ett exempel kan hämtas från House of Lords praxis och målet *Wilson v. St Helens Borough Council*.¹⁴⁷ Domaren ansåg att frågan rörande rättsmedlen vid brott mot uppsägningsförbudet, i detta fall uppsägning tidsmässigt nära överlåtelse, inte behövde klargöras i EG-domstolen, då uppsägningsförbudet i 4.1 överlåtelsedirektivet inte kunde anses som oklart i denna fråga.

Den nationella osäkerheten rörande adekvata nationella rättsmedel gäller emellertid i alla de fall där uppsägningsförbudet är tillämpligt och är ett hinder för implementeringen av direktivet.¹⁴⁸ Artikel 4 skall i frågan om nationella rättsmedel läsas tillsammans med artikel 9 i överlåtelsedirektivet, vilken stadgar att medlemsstaterna har ett ansvar att införa nödvändiga bestämmelser för att tillgodose att de arbetstagare som anser sig felaktigt behandlade skall kunna föra sin talan vid domstol. Frågan är vad begreppet *rättsstridig* skall innebära i denna kontext, skall arbetstagaren behålla sin anställning, eller är ekonomisk ersättning att föredra och i så fall på vilken nivå?¹⁴⁹

Artikel 4 och artikel 9 i överlåtelsedirektivet kan inte, givet den praxis som finns, besvara vilka nationella rättsmedel som skall finnas arbetstagaren till hands vid rättsstridighet. I stället kan analogier dras från andra områden inom arbetsrätten. Ett relevant fall är *kommissionen mot Storbritannien*,¹⁵⁰ även om det aktuella fallet behandlade Storbritanniens efterlevnad när det gäller effektiva rättsmedel vid fall av arbetsgivares underlåtenhet att informera arbetstagarrepresentanter. I domen ansåg EG-domstolen att individer inte skall missgynnas beroende på om klagan baseras på nationell rätt eller gemenskapsrätt. Vidare måste rättsmedlen vara effektiva. En annan möjlighet att erhålla vägledning är att undersöka EG-domstolens diskrimineringspraxis. Denna praxis visar exempel på att domstolen är redo att intervensera för att tillförsäkra skyddsobjekten effektiv utövning av sina rättigheter. Det har uttalats att någon övre ekonomisk gräns för vad diskriminerade skall kunna erhålla i ersättning inte kan sättas nationellt och att ersättningen skall vara en adekvat kompensation som avskräcker från

¹⁴⁵ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998, art. 45. I den engelska språkdräkten löd formuleringen “employees unlawfully dismissed shortly before the undertaking is transferred and not taken on by the transferee may claim, as against the transferee, that their dismissal was unlawful”

¹⁴⁶ Laulom, 2001, s. 175; Davies, 2001, s. 140 f.

¹⁴⁷ *Wilson v. St Helens Borough Council* 1998 IRC 1164

¹⁴⁸ Barrett, 2009, s. 223

¹⁴⁹ Garde, 2002, s. 547

¹⁵⁰ Mål C-382/92, *Kommissionen mot Storbritannien* ECR 1994 s. I-2435, dom den 8 juni 1994

ytterligare överträdelser.¹⁵¹ Rådande rättsläge torde vara att medlemsstaterna nationellt ges möjlighet att bestämma huruvida en rättsstridigt uppsagd arbetstagare skall få behålla sin tidigare tjänst, erhålla en annan tjänst eller kompenseras ekonomiskt.¹⁵² Nämda analogier bör dock tolkas som att det inte finns någon övre gräns för ersättningsnivån och att EG-domstolen kan finna det nödvändigt att intervensera ifall den inte anser att frågan behandlas tillfredställande nationellt.¹⁵³

Vad som sammanfattningsvis kan konstateras är att EG-domstolen vägrat att låta en kil komma emellan överlåtelsedirektivets två viktiga delar av anställningsskydd i artiklarna 3 och 4. Som beskrivits ovan gäller endast anställningsskyddet de anställda som har ett kontrakt, vid tiden för överlåtelsen, en bedömning vilken skall avgöras enligt nationell rätt. En överlåtaren kan därför tänkas säga upp anställda strax före överlåtelsen, eventuellt på förvärvarens begäran, varpå förvärvaren kort efter överlåtelsen återanställer vederbörande arbetstagare med sämre anställningsvillkor. Just denna strategi prövades i *Bork International*,¹⁵⁴ där domstolen ansåg att det var upp till nationell rätt att avgöra, men där det klargjordes att bedömningen skall grundas på objektiva kriterier och särskilt om uppsägningen skedde nära inpå överlåtelsen.

Frågan som kan ställas är huruvida en arbetstagare, uppsagd av antingen överlåtaren före överlåtelsen eller förvärvaren efter, kan göra gällande en fortsatt anställning eller tvingas godta ersättning för den felaktiga uppsägningen. Praxis i fallet *Dethier*¹⁵⁵ har visat att den uppsagda arbetstagaren antagligen får nöja sig med att kräva ersättning för den enligt direktivet rättsstridiga uppsägningen, men att talan riktas mot förvärvaren även i de fall där överlåtaren gjort uppsägningen. Detta synsätt har för övrigt även implementeras av House of Lords i målen *British Fuels and Wilson*¹⁵⁶ där det sägs att förvärvaren tar över alla kontraktuella åtaganden som överlåtaren haft, förutom i de fall där arbetstagaren vägrat följa med till förvärvaren eller uppsägningen grundat sig på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

4.2 Genomgripande försämring av anställningsvillkoren

Överlåtelsedirektivets artikel 4.2 är en del i den helhet uppsägningsförbudet avser att skapa. Innebörden är att arbetsgivaren skall anses bära ansvaret för

¹⁵¹ Mål C-271/91 *Marshall II* ECR 1993 s. I-4367, dom den 2 augusti 1993; mål C-14/83 *Von Colson* ECR 1984 s. 1891, dom den 10 april 1984

¹⁵² Generaladvokatens (Gordon Slynn) förslag till avgörande den 8 november 1984, i mål C-19/83 *Wendelboe* ECR 1985 s. 457, dom den 7 februari 1985

¹⁵³ Garde, 2002, s. 548 ff.

¹⁵⁴ Se ovan, mål 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

¹⁵⁵ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

¹⁵⁶ *British Fuels Ltd v. Baxendale; Wilson v. St Helens Borough Council* 1998 IRLR s. 706

att ett anställningsavtal upphört i de fall där det skett en så övergripande förändring av arbetsvillkoren till nackdel för arbetstagaren att avtalet måste anses som brutet. Det har i praxis ansetts vara upp till den nationella domstolen att avgöra huruvida förändringen varit så pass omfattande att bestämmelsen blir tillämplig.¹⁵⁷

EG-domstolen har prövat vad som skall anses som en väsentlig förändring i ett antal avgöranden. I de förenade målen *Merckx* och *Neuhuys*,¹⁵⁸ ansåg domstolen att en förändring av ersättningsnivån till en anställd av överlåtaren innebar en väsentlig förändring av arbetsvillkoren. Förvärvaren hade i detta fall i egenskap av återförsäljare för den överlåtna enheten, vägrat att garantera två försäljare samma lön som den som de erhöll hos överlåtaren. Denna lön beräknades bland annat i förhållande till omsättningen och kunde därför variera avsevärt. Trots detta ansåg domstolen att all förändring av lönen utgör en genomgripande förändring av arbetsvillkoren. Till grund för denna bedömning låg även att domstolen ansåg att klagandenas ställning inte bara hade skadats i lönehänseende, eftersom övergången av företaget dessutom hade orsakat ett byte av arbetsplats för arbetstagarna.

I *Mayeur*¹⁵⁹ prövade domstolen artikel 4.2 och huruvida en skyldighet, enligt nationell lagstiftning, att säga upp privaträttsliga anställningsavtal vid överlåtelse av en verksamhet till en offentligrättslig juridisk person innebar en genomgripande förändring av arbetsvillkoren. Omständigheterna i målet var kortfattat att Mayeur sades upp som en följd av att APIM, en förening som utan vinstsyfte marknadsförde staden Metz, upplöstes och staden Metz övertog verksamheten. Mayeur menade att det förelåg en övergång enligt överlåtelsedirektivet, och att de franska implementeringsbestämmelserna stred mot ordalydelsen och syftet med direktivet. Implementeringsbestämmelserna omfattade nämligen inte verksamhet som drevs privaträttsligt och övergick till en offentligrättslig juridisk person, vilken drevs av förvaltningsrättsliga regler.

Domstolen kom i domen fram till att en eventuell skyldighet, enligt nationell lagstiftning, att säga upp privaträttsliga anställningsavtal vid överlåtelse av en verksamhet till en offentligrättslig juridisk person, skall anses utgöra en genomgripande förändring av arbetsvillkoren, som en direkt följd av överlåtelsen som är till nackdel för arbetstagaren. Domen innebär att arbetsgivaren i ett sådant fall skall anses vara ansvarig för att anställningsavtalet har upphört.

Några år senare fick domstolen tillfälle, i målet *Delahaye*,¹⁶⁰ att på nytt uttala sig om begreppet genomgripande förändring av anställningsavtalet, men med en annan infallsvinkel än den i *Merckx* och *Neuhuys*. Målet rörde

¹⁵⁷ Mål C-399/96 *Europieces* REG 1998 s. I-6965, dom den 12 november 1998, art. 43

¹⁵⁸ Förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx* och *Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996

¹⁵⁹ Mål C-175/99 *Mayeur* REG 2000 s. I-7755, dom den 26 september 2000

¹⁶⁰ Mål C-425/02 *Delahaye* ECR 2004 s. I-10823, dom den 11 november 2004

en tvist mellan en anställd och hennes nye chef och avsåg en löneminskning med 37 procent, där arbetstagaren härför hävt sitt anställningsavtal. Kärandens nya arbetsgivare var staten. Domstolen gav i domen inte den nationella domstolen ett konkret svar. Den angav endast att tillämpningen av föreliggande nationella bestämmelser avseende statsanställda innebär en minskning av lönen för de arbetstagare som berörs av övergången. En sådan minskning skall, om den är genomgripande, anses utgöra en genomgripande förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för de ifrågakvarande arbetstagarna i den mening som avses i artikel 4.2 i direktivet.

I domen i *Delahaye* framhölls explicit, till skillnad från domen i *Merckx* och *Neuhuys*, nödvändigheten av att förändringen är väsentlig. Domstolen underlät att bedöma de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, i enlighet med *Europieces*. Båda avgörandena meddelades dock mot bakgrund av liknande omständigheter, som kännetecknades av en löneminskning som fick arbetaren att ensidigt häva sitt avtal. För att kunna förstå vad som åsyftas med en väsentlig förändring i överlåtelsedirektivets artikel 4.2 krävs att uttrycket bedöms utifrån en subjektiv infallsvinkel, med beaktande av den rättsliga och ekonomiska situation som arbetaren befinner sig i. Om uttrycket bedömdes utifrån en objektiv infallsvinkel, och det gjordes en avvägning av faktorer som är främmande för den anställdes individuella ställning, skulle resultatet riskera att strida mot syftet med överlåtelsedirektivet. I de två avgöranden som har beskrivits gjorde EG-domstolen den nationella domstolen uppmärksam på andra omständigheter som också var relevanta, vilka talade till fördel för en ensidig hävning av anställningsavtalet. Det hänvisades i *Delahaye* till klagandens ålder, i syfte att ta hänsyn till det globala sammanhang som arbetstagaren befann sig i. Även i domen *Merckx* och *Neuhuys* klargörs som ovan beskrivits att klagandenas ställning inte bara hade skadats i lönehänseende. Det förefaller följaktligen som om domstolen, utan att uttryckligen slå fast det, har stannat för en subjektiv definition av begreppet väsentlig förändring. Domstolen har härvid beaktat de faktiska och rättsliga omständigheter som gäller för arbetstagaren när denna häver sitt avtal i enlighet med artikel 4.2 i överlåtelsedirektivet.¹⁶¹

I ett nyligen avgjort mål, *Fazer Amica Oy*,¹⁶² tvistade Juuri och hennes tidigare arbetsgivare, Fazer Amica Oy, rörande arbetsgivarens beslut att inte bevilja klaganden i målet vid den nationella domstolen ersättning av olika slag, med anledning av att hennes anställningsavtal upphörde efter en verksamhetsövergång. Målet avsåg tolkningen av artikel 4.2 i överlåtelsedirektivet.

