



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Sjögren

Arbetstagarinflytande vid bolagisering

Examensarbete
30 ECTS

Per Norberg

Arbetsrätt

VT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Metod och material	5
1.3 Avgränsning	6
1.4 Disposition	6
2 BOLAGISERING – SAMMANHANG OCH BEGREPP	7
2.1 Bolagisering – ett globalt fenomen	7
2.2 Centrala begrepp	8
2.2.1 Arbetsgivarbegreppet	8
2.2.2 Koncernbegreppet	10
2.2.3 Bolagisering	11
3 ARBETETS LEDNING OCH FÖRDELNING	13
4 ARBETSTAGARINFLYTANDE I GÄLLANDE RÄTT	18
4.1 Information	18
4.2 Förhandling	20
4.3 Förhandlingar före utlämnande av arbete	22
4.4 Medbestämmande	23
4.5 Representation	26
4.6 Verksamhetsöverlåtelse	29
4.7 Sammanfattning	33
5 ALTERNATIV TILL DET FORMELLA ARBETSGIVARBEGREPPET	35

6	ARBETSTAGARINFLYTANDET – EN ANALYS UR OLIKA PERSPEKTIV	40
6.1.1	Arbetsstagarorganisationernas perspektiv	40
6.1.2	Arbetsgivarperspektiv	41
6.1.3	Den enskilde arbetstagaren	43
6.1.4	Arbetsmarknadens parters perspektiv	44
6.1.5	De lege ferenda	44
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47
	Förarbeten	47
	Litteratur	47
	Övrigt	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	49
	Arbetsdomstolen	49
	Högsta domstolen	49
	EU-domstolen	49

Summary

This thesis concerns the laws behind employee involvement in the decision-making involved in the formation of company groups. I will be presenting the laws used to regulate the employer-employee relationship in such situations. The possibility to utilize the term employer in a more flexible manner will also be examined, in order to increase the applicability of these laws. In order to give a more complex and complete picture, I will also use examples from international non-binding regulations and Swedish collective agreements of co-determination.

The Swedish laws of employee involvement focus primarily on the relationship between the formally defined employer and the trade union, between which there is a collective agreement. The term employer is defined as the physical or legal person with whom the employee has an employment relationship, and the contract of employment must contain information concerning the employer. If decisions are made in another company, such as the controlling company, the rights to employee involvement are few. However, in a few cases, the Swedish Labour Court has held the controlling company accountable for not having negotiated with employees before outsourcing through a controlled company.

The right to employee involvement usually does not exceed beyond the company borders; however, provided the holding company is Swedish, employees may have the right to be represented in the board of the holding company. The representatives are obligated to secrecy regarding sensitive information, even towards their own trade union. Collective agreements of co-determination can give employees the right to participate in the decision-making concerning their own company, and in some cases also their company group, and thereby also in the formation of company groups. In order to strengthen employee opportunities in the settling of such agreements, trade unions are free to use collective offensive actions, regardless of the fact that both parties otherwise are under an obligation to keep industrial peace. The law of transfer of undertakings can protect an employee against dismissal, but only on the condition that the old employer will continue to provide the employee with duties he is qualified to perform.

In order to expand the meaning of "employer", and make the decision-maker the one who also must initiate negotiations with trade unions, though they may be employed in another company, the laws must be altered. Such an alteration would lead to a more time- and resource-consuming decision-making process, thereby risking competitive disadvantages and insecurities as to who is obligated to negotiate; yet, it could also offer a greater understanding of decisions and a feeling of involvement. This may benefit the individual company.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar det legala arbetstagarinflytandet i svenska privatägda bolag vid en bolagisering. De rättsregler som normalt är tillämpliga vad gäller inflytande i relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare presenteras, samt deras tillämplighet i och inför en bolagiseringssituation. Även möjligheterna att göra dessa tillämpliga genom ett mer flexibelt arbetsgivarbegrepp än det formella arbetsgivarbegreppet behandlas. I syfte att ge en något mer nyanserad bild av förutsättningarna för arbetstagarinflytandet ges även exempel på regler som återfinns i folkrättsliga överenskommelser och medbestämmandeavtal. Regler som i vissa fall ligger utanför området av gällande svensk arbetsrätt.

De svenska lagar och regler som ger arbetstagare rätt till inflytande grundar sig i de flesta fall på rättigheter och skyldigheter för den formella arbetsgivaren å ena sidan och arbetstagarorganisation med vilken denne har tecknat kollektivavtal å den andra. Arbetsgivare är den fysiska eller juridiska person hos vilken en arbetstagare är anställd, vilket ska anges i ingånget anställningsavtal. Om det i praktiken är ett annat bolag som fattar besluten finns det i princip ingen rätt att förhandla med detta. Det finns dock exempel på fall då ett moderbolag gjorts ansvarig efter att ha fattat beslut om att utlämna arbete, för sin egen räkning, via ett kommissionärsföretag utan att först förhandla med sina anställda.

Ett undantag till att rätten för inflytande och information stannar vid bolagsgränsen finns i rätten till styrelserepresentation, vilken kan ge arbetstagarerna rätt till representation i moderbolagets styrelse. Detta förutsätter dock att moderbolaget är svenskt. Arbetstagarrepresentanter omfattas av tystnadsplikt i känsliga frågor, en tystnadsplikt som även gäller gentemot arbetstagarorganisationen de representerar. Medbestämmandeavtal kan ge rätt till arbetstagarinflytande i koncerner och därmed också vid bolagiseringar. För att stärka arbetstagarernas möjlighet att teckna sådana avtal finns en kvardröjande stridsrätt som är ett undantag till den fredsplikt som i annat fall råder mellan parterna. Verksamhetsöverlåtelseregleringen kan bidra med skydd för anställda som placerats högt upp på turordningslistan, men endast i det fall den tidigare arbetsgivaren fortsätter att bedriva verksamhet för vilken den anställde har tillräckliga kvalifikationer.

Ett förändrat arbetsgivarbegrepp där den som fattar besluten också måste initiera förhandling med arbetstagarorganisation, även då de berörda är anställda i ett annat bolag, förutsätter en lagändring. En ändring skulle leda till ett mer tids- och resurskrävande beslutsfattande vilket riskerar medföra konkurrensnackdelar och osäkerhet om vem som är skyldig att förhandla. Det kan samtidigt också tänkas medföra en större förståelse för beslut och en känsla av delaktighet som kan gynna det enskilda företaget.

Förord

Och så var det hela över!

Jag vill tacka min handledare Per Norberg för intressanta diskussioner, gedigen handledning, och den där känslan av att det fanns någon att vända sig till som kunde hjälpa till med goda råd, om jag trots det skulle ha kört fast någon gång under terminen.

Tack också till er, alla underbara vänner och glada bekanta som har förgyllt mina år i Lund. Så mycket mindre skratt, sång, pariserhjulsfärder och svettiga scenkostymer i himlatrappan i AF-borgen det hade blivit utan er.

Mamma, pappa och storebror, er vill jag tacka för allt stöd. Inte minst under alla stressade jular med tentaångest, men också för umgänget många härliga och lediga sommarstunder.

Och till den person som funnits där i både med- och motgångar de senaste åren, inte minst under denna termin:

Tack Johan!

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
AD	Arbetsdomstolen
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
FLL	Föräldradighetslag (1995:584)
FN	Förenta Nationerna
ILO	International Labour Organization
JämL	Jämställdhetslag (1991:433)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
LSA	Lag (1987:1245) om styrelserepresentation för de privat- anställda
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
PTK	Privattjänstemannakartellen
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen (idag Svenskt Näringsliv)
UVA	Utvecklingsavtalet

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställningar

Bolagiserings- och koncernregleringen fångar grundproblematiken i kollisionen mellan arbetsrätt och associationsrätt. Det är en kollision mellan den ekonomiska och den sociala dimensionen, mellan marknadsekonomiska grundvärderingar och sociala skyddsregler. Det är företeelser som i princip inte omfattas av den arbetsrättsliga regleringen, och som därför lämnar dessa företags arbetstagare utan påverkansmöjligheter.