De faktiska omständigheterna var sådana att Juuri sedan den 5 april 1994 hade arbetat i Rautaruukki Oys personalmatsal i Hämeenlinna. Kollektivavtalet för metallindustrin tillämpades på anställningsförhållandet.

¹⁶¹ Generaladvokatens (Ruiz-Jarabo Colomer) förslag till avgörande den 4 september 2008, punkt 39 f., i mål C-396/07 *Fazer Amica Oy* REG 2008, dom den 27 november 2008

¹⁶² Mål C-396/07 *Fazer Amica Oy* REG 2008, dom den 27 november 2008

Den 31 januari 2003, vilket var den sista dagen då kollektivavtalet för metallindustrin var giltigt, övertog Fazer Amica Oy verksamheten i personalmatsalen i Hämeenlinna från Rautaruukki Oy. Fazer Amica Oy informerade Juuri om att det för Fazer Amica Oy bindande kollektivavtalet för arbetstagare i hotell- och restaurangbranschen skulle tillämpas för henne fortsättningsvis. Juuri ansåg att detta innebar väsentligen försämrade anställningsförhållanden då lönen sjönk med 300 euro i månaden och hon dessutom var tvungen att förflytta sig mellan olika arbetsplatser.

EG-domstolen slog fast att artikel 4.2 i överlåtelsedirektivet skall tolkas så att, när det rör sig om ett upphävande av ett anställningsavtal som uppfyller samtliga villkor för tillämpningen av bestämmelsen och oberoende av om förvärvaren på något sätt har åsidosatt sina skyldigheter enligt nämnda direktiv, är medlemsstaterna enligt artikel 4.2 inte skyldiga att garantera arbetstagaren samma rätt till ekonomisk ersättning från förvärvaren som när det rör sig om ett rättsstridigt upphävande av anställningsavtalet från arbetsgivarens sida.

Den nationella domstolen anses emellertid skyldig att inom ramen för sin behörighet garantera att förvärvaren under sådana omständigheter åtminstone ansvarar för de följder som föreskrivs i de nationella bestämmelser som är tillämpliga på ett upphävande av anställningsavtalet från arbetsgivarens sida, såsom utbetalning av lön och andra motsvarande förmåner som gäller under den uppsägningstid som arbetsgivaren är skyldig att iakttä.

4.3 Uppsägningsförbudets tillämpning i svensk rätt

4.3.1 Uppsägningsförbudets implementering

Artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet har implementerats i 7 § tredje stycket LAS. Uppsägningsförbudets andemening, att verksamhetsövergången i sig inte får utgöra grund för uppsägning, föranledde grundlig genomgång av den svenske lagstiftaren. Lagstiftaren övergav i sin slutgiltiga version Arbetsrättskommitténs förslag, vilket hade en mer snäv tolkning av förbudets räckvidd, till fördel för en vidare tolkning.¹⁶³

Frågan var följaktligen hur uppsägningsförbudet skulle definieras enligt svensk nationell rätt. Framförallt frågan huruvida det skall vara tillåtet för överlåtaren att säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning föranledde meningsskiljaktigheter. I SOU 1994:83 förs ett resonemang för och emot en vid definition av överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud. Det uppställs

¹⁶³ SOU 1994:83, s. 84 ff.; prop. 1994/95:102, s. 41 ff.

exempel med fall som skulle kunna uppkomma i den praktiska tillämpningen. Ett av dessa, som i störst utsträckning utmanar den gemenskapsrättsliga praxisen vid rådande tidpunkt, bygger på att överlåtaren har konstaterat att övertalighet föreligger men ännu inte inlett några medbestämmandeförhandlingar inför uppsägningar på grund av arbetsbrist. I stället börjar han överväga att sälja verksamheten och inleder förhandlingar med förvärvaren. Denne är positiv till köpet under förutsättning att övertaligheten minskas på något sätt. Överlåtaren inleder medbestämmandeförhandlingar på grund av övertaligheten och den stundande försäljningen, varefter uppsägning av personal verkställs där förvärvarens synpunkter beaktas.¹⁶⁴

Arbetsrättskommittén anser att detta fall börjar närma sig gränsen för vad som kan anses vara tillåtet enligt överlåtelsedirektivet och väger olika alternativ mot varandra. Ges uppsägningsförbudet en vidsträckt betydelse kan fler situationer än uppsägningar på grund av överlåtelsen som sådan komma att förbjudas. Med en mer inskränkt betydelse hindrar uppsägningsförbudet bara uppsägningar som sker på grund av just övergången som sådan.¹⁶⁵ Kommittén argumenterar huvudsakligen för det sistnämnda alternativet och påpekar bland annat att det inte är givet att det är till arbetstagarnas fördel med en regel som hindrar att överlåtaren hanterar övertaligheten, detta kan vara fallet om överlåtaren är ett större företag som har bättre möjlighet att omplacera uppsägningshotad personal än vad förvärvaren har. Slutsatserna som dras i utredningen angående uppsägningsförbudets räckvidd är att det är förhållandevis begränsat. Av denna slutsats följer att det enligt direktivet inte kan anses föreligga något hinder mot att överlåtaren tillåts vidta uppsägningar för förvärvarens räkning och att turordningskretsarna då bestäms hos överlåtaren.¹⁶⁶

I propositionen 1994/95:102 gör regeringen en delvis annan tolkning. Vad gäller uppsägningar som hänför sig till arbetsbrist i den överlåtna verksamheten, och där beslut om övergång inte fattats, bör överlåtaren ha rätt att säga upp arbetstagare på grund av arbetsbrist. En övertalighet i den verksamhet som skall överlåtas kommer alltså i detta fall kunna lösas hos överlåtaren, som också beslutar om eventuella omplaceringar av den uppsägningshotade personalen. Regeringen anser dock att övertalighet som uppstår på grund av överlåtelsen, det vill säga är en följd av övergången och förvärvarens önskemål och inte är beror på arbetsbrist i den överlåtna verksamheten, skall behandlas annorlunda än Arbetsrättskommitténs förslag. Även om beslut om överlåtelse inte är fattat har överlåtaren inte rätt att vidta uppsägningar för förvärvarens räkning. Det är istället upp till förvärvaren att efter övergången vidta de uppsägningar som är nödvändiga och turordningskretsarna kommer då att bestämmas hos förvärvaren. Förvärvaren och överlåtaren skall alltså inte sinsemellan kunna göra upp om vem som skall hantera den övertalighet som inte hänför sig till den överlåtna

¹⁶⁴ SOU 1994:83, s. 85

¹⁶⁵ SOU 1994:83, s. 85 f.

¹⁶⁶ SOU 1994:83, s. 86 f.

verksamheten.¹⁶⁷ Enligt vissa författare stämmer det synsätt som regeringen ger uttryck för ovan inte överens med direktivets förarbeten och EG-domstolens praxis, vilket ger AD tillämpningsproblem.¹⁶⁸ Det faktum att överlåtaren inte skall kunna säga upp arbetstagare sedan frågan om överlåtelse aktualiserats tyder vidare på att uppsägningens giltighet är kopplad till en viss tidsperiod, snarare än till arbetsgivarens uppsägningsskäl. Därmed skiljer sig svensk rätt från EG-rättslig praxis, som betonar uppsägningsskäl.¹⁶⁹

Som beskrivits ovan (under 3.1) förändrades det svenska rättsläget i och med implementeringen av överlåtelsedirektivet, och framförallt dess uppsägningsförbud. Tidigare ansågs det föreligga saklig grund för uppsägning om det uppstod arbetsbrist till följd av verksamhetsövergången. Både överlåtaren och förvärvaren kunde åberopa denna grund.¹⁷⁰ Omfattningen av uppsägningsförbudet blir i svensk rätt en fråga om hur långt arbetstagarnas anställningsskydd skall inskränka arbetsgivarens handlingsutrymme enligt de så kallade § 32 befogenheterna.¹⁷¹

4.3.2 Allmänt om anställningsskyddet i LAS

Utgångspunkten för den svenska arbetsrätten är § 32 befogenheterna, vanligen kallat arbetsgivarprerogativet. Redan i decemberkompromissen 1906 accepterade LO att arbetsgivaren äger en rättighet att leda och fördela arbetet, rätten att fritt säga upp sina arbetstagare och rätten att anställa fritt. Denna rätt skrevs sedermera in i kollektivavtalen på LO/SAF-området och Arbetsdomstolen förklarade i början av 1930-talet att arbetsledningsrätten är en allmän rättsgrundsats.¹⁷²

Innebörden av arbetsledningsrätten, vilken är en del av det vidare begreppet arbetsgivarprerogativet, är att arbetsgivaren inom vida ramar har rätt att utöva arbetsledning. Rätten utövas fritt och ensidigt och består bland annat av rätten att bestämma över arbetsorganisation, arbetsmetoder, omplaceringar av arbetstagare, arbetstidens förläggning, kompetensutveckling samt vissa anställningsförmåner.¹⁷³

Arbetsgivarens fria arbetsledningsrätt har, precis som arbetsgivarprerogativet i stort, inskränkts och begränsats genom exempelvis diskrimineringslagstiftning, objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § regeringsformen, rättspraxis som kräver motivering av särskilt omfattande omplaceringar,¹⁷⁴ förhandlingsskyldighet enligt 11 § medbestämmandelagen

¹⁶⁷ Prop. 1994/95:102, s. 41 f.

¹⁶⁸ Nyström, 2002, s. 293; Nordström, 2001, s. 198

¹⁶⁹ Malmberg, 2005, s. 212. Se även AD 1999 nr 21

¹⁷⁰ SOU 1993:32, s. 324 f.; Lunning, 1989, s. 27; Eklund, 1983, s. 134 f.

¹⁷¹ Mulder, 2004, s. 311

¹⁷² Källström & Malmberg, 2009, s. 189; Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 149f.; Rönmar, 2000, s. 284

¹⁷³ Källström & Malmberg, 2009, s. 188; Rönmar, 2000, s. 284

¹⁷⁴ AD 1978 nr 89

samt möjlighet att förhandla bort arbetsledningsrätt genom kollektivavtal i utbyte mot andra rättigheter. Det är dock viktigt att poängtera att det fortfarande råder en i princip ensidig och fri arbetsledningsrätt.¹⁷⁵

Anställningsskyddet är en motpol till arbetsgivarprerogativet och regleras i Sverige av LAS, lagen (1982:80) om anställningsskydd. Utgångspunkten i svenska arbetsrättsliga lagar som rör enskilda arbetstagares förhållanden är att lagarna är tvingande till arbetstagarens förmån. I LAS är dock många av reglerna semidispositiva, vilket innebär att de kan avtalas bort genom kollektivavtal. Denna möjlighet har givits för att regleringen skall kunna branschpassas. Sedan EG-rättens inträde i Sverige måste även bestämmelser som är semidispositiva med EG-spärr nämnas. Kollektivavtalen får i dessa fall inte innebära försämring för arbetstagarna i förhållande till direktiven.¹⁷⁶

I 7 § LAS finns ett krav på att uppsägningar skall vara sakligt grundade. Någon närmare precisering av begreppet saklig grund finns inte i lagtexten, eftersom lagstiftaren bedömt att förhållandena inom arbetslivet är så varierande att detta inte ansetts möjligt eller lämpligt.¹⁷⁷ Det görs dock i lagen skillnad mellan två typfall, där uppsägningen i det ena beror på arbetstagarens personliga förhållanden och i det andra uppsägningsgrunder som inte är att hänföra till någons personliga förhållanden. I föreliggande arbete kommer endast den sistnämnda uppsägningsgrunden att behandlas. Begreppet arbetsbrist har blivit något av en samlingsrubrik för uppsägningsfall som inte beror på arbetstagaren personligen. Begreppet omfattar således inte bara akuta driftsinskränkningar utan även långsiktiga åtgärder från arbetsgivarens sida som leder till att arbetstagaren inte kan fortsätta arbeta med sina tidigare arbetsuppgifter.¹⁷⁸

Huvudregeln är att uppsägning på grund av arbetsbrist är att anse som sakligt grundad. Detta som en konsekvens av att arbetsgivaren har en vidsträckt arbetsledningsrätt medförandes en rätt att göra förändringar i arbetskraften och verksamheten. Arbetsdomstolen gör vanligen inte någon bedömning av företagets ekonomi eller eventuella behov av personalnedskärningar. Dock skall vid en objektiv granskning de bakomliggande faktorerna framstå som godtagbara.¹⁷⁹ Bakgrunden till att arbetsbrist är att anse som saklig grund återfinns i förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag där man talar om att ett effektivt och välfungerande arbetsliv går före arbetstagarnas behov av anställningstrygghet.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 151; Rönmar, 2000, s. 285 f.