För ett drygt decennium sedan efterfrågade ledande nordiska arbetsrättsliga forskare ett förändrat synsätt, och en lagstiftning anpassad efter de verkliga arbetsgivarförhållandena.¹ Generella förändringar inom arbetsrätten har skett efter detta, inte minst som en konsekvens av EU-medlemskapet och den gemenskapsrättsliga utvecklingen. Mitt syfte med denna uppsats är att undersöka arbetstagares rättsliga möjligheter till inflytande inför och vid en bolagisering i dagens Sverige. En viktig del av detta är även att undersöka vilka möjligheter att se bortom det formella arbetsgivarbegreppet som finns i svensk rätt idag. De frågeställningar jag har valt att besvara är därför om de skyddsregler för arbetstagarinflytande som normalt är tillämpliga vid en omfattande förändring av verksamheten är tillämpliga vid en bolagisering, samt om det finns möjlighet att enligt svensk gällande arbetsrätt tillämpa ett annat arbetsgivarbegrepp än det formella.

1.2 Metod och material

I denna uppsats har jag valt att använda mig av traditionell juridisk metod för att med hjälp av denna kunna svara på frågor om vad som utgör gällande rätt. Vid användning av begreppet gällande rätt syftar jag på den gällande rätten som kan utläsas ur lag, lagens förarbeten, rättspraxis och relevant juridisk doktrin samt relevanta gemenskapsrättsliga regleringar inom den europeiska unionen. Begreppet gällande rätt kan även syfta på den rätt som tillämpas gentemot den enskilde i första instans,² men detta kommer inte att undersökas inom ramen för denna uppsats.

Metoden som ger svar på frågan om vad som utgör gällande rätt grundar sig på att olika rättskällor studeras och tolkas, samt att deras inbördes ställning avvägs enligt rättskälleläran. Lagtexten utgör den naturliga utgångspunkten, men i många fall kan andra källor, som exempelvis rättspraxis, ge svar.³

Jag har därför, i mitt användande av metoden, främst tagit min utgångspunkt i lag och förarbete, och när det krävts kompletterat med rättspraxis, gemenskapsbestämmelser och doktrin skriven av ledande forskare inom

¹ Bruun, N., *Koncernarbetsrätt i Norden*.

² Sandgren, C., *Om empiri och rättsvetenskap – Del I*, s 732.

³ Sandgren, C., s 727.

området. I flera fall har även hänvisningar gjorts för den som är intresserad att vidare studera ett visst ämne. De källor av något äldre datum som använts har stämts av mot senare. Jag har även valt att översiktligt ge exempel på internationella överenskommelser kring arbetstagarinflytande i multinationella koncerner. Dessa inte är bindande utan avsedda att fungera som riktlinjer. De redogörs för i uppsatsen för att ge en bredare bild av arbetstagarinflytandet vid bolagisering och i större multinationella koncerner.

Min analys har jag valt att göra ur skilda perspektiv för att bättre tydliggöra hur det marknadsekonomiska och sociala skyddet kolliderar, hur systemet hänger samman och vilka intressen som måste vägas mot varandra. De perspektiv jag har valt att utgå ifrån är arbetstagarorganisationers, arbetsgivares, den enskilde arbetstagarens, och arbetsmarknadens parter.

1.3 Avgränsning

Denna uppsats behandlar endast bolagiseringar som genomförs i Sverige av privata bolag, och berör därför inte de bolagiseringar som sker av offentliga verksamheter. I tiden ligger fokus främst på gällande rätt (*de lege lata*), vilket i analysen kompletteras med diskussion kring framtidens arbetsrätt (*de lege ferenda*). Som ovan nämnts har jag valt att inte djupare redogöra för innehåll och betydelse av de folkrättsliga regleringar som finns på området, utan jag fokuserar i denna uppsats på rättsligt bindande bestämmelser. Därmed inte sagt att dessa regleringar saknar vikt för arbetstagares förutsättningar till information och påverkan, endast att en närmare undersökning av dem inte låter sig göras med traditionell juridisk metod då deras värde som rättskälla är lågt.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort beskrivning av utvecklingen mot en ökad bolagisering och hur det har hanterats internationellt och inom den europeiska gemenskapen. Detta följs av begreppsbeskrivning i det andra kapitlet av de för denna uppsats mest grundläggande begreppen; arbetsgivare, koncern och bolagisering. Kapitel tre behandlar de grundläggande förutsättningarna för bolagisering, vilket är arbetsgivarens arbetslednings- och arbetsfördelningsrätt. I kapitel fyra beskrivs de tänkbara skyddsregler för arbetstagarinflytande som skulle kunna vara aktuella vid en bolagisering, och deras tillämpning i koncern- och bolagiseringssammanhang. Därefter presenteras i kapitel fem alternativ till det formella arbetsgivarbegreppet. Slutligen återfinns i sjätte kapitlet en analys ur arbetstagarorganisationers, arbetsgivares, den enskilde arbetstagarens, och arbetsmarknadens parter perspektiv samt en diskussion kring framtidens reglering.

2 Bolagisering – sammanhang och begrepp

2.1 Bolagisering – ett globalt fenomen

Det har under flera decennier pågått en utveckling där företag väljer att bolagisera sin verksamhets olika enheter, en åtgärd som kan få långtgående konsekvenser för den enskilde arbetstagaren. Arbetsrätten är utformad efter en modell och i en tid då alla arbetsgivarfunktioner var koncentrerade till ett och samma bolag. Det finns dock många arbetstagare i dagens Sverige som snarare lever i en verklighet där arbetsgivarfunktionerna är delade mellan flera bolag, där moderbolag fattar de egentliga besluten, och där det dotterbolag de är anställda i fungerar som ett verkställande organ. Nilsen kommenterar problemet med koncerner och arbetsrätten på detta vis:

Den balance mellem rettigheder og pligter, den arbejdsretlige regulering skaber i arbejdsforhold, der er organiseret efter en topartsmodel, kan herved forrykkes, og indholdet af gældende ret kan blive usikkert.⁴

Idag finns också ett stort antal multinationella koncerner. Regler som är tänkta att ge arbetstagarna insyn i det beslutsfattande organet, exempelvis LSA, är dock inte tillämpliga på dessa i de fall moderbolaget inte är svenskt.⁵ Det är inte ovanligt att dessa företag ingår så kallade *Global Framework Agreements* med internationella arbetstagarorganisationer kring socialt ansvar och inför större omstruktureringar. *Codes of Conduct*, som blir allt vanligare bland multinationella koncernföretag, reglerar ofta arbetstagares rättigheter även i förhållande till koncernen, och kan ge rätt till exempelvis information och samråd.⁶ Men dessa koder och avtal har ofta ingen motsvarighet i nationell rätt, där koncerner sällan förekommer som ett ansvarssubjekt i arbetsrättsliga lagar, och möjligheten att driva igenom dem från arbetstagarorganisationernas sida är därför ofta obetydliga. Enligt vissa forskare finns en risk att koderna försvagar arbetsskyddet, och att de, för att förhindra detta, bör kompletteras med nationella och gemenskapsrättsliga bestämmelser.⁷ Problem uppstår nämligen om dessa koder inte efterlevs, eftersom möjligheterna att genomdriva dem rättsligt kan vara begränsade.⁸ För arbetstagarorganisationer finns möjlighet att uppnå medbestämmande genom nationella kollektivavtal, vilket är ett avtal vars upprätthållande kan krävas i domstol.⁹

⁴ Nielsen, R., *Koncernarbejdsret*, s 17.

⁵ 2 § 2 st. LSA.

⁶ Sobczak, A., *Codes of Conduct in Subcontracting Networks: A Labour Law Perspective*, s 225.

⁷ Sobczak, A., s 228.

⁸ Se vidare Nielsen, R., s 102ff.

⁹ 1 kap. 1 § 1 st. LRA.

Det finns även folkrättsliga överenskommelser och resolutioner som ger riktlinjer för hur multinationella företag bör uppträda. I ILOs deklARATION från 2006 framgår bland annat att multinationella företag inte ska ha sämre villkor för arbetstagares möjlighet till påverkan och information än andra arbetstagare har i de respektive länder de har sin verksamhet, och att arbetstagare i multinationella företag har rätt att organisera sig.¹⁰ OECD har en deklARATION med motsvarande innehåll.¹¹ Också FN har fastslagit vissa principer med målet att de ska efterlevas av alla bolag i hela världen. Förutom respekt för mänskliga rättigheter ställs krav på att företagen ska respektera rätten för arbetstagare att organisera sig och förhandla.¹²

Även EU har uppmärksammat de nya bolagsstrukturernas påverkan på arbetsrätten, och bland annat infört direktiv som ska säkerställa rätt till information och förhandling i företag med verksamhet i flera länder i unionen.¹³ Det har också exempelvis givits möjlighet att grunda så kallade SE-bolag, vilka består av flera bolag från olika medlemsstater, och för dessa koncerner finns uttryckliga regler om arbetstagarinflytande.¹⁴

2.2 Centrala begrepp

2.2.1 Arbetsgivarbegreppet

Det svenska arbetsgivarbegreppet är ett grundläggande begrepp för denna uppsats, eftersom de flesta av de arbetsrättsliga skyddsregler som blir aktuella vid en omgripande förändring av verksamheten är knutna till avtalet mellan de båda parterna arbetstagare och arbetsgivare. Grundförutsättningen för att ett avtal ska definieras som ett anställningsavtal är just att det är ett avtal som ingåtts mellan en arbetstagare och en arbetsgivare.¹⁵

En arbetsgivare kan antingen vara en fysisk eller en juridisk person. Genom detta påverkas arbetsrätten av associationsrättsliga bestämmelser, eftersom det är de som avgör vad som är en juridisk person. Exempelvis utgör inte ett enkelt bolag eller en koncern juridiska personer, och kan därmed, enligt det formella arbetsgivarbegreppet, inte ha rollen som arbetsgivare.¹⁶

Utvecklingen mot allt större företag har inte bara lett till en uppdelning mellan ägar- och arbetsgivarfunktionen, utan även att de olika arbetsgivarfunktionerna i många företag splittras och fördelas på skilda enheter inom

¹⁰ Punkt 41f, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 2006. (härefter ILOs deklARATION 2006)

¹¹ *OECDs riktlinjer för multinationella företag*, 2000, kap IV.

¹² Detta är princip nummer 3. Se vidare om FNs *Global Compact* och de tio principerna på <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>.

¹³ Se den svenska implementeringen av Rådets direktiv 94/45/EG av den 22 september 1994 om inrättandet av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare i Lag (1996:359) om europeiska företagsråd.

¹⁴ Se vidare Lag 2004:559 om arbetstagarinflytande i europabolag, och prop. 2003/04:122 *Arbetstagarinflytande i europabolag*.

¹⁵ Adlercreutz, A., *Svensk arbetsrätt*, s 13.

¹⁶ Bruun, N. mfl, s 37.

organisationen.¹⁷ Arbetsgivarfunktionerna finns inte uttryckta i lag, men har diskuterats och arbetats fram i doktrin och praxis, främst i samband med avvägningar mellan begreppen arbetstagare och uppdragstagare.¹⁸ Då arbetsgivarbegreppet i många fall kan bestämmas negativt, blir dessa diskussioner aktuella även för gränsdragning mellan arbetsgivare och uppdragsgivare, och ger därmed också indirekt förutsättningar för att kunna utkristallisera arbetsgivarens funktioner. En grundläggande definition är att arbetsgivaren är den som leder och fördelar arbetet och betalar ut lön.¹⁹ Glavå har gjort en sammanställning av ytterligare faktorer som domstolarna brukar använda sig av i sin avvägning mellan arbetstagare och uppdragstagare. Vem som leder och fördelar arbetet återfinns som viktiga faktorer, men domstolarna tar också hänsyn till hur ersättning betalas, avtalsförhållandets längd och om den arbetspresterande parten under avtalsförhållandet även har andra arbetsgivare.²⁰

Det är i många fall tillräckligt att använda den negativt bestämda definitionen av arbetsgivarbegreppet på individnivå, det vill säga att arbetsgivaren utgör arbetstagarens motpart i anställningsförhållandet.²¹ Genom bestämmelsen i LAS som ställer krav på att ett anställningsavtal, som bland annat anger vem som är arbetsgivare, ska överlämnas till arbetstagaren inom en månad från påbörjad anställning, läggs ett tydligt informationsansvar på arbetsgivaren gentemot den enskilde arbetstagaren.²²

En arbetsgivare är inte helt fristående, utan kan påverkas arbetsrättsligt av andra bolag och förhållanden i koncernen. Exempelvis kan en formell arbetsgivares situation påverkas av anställningsskyddsreglerna vad gäller regler om rätt för arbetstagaren att tillgodoräkna sig anställningstid inom en hel koncern.²³

Även inom den kollektiva arbetsrätten figurerar begreppet arbetsgivare. Ytterligare parter omfattas, vilket kan göra det mer komplicerat att identifiera arbetsgivare på den kollektiva nivån. Ett exempel på detta är uppdragstagare som kan jämföras med arbetstagare, vilka omfattas av MBL. I de fallen omfattas också uppdragsgivaren av begreppet arbetsgivare i MBL.²⁴ Ett annat exempel är att MBL ger kollektiva rättigheter gentemot "arbetsgivaren" medan LSA ger rättigheter gentemot "företaget".²⁵

Flodgren menar att arbetsgivarbegreppet på kollektiv nivå är ett funktions- och maktbegrepp, snarare än en definition av arbetstagarens motpart i anställningsförhållandet, men påpekar samtidigt det är anställningsavtalet som är utgångspunkten och grunden för de kollektiva rättigheterna.²⁶

¹⁷ Adlercreutz, A., s 151.

¹⁸ Se t ex AD 1988 nr 38, AD 1989 nr 91.

¹⁹ AD 1984 nr 141.

²⁰ Se vidare Glavå, M., *Arbetsrätt*, s 78f. och för en utförligare redogörelse Adlercreutz, A., s 151ff.

²¹ AD 1984:14, Flodgren, B., *Det lokala facket och medbestämmandet*, s 70ff.

²² Se 6c§ LAS, som är en implementering av Rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.

²³ 3 § LAS, se även Glavå, M., s 82.

²⁴ 1 § 2 st. MBL.

²⁵ 1§ LSA, 1§ MBL, se vidare Eklund, R., *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, s 44.

²⁶ Flodgren B., s 68 och se även Glavå, M., s 82.

En företagare kan dock vara en arbetsgivare enligt den kollektiva arbetsrätten, utan att något anställningsavtal existerar, om ett kollektivavtal har tecknats med en facklig organisation.²⁷

Avsaknaden av ett enhetligt arbetsgivarbegrepp i svensk arbetsrätt kan i vissa situationer skapa svårigheter att i det enskilda fallet avgöra vilka frågor som informations- och förhandlingsrätten omfattar. Varje lag måste studeras för sig.²⁸

2.2.2 Koncernbegreppet

Det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet ligger till viss del till grund för koncernbegreppsbedömningen inom arbetsrätten genom kopplingen mellan 2 § 2st LSA och 1 kap 11 och 12 §§ ABL. LSA återkoppar även till koncerndefinitioner inom andra delar av associationsrätten.²⁹

ABLs koncernbegrepp förutsätter ett moderbolag i form av ett aktiebolag med möjlighet till bestämmande inflytande över en annan juridisk person, antingen genom ägande eller via avtal med andra ägare, som då utgör ett dotterbolag.³⁰ De associationsrättsliga koncernreglerna har tillkommit för att skydda aktieägarnas och dotterbolagens fordringsägares intressen.³¹

Som ovan framgått är grunden för arbetsrätten avtalet mellan arbetsgivare och arbetstagare, och koncernbegreppet blir bara väsentligt i undantagsfall. Det krävs att det uttryckligen anges för att regler ska bli tillämpliga i koncerner.³² En sådan regel finns kring rätt till styrelserepresentation för privatanställda i LSA. Lagens tillämplighet förutsätter att de båda bolagen uppfyller ABLs kriterier, samt att de båda är *svenska* juridiska personer, vilket gör att kretsen som omfattas av koncernbegreppet är betydligt snävare än den som omfattas av ABL.³³ Men koncerner med utländska moderbolag kan fortfarande påverkas av arbetsrättsliga bestämmelser, eftersom deras dotterbolag är svenska arbetsgivare.