¹⁷⁶ Källström & Malmberg, 2009, s. 129 f.; Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 55 f.; Glavå, 2001, s. 63

¹⁷⁷ Källström & Malmberg, 2009, s. 130 f.; Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 161; Glavå, 2001, s. 303 f.; prop. 1973:129, s. 120

¹⁷⁸ Källström & Malmberg, 2009, s. 143; Adlercreutz & Mulder, 2007, s. 161 f.

¹⁷⁹ Se: AD 1984 nr 26; AD 1993 nr 101; AD 1987 nr 34; AD 2000 nr 69

¹⁸⁰ Källström & Malmberg, 2009, s. 143; Glavå, 2001, s. 338 ff.; prop. 1973:129, s. 123; prop. 1981/82:71, s. 65

Enligt 7 § 2 stycket LAS framgår dock att det inte föreligger saklig grund om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder annat arbete hos sig. I AD 2000 nr 69 beskriver domstolen kravet och fastslår att det i omplaceringsskyldigheten åläggs arbetsgivaren en skyldighet att göra en noggrann undersökning i hela verksamheten och anstränga sig för att ta till vara de möjligheter som finns att omplacera. Skyldigheten sträcker sig till arbeten som är lediga och som arbetstagaren dessutom har tillräckliga kvalifikationer för. Tillräckliga kvalifikationer utgör även en förutsättning när det gäller turordning vid uppsägning och företrädesrätt till återanställning. Begreppet skall i dessa fall tolkas likadant.¹⁸¹ En arbetstagare anses uppfylla kravet på tillräckliga kvalifikationer om arbetstagaren har de allmänna kvalifikationer som normalt krävs vid ansökningsförfarande till den aktuella tjänsten. Arbetsgivaren har enligt AD 1996 nr 54 rätt att själv uppställa dessa kvalifikationer. Det är generellt sett godtagbart med viss upplärningstid, vilket bekräftas i AD 1999 nr 24. Förpliktelsen att omplacera arbetstagaren enligt 7 § 2 stycket LAS går aldrig så långt att en annan person blir överflödig och uppsagd.¹⁸²

Överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud preciseras i 7 § 3 stycket LAS och blir tillämpligt då det har skett en övergång enligt direktivet, och därmed enligt 6 b § LAS. Ordagrant lyder 7 § 3 stycket LAS:

”Vid en sådan övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet som sägs i 6 b § skall övergången i sig inte utgöra saklig grund för att säga upp arbetstagaren. Detta förbud skall dock inte hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår.”

Innebörden är att varken överlåtaren eller förvärvaren får göra gällande att det på grund av övergången uppstår arbetsbrist och hänvisa till denna grund för att säga upp arbetstagare. Uppsägningsförbudet begränsar sig dock till uppsägningar som sker enbart på grund av överlåtelsen som sådan.¹⁸³ Gör arbetstagaren gällande att en uppsägning skett i strid mot uppsägningsförbudet i LAS skall uppsägningen, om talan har fog för sig, inte ses som sakligt grundad.¹⁸⁴ Om arbetstagare sagts upp, utan att uppsägningen beror på verksamhetsövergången, följer dessa med till förvärvaren under uppsägningstiden i de fall där övergången sker efter uppsägningen men före uppsägningstidens utgång. De kan dock inte kräva att bli omplacerade, utan har endast företrädesrätt till återanställning. I de fall där arbetstagares uppsägningstid löpt ut före övergången, blir inte uppsägningsförbudet aktuellt.¹⁸⁵

¹⁸¹ Prop. 1973: 129, s. 165

¹⁸² Prop. 1973:129, s. 122

¹⁸³ Prop. 1994/95:102, s. 45

¹⁸⁴ Se redogörelser för AD 1995 nr 60 och AD 1995 nr 97 nedan

¹⁸⁵ Prop. 1994/95:102, s. 44 f.; Lunning & Toijer, 2006, s. 295; Mulder; 2004, s. 314; Nordström, 2001, s. 203; Hemberg, 1997, s. 679; Savin, 1995, s. 14

4.3.3 Arbetsdomstolens praxis

Arbetsdomstolen har i ett par fall behandlat uppsägningsförbudet i sin praxis. I det första fallet som rörde uppsägningsförbudet, AD 1995 nr 60, var rättsfrågan inte förbudets innebörd, utan i stället den lagtekniska konstruktionen av uppsägningsförbudet.¹⁸⁶

I målet var det fråga om ett managementavtal mellan Safe Rig och Safe Service, där Safe Service var ansvarigt för bemanningen och driften av viss del av Safe Rigs verksamhet. Då Safe Rig överlät denna del av verksamheten till ett annat bolag, sades managementavtalet mellan Safe Rigs och Safe Service upp. Safe Service åberopade arbetsbrist till följd av uppsägningen av managementavtalet, och vidtog uppsägningar. Arbetstagersidan hävdade att det inte förelegat saklig grund på grund av uppsägningsförbudet i 7 § tredje stycket LAS, och yrkade ogiltigförklaring av uppsägningarna.

Arbetsdomstolen klargjorde att en ogiltighet enligt uppsägningsförbudet i LAS är angriplig, och alltså inte en nullitet. En arbetstagarare som vill få uppsägningen undanröjd måste alltså föra ogiltighetstalan och därvid iakttå anställningsskyddslagens preskriptionsbestämmelser. Då begreppet saklig grund har valts som lagteknisk konstruktion även vid uppsägningar på grund av överlåtelser blir det naturligt att angripa uppsägningar genom de sedvanliga bestämmelserna i 34, 35 §§ LAS.¹⁸⁷ Med denna struktur är lagregeln efter sin ordalydelse att uppfatta på det sättet att en uppsägning i det konkreta fallet är angriplig såsom inte sakligt grundad, men uppsägningen är inte utan vidare verkningslös såsom arbetstagersidan yrkat.

Arbetsdomstolen fick i AD 1995 nr 96 ta ställning till arbetstagersidans åberopande av brott mot uppsägningsförbudet. Då domstolen inte ansåg att det förelegat en övergång enligt 6 b § LAS kom frågan aldrig att prövas närmre.

I AD 1995 nr 97 kom Arbetsdomstolen att beröra uppsägningsförbudets räckvidd. Omständigheterna i målet var identiska med AD 1995 nr 60, och precis som i det målet kom domstolen fram till att vissa av de anställda omfattades av de nya reglerna (i överlåtelsedirektivet), medan andra inte gjorde det. I ett fall prövades överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud. Arbetsdomstolen gick in på frågan om verkan av en uppsägning som vidtagits av den tidigare arbetsgivaren, mot den arbetsgivare till vilken verksamheten har gått över. Domstolen ansåg att den tidigare arbetsgivarens uppsägning av anställningsavtalen inte skulle ha någon verkan för den nya arbetsgivaren. Uppsägningarna kunde därför endast åberopas av överlåtaren och inte av förvärvaren. Domslutet i AD 1995 nr 97 har kritiserats från ett flertal håll då utgången kan anses stå i strid med såväl EG-rättslig praxis som svenska förarbetsuttalanden. Innebörden är nämligen att en arbetstagarare

¹⁸⁶ AD 1995 nr 60

¹⁸⁷ AD 1995 nr 60

som sägs upp inför en verksamhetsövergång kan avstå från att angripa uppsägningen, utan att förlora rätten att göra anspråk på fortsatt anställning hos förvärvaren. EG-domstolen har endast underlåtit att tillerkänna överlåtarens uppsägningar verkan för förvärvaren i de fall då de varit lagstridiga.¹⁸⁸ Domen är inte heller förenlig med avgörandet i AD 1995 nr 60 ovan, där AD slog fast att en uppsägning kräver en ogiltighetstalan för att vara rättsligt ogiltig.

Arbetsdomstolen behandlar vidare uppsägningsförbudet i ett interimistiskt beslut den 15 april 1997 i målen A 35 och 37/97. Även i detta fall var det fråga om en entreprenadsituation. De faktiska förhållandena var att Reform Städ AB hade ett entreprenadavtal med Stockholms läns landsting rörande städning av Huddinge sjukhus. Ungefär 6 månader före entreprenadavtalet löpte ut sade Reform Städ upp de arbetstagare som städade sjukhuset, och åberopade arbetsbrist som grund. Reform Städ visste vid denna tidpunkt inte om att avtalet inte skulle förlängas. Det visade sig att ett annat bolag övertog städuppdraget. Arbetstagar sidan hävdade dels att det rörde sig om ett brott mot uppsägningsförbudet i 7 § 3 stycket LAS, men även att uppsägningarna skett för säkerhets skull.

Arbetsdomstolen ansåg att det vid tiden för uppsägningarna inte gick att avgöra huruvida en verksamhetsövergång skulle ske, det vill säga vem som skulle erhålla det nya entreprenadavtalet. Det var därför inte aktuellt att tillämpa bestämmelsen om förbud mot uppsägning i 7 § 3 stycket LAS. Avgörandet ger utrymme för en arbetsgivare som utför arbetsuppgifter på entreprenad att vid fall av oklarhet om framtida uppdrag säga upp arbetstagarna, utan att uppsägningsförbudet blir tillämpligt.¹⁸⁹ Arbetsdomstolen fastslår dock inte närmre förbudets allmänna innebörd i domen.

Ett centralt avgörande från Arbetsdomstolen vad avser uppsägningsförbudet, är AD 1999 nr 21. I målet var fråga om verksamhet rörande förvar av utlänningar som skall utvisas ur Sverige. Förvarsverksamheten överfördes, som en konsekvens av ett beslut från riksdagen, från Rikspolisstyrelsen till Statens Invandrarverk. De som tidigare varit verksamma inom verksamheten när den bedrevs i Rikspolisstyrelsens regi bereddes inte anställning hos Statens Invandrarverk. De berörda arbetstagarna sades upp av Rikspolisstyrelsen på grund av arbetsbrist.

Arbetsdomstolen ansåg i sin dom att det var fråga om övergång av verksamhet, trots att vissa förbättringar för de frihetsberövade kunde skönjas i förvärvarens verksamhet. Likheter mellan verksamheterna var alltså fortfarande bevarad. Parterna var i sig överens om att vägran att överta arbetstagarna var att likställa med ett avskedande. Statens Invandrarverk ansåg dock att det förelegat saklig grund för uppsägning på grund av

¹⁸⁸ Källström & Malmberg, 2009, s. 285; Malmberg, 2005, s. 212; Mulder, 2004, s. 319; Nordström, 2001, s. 203 f. Se även prop. 1994/95:102, s. 42 ff., 82

¹⁸⁹ Nordström, 2001, s. 204

arbetsbrist. Den nye arbetsgivaren hävdade att en överföring av personal hade givit upphov till övertalighet. Arbetsdomstolen ansåg i dessa avseenden först och främst att arbetstagare som förvägrats anställning av Statens Invandrarverk blivit avskedade. Vidare anfördes att förvärvaren, i detta fall Statens Invandrarverk, fick åberopa arbetsbristen och uppsägningarna kunde därmed inte ogiltigförklaras.

Det har hävdats att Arbetsdomstolens bedömning i AD 1999 nr 21 inte stämmer överens med den praxis som utarbetats i EG-domstolen, särskilt domarna i målen *Merckx* och *Neuhuys* samt *Dethier Equipement*.¹⁹⁰ Vidare har Arbetsdomstolens hänvisning till propositionen för att söka stöd för att förvärvaren har rätt att säga upp på grund av arbetsbrist, men inte en överlåtare i samma situation kritiserats. Den eventuella förekomsten av ett principiellt förbud mot en uppsägning som verkställs av säljaren för förvärvarens räkning blir därmed aktuellt.¹⁹¹

Nedan kommer praktiska aspekter av uppsägningen att redovisas, med andra ord uppsägningens rättsverkningar, och hur dessa ter sig beroende på om man ansluter sig till en snäv eller vid tolkning av uppsägningsförbudet.

Ansluter man sig till den skola som anser att regeringen i propositionen, och Arbetsdomstolen i sin praxis, tolkat överlåtelsedirektivets syfte och EG-domstolens praxis korrekt innebär övertalighet efter en verksamhetsövergång att personal hos förvärvaren som har kortare anställningstid än övertagna arbetstagare riskerar att bli uppsagda. Den nya ordningen innebär alltså att skyddet för anställningen vid överlåtelsepunkten tryggas, men det blir på bekostnad av den rätt arbetstagare hos förvärvaren haft enligt den tidigare ordningen. Arbetstagare som omfattas av överlåtelsedirektivet har alltså tillerkänts en starkare rätt. I de fall där överlåtaren eller förvärvaren saknar anställda har förskjutningen i skyddsverkan inte någon betydelse, då det inte uppstår konkurrens om jobben.¹⁹²

Arbetstagarna har som beskrivits rätt att motsätta sig byte av arbetsgivare. Detta faktum får likartade konsekvenser oavsett om man ansluter sig till den snäva eller vida definitionen av uppsägningsförbudet. Arbetstagare som motsätter sig övergång blir i båda fallen administrativt krävande om den överlåtna verksamheten är omfattande. Då besked har inhämtats skall de arbetstagare som inte önskar övergå till förvärvaren behandlas på samma sätt som övriga anställda hos överlåtaren. Om det inte finns verksamhet kvar blir de uppsagda på grund av arbetsbrist, och om det finns verksamhet kvar kommer de arbetstagare som tackat nej hamna i samma turordningskrets

¹⁹⁰ Förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx* och *Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996; mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998. Se Nordström, 2001, s. 204 ff.

¹⁹¹ Källström & Malmberg, 2009, s. 285; Mulder, 2004, s. 321; Nordström, 2001, s. 207

¹⁹² Mulder, 2004, s. 323

som arbetstagare från helt andra verksamhetsdelar hos överlåtaren. Arbetstagare från dessa verksamhetsdelar kan då bli uppsagda.¹⁹³

I de fall där arbetstagare sägs upp på grund av arbetsbrist hos förvärvaren får anställningstid hos den tidigare arbetsgivaren enligt 3 § första stycket andra punkten LAS tillgodoräknas och turordningslistan kommer då att omfatta arbetstagarna i båda företagen. Personal som blivit uppsagd har företrädesrätt till återanställning hos den nye arbetsgivaren. Då det sker en automatisk övergång av anställningen och är stadgat ett uppsägningsförbud blir reglerna om företrädesrätt till återanställning i 25 § LAS inte aktuella vid verksamhetsövergången.¹⁹⁴

En arbetstagare som felaktigt sagts upp vid verksamhetsövergången och inte erhållit fortsatt anställning hos förvärvaren kan väcka talan mot både överlåtaren och förvärvaren om felaktig uppsägning. Arbetstagaren skall dessutom anses som anställd av förvärvaren.¹⁹⁵

Om uppsägningsförbudet definieras så som Arbetsrättskommittén gav uttryck för i SOU 1994:83 och exempelvis Nordström anser att EG-domstolen avgränsat uppsägningsförbudet i sin praxis, får det något andra konsekvenser för den praktiska tillämpningen. Nämnda synsätt innebär att rättsläget i samband med övertalighet vid verksamhetsövergångar liknar rättsläget före det att reglerna infördes. Beakta här att det av lagstiftaren först inte ansågs behöva göras någon ändring i lagstiftningen för att efterleva överlåtelsedirektivet. Överlåten personal har enligt denna modell, vilket beskrivits ovan, bara en återanställningsrätt hos förvärvaren. Endast då köparen har behov av personal erbjuds säljarpersonalen anställning, i turordning efter anställningstid. Säljarpersonalen riskerar inte enligt denna modell att tränga ut köparens personal.¹⁹⁶ Däremot finns det ett antal andra tillämpningsproblem som behöver behandlas.

Utgångspunkten är alltså att överlåtaren skall få ta i beaktande hur förvärvarens organisation gestaltar sig efter verksamhetsöverlåtelsen. För att kunna göra denna bedömning behöver överlåtaren först få klart för sig vilka anställda som vill gå över i anställning hos förvärvaren efter övergången, då arbetstagarna har rätt att motsätta sig byte av arbetsgivare så som beskrivits ovan. De arbetstagare som inte motsätter sig övergången skall bedömas med utgångspunkt i förvärvarens organisation. Problemet är dock att det vid tidpunkten för uppsägningen rör sig om två åtskilda juridiska personer. Det finns inte något rättsligt stöd för att sammanlägga dessa två juridiska personer i turordningshänseende. Detta möjliggör för överlåtaren och förvärvaren att placera arbetsbristen hos säljaren, vilket

¹⁹³ Nordström, 2001, s. 208

¹⁹⁴ Mulder, 2004, s. 323 f.

¹⁹⁵ Mulder, 2004, s. 324

¹⁹⁶ Nordström, 2001, s. 209

skapar en rättsligt korrekt uppsägning av den mängd personal från överlåtaren som inte kan beredas plats hos förvärvaren.¹⁹⁷

I de fall där verksamheten skall förflyttas geografiskt uppkommer ett par andra praktiska spörsmål. Turordningsreglerna utgår ifrån att turordningen skall bestämmas separat för varje driftsenhet, och i de fall där överlåtaren och förvärvaren bedriver verksamhet vid olika driftsenheter kommer överlåtarens personal att hamna i en egen turordningskrets. Då uppsägningarna verkställs av förvärvaren vid en tidpunkt då de olika verksamheterna fortfarande betraktas som skilda juridiska personer finns det inget stöd att enligt 22 § LAS begära gemensam turordning, även om verksamheterna är belägna på samma ort.¹⁹⁸

4.4 Provocerad uppsägning

Till skillnad mot artikel 4.1 överlåtelsedirektivet, vilken har implementerats i 7 § tredje stycket LAS, har inte artikel 4.2 fått någon lagstadgad motsvarighet i LAS. Bestämmelsen i 4.2 överlåtelsedirektivet innebär att förfaranden som gör att ett anställningsavtal upphör på grund av att överlåtelsen innebär en väsentlig förändring i jämförelse med tidigare, skall likställas med en uppsägning. För att kunna upprätthålla det uppsägningsförbud som stadgas i artikelns första stycke är det nödvändigt att det andra stycket omöjliggör dylika kringgående förfaranden från överlåtarens och förvärvarens sida. I förarbetena till de lagändringar som blev nödvändiga till följd av medlemskapet i EU anses inte bestämmelsen nödvändig att implementera. Bland annat säges att ”Regeringen delar kommitténs bedömning att direktivets bestämmelse ansluter relativt väl till vad som redan i dag gäller enligt svensk rätt i fråga om provocerade uppsägningar. Det kan därför inte anses påkallat med en lagändring.”¹⁹⁹

Bakgrunden till så kallad provocerad uppsägning är att en svensk arbetsgivare behöver ha saklig grund för att säga upp en arbetstagare, men praktiken har tydliggjort att arbetsgivare på ena eller andra sättet kan ligga bakom en uppsägning som formellt sker på arbetstagarens initiativ. Dessa fall har fått benämningen framtvungade eller provocerade uppsägningar. Även vissa åtgärder av arbetsgivaren som inte leder till att arbetstagaren lämnar anställningen skall kunna angripas i vissa fall.²⁰⁰

¹⁹⁷ Nordström, 2001, s. 208 f.; Se även Savin, 1995, s. 14, som har uttryckt farhågor för att uppsägningsförbudet kan kringgåas genom förvärv av annan juridisk person, i syfte att undvika gemensamma turordningskretsar

¹⁹⁸ Nordström, 2001, s. 209

¹⁹⁹ Prop. 1994/95:102, s. 48. Se SOU 1994:83, s. 90 för ett liknande resonemang. Ledning kan även hämtas från Arbetsdomstolens domar rörande sådana förändringar i arbetsskyldigheten som arbetstagaren inte är skyldig att tåla: AD 1996 nr 13; AD 1991 nr 64; AD 1991 nr 135; AD 1997 nr 97; AD 1998 nr 39; AD 1995 nr 133; AD 1995 nr 50; AD 1995 nr 101; AD 2003 nr 82

²⁰⁰ Lunning & Toijer, 2006, s. 178, 184

Av svensk rättspraxis framgår att arbetsgivarens fria beslutanderätt inte får utövas på ett godtyckligt eller annars otillbörligt sätt, arbetsledningsbesluten får annorlunda uttryckt inte stå i strid med lag och goda seder.²⁰¹ För att provocerad uppsägning skall anses föreligga krävs att arbetsgivaren handlat i strid med god sed eller annars otillbörligt. Arbetsdomstolen har ansett att mildare åtgärder strider mot god sed vid fall av provocerad uppsägning, än vid andra situationer där rättsgrundsatsen blir aktuell.²⁰² Vid provocerad uppsägning krävs inte ett direkt syfte hos arbetsgivaren att påverka arbetstagaren att lämna sin anställning. Det är tillräckligt att arbetsgivaren insett att dennes handlande framkallat en svår situation för arbetstagaren och att det därmed förelegat en risk för att arbetstagaren lämnar sin anställning. Om det ej förelåg saklig grund för uppsägningen kan den rättsstridiga uppsägningen ogiltigförklaras och arbetstagaren tillerkännas ekonomiskt och allmänt skadestånd.²⁰³

²⁰¹ Källström & Malmberg, 2009, s. 229

²⁰² Källström & Malmberg, 2009, s. 230

²⁰³ Källström & Malmberg, 2009, s. 125

5 Analys

5.1 Analys av gällande rättsläge

En första reflektion vid en genomgång av överlåtelsedirektivet och därtill hörande EG-rättslig praxis, är att rättsområdet traditionellt varit, och fortfarande är, omgärdat av stora tillämpningssvårigheter. Detta har yttrat sig i att EG-domstolen prövat olika aspekter av direktivet i ett flertal mål, vilket har gjort överlåtelsedirektivet till ett av de mest prövade direktiven.²⁰⁴ Det är rimligen så att företagens krav på flexibilitet och nya verksamhetsformer för att möta förändrade omvärldsförhållanden utmanar den traditionella arbetsrätten och utgör en delförklaring till tillämpningssvårigheterna. En annan förklaring kan vara de problem som uppstår som en nästintill naturlig följd av att den nationella (arbets)rätten skall anpassas efter EG-rätten. Den sistnämnda aspekten blir än mer påtaglig i ett praktiskt sammanhang, där nationella industrial relations- traditioner utmanas av ibland dåligt förankrade EG-rättsliga normer.²⁰⁵