I gemenskapsrättsliga sammanhang har koncernbegreppet definierats i form av definition av *kontrollerande företag*, vilka är företag som kan utöva bestämmande inflytande över ett annat, kontrollerat, företag.³⁴ I direktivets ingress framgår att begreppsdefinitionen endast gäller just detta direktiv. Detta är för att tydliggöra att detta inte ska ses som en generell definition av kontrollerande företag, och att det senare ska vara möjligt att använda sig av andra definitioner, inom exempelvis associationsrätten, i andra rättsakter.³⁵

²⁷ SOU 1994:141 s 86, jmf AD 1974 nr 16. Vissa regler i MBL är dock knutna till anställningsavtalet, se vidare Schmidt, F. 1997, *Facklig arbetsrätt.*, s 32.

²⁸ Bruun, N mfl, s 36, Flodgren, B., s 70.

²⁹ Se 2 § 2st LSA.

³⁰ 1 kap 11 § ABL. Se vidare Nerep, E. och Samuelsson, P., *Aktiebolagslagen – en lagkommentar*, 58ff.

³¹ Bruun, N., s 31.

³² Bruun., N, s 35. Jämför 3 § 1 st. 1 p. LAS.

³³ 2 § 2 st. LSA.

³⁴ Artikel 3 rådets direktiv (94/45/EG med ändring 97/74/EG) om *inrättandet av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare.*

³⁵ Nielsen, R., s 23. I 4 § Lag (2008:9) om arbetstagares medverkan vid gränsoverskridande fusioner hänvisas dock till den definition av kontrollerande företag som finns i den svenska lagen om (1996:359) om europeiska företagsråd.

Inte heller inom folkrätten finns det något generellt definierat koncernbegrepp, eller en klar definition av multinationella företag.³⁶

2.2.3 Bolagisering

Bolagisering innebär att ett moderbolag genomför en omstrukturering, och i samband med denna delar upp sin verksamhet i flera olika dotterbolag.³⁷ Genom ett sådant agerande försvinner arbetsgivaransvaret för den tidigare arbetsgivaren i samband med att verksamhet och anställningar övergår till de nyskapade bolagen. I vissa fall upphör den tidigare arbetsgivaren helt att existera, eller har inte längre några egna anställda.

Vid en verksamhetsövergång följer, enligt huvudregeln i MBL, ett existerande kollektivavtal med och binder den nye arbetsgivaren genom sin reglering av dennes relationer och förpliktelser gentemot de anställda.³⁸ Den gamle arbetsgivaren kan säga upp kollektivavtalet innan överlåtelsen, men den nye är bunden att tillämpa avtalet i minst ett år.³⁹ Arbetstagarparten har möjlighet att säga upp avtalet inom en månad efter att underrättelse om övergång har skett.⁴⁰ Förarbetena poängterar dock att även om kollektivavtalet upphör att gälla genom uppsägning, är den nye arbetsgivaren fortfarande bunden av anställningsvillkoren detta innehöll. En situation då uppsägning av kollektivavtalet skulle innebära oreglerade anställningsvillkor ansågs strida mot direktivsbestämmelserna.⁴¹ Bestämmelsen i 28 § MBL är dispositiv, och parterna kan om de önskar förhandla fram en annan lösning genom kollektivavtal, så länge de inte strider mot bestämmelserna i överlåtelsedirektivet.⁴²

Det är inte enbart följderna *efter* en verksamhetsöverlåtelse som är av betydelse för arbetstagaren. I en bolagiseringssituation kan det vara minst lika viktigt för arbetstagaren att kunna påverka före och under själva bolagiseringen. Vid splittring av ett dotterbolag till flera kan det vara av stor vikt i vilket bolag en arbetstagarare slutligen blir anställd, inte minst i fall då vissa delar av verksamheten genom en bolagisering ”avstyckas” för att sedan säljas eller avvecklas.

Arbetstagarorganisationernas möjligheter att påverka, genom till exempel rätten till information och förhandling är knutna till arbetsgivaren. Ett moderbolag som väljer att överlåta ett dotterbolag är endast förhandlingsskyldig gentemot sina egna arbetstagarare.⁴³ I de fall då detta i praktiken fungerar som en osjälvständig marionett med moderbolaget som rycker i trådarna blir påverkansmöjligheterna kraftigt begränsade. Då besluten formellt fattas av

³⁶ Nielsen, R., s 27. Se även punkt 6, ILOs deklARATION 2006 där organisationen fastslår att en definition inte är nödvändig eller önskvärd med hänsyn till deklARATIONENS syfte.

³⁷ Bolagisering är enligt Eklund ”ett typfall på ombildning av rörelse”, se Eklund, R., s 109.

³⁸ Se 28 § MBL.

³⁹ 28 § 1 st 3 st MBL. AD 2000 nr 8.

⁴⁰ 28 § 2 st. MBL.

⁴¹ Prop. 1994/95:102 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*, s 57. Se även rådets direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarars rättigheter vid övergång av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

⁴² 4 § 2 st. MBL. Se även kapitel 4.6.

⁴³ Olason, E. och Holke, D., *Medbestämmandelagen med kommentar*, s 24.

dotterbolaget finns dess skyldigheter till information och förhandling gentemot arbetstagarorganisationerna kvar. Underlåtenhet att informera och förhandla inför en omvandling av verksamheten ger rätt till skadestånd i efterhand, men kan aldrig påverka själva bolagiseringen.

3 Arbetets ledning och fördelning

Den rättsliga utgångspunkten i svensk arbetsrätt är att arbetsgivaren har rätt att leda och fördela arbetet i sitt företag. Arbetstagarorganisationer har genom MBL fått rätt till bland annat information och förhandling, men om parterna inte kommer överens är det arbetsgivaren som har sista ordet och kan välja den väg hon själv föredrar. Arbetsledningsrätten grundar sig i en över ett sekel gammal överenskommelse mellan SAF och LO, vilken utgjorde en del i det avtal som erkände arbetstagares föreningsrätt. De första uttryckliga arbetsledningsreglerna utformades på så sätt genom kollektivavtal, och arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet har senare bekräftats av AD.⁴⁴ Arbetsgivarens bestämmanderätt i detta avseende var från början i princip oinskränkt.⁴⁵

Lednings- och fördelningsrätten innebär idag att arbetsgivaren ofta fritt kan bestämma vilken arbetstagare som ska utföra vilka arbetsuppgifter inom verksamheten. Det krävs dock ofta förhandling innan beslutet får fattas.⁴⁶ Det finns även en rätt för arbetstagaren att fritt bestämma hur den egna verksamheten ska vara organiserad, exempelvis om bolaget ska bestå av ett bolag med flera avdelningar eller om det ska vara en koncern med juridiskt självständiga bolag. I och med Sveriges EU-medlemskap har också medborgare från andra länder rätt att fritt etablera sig och organisera sin verksamhet, enligt vår nationella rätt.⁴⁷

De betydande rättigheter som arbetsgivaren har att omplacera personal hör samman med arbetstagares omfattande arbetskyldighet. En arbetstagarens *arbetskyldighet* är i svensk rätt i regel är lika vidsträckt som kollektivavtalets tillämpningsområde. AD har slagit fast att arbetskyldigheten omfattar arbete ”i naturligt samband” med arbetsgivarens verksamhet som omfattas av arbetstagarens ”allmänna yrkeskvalifikationer”.⁴⁸ Stora förändringar av en arbetstagares tjänst är därmed tillåtna. Dock är en arbetstagare aldrig skyldig att utföra arbetsuppgifter som strider mot lag och god sed. Sådan arbetsledning kan ge rätt till skadestånd.⁴⁹

För arbetstagare som inte är medlemmar i någon arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtal, sker avgränsningen av arbetskyldigheten med hjälp av det personliga anställningsavtalet som kan kompletteras med regler från det kollektivavtal arbetsgivaren är bunden av, eller med branschpraxis.⁵⁰ Arbetskyldigheten och omplaceringsrätten gäller även vid en kortare visstidsanställning. Ett illustrerande exempel på detta är AD 2003 nr 20 där en arbetstagare, som inte var medlem i någon arbetstagarorganisation, hade fått en tidsbegränsad anställning som vikarierande skolbusschaufför

⁴⁴ Se vidare Adlercreutz, A., s 153.

⁴⁵ Den så kallade decemberkompromissen, se vidare Adlercreutz, A., s 18.

⁴⁶ 10-13 §§ MBL. Glavå, M., s 311.

⁴⁷ Artikel 43 EG-fördraget (även kallat Romfördraget). Se vidare Nielsen, R., s 63.

⁴⁸ AD 1929 nr 29. (Detta är den så kallade 29/29-principen.)