Även om överlåtelsedirektivet blivit föremål för prövning av EG-domstolen i ett flertal fall är praxis relaterad till uppsägningsförbudets kärna knapphändig. Detta gäller såväl huvudregeln som undantaget. Även i de fall där frågor blivit prövade går det att skönja en tydlig osäkerhet i doktrinen och i den praktiska tillämpningen. Jag vill i detta sammanhang kort anknyta till metodkapitlet och notera de skilda rättskälleläror som EG-rätten och svensk traditionell rätt vilar på. I Sverige har förarbeten en stark roll som tolkningskälla för Arbetsdomstolen. I de fall där det inte finns någon tidigare praxis är det möjligt och önskvärt att konsultera regeringens och lagutredarens arbeten. Inom EG-rätten är domstolens praxis en mycket tyngre vägande källa än lagstiftarens arbetspapper.²⁰⁶ I föreliggande fall kan därför den oklarhet som råder till viss del härledas till EG-rättens rättskällelära. Ingen rik praxis har utarbetats kring uppsägningsförbudet, och förutom direktivets ordalydelse finns det inga klara tolkningsföreskrifter. Det naturliga förfarandet blir därmed att oklarhet får råda tills frågorna prövats av EG-domstolen. Som författare påpekat blir det därför högst problematiskt när nationella domstolar använder det utrymme som oklarheten ger till att självständigt tolka den oklara gemenskapsrätten.²⁰⁷

Oklarheten ger även möjlighet för kreativa jurister att skapa rätt. Som exempel kan tas Nordström som i sin artikel *Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet*²⁰⁸ ger uttryck för en mycket arbetsgivarvänlig

²⁰⁴ Barrett, 2009, s. 199; Källström & Malmberg, 2009, s. 279; Mulder, 2004, s. 16 f.; Malmberg, 2004, s. 792; Nyström, 2002, s. 255

²⁰⁵ Se även Barrett, 2009, s. 213 för liknande resonemang

²⁰⁶ Hettne & Otken Eriksson, 2005, s. 66 ff.; Bernitz, 2002, s. 57

²⁰⁷ Se Laulom, 2001, s. 175; Davies, 2001, s. 140 f.

²⁰⁸ Nordström, 2001

ståndpunkt som gynnar de klienter man kan tänka sig att han företräder i sin roll som advokat på en stor advokatbyrå. Då det finns lite praxis, tvetydiga förarbeten och knappt någon doktrin som behandlar vissa aspekter av uppsägningsförbudet kan sådana debattinlägg få oproportionerlig betydelse. Här bör även Gardes artikel *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*²⁰⁹ nämnas, i vilken det presenteras kreativa förslag på rådande oklarheter rörande uppsägningsförbudet inom gemenskapsrätten.

Överlåtelsedirektivet bygger på en ganska enkel rättslig konstruktion. Det är dock för förståelsen av EG-rättens behandling av uppsägningsförbudet nödvändigt att få klart för sig den relation bestämmelsen i artikel 4.1 har till begreppet överlåtelse, i artikel 3.1 överlåtelsedirektivet.

Överlåtelsebegreppet har därför fått en framträdande roll i uppsatsen som helhet. Begreppets innehåll har framförallt definierats i praxis, varför centrala rättsfall har redogjorts för. En annan viktig aspekt för att förstå hur uppsägningsförbudet ges legitimitet och fungerar i praktiken är bestämmelsen i artikel 4.2 överlåtelsedirektivet, som reglerar genomgripande försämring av anställningsvillkoren, eller provocerad uppsägning som dylika handlingar brukar benämnas i Sverige, till följd av verksamhetsövergångar. Möjligen har de olika momenten en del i den osäkerhet som råder, då små oklarheter kan få kumulativ verkan när uppsägningsförbudet som helhet uttolkas.

Svensk lagstiftare har valt att lagstadga motsvarigheter till artikel 4.1 och 3.1 ordagrant i LAS, medan artikel 4.2 ansågs inrymmas i läran om provocerad uppsägning. Då LAS är den viktigaste anställningsskyddslagen för svenska arbetstagare var det ett välgrundat beslut att inkorporera de mest centrala bestämmelserna, även om det i förarbetena på flera ställen ansågs att Sverige redan uppfyllde kraven. Vad gäller provocerad uppsägning hade det för systematiken och av pedagogiska anledningar varit önskvärt om även detta inkorporerats i LAS.

En fråga som blivit föremål för diskussion, både inom EG-rätten och i svensk nationell rätt, är uppsägningsförbudets omfattning.²¹⁰ Vilka uppsägningssituationer omfattas av förbudet och vilka gör det inte? Den främsta anledningen till att frågan uppkommer är det undantag som möjliggör uppsägningar som hänför sig till ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Redan förekomsten av undantaget uppfattar jag som en avsevärd lagteknisk lucka i skyddsnätet vid verksamhetsövergångar. Inte desto mindre stödjer jag den EG-rättsliga direktivkonstruktionen, då uppsägningsförbudet härmed blir tillämpligt praktiskt även i en komplex verklighet där stelbenta regleringar torde vara mindre framgångsrika. Problemet är enligt min mening de oklara ramar som har kommit att omgärda förbudet och dess undantag.

Dessvärre har inte EG-domstolen, i de få fall där domstolen fått möjlighet att pröva uppsägningsförbudet och dess undantag, lyckats formulera

²⁰⁹ Garde, 2002

²¹⁰ Barnard, 2006, s. 665; Mulder, 2004, s. 317

tillräckligt tydliga och allmängiltiga principer i sina domar. Även med hänsyn till praxis är rättsläget oklart när det gäller vilka uppsägningar som skall bedömas som stridande mot uppsägningsförbudet.

Praxis från EG-domstolen har givit vissa principer för bedömningen av uppsägningsförbudets huvudregel. I *Bork International*²¹¹ ansågs att omständigheterna i samband med uppsägningen är av betydelse för bedömningen. Att uppsägning av arbetstagare skett nära inpå övergången och att dessa arbetstagare efteråt anställdes av förvärvaren lades därför vikt vid av domstolen. I *Dethier Equipement*²¹² fastslogs bland annat att en arbetstagare som rättsstridigt sagts upp kort före övergången och som inte återanställs av förvärvaren, kan väcka talan mot förvärvaren om felaktig uppsägning. I *Merckx och Neuhuys*²¹³ fastslogs att en felaktig uppsägning inte utesluter överlåtelsedirektivets tillämplighet. Tillsammans med ordalydelsen i artikel 4.1 är dessa riktlinjer i princip den enda vägledning som finns när det gäller att bestämma uppsägningsförbudets omfattning, oberoende av undantaget. Jag ansluter mig till generaladvokat van Gervens resonemang inför avgörandet i *d'Urso*,²¹⁴ och menar att uppsägningsförbudet i sig är absolut och utan undantag. Detta gäller uppsägningar som grundar sig på övergången som sådan. Det vore stridande mot överlåtelsedirektivets skyddssyfte om inte förbudet vore absolut ens i detta hänseende. Min slutsats stöds av *Dethier Equipement*²¹⁵ där domstolen konstaterar att uppsägningsförbudet ger ett tvingande skydd som motiveras enbart på grund av överlåtelsen. Däremot kan uttalandet att uppsägningarna kunde ha verkställts med undantaget som grund, i *Merckx och Neuhuys*,²¹⁶ tala i en annan riktning.

Frågan som behöver adresseras är hur omfattande undantaget är i de fall som inte rör den absoluta kärnan. Det är denna gränsdragning som orsakar tillämpningssvårigheter. Då EG-domstolen inte lämnat klara tolkningsföreskrifter har praxis från House of Lords, som skall döma EG-konformt, undersökts.²¹⁷ Begreppen ekonomiska, tekniska och organisatoriska skäl har tolkats relativt inskränkt, och endast genuina handlingar med undantaget som grund har godtagits. Emellertid är ändå undantaget enligt mig avsevärt då den företagsekonomiska bedömningen är svår att ifrågasätta för domstolen annat än vid uppenbara kringgåenden.

Med den givna bakgrunden är det inte överraskande att även den svenska lagstiftaren och Arbetsdomstolen ställts inför svåra bedömningar. Redan när

²¹¹ Mål C- 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

²¹² Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

²¹³ Förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996

²¹⁴ Generaladvokatens (van Gerven) förslag till avgörande den 30 maj 1991, i mål C-362/89 *d'Urso* ECR 1991 s. I-04105, dom den 25 juli 1991, art. 35

²¹⁵ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

²¹⁶ Förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996

²¹⁷ *Berriman v. Delabole Slate* 1990 ICR s. 85; *Wheeler v. Patel* 1987 IRLR s. 631

överlåtelsedirektivet skulle implementeras blev det tydligt att uppsägningsförbudets gränser var oklara. Arbetsrättskommitténs betänkande presenterade, på grunder de ansåg vara väl underbyggda, ett förbud som var betydligt snävare än vad regeringen senare bestämde sig för i propositionen.²¹⁸ Frågan var framförallt om det skulle anses tillåtet för överlåtaren att säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning.

Arbetsdomstolen har i sin praxis enligt min bedömning, i framförallt AD 1999 nr 21, tydligt återknutit till propositionen och fastslagit att överlåtaren inte får säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning. Detta anser jag stämma väl överens med principen om automatisk övergång, ett grundfundament i överlåtelsedirektivet som helhet, och även inkorporerat i 6 b § LAS. Nordströms tolkning av EG-domstolens domar *Merckx* och *Neuhuys* och *Dethier Equipement* i *Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet*²¹⁹ som stöd för uppfattningen att överlåtaren får säga upp för förvärvarens räkning är enligt min mening inte korrekt. Att både överlåtaren och förvärvaren får åberopa ekonomiska, tekniska och organisatoriska skäl som grund för uppsägning innebär inte att överlåtaren får säga upp för förvärvarens räkning. Uttalandet i *Dethier Equipement*²²⁰ var endast en logisk följd av att uppsägningsförbudet enbart gäller på grund av övergången som sådan.

Det har framhållits att svenska förarbeten, vilka senare hänvisats till i AD 1999 nr 21, skiljer sig från EG-domstolens praxis när det gäller de förhållanden som blir aktuella att undersöka vid bedömningar huruvida uppsägningar är ogiltiga. EG-domstolen har, genom att låta både överlåtaren och förvärvaren använda ekonomiska, tekniska och organisatoriska skäl som grund för uppsägning, fokuserat på arbetsgivarens uppsägnings-skäl. Svensk rätt stadgar däremot att överlåtaren inte skall kunna säga upp arbetstagare sedan frågan om övergång av verksamhet har aktualiserats, och sätter tidsaspekten i centrum.²²¹

Enligt min mening har det skett en viss förskjutning i svensk rätt, där tidsaspekten mycket riktigt värderas högt och uppsägnings-skälen som sådana fått en mer undanskymd roll. Något som ofta glöms bort i detta sammanhang är dock *Bork International*,²²² där EG-domstolen visserligen ansåg att de objektiva omständigheter som låg till grund för uppsägningen skulle beaktas, men betonade att det vid denna bedömning särskilt skulle undersökas hur nära inpå övergången uppsägningen har gjorts. Den svenska propositionen skrev även före dess att målen *Merckx* och *Neuhuys*²²³ samt *Dethier Equipement*²²⁴ avgjorts, vilket har betydelse då det är genom dessa domar uppsägnings-skälens innehåll förtydligas. I praktiken är det alltså

²¹⁸ SOU 1994:83, s. 84 ff.; prop. 1994/95:102, s. 41 ff.

²¹⁹ Nordström, 2001

²²⁰ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

²²¹ Malmberg, 2005, s. 212

²²² Mål C- 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988

²²³ Förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx* och *Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996

²²⁴ Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998

endast Arbetsdomstolen som i en dom hänvisat till förarbetena rörande denna fråga och därmed till viss del brutit mot EG-rättslig praxis.