⁴⁹ Adlercreutz, A., s 159.

⁵⁰ Adlercreutz, A., s 158f.

för en tid av drygt en månad. Efter två och en halv vecka blev hon omplacerad och fick arbeta som skolvaktmästare resterande tid. Detta ansågs vara en arbetsuppgift som låg inom ramen för hennes arbetskyldighet. AD menade att arbetstagarens individuella anställningsavtal skulle utgöra grund för bedömningen utfyllt med de regler som gällde enligt det lokala kollektivavtalet. I det avtalet framgick att en busschaufför kan anvisas vaktmästarsysslor då skolan inte bedriver undervisning, och därför inte behöver några transporter. AD lade vidare vikt vid att andra chaufförer ibland tjänstgjorde som vaktmästare vid lov och snöoväder, samt att arbetstagaren fått behålla sin lön. Slutligen konstaterar domstolen att arbetsuppgifterna omfattats av hennes yrkeskvalifikationer, och att den korta tid då hon placerats att arbeta som vaktmästare därmed utgjorde en situation som omfattades av hennes arbetskyldighet.

För en arbetstagare som inte är medlem i kollektivavtalsbärande organisation gäller arbetskyldighet för de nya uppgifterna till dess att tvisten avgjorts. Skulle arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen som har tecknat kollektivavtal vara oense kring om en uppgift omfattas av arbetskyldigheten, och därmed om en person kan omplaceras, är det arbetstagarorganisationens uppfattning som gäller till dess att frågan avgjorts. Undantag får dock göras om arbetsgivaren har synnerliga skäl mot att arbetet skjuts upp. Synnerliga skäl anses föreligga om arbetsplatsens säkerhet, väsentligt samhällsintresse eller liknande riskeras om arbetet inte blir gjort.⁵¹ Det är upp till organisationen att bevisa att det föreligger en rättstvist kring en medlems arbetskyldighet. De måste också stödja den anställde i tvisten för att reglerna om tolkningsföreträde ska bli tillämpliga.⁵² Ett förbigående av arbetstagarorganisationen i en sådan situation kan leda till skadestånd enligt 58 § MBL. Om facket saknar fog för sin inställning när de utövar tolkningsföreträde, i frågor om arbetskyldighetens omfattning, riskerar de skadestånd.⁵³ Om arbetstagaren vägrar utföra en viss uppgift kan denne ytterst riskera uppsägning.⁵⁴ Detta gäller dock inte om de nya uppgifterna är olagliga, omoraliska eller hälsofarliga.⁵⁵

Dessa regler medför att arbetsgivaren inom sin verksamhet efter eget tycke kan omplacera arbetstagare, så länge de nya uppgifterna faller inom arbetskyldigheten. Den rättsliga utgångspunkten är att arbetsgivares omplaceringsbeslut i regel inte kan prövas av domstolen.⁵⁶ Därmed kan arbetsgivaren välja vilka arbetstagare som ska utföra vilka uppgifter och inför en bolagisering besluta vilka arbetstagare som ska placeras i vilket bolag. Det finns dock gränser för hur ingripande en omplacering får vara. Om det faller utanför arbetskyldigheten anses det utgöra en uppsägning eller avsked och omfattas av bestämmelserna i LAS.⁵⁷

Men det finns möjlighet till undantag från huvudregeln om arbetsgivarens ensidiga bestämmanderätt innanför arbetskyldighetens gränser. Ar-

⁵¹ 34 § 1-2 st. MBL. Prop. 1975/76:105, s 398.

⁵² AD 1986 nr 96, AD 1998 nr 61.

⁵³ 57 § MBL. Med detta menas att de varit medvetna, eller borde varit medvetna om att det inte förelåg rätt till veto, prop. 1975/76:105, s 318.

⁵⁴ Se till exempel AD 1978 nr 117.

⁵⁵ Adlercreutz, A., s 159.

⁵⁶ AD 1998 nr 150.

⁵⁷ Glavå, M., s 444.

betsgivaren och arbetstagarorganisationen, med vilken kollektivavtal om löner med mera har tecknats, kan sluta ett medbestämmandeavtal. Ett medbestämmandeavtal kan innebära en avtalad inskränkning i arbetsgivarens beslutanderätt till förmån för inflytande för arbetstagarorganisationens representanter.⁵⁸

Det finns i vissa fall även möjlighet att rättsligt pröva en omplacering som till sin natur ligger inom arbetsskyldigheten och arbetsgivarens beslutanderätt. Detta framgår av det så kallade *Bastubadarmålet* i vilket domstolen uttalade att det i dessa fall är önskvärt och befogat att begränsa tillåtligheten av omplaceringen.⁵⁹ En prövning förutsätter att omplaceringen görs av personliga skäl och medför skillnader i arbetsuppgifter så markanta att den anses få särskilt ingripande verkningar. Målet rörde en situation då en person omplacerats på grund av personliga skäl, efter att denne badat bastu under arbetstid, från en ansvarsfull tjänst till en okvalificerad tjänst med lägre lön. AD har tillämpat denna så kallade bastubadarprincip restriktivt.⁶⁰

AD 1983:110 rörde en arbetstagarare som sagts upp efter att han tackat nej till omplacering till två olika, båda mindre kvalificerade, tjänster med lägre lön vid en arbetsbristsituation. Det fanns tjänster mer likvärdiga med arbetstagararens tidigare befattning. Domstolen lade stor vikt vid att anledningen till att arbetstagararen inte erbjudits en bättre tjänst vid omplaceringen på grund av arbetsbrist varit att han enligt företagets uppfattning arbetat för långsamt. AD menar att den uppsägning som följde på att arbetstagararen tackat nej till de mer okvalificerade tjänsterna varit i strid med LAS värderingar. Domen kan tolkas så att det även går att pröva särskilt ingripande omplaceringar av verksamhetsskäl, och att turordningsregler alltså bör följas även när det gäller särskilt ingripande omplaceringar i en arbetsbristsituation.⁶¹

Gränser för rätten till omplacering ställs vidare upp av lagstiftaren i form av tvingande rättsregler som återfinns utanför LAS, nämligen inom diskrimineringslagstiftningen.⁶² Denna mer individuellt anpassade form av arbetsrättslig lagstiftning kan hindra en omplacering som annars hade varit tillåten både enligt LAS och av de fackliga företrädare som eventuellt har medbestämmanderätt. Det är som utgångspunkt förbjudet att diskriminera en arbetstagarare på grund av exempelvis dennes religiösa tro eller kön, men lagarna innehåller också en undantagsklausul som tillåter diskriminering när verksamheten eller arbetets natur kräver en viss trosuppfattning eller ett visst kön.⁶³ Om den som anser sig ha blivit diskriminerad kan visa på omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering förekommit,

⁵⁸ Se vidare kapitel 4.4.

⁵⁹ AD 1978:89.

⁶⁰ Glavå, M., s 450.

⁶¹ Jämför Glavå, M., s 451.

⁶² Se till exempel: 16 § 1 st. 6 p. FLL, 10 § 1 st. 6 p. Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, 17 § 1 st. 6 p. JämL.

⁶³ I sammanhanget bör dock påpekas att en betydande omarbeting av diskrimineringslagstiftningen med syftet att stifta en ny lag som ska omfatta sju diskrimineringsgrunder. Den nya diskrimineringslagen är tänkt att träda ikraft 1 januari 2009. Se vidare prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*.

läggs hela bevisbördan över på arbetsgivaren som då har att visa att så inte varit fallet.⁶⁴

Om det vid en bolagisering blir aktuellt med uppsägningar måste hänsyn tas till reglerna om kollektiva uppsägningar. Dessa grundar sig i direktivsbestämmelser som syftar till att ge de anställda rätt till information och förhandling i samband med att ett visst antal arbetstagare sägs upp av verksamhetsskäl.⁶⁵ För företag som bedriver verksamhet i Sverige ställs krav på arbetsgivaren att, vid uppsägningar av mer än 5 personer, varsla Arbetsförmedlingen minst 2 månader före driftsinskränkningen. Är det fler arbetstagare som sägs upp ställer lagen krav på att varslat kommer tidigare.⁶⁶ Liksom vid vanliga uppsägningar av verksamhetsskäl måste arbetsgivaren initiera förhandling enligt reglerna i MBL.⁶⁷

Turordning och omplacering för de som sägs upp bestäms för varje företag och varje driftsenhet för sig, om inget annat är överenskommet genom avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagarorganisation. Om arbetstagarorganisationen kräver det kan dock arbetstagare vid olika driftsenheter på samma ort ha en gemensam turordningslista.⁶⁸ Dotterbolag utgör arbetsgivare, och gränsen går vid respektive bolags gräns, varvid övriga koncernbolag är inte aktuella i sammanhanget.⁶⁹ En arbetsgivare som har maximalt tio anställda får behålla två av dessa som inte hamnar på turordningslistan, om hon bedömer att de är av särskild vikt för företagets framtid.⁷⁰

Ytterligare en begränsning i arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet i samband med en bolagisering är reglerna om rätt till återanställning. Vid en nyanställning har tidigare arbetstagare företrädesrätt till de anställningar som aktualiseras.⁷¹ Arbetsgivaren kan dock välja att under företrädesrättstiden hyra in annan personal.⁷² I domarna 2003 nr 4 och 2007 nr 72 har AD konstaterat att anlåtande av tidigare uppsagd personal via en uthyrningsfirma, för att klara en tillfällig produktionsökning, i sig inte är otillåtet. Arbetsgivaren kan med andra ord säga upp personal för att sedan hyra in dem via ett bemanningsföretag. Men ett sådant agerande kan i vissa fall vara att anse som ett otillåtet kringgående av LAS. Ur domarna kan man utläsa att så är fallet om det är fråga om situationer där det föreligger ett permanent arbetskraftbehov redan vid uppsägningstidpunkten och att arbetsgivaren på ett otillbörligt sätt samarbetar med uthyrningsföretaget för att kunna välja vilka arbetstagare han vill behålla. Det måste med andra ord finnas ett kringgåendesyfte för att inhyrningen ska vara otillåten. För arbetstagare som säger upp sig gäller att de inte får hyras ut till den tidigare arbetsgivaren förrän tidigast efter sex månader.⁷³ Anställningstiden från

⁶⁴ Se till exempel 45a §, JämL.

⁶⁵ Rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

⁶⁶ Lag (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder.

⁶⁷ Se 11 §, 13 § 2 st., 15 §§ MBL.

⁶⁸ 2 §, 22 § 3 st. LAS.

⁶⁹ AD 1987 nr 91.

⁷⁰ 22 § 2 st. LAS.

⁷¹ 25 § 2 st 3 men LAS. Se vidare kapitel 4.6.

⁷² Med de begränsningar som ges i 38-40 §§ MBL. Se kapitel 4.3.

⁷³ 4 § 2 st. Lag (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. Denna regel har tillkommit för att förhindra ”oönskad rekryteringsverksamhet från

tidigare arbetsgivaren får till-godöräknas även efter en verksamhetsövergång.⁷⁴

Sammanfattningsvis kan sägas att utgångspunkten till stor del fortfarande är att arbetsgivaren fritt kan leda och fördela arbetet i sin verksamhet, om det inte gäller särskilt ingripande omplaceringar, eller vidtagande av diskriminerande åtgärder. Nedan följer en mer utförlig redogörelse för de skyddsregler som ovan nämnts samt övriga regleringar som skulle kunna vara aktuella vid en bolagisering och de eventuella förutsättningar för tillämplighet i en koncern eller bolagiseringssituation som finns.

uthyrningsföretagets sida” prop. 1992/93:218 om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet, s 31.

⁷⁴ 3 § 1 st. 2p. LAS.

4 Arbetstagarinflytande i gällande rätt

4.1 Information

Syftet med informationsrätten är att ge arbetstagarna möjligheter att få tillgång till de uppgifter och de fakta som ligger till grund för arbetsgivarens beslut. Utan möjlighet att ta del av dessa uppgifter hamnar arbetstagarna i en klart sämre förhandlingsposition, eftersom det är svårt att lägga fram förslag på alternativa lösningar om man inte har bakgrundsbild eller fakta klart för sig. Det finns med andra ord ett skyddsintresse för arbetstagarinflytandet bakom regleringen om rätt till information i MBL.⁷⁵

Enligt 19 § MBL är arbetsgivaren skyldig att informera de avtalsbärande arbetstagarorganisationerna. Bestämmelsen är semidispositiv, och avvikelser kan därför göras i kollektivavtal, så länge det inte strider mot gemenskapsrätten.⁷⁶ Denna bestämmelse har dock inte ansetts tillräcklig för att Sverige ska uppfylla de krav som ställs av EUs informations- och samrådsdirektiv, eftersom den inte ställer krav på information och samråd i alla företag,⁷⁷ det vill säga även de som inte är kollektivavtalsanslutna.⁷⁸ Därför infördes 19a §, som stadgar att en arbetsgivare som inte är bunden av något kollektivavtal är skyldig att fullgöra informationsplikt, motsvarande den som gäller enligt 19 §, gentemot samtliga arbetstagarorganisationer som har medlemmar anställda hos arbetsgivaren. Detta innebär att informationsrätten för en arbetstagarorganisation som inte har tecknat kollektivavtal med en viss arbetsgivare blir beroende av om denne slutit ett kollektivavtal med en annan organisation eller inte.

Informationen som ges enligt 19a § ska vara så omfattande och utförlig att en obunden arbetstagarorganisation ska kunna bedöma när det är aktuellt att kräva förhandling enligt 10 § MBL.⁷⁹ Något krav på arbetsgivaren att kalla till förhandling inför viktigare förändringar, motsvarande det enligt 11 §, finns dock inte enligt 19a §. Flera tunga remissinstanser menade att direktivet ställde ett sådant krav, men regeringen tolkade det annorlunda.⁸⁰ Kraven på att arbetstagarna ska vara organiserade i en arbetstagarorganisation innebär i praktiken inget annat än att det ska finnas en förening med en styrelse och stadgar.⁸¹ EG-domstolen har inte prövat paragrafens överens-

⁷⁵Schmidt, F. 1997, s 170f.

⁷⁶4 § 2 st. MBL.

⁷⁷Jämför artikel 4, *Rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen*. Vissa undantag finns, men är inte av vikt för denna framställning.

⁷⁸Prop. 2004/05:148 *Utvidgad rätt till information för arbetstagarorganisationer*, s 13 ff.

⁷⁹Prop. 2004/05:148, s 19.

⁸⁰Se de refererade kommentarerna från exempelvis AD och lagrådet i prop. 2004/05:148, s 18, i vilka det framkommer att dessa remissinstanser ansett att det troligtvis krävs samrådsskyldighet för att uppfylla direktivets krav, och därför att enbart informationsskyldighet inte är tillräckligt.

⁸¹Prop. 1975/76:105, s 219.

stämmelse med gemenskapsrätten. Det är generellt inte helt okomplicerat att implementera de gemenskapsrättsliga reglerna på arbetsrättens område, då dessa utgår från den enskilde arbetstagarens rättigheter och inte, som den svenska arbetsrätten, från kollektivet. Gemenskapsrätten är till stor del uppbyggd kring individuella rättigheter och förutsätter därför ofta lagstiftning, vilket också det känns ovant för svensk arbetsrätt som till stor del bygger på avtal.⁸² För att uppfylla de krav som ställs från gemenskapen har diverse lagändringar gjorts, som exempelvis den i 19a § MBL, och vissa regler har också gjorts semidispositiva med en EG-spärr så att man inte kollektivavtalsvägen kan kringgå gemenskapsrätten.⁸³

Enligt förarbetena har arbetstagarorganisationen rätt att ta del av den information om faktiska förhållanden som den anser behövs.⁸⁴ Information får dock inte utkrävas för "ovidkommande syften".⁸⁵ Tanken är att den information som lämnas främst ska utgöra generell information om produktionens och ekonomins utveckling och personalpolitikens riktlinjer snarare än enstaka händelser eller beslut. Arbetstagarorganisationen har ingen rätt att utkräva information för att få underlag i avtals- och tvisteförhandlingar.⁸⁶ I 18 § finns en editionsplikt som ger förhandlingsmotparten rätt att ta del av åberopade handlingar. Den gäller till den del de har betydelse för förhandlingen.⁸⁷ Detta gäller alla som har förhandlingsrätt enligt 10 § MBL, det vill säga även icke-avtalsbundna arbetstagarorganisationer. Denna rätt är ömsesidig, och därför kan även arbetsgivaren kräva att utfå handlingar enligt 18 §. Framtagandet av informationen ska bekostas av arbetsgivaren.⁸⁸

Med tanke på att det ofta rör känslig information har det i förarbetena angivits situationer och förhållanden som informationsrätten inte omfattar, vilket till exempel är privata förhållanden, jäv och företagshemligheter vid anbudssituationer. Uppräkningen är dock inte uttömmande.⁸⁹

Uppgifter kring ett företags utveckling, ekonomiska situation och personalpolitik är ofta hemlig, och riskerar att medföra allvarliga konsekvenser för verksamheten om de hamnar i orätta händer. Därför är kravet på information förenat med en möjlighet för arbetsgivaren att kräva förhandling om tystnadsplikt av mottagaren.⁹⁰ Dock får en arbetstagarrepresentant alltid föra informationen vidare till andra ledamöter i klubbstyrelsen, som då också omfattas av tystnadsplikten. Den som bryter mot tystnadsplikten riskerar skadestånd.⁹¹ Röjer någon hemlig information som kan medföra skada för

⁸² 4 § 2 st. MBL. Nyström, B., s 63.