Den svenska lagstiftaren har valt att behandla de frågeställningar som kan uppstå vid uppsägningar i samband med övergång av verksamhet utifrån begreppet saklig grund. Den svenska begreppsmodellen är enligt min mening passande för att behandla dylika frågeställningar. Lagtillämparen har en lång tradition av att göra bedömningar huruvida uppsägningar skall anses som sakligt grundade och de normer uppsägningsförbudet för med sig kan i sig inrymmas i modellen. Frågan är dock vad själva normerna har för innehåll.

Arbetsdomstolen har i sin praxis, vid de fåtal tillfällen domstolen prövat uppsägningsförbudet, varit motsägelsefull och otydlig. Ett exempel är AD 1995 nr 97 där resonemangen strider mot det tidigare avgörandet i AD 1995 nr 60 vad gäller huruvida det krävs en ogiltighetstalan för att en lagstridig uppsägning skall vara ogiltig. Domen strider även mot förarbetsuttalanden och EG-rättslig praxis.²²⁵ Jag vill här återkomma till metoddiskussionen och problemen som verkar föreligga när det gäller att inkorporera gemenskapsrätt nationellt. Arbetsdomstolen borde i ett par av målen som behandlat uppsägningsförbudet tillställt EG-domstolen en förfrågan om förhandsavgörande, för att undvika en situation där Arbetsdomstolen behöver tolka EG-rätt som i sig själv är oklar.

Rättsverkningarna av uppsägningsförbudet i det svenska arbetslivet är betydelsefulla då bestämmelserna i överlåtelsedirektivet anses vara av praktisk vikt.²²⁶ Med *praktisk* avses att direktivet inte endast är en papperskonstruktion, utan får genomslag i verkligheten. Medlemsstaterna har fått befogenhet att utforma nationella lösningar så länge syftet med direktivet uppfylls. Den svenska implementeringen av uppsägningsförbudet innebär en stark rätt för överlåtarens arbetstagare, vilka genom längre anställningstid kan slå ut förvärvarens personal med hjälp av turordningsreglerna i LAS. Nämnda rättsverkan stämmer visserligen med överlåtelsedirektivets skyddssyfte men är ett tänkbart hinder mot överlåtelser av olika slag, då den potentiella förvärvaren inte vill riskera att behöva säga upp en viktig del av den ursprungliga personalstyrkan.

En annan praktisk fråga är vilka rättsmedel arbetstagare som känner sig förfördelade skall ha tillgång till. EG-rätten har även i denna fråga överlämnat till medlemsstaterna att avgöra hur rättsmedlen skall vara utformade. Kravet skall dock ställas så högt att arbetstagarna ges tillgång till effektiva och adekvata rättsliga medel.²²⁷ I svensk rätt har det i AD 1995 nr 60 slagits fast att en uppsägning som är rättsstridig enligt 7 § tredje stycket

²²⁵ Källström & Malmberg, 2009, s. 285; Malmberg, 2005, s. 212; Mulder, 2004, s. 319; Nordström, 2001, s. 203 f. Se även prop. 1994/95:102, s. 42 ff., 82

²²⁶ Iseskog, 2003, s. 42; Nordström, 2001, s. 198

²²⁷ Se mål C-382/92, *Kommissionen mot Storbritannien* ECR 1994 s. I-2435, dom den 8 juni 1994

LAS är angriplig, och alltså inte en nullitet. Detta innebär i praktiken att en uppsägning inte i sig blir verkningslös. Arbetstagaren måste angripa uppsägningen i enlighet med bestämmelserna i 34-35 §§ LAS och iaktta preskriptionsfristerna i samma lag. Svensk rätt tillhandahåller genom LAS, enligt min mening, adekvata rättsmedel. En möjlig brist skulle kunna vara att preskriptionstiden kan anses kort under beaktande att överlåtelsesituationer ofta präglas av osäkerhet från arbetstagarens sida när han egentligen kan bedömas ha blivit uppsagd.

Sammantaget måste svensk rätt i de stora dragen anses överensstämma med EG-rätten och den oklarhet som råder nationellt beror till stor del på otydlig gemenskrättslig normbildning.

5.2 Analys med utgångspunkt i normativa grundmönster

Som kortfattat diskuterats i analysens första del finns det sannolikt flera förklaringar till varför överlåtelsedirektivet i allmänhet och uppsägningsförbudet i synnerhet tycks vara svårtillämpat och oklart. För att kunna bryta ned och konkretisera viktiga värden som dels kan förklara uppsägningsförbudets rättsliga konstruktion och dels kan visa på varför bestämmelsen är svårtillämpad, kommer en teori att användas. Analysen avser visa på hur de motstridiga mönster som uppsägningsförbudet bygger på förhåller sig till varandra i detta konkreta fall.

Den teoretiska analysen skall göras utifrån Christensens teori om normativa grundmönster. Utgångspunkten är att en stor del av rättsreglernas innehåll är en juridisk kodifiering av de moraliska sedvänjor och grundhållningar som utbildats i samhället.²²⁸ Det har visat sig vara möjligt att urskilja vissa mönster som kommer igen, vilka i teorin benämns som normativa grundmönster. Varje mönster har sitt givna kärnområde eller ursprungsområde.²²⁹

Det finns flera olika normativa grundmönster som kan liknas vid poler, vilka med större eller mindre kraft attraherar eller repellerar rättslig reglering. Var i fältet den rättsliga regleringen hamnar beror på den dragningskraft som de olika polerna utövar vid en given tidpunkt.²³⁰ Särskilt tydliga mönster benämns i teorin ”Skydd för etablerad position” och ”Det marknadsfunktionella mönstret”. Dessa två poler återkommer inom alla områden i Den sociala dimensionen.²³¹ I arbetsrättens normativa fält kan Det marknadsfunktionella grundmönstret uppdelas i två skilda normativa grundmönster, arbetsgivarprerogativet och avtalsfriheten. Skyddet för etablerad position återfinns inom arbetsrätten som normativt grundmönster i

²²⁸ Christensen, 1996, s. 527

²²⁹ Christensen, 1994, s. 4

²³⁰ Hydén, 2000, s. 124

²³¹ Rönmar, 2004, s. 33

anställningsskyddet. Ett annat viktigt mönster inom arbetsrätten är rättvis fördelning.²³²

Det har i analysens första del konstaterats att överlåtelsedirektivet och dess uppsägningsförbud har lett till sällsynt många tillämpningsproblem både gemenskapsrättsligt och nationellt. Enligt teorin om normativa grundmönster skulle detta kunna tyda på att det råder en abstrakt kamp mellan Det marknadsfunktionella grundmönstret och Skydd för etablerad position. Anledningarna till att så skulle kunna vara fallet är flera. *För det första* är överlåtelsedirektivet en skapelse som tillkom redan 1977 med till stor del samma innehåll som dagens reviderade direktiv. Den spretiga EG-rättsliga praxisen och de motsägelsefulla svenska förarbetena kan representera den rådande maktbalansen vid tidpunkten för varje enskild dom eller utgivet förarbete. Tillämpbarheten över tid är både ur ett teoretiskt och praktiskt perspektiv beroende av att inbyggda mekanismer möjliggör mindre pendlingar mellan polerna. Även om direktivet materiellt är likt det som tillskapades 1977 kan de olika revisioner som gjorts markera brytpunkter där relationen mellan arbetsgivarprerogativet och anställningsskyddet behövde förtydligas med hänsyn till förändrade förhållanden.

För det andra inrymmer överlåtelsedirektivet inompolära motsättningar. Till exempel måste de överlåtna arbetstagarnas anställningsskydd värderas i förhållande till förvärvarens befintliga arbetstagares anställningsskydd. Överlåtelsedirektivet innebär i Sverige att förvärvarens befintliga personal hamnar i ett relativt sämre läge efter en överlåtelse eftersom den överlåtna personalen kommer att hamna på samma turordningslista. Både överlåten personal och förvärvarens befintliga personal är i sig del av en överlåtelse, men det är den överlåtna personalen som får ett förbättrat anställningsskydd på den befintliga personalens bekostnad.

Överlåtelsedirektivet har även inneburit avvägningar inom Det marknadsfunktionella grundmönstret, där det kan uppstå en inompolär konflikt. Ett exempel är av vem och i vilket skede av överlåtelseprocessen avtalsparterna tillåts säga upp personal. Det har diskuterats huruvida överlåtarens får säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning, men även vem en rättsstridigt uppsagd arbetstagare skall kunna väcka talan mot. De svar direktivet ger innebär att en del av arbetsgivarprerogativets rättigheter fördelas mellan överlåtarens och förvärvaren i den givna verksamhetsöverlåtelsen. I praktiken löser parterna ofta denna förskjutning av maktbalansen genom justeringar av köpeskillingen.

För det tredje innebär överlåtelsedirektivet att gemenskapsrätten intervenerar i den nationella arbetsrätten. Det uppstår konflikter mellan det läge maktbalansen befinner sig i nationellt och det läge maktbalansen befinner sig i gemenskapsrättsligt. Korrelerar dessa inte innebär det, då EG-rätten har företräde, att den nationellt rådande diskursen måste åsidosättas av utomstående normer. Vad som skall betänkas är att det måste anses som

²³² Rönmar, 2004, s. 33

oklart hur lång tidsmässig förskjutning det är mellan förändrade normativa positioner och förändrat rättsläge. Under antagande att rätten inte besvarar den gemenskapsrättsliga normgivningen direkt uppstår rättsliga vakuum, där gällande rätt i sitt läge mellan Skyddet för etablerad position och Det marknadsfunktionella grundmönstret är felpositionerad både i förhållande till nationell rätt och till gemenskapsrätten. Det är sannolikt även så att den traditionella nationella rättsordningen i större grad åtnjuter auktoritet på ett systemplan under anpassningstiden, även om EG-rätten i teorin är gällande rätt. I praktiken kan detta åskådliggöras av att nationella domstolar inte dömer EG-konformt när det gäller uppsägningsförbudets gränser och rättsverkningar.

Överlåtelsedirektivet kom till som ett resultat av att det uppmärksammades att arbetstagare inte hade ett tillräckligt starkt skydd för att möta konsekvenserna av nya verksamhetsformer, såsom entreprenader, och de ökade antalet företagsöverlåtelser. Det skedde dessutom massuppsägningar som ett led i denna struktur i dåvarande Västtyskland, Nederländerna och Belgien.²³³ Arbetsgivareprerogativet var starkt och det överlåtna företags arbetstagare var i många länder tvungna att förlita sig på förvärvarens vilja att återanställa dem efter överlåtelsen. Enligt den då rådande normativa uppfattningen, som en följd av nya förhållanden, var rättsläget vid företagsöverlåtelser för nära den marknadsfunktionella polen. Syftet med direktivet var att under vissa förutsättningar erbjuda ett utökat skydd för de arbetstagare som involveras i verksamhetsöverlåtelser.²³⁴ Genom att överföra de befintliga anställningsförhållandena från överlåtaren till förvärvaren, tillskapa ett skydd mot uppsägning på grund av verksamhetsövergången samt tillhandahålla en förhandlingsrätt med arbetsgivaren för de inblandade arbetstagarrepresentanterna förändrades maktbalansen mot Skydd för etablerad position. Medlet var således anställningsskydd.

Överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud lämpar sig särskilt väl för en analys utifrån teorin om normativa grundmönster. Anledningen är att bestämmelsen konkret illustrerar ett nedslag mellan teorins normativa poler. Uppsägningsförbudet är en konstruktion som har sin tydliga grund i Skyddet för etablerad position och närmare bestämt arbetstagarens anställningsskydd. Förbudet bör dock ses som en del av det syfte överlåtelsedirektivet som helhet har.