⁸³ Rönmar, M., *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, s 54f.

⁸⁴ 19 § 1 st. 2 p. MBL. Prop. 1974/75:105 *Lag om medbestämmande i arbetslivet*, s 235f.

⁸⁵ Prop. 1974/74:105, s 236.

⁸⁶ 19 § 1 st. MBL. Prop. 1974/75:105 s 236. Se även domen i AD 1981 nr 166, vilken senare har bekräftats i bland annat AD 1989 nr 94. Se även Adlercreutz, A., s 172, Schmidt, F. 1997, s 171ff.

⁸⁷ AD 1977 nr 194.

⁸⁸ Schmidt, F. 1997, s 171.

⁸⁹ Schmidt, F. 1997, s 173f.

⁹⁰ 21 § 1 st. MBL. Om parterna inte kommer överens kan frågan avgöras av domstol. I avvaktan på avgörande råder då tystnadsplikt. Detta gäller dock inte om kravet är obefogat och om arbetsgivaren borde ha insett det. Se 21 § 2-3 st. MBL.

⁹¹ 22, 56 §§ MBL.

företaget kan det även vara fråga om företagsspioneri, vilket är ett brott som kan ge fängelse eller böter.⁹²

Informationsskyldigheten är knuten till *arbetsgivaren*.⁹³ I en koncern innebär detta, som ovan konstaterats, att det bolag i vilket arbetstagaren är anställd utgör arbetsgivare. Ett dotterbolag är dock skyldighet att informera både om företagets situation, och om beslut fattade av moderbolaget som kan påverka utvecklingen i det egna bolaget.⁹⁴ Att beslut och riktlinjer i praktiken behandlas ”över huvudet” på dotterbolaget påverkar med andra ord inte informationsskyldigheten, och är ingen ursäkt för att inte informera. Skyldigheten förutsätter dock att dotterbolaget självt haft tillgång till informationen.⁹⁵ Ett bolag som underlåter att informera sanktioneras med skadestånd.⁹⁶

I en bolagiseringssituation kommer informationsreglerna att träda tillbaka till förmån för den primära förhandlingsskyldigheten i 11 § MBL. Detta eftersom bolagisering utgör en viktigare förändring av verksamheten, och då information och förhandlingsskyldigheterna enligt ADs praxis inte kan åberopas parallellt.⁹⁷ I ett inledande bolagiseringsskede kan det dock vara väldigt viktigt för arbetstagarorganisationen att kunna ta del av information som tyder på att en bolagisering kommer att genomföras, framförallt i situationer då det finns planer på att sälja eller avveckla ett eller flera av de nyskapade bolagen.

Hos arbetsgivare som inte har tecknat kollektivavtal gäller kravet att påkalla primärförhandling enbart om bolagiseringen medför uppsägningar, vilket gör 19a § till en viktig väg för arbetstagarorganisationer att få inblick i organisationen och uppgifter om utveckling och ekonomin kan då vara väsentligt för att kunna ana en framtida bolagisering.

4.2 Förhandling

Rätt till förhandling med arbetsgivaren innan denne fattar beslut är en viktig möjlighet för en arbetstagarorganisation att kunna påverka. I svensk arbetsrätt återfinns regler om förhandling i 11-13 §§ MBL. Syftet med en vidsträckt förhandlingsrätt, kombinerad med stor frihet att teckna kollektivavtal, är att ge arbetstagarna större insyn i och inflytande på verksamheten.⁹⁸ Förhandlingsskyldighet föreligger både inför vissa beslut som rör verksamheten, men även vissa beslut kring arbetstagares anställning och villkor. Då denna uppsats rör bolagiseringsproblematik, som faller in under den första kategorin, kommer förhandlingsrätt kring anställning och villkor inte att behandlas här.

De arbetsgivare som har tecknat kollektivavtal är skyldiga att initiera förhandling och att förhandla med den organisation de avtalat med, inför

⁹² 1, 3 §§ Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

⁹³ 19-19a §§ MBL. Även uppdragsgivare omfattas i vissa fall, se ovan under arbetsgivarbegreppet.

⁹⁴ Prop. 1975/76:105 s 366.

⁹⁵ Prop. 1975/76:105, s 236, 366.

⁹⁶ 54 § MBL.

⁹⁷ Se bla AD 1978 nr 56 och AD 1978 nr 110.

⁹⁸ Prop. 1975/76:105, s 209f.

beslut som innebär viktigare förändringar av verksamheten. Enligt förarbetena innebär detta att arbetsgivaren är förhandlingsskyldig kring alla beslut som en fackförening typiskt sett borde vilja förhandla om, dock inte rena rutinbeslut.⁹⁹ Dessa regler är, liksom informationsregleringen, möjliga att förhandla fram en alternativ utformning av i ett kollektivavtal så länge gemenskapsregleringens bestämmelser uppfylls.¹⁰⁰ Är arbetsgivaren bunden av kollektivavtal med fler än en arbetstagarorganisation är han skyldig att påkalla förhandling med samtliga, även om de inte direkt berörs av förändringen.¹⁰¹ För att reellt inflytande ska kunna uppnås ställs kravet att förhandlingen ska påbörjas *innan* beslutet fattas. En arbetsgivare som inte påkallat förhandling i tid riskerar skadestånd.¹⁰² Av domskälen i AD 1986 nr 53 framgår att beslut anses vara fattat exempelvis då avtal som är en del av verkställigheten ingåtts.

I en extrem situation, om *synnerliga skäl* föreligger, får arbetsgivaren fatta och verkställa ett beslut innan förhandlingsskyldigheten fullgjorts.¹⁰³ Regleringen påverkar dock inte arbetsgivarens rätt att självständigt fatta det beslut denne finner lämpligast, utan ställer enbart krav på att förhandla om det innan.

En arbetsgivare som inte är bunden av något kollektivavtal är skyldig att initiera förhandling med samtliga arbetstagarorganisationer vid uppsägningar på grund av en verksamhetsövergång.¹⁰⁴ Skyldigheten gäller de organisationer som har minst en medlem anställd hos arbetsgivaren, och som skulle påverkas av en eventuell verksamhetsövergång.¹⁰⁵ Detta är en regel som tillkommit för att uppfylla de krav som ställs i direktiv 2001/23/EG.¹⁰⁶ Om avtalslösheten bara är tillfällig ska förhandling ske med den eller de organisationer som arbetsgivaren brukar teckna kollektivavtal med.¹⁰⁷

Den arbetsgivare som underlåter att förhandla, eller fattar beslut innan förhandling, trots att det inte föreligger synnerliga skäl, riskerar att bli skadeståndsskyldig.¹⁰⁸

Rätten till förhandling enligt MBL är knuten till arbetsgivaren.¹⁰⁹ I en koncern där moderbolagen fattar de egentliga besluten finns ingen rätt för arbetstagarorganisationer att förhandla med detta. Motparten i förhandlingarna riskerar därför att bli ett maktlöst dotterbolag, som i praktiken inte har något annat alternativ än att implementera moderbolagets beslut.¹¹⁰ För att markera att arbetstagarorganisationen har rätt till verklig förhandling även i sådana situationer, har man i förarbetena klargjort att det fortfarande före-

⁹⁹ Prop. 1975/76:105, s 353.

¹⁰⁰ 4 § 2 st MBL.

¹⁰¹ AD 2007 nr 98.

¹⁰² 54 § MBL.

¹⁰³ 11 § 2 st. MBL. Det kan exempelvis röra sig om situationer med tidsnöd som inte arbetsgivaren kan lastas för. Se vidare prop. 1975/69:105, s 358.

¹⁰⁴ 13 § 2 st. MBL.

¹⁰⁵ 10, 13 §§ MBL.

¹⁰⁶ Prop. 1994/95:102, s 59f.

¹⁰⁷ 13 § 2 st, 5 § 2 st MBL.

¹⁰⁸ 54-55 §§ MBL.

¹⁰⁹ 11, 13 §§ MBL. Prop. 1975/76:105, s 353.

¹¹⁰ Olauson, E., Holke, D., s 97f.

ligger förhandlingsskyldighet i dotterbolaget innan formellt beslut fattas. Arbetstagarorganisationen har rätt att ta del i och förhandla kring det planeringsarbete som föregår beslutet.¹¹¹ Om dotterbolaget inte förhandlar innan det fattar det formella beslutet kan det bli skadeståndsskyldigt, oavsett moderbolaget i praktiken inte givit något handlingsutrymme för dotterbolaget.¹¹²

I en bolagiseringssituation föreligger förhandlingsskyldighet, antingen gentemot kollektivavtalsbärande fackförening, eller de organisationer som har medlemmar som kan komma att beröras på arbetsplatsen, om arbetsgivaren inte har tecknat något kollektivavtal. Detta eftersom en sådan omstrukturering är en viktigare förändring av verksamheten, och även faller in under begreppet verksamhetsöverlåtelse.¹¹³ I alla de fall när lagstiftningen medför att den eller de kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationerna har ensamrätt vad gäller arbetstagarinflytande, måste de se till samtliga arbetstgares intressen, och inte bara sina egna medlemmars.¹¹⁴

En omstrukturering av verksamheten i form av bolagisering kan i vissa fall även innebära personalminskningar. I det sammanhanget uppstår även frågor om turordning och omplacering, och arbetstagarorganisationens möjligheter att påverka detta genom förhandlingar med arbetsgivaren.¹¹⁵

4.3 Förhandlingar före utlämnande av arbete

Arbetsgivare är skyldiga att på eget initiativ förhandla med arbetstagarorganisation som de står i kollektivavtalsförhållande till innan de beslutar att låta annan än anställd utföra arbete åt bolaget. Reglerna kan dock avtalas bort genom kollektivavtal.¹¹⁶ Syftet med reglerna är att, med hjälp av arbetstagarorganisationernas kontroll, motverka att arbetsgivare bryter mot de lagar och regler som finns.¹¹⁷

Om arbetstagarorganisationen förklarar att de anser att anlita av annan arbetskraft än den egna inte uppfyller lagens eller kollektivavtalets krav, eller att det strider mot vad som är godtagbart inom avtalsområdet, får arbetsgivaren inte genomföra det.¹¹⁸ Vetot kan grunda sig på arbetsgivarens åsidosättande av olika typer av lagstiftning, och lagen har medvetet inte avgränsats på det området. Därför kan vetot omfatta agerande som strider mot regler vilka klassas som civilrätt, offentlig rätt eller straffrätt.¹¹⁹ Dock måste åsidosättandet ha ett samband med anlita av annan arbetskraft än den egna, och kan inte röra andra typer icke lagenliga åtgärder från arbetsgiva-

¹¹¹ Prop. 1975/76:105, s 353.

¹¹² 54-55 §§ MBL. Det har bekräftats i ADs praxis genom bland annat AD 1979 nr 1 och, vad gäller utländska moderbolag, AD 2003 nr 40.

¹¹³ 11 § 1 st., 13 § 2 st. MBL. Eklund, R., s 109.

¹¹⁴ Prop. 1975/76:105, s 219.

¹¹⁵ Se kapitel 3.

¹¹⁶ 4 § 2 st., 38-40 §§ MBL.

¹¹⁷ Schmidt, F. 1997, s 167f.

¹¹⁸ 39 § MBL.

¹¹⁹ Prop. 1975/76:105, s 316. Schmidt, F. 1997, s 168.

ren.¹²⁰ Att ett agerande strider mot vad som är allmänt godtaget måste avgöras utifrån hur förhållandena ser ut inom respektive bransch och vad arbetsmarknadens parter normalt accepterar.¹²¹ Reglerna utformades i en tid då arbetskraftsuthyrning inte var tillåten, och förarbetena ger därför lite vägledning idag. AD har, som ovan nämnts, uttalat att arbetskraftsinhyrning av tidigare anställd personal genom ett bemanningsföretag i sig inte är ett kringgående av lagstiftning.¹²²

Möjligheten att använda veto finns bara vid anlitan­de av arbetskraft för arbeten som omfattas av kollektivavtalet.¹²³ Dock kan det i frågor som inte faller inom det området fortfarande föreligga rätt till förhandling enligt 11 § MBL eller ett medbestämmandeavtal.¹²⁴ När en arbetstagarorganisation avgivit veto gäller detta till dess att arbetsgivaren kallar till ny förhandling i frågan.¹²⁵

Reglerna undantar uttryckligen specialistkunskapskrävande arbeten, eller fall då anlita­det uttryckligen godtagits av arbetstagarorganisationen i liknande situationer tidigare. Arbetsgivaren har även rätt att fatta och verkställa ett beslut utan att förhandla om det finns synnerliga skäl för det. Begreppet synnerliga skäl motsvarar vad som gäller enligt 11 § 2 st. MBL, exempelvis kan det föreligga synnerliga skäl när ett agerande krävs för att upprätthålla säkerheten på arbetsplatsen.¹²⁶ I situationer där arbetsgivaren faktiskt inte har alternativet att anställa någon, på grund av att det saknas arbetssökande, får veto inte användas.¹²⁷

Om reglerna inte efterföljs riskerar arbetsgivaren skadestånd. Det gäller även en arbetstagarorganisation som avgivit en vetoförklaring på felaktig grund, och därmed saknat fog för en sådan bedömning.¹²⁸

En bolagisering kan medföra att tillämpning av reglerna om förhandlingar före utlämnande av arbete blir aktuellt. De kan inte minst komma att spela roll efter en bolagisering, om arbetsgivaren exempelvis väljer att hyra in tidigare anställd personal. Reglerna är knutna till förhållandet mellan arbetsgivare och kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisation, vilket innebär att de inte är tillämpliga gentemot annat bolag i en koncern.¹²⁹

4.4 Medbestämmande

MBL har få materiella regler om medbestämmande, eftersom det är tänkt att dessa ska utformas i kollektivavtal mellan parterna. För att uppmuntra detta infördes 32 § i lagen som stadgar att medbestämmandeavtal bör slutas mellan parter, som redan har tecknat kollektivavtal om lön och anställningsvill-

¹²⁰ AD 1983 nr 2.

¹²¹ Prop. 1975/75:105, s 400.

¹²² AD 2003 nr 4 och AD 2007 nr 72. Se kapitel 3.

¹²³ Schmidt, F. 1997, s 168.

¹²⁴ Prop. 1975/76:105, s 311.

¹²⁵ Prop. 1975/76:105, s 401.

¹²⁶ 38 § MBL. Prop. 1975/76:105, s 396. Schmidt, F. 1997, s 164, 169.

¹²⁷ Prop. 1975/76:105, s 401.

¹²⁸ 40, 54-55 §§ MBL. Se exempelvis AD 1978 nr 109, AD 2003 nr 4, men även 2006 nr 43 där arbetstagarorganisationen inte ansågs ha gjort en tillräckligt kvalificerad felbedömning för att bli skadeståndsskyldiga.

¹²⁹ Prop. 1975/76:105, s 397.

kor, på arbetstagarorganisations begäran. Avtalet kan se ut på olika sätt, och kan till exempel vara ett justerat protokoll. Det måste dock alltid finnas en avtalsavsikt hos båda parterna, och det räcker därför inte med att de yttre kraven på parter, skriftlighet och de villkor det omfattar uppfyllts.¹³⁰ Syftet med avtalen är att stärka arbetstagaridans inflytande och uppmuntra till förhandling innan eller då en tvist