Det som gör uppsägningsförbudet dynamiskt är att det införlivats ett undantag från bestämmelsen, där uppsägningar som följer av ekonomiska, organisatoriska eller tekniska skäl är tillåtna. Detta innebär att överlåtelsedirektivet i allmänhet och uppsägningsförbudet i synnerhet tillåts röra sig mellan de normativa polerna, inom de ramar som direktivets syfte stadgar, för att kunna spegla vid varje tid rådande normer. Undantaget från uppsägningsförbudet kan ses som ett uttryck för arbetsgivarprerogativet. Detta normativa grundmönster verkar genom sin logik, i första hand för att

²³³ Blanpain, 2008, s. 647; Barnard, 2006, s. 619; Mulder, 2004, s. 119

²³⁴ Ingressen till RÅDETS DIREKTIV 2001/23/EG av den 12 mars 2001, art. 3

inget uppsägningsförbud skall finnas, och när detta inte är möjligt i andra hand för att förbudet skall ges ett så smalt tillämpningsområde som möjligt. Som behandlats under analysens första del är uppsägningsförbudets gränser i omfattande grad oklara. Den normativa motsättning som ryms inom uppsägningsförbudet, i skärpunkten mellan förbudet och undantaget, kan förklara rättsläget

Min tolkning av direktivets syfte och EG-domstolens praxis är att uppsägningsförbudet som sådant är absolut, och att inga grunder för uppsägning är sakliga då de sker som en konsekvens av uppsägningen i sig. Det finns i doktrinen uppfattningar som ger förbudet både en snävare och vidare innebörd.²³⁵ Det är möjligt att motivera min ståndpunkt utifrån teorin om normativa grundmönster. Argumentet är att överlåtelsedirektivet tillkommit som ett svar på ett alltför vidsträckt arbetsgivarprerogativ. Den rättsliga konstruktionen bygger på ett samspel mellan partsväxling och uppsägningsförbud. Undermineras uppsägningsförbudet, genom ett för omfattande undantag, innebär det i praktiken att anställningsskyddet försvagas för arbetstagarna. Förvärvaren och överlåtaren har då samma möjlighet som före direktivet att leda verksamheten, men med ett alibi i form av överlåtelsedirektivet. Arbetsgivarprerogativet ges då ett större rättsligt utrymme än vad som motiveras av det rådande förhållandet mellan de normativa fälten. Det går dock att argumentera för att domstolens praxis motsvarar den helt aktuella normativa inställningen. Ett sådant argument har större vikt inom EG-rätten än i svensk nationell rätt, på grund av rättskällorna.

Det faktum att jag anser att uppsägningsförbudet är absolut under vissa förutsättningar innebär inte att arbetsgivarprerogativet är svagt vid verksamhetsövergångar. Det främsta uttrycket för arbetsgivarprerogativet finns som nämnts i uppsägningsförbudets undantag. Detta är avsevärt och ger förbudet ett snävt tillämpningsområde. Vidare har förvärvaren genom arbetsgivarprerogativet fortfarande möjlighet att efter övergången anpassa sin verksamhet och säga upp arbetstagare som blir överflödiga, men under beaktande av turordningsreglerna i LAS, vilka härstammar från Skydd för etablerad position. Sammanfattningsvis har uppsägningsförbudet utvecklats till att bli i praktiken snävt. Det marknadsfunktionella grundmönstret är därmed fortfarande starkt påtagligt vid verksamhetsöverlåtelser.

Om det görs en utblick mot de lege ferenda utifrån ett teoretiskt perspektiv är en rimlig utgångspunkt att överlåtelsedirektivet och uppsägningsförbudet inte kommer att utvecklas oberoende av den kontext de verkar i. Således krävs det en analys av arbetsrättens framtida utveckling, vilken talar för att något av de normativa grundmönstren arbetsgivarprerogativet, anställningsskyddet eller rättvis fördelning ökar i betydelse. En analys av arbetsrättens framtida utveckling kräver med andra ord i sig en egen studie. Kortfattat är dock min iakttagelse att flexibilitetsdiskursen blir allt starkare, både nationellt och gemenskapsrättsligt. Gemenskapsrättsligt är Danmarks

²³⁵ Se resonemang i Nielsen, 1999, s. 141 ff. och Nyström, 2002, s. 274

flexibla arbetsmarknad en förebild²³⁶ och i Sverige förespråkas en uppluckring av LAS turordningssystem av flera politiska partier. Det har vidare utvecklats teoretiska modeller som behandlar det flexibla företaget, vilka erhållit omfattande acceptans och spridning.²³⁷ Kraven på ett flexibla arbetsliv är ofta sammanhängande med ett ökat arbetsgivarprerogativ, kritiken mot turordningsreglerna är ett exempel på detta. En flexibel arbetsplats kan dock även innebära att arbetstagarens möjlighet att kombinera arbete och familj ökar. Det finns tydliga rörelser även i denna riktning.²³⁸ En sådan utveckling kan förklaras med rörelser mot rättvis fördelning.

Arbetslivet upplever samtidigt en omfattande individualisering. I svensk arbetsrätt kan denna skönjas i de allt mer decentraliserade kollektivavtalen och det ökade bruket av individuella anställningsavtal.²³⁹ Förutom att utvecklingen utmanar den svenska arbetsrättsliga modellen, innebär individualiseringen diffusa rörelser i de normativa fälten. Individens starkare ställning i kombination med ökade rättigheter för att kompensera decentraliserade anställningsavtal²⁴⁰ talar för rörelser mot grundmönstret rättvis fördelning. Utvecklingen kan dock även innebära att arbetsgivarens position, och därmed arbetsgivarprerogativet, förstärks i relation till arbetstagaren som inte längre skyddas av en stark kollektiv arbetsrätt. Sagda tendenser skall ställas mot att anställningsskyddet utmanar arbetsgivarprerogativet, då det inom svensk rätt finns tecken på att ett krav på saklig grund för arbetsledningsbeslut har utvecklats.²⁴¹

Mot denna bakgrund, som gör nedslag i en del av de utvecklingstendenser som kan skönjas, torde det stå klart att utvecklingen uppvisar motsägelsefulla rörelser i de normativa fälten. Förändringarna förefaller objektivt sett vara en liberalisering av samhället, och det hade varit troligast att denna utveckling leder till ett starkare arbetsgivarprerogativ.²⁴² Som Christensen hävdar framträder dock de normativa mönstren sällan i ren form, utan den rättsliga regleringen befinner sig nästan alltid inom en del av det normativa fältet som påverkas av olika normativa mönster. När ett visst normativt mönster studeras måste därför samtidigt andra normativa mönster som påverkar samma rättsliga reglering beaktas.²⁴³

Vad gäller skyddet för arbetstagare vid verksamhetsöverlåtelser, särskilt uppsägningsförbudets roll, är det med hänsyn till de paradoxala normativa strömningarna svårt att uttala sig om framtiden. Sannolikt är att utvecklingen kommer att följa de normativa rörelser som sker i samhället i stort.

²³⁶ Se även Rönmmar, 2004, s. 24, 367

²³⁷ Se exempelvis Atkinson & Meager 1986

²³⁸ Se exempelvis Conaghan & Rittich (red.), 2005

²³⁹ Rönmmar, 2000, s. 299; Källström & Malmberg, 2009, s. 67 f.

²⁴⁰ Rönmmar, 2000, s. 297 f.

²⁴¹ Rönmmar, 2000, s. 303 f.; Fahlbeck, 1996, s. 82 f.

²⁴² Rönmmar, 2000, s. 304

²⁴³ Christensen, 1996, s. 531

Avslutningsvis vill jag kommentera den teori jag använt mig av i analysen. Det har utifrån den givna frågeställningen varit fruktsamt att resonera i termer av normativa grundmönster. Genom att koppla överlåtelsedirektivet och uppsägningsförbudet till de normativa grundmönstren har samband och konflikter synliggjorts, vilka till viss del kan förklara varför den praktiska tillämpningen sett ut som den gjort. En fördel med teorin är att den empiriskt kan identifiera system och de förändringar som sker i dessa över tid. Nackdelen i föreliggande fall är att teorin inte syftar till att kunna förklara de små normativa variationerna inom systemet. Teorin kan inte undersöka upphovet till och innehållet i de enskilda normer som reglerar verksamhetsöverlåtelser. Även om det ligger utanför ramen för föreliggande arbete hade det varit intressant att analysera normbildningsprocesserna hos de normer som produceras och reproduceras genom rörelserna i det normativa fältet.

Det hade varit möjligt att utveckla teorin genom att kombinera Christensens teori med en empirisk analys på mikronivå. Ett förslag är att använda sig av någon befintlig metod för att empiriskt undersöka normers innehåll och kombinera dessa modeller. Hydén²⁴⁴ har till exempel utvecklat en modell där normer studeras utifrån begreppen kunskap, vilja och systemegenskaper. Dessa begrepp nedmonteras sedan i än mindre beståndsdelar, utifrån vilka det är möjligt att undersöka även vilka värden normer på mikronivå består av. Resultat hade kunnat ge ytterligare empiriskt innehåll till de olika normativa grundmönstren.

²⁴⁴ Hydén, 2002

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

SOU 1993:32 *Ny anställningsskyddslag*

SOU 1994:83 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar. EU och den svenska arbetsrätten*

Proposition 1973:129 *Trygghet i anställningen*

Proposition 1981/82:71 *Om ny anställningsskyddslag m.m.*

Proposition 1991/92:170 *Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Del III, bilaga 9*

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

Europeiska unionen

Rådets resolution, *Social Action Program 1974 to 1976*, OJ C 13, 12 February 1974, s. 1-4

Kommissionens förslag, COM (74) 351 final, 29 May 1974, *Proposal for a directive of the council of harmonization of the legislation of the Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations*

Europaparlamentets resolution, OJ C 95, 28 April 1975, *Resolution embodying the Opinion of the European Parliament on the proposal from the Commission of the European Communities to the Council for a Directive on harmonization of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations*

Kommissionens förslag, COM (75) 429 final, 25 July 1975, *Amended Proposal for a Council Directive on harmonization of the legislation on Member States on the safeguarding of employees' rights and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations*

Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande, OJ C 255, 7 November 1975, *Opinion on the proposal for a Council Directive on harmonization of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations*

Kommissionens förslag, COM (94) 300 final, 8 September 1994, *Proposal for a council directive 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 part of businesses*

Kommissionens förslag, COM (95) 134 final, 12 April 1995, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions- medium term Social Action Program 1995-1997*

Kommissionens förslag, KOM (97) 60 slutlig, 24 februari 1997, *Ändrat förslag till rådets direktiv 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*

Kommissionens förslag, KOM (97) 85 slutlig, 4 mars 1997, *Promemoria från kommissionen om arbetstagares förvärvade rättigheter vid överlåtelse av företag*

Litteratur

Adlercreutz, Axel (2002), *Avtalsrätt I*, Juristförlaget i Lund, Lund

Adlercreutz, Axel; Mulder, Bernard Johann (2007), *Svensk arbetsrätt*, Norstedts Juridik AB, Vällingby

Allgårdh, Olof; Norberg, Sven (2004), *EU och EG-rätten. En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm

Atkinson, John; Meager, Nigel (1986), *Changing Working Patterns – How Companies Achieve Flexibility to Meet New Needs*, National Economic Development Office, London

Barkema, Harry G; Schijven, Mario (2008), "Toward Unlocking The Full Potential of Acquisitions: The Role of Organizational Restructuring", *Academy of Management Journal*, Vol. 51, s. 696–722

Barnard, Catherine (2006), *EC employment law*, Oxford University Press, New York

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

Barrett, Gavin (2009), "Deploying the Classic 'Community Method' in the Social Policy Field: The Example of the Acquired Rights Directive", *European Law Journal*, Vol. 15, s. 198–223

- Bergh, Lise (1995), *Arbetsrätten och det nya Europa*, Tiden, Stockholm
- Bernitz, Ulf (2002), "EG-rätten", I: Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerup, Wiweka; Victorin, Anders; Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 51-72
- Biedenbach, Thomas; Söderholm, Anders (2008), "The Challenge of Organizing Change in Hypercompetitive Industries: A Literature Review", *Journal of Change Management*, Vol. 8, s. 123-145
- Bjelland, Osvald M; Wood, Robert (2008), "Five ways to transform a business", *Strategy & Leadership*, Vol. 36, s. 4-14
- Blanpain, Roger (2000), *European Labour Law*, Kluwer Law International, Nederländerna
- Bruun, Niklas (2000), "Normativa mönster och enspåriga domar", I: Numhauser-Henning, Ann (red.), *Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 35-46
- Cavalier, Stephen (1997), *Transfer Rights: TUPE in Perspective*, IER Publications, London
- Christensen, Anna (1994), *Hemrätt i hyreshuset: en rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd*, Juristförlaget, Stockholm
- Christensen, Anna (1996), *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, TfR, 1996 nr 4, s. 522-550
- Christensen, Anna (1999), "Normative Patterns And the Normative Field: A Post-Liberal View on Law", I: Wilhelmsson, Thomas; Hurri, Samuli (red.), *From Dissonance to Sense. Welfare State Expectations, Privatization and Private Law*, Ashgate, Aldershot, s. 83-98
- Conaghan, Joanne; Rittich, Kerry (red.) (2005), *Labour Law, Work and Family*, Oxford University Press, New York
- Davies, Paul (2001), "Transfers of Undertakings", I: Sciarra, Silvana (ed.), *Labour Law in the Courts- National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford
- Dessein, Wouter; Santos, Tano (2006), "Adaptive Organizations", *The Journal of Political Economy*, Vol. 114, s. 956-995
- Eklund, Ronnie (1983), *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, Norstedt & Söners förlag AB, Stockholm
- Fahlbeck, Reinhold (1996), "Past, Present and Future Role of the Employment Contract in Labour Relations in Sweden", I: Betty, Lammy (red.), *The*

Employment Contract in Transforming Labour Relations, Kluwer Law International, Haag, s. 77-104

Fransson, Susanne (2000), *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Iustus Förlag AB, Uppsala

Frensch, Florian (2007), *The Social Side of Mergers and Acquisitions: Cooperation relationships after mergers and acquisitions*, Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag / GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden

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

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

Goman, Carol (2007), "Adapting to a complex, fast-changing reality", *Knowledge Management Review*, Vol. 10, s. 3

Greaver, Maurice F. (1999), *Strategic outsourcing: a structured approach to outsourcing decisions and initiatives*, AMACOM, New York

de Groot, Cornelis (1993), "The council directive on the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings: an overview of the case law", *Common Market Law Review*, Vol. 35, s. 331-350

Hellner, Jan (2001), *Metodproblem i rättsvetenskapen – studier i förmögenhetsrätt*, Jure AB, Stockholm

Hemberg, Maria, EG-anpassning av LAS – vad har hänt sedan reglerna om övergång av verksamhet trädde i kraft?, *Juridisk Tidsskrift*, Nr. 3, 1997/1998, s. 678-684

Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida (2005), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm

Heuman, Lars (2002), "Rättspraxis", I: Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerup, Wiweka; Victorin, Anders; Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 117-146

Hydén, Håkan (2000), "Normativa grundmönster- mot en teori om rättsliga förändringsprocesser", I: Numhauser-Henning, Ann (red.), *Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 119-156

Hydén, Håkan (2002), *Normvetenskap*, Lund: Sociologiska institutionen, Lund

Inghammar, Andreas (2007), *Funktionshindrad- med rätt till arbete?*, Juristförlaget i Lund, Lund

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

Karlén, Lotten (1998), *Rätten till bostad: en komparativ undersökning av engelsk och svensk lagstiftning om rätt till bostad*, Juristförlaget i Lund, Lund

Källström, Kent; Malmberg, Jonas (2009), *Anställningsförhållandet*, Iustus Förlag AB, Uppsala

Köhler, Peter A (2000), "Normative Grundmusteri m Sozialrecht: Entstehung und Reform der Altersicherung in Deutschland und Schweden im Vergleich", I: Numhauser-Henning, Ann (red.), *Festschrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 213-230

Laulom, Sylvaine (2001), "The European Court of Justice in the dialogue on Transfers of Undertakings: a fallible interlocutor", I: Sciarra, Silvana (ed.), *Labour Law in the Courts- National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford

Lehrberg, Bert (2001), *Praktisk juridisk metod*, Iustus Förlag AB, Göteborg

Leijonhufvud, Madeleine (2002), "Förarbeten", I: Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerup, Wiweka; Victorin, Anders; Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 95-116

Lindblom, Per Henrik; Rylander, Staffan (1990), *Att skriva uppsats*, Iustus Förlag AB, Uppsala

Lunning, Lars (1989), *Anställningsskydd*, Allmänna förlaget, Stockholm

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

Malmberg, Jonas (2004), "Arbetstagares ställning vid gränsöverskridande företagsövergångar", *Svensk Juristtidning*, Nr. 4, s. 792-808

Malmberg, Jonas (2005), "Bernard Johan Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, Juristförlaget i Lund 2004", *Juridisk Tidsskrift* 2005-06, Nr 1, s. 214-213

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

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

Nielsen, Ruth (1999), *Retskilderne*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn

- Nielsen, Ruth (2000), *European Labour Law*, DJØF, Köpenhamn
- Nielsen, Ruth (2006), *EU arbejdsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn
- Norberg, Per (2002), *Arbetsrätt och konkurrensrätt: en normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, Juristförlaget i Lund, Lund
- Nordström, Anders (2001), "Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet", I: Eklund, Ronnie m.fl., *Festskrift till Hans Stark*, Jure AB, Stockholm, s. 197-210
- Numhauser-Henning, Ann (2000), "Rätt att gå vid 67?", I: Numhauser-Henning, Ann (red.), *Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 277-302
- Numhauser-Henning, Ann (ed.) (2001), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-discrimination Law*, Kluwer Law International, Haag
- Nyström, Birgitta (2002), *EU och arbetsrätten*, Norstedts Juridik AB, Stockholm
- Peczenik, Aleksander (1974), *Juridikens metodproblem*, Göteborgs Offsettryckeri AB, Stockholm
- Peczenik, Aleksander (1991), *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Norstedts Förlag AB, Stockholm
- Rodhe, Knut (1956), *Obligationsrätt*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm
- Rönmar, Mia (2000), "Arbetsgivarens arbetsledningsrätt- från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund", I: Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 283-311
- Rönmar, Mia (2004), *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget i Lund, Lund
- Sandgren, Claes (2004), "Om teoribildning och rättsvetenskap", *Juridisk Tidskrift* 2004-05, Nr 2, s. 297-333
- Sandgren, Claes (2006), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Norstedts Juridik AB, Stockholm
- Savin, Peter (1995), "Övergång av verksamhet", *Advokaten*, nr 2, s. 12-15

Sanwal, Anand; Arora, Sandeep (2008), "The House of Rolling Heads", *Business Finance*, Vol. 14, s. 32-35

Schweiger, David; DeNisi, Angelo (1991), "Communication with Employees following a Merger: A Longitudinal Field Experiment", *The Academy of Management Journal*, Vol. 34, Nr. 1, s. 110-135

Schött, Kristina; Melin, Lars; Strand, Hans; Moberg, Bodil (2007), *Studentens skrivhandbok*, Liber AB, Stockholm

Stanley, T.L (2009), "Supervising in turbulent times: a commonsense look at restructuring an organization", *SuperVision*, Vol. Jan 2009, s. 3-6

Victorin, Anders (2002), "Författningstexter", I: Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerup, Wiweka; Victorin, Anders; Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 73-94

Vogel, Hans-Heinrich (2002), "Den juridiska litteraturen", I: Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerup, Wiweka; Victorin, Anders; Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 167-183

Wahlgren, Peter (2003), *Juridisk riskanalys*, Jure AB, Stockholm

Zetterström, Stefan (2008), *Juridiken och dess arbetssätt – En introduktion*, Iustus Förlag AB, Uppsala

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

- Mål C-14/83 *Von Colson* ECR 1984 s. 1891, dom den 10 april 1984
Mål C- 19/83 *Wendelboe* ECR 1985 s. 457, dom den 7 februari 1985
Mål C- 135/83 *Abels* ECR 1985 s. 469, dom den 7 februari 1985
Mål C- 179/83 *FNV Industriebond* ECR 1985 s. 511, dom den 7 februari 1985
Mål C- 186/83 *Botzen m.fl.* ECR 1985 s. 519, dom den 7 februari 1985
Mål C- 105/84 *Danmols Inventar* ECR 1985 s. 2639, dom den 11 juli 1985
Mål C- 131/84 *kommissionen mot Italien* ECR 1986 s. 2291, dom den 6 november 1986
Mål C- 237/84 *kommissionen mot Belgien* ECR 1986 s. 1247, dom den 15 april 1986
Mål C- 24/85 *Spijkers* ECR 1986 s. 1119, dom den 18 mars 1986
Mål C- 287/86 *Ny Mölle Kro* ECR 1987 s. 5465, dom den 17 december 1987
Mål C- 324/86 *Daddy´s Dance Hall* ECR 1988 s. 739, dom den 10 februari 1988
Mål C- 101/87 *P Bork International* ECR 1988 s. 3057, dom den 15 juni 1988
Mål C-209/91 *Watson Rask* ECR 1992 s. I-5755, dom den 12 november 1992
Mål C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas m.fl. mot Konstantinides m.fl.* ECR 1992 s. I-6577, dom den 16 december 1992
Mål C-271/91 *Marshall II* ECR 1993 s. I-4367, dom den 2 augusti 1993
Mål C- 392/92 *Schmidt* ECR 1994 s. I-1311, dom den 14 april 1994
Mål C- 48/94 *Rygaard* REG 1995 s. I-2745, dom den 19 september 1995
Förenade målen C-171/94 och C172/94 *Merckx och Neuhuys* REG 1996 s. I-1253, dom den 7 mars 1996
Mål C- 298/94 *Henke* REG 1996 s. I-4989, dom den 15 oktober 1996
Mål C-305/94 *Rotsart de Hertaing* REG 1996 s. I-5927, dom den 14 november 1996
Mål C-319/94 *Dethier Equipement* REG 1996 s. I-1061, dom den 12 mars 1998
Mål C- 13/95 *Sützen* REG 1997 s. I-1259, dom den 11 mars 1997
Mål C-399/96 *Europieces* REG 1998 s. I-6965, dom den 12 november 1998
Mål C- 234/98 *Allen* REG 1999 s. I-8643, dom den 2 december 1999
Mål C- 172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745, dom den 25 januari 2001
Mål C- 175/99 *Mayeur* REG 2000 s. I-7755, dom den 26 september 2000
Mål C- 51/00 *Temco* REG 2002 s. I-969, dom den 24 januari 2002
Mål C-425/02 *Delahaye* ECR 2004 s. I-10823, dom den 11 november 2004
Mål C-396/07 *Fazer Amica Oy* REG 2008, dom den 27 november 2008

EFTA-domstolen

- Mål E-2/95 *Eidesund* 1995/1996 EFTA Court Report 1, dom den 25 september 1996
Mål E-3/95 *Langeland* 1995/1996 EFTA Court Report 36, dom den 25 september 1996

Arbetsdomstolen

AD 1976 nr 18
AD 1978 nr 89
AD 1978 nr 153
AD 1979 nr 140
AD 1984 nr 26
AD 1987 nr 34
AD 1991 nr 64
AD 1991 nr 135
AD 1993 nr 101
AD 1995 nr 50
AD 1995 nr 60
AD 1995 nr 96
AD 1995 nr 97
AD 1995 nr 101
AD 1995 nr 133
AD 1996 nr 13
AD 1997 nr 97
Interimistiskt beslut den 15 april 1997 i målen A 35 och 37/97
AD 1998 nr 39
AD 1999 nr 21
AD 2000 nr 69
AD 2003 nr 82
AD 2008 nr 51
AD 2008 nr 64

House of Lords

Wheeler v. Patel 1987 IRLR 631
Berriman v. Delabole Slate 1990 ICR 85
British Fuels Ltd v. Baxendale; Wilson v. St Helens Borough Council 1998
IRLR 706
Wilson v. St Helens Borough Council 1998 IRC 1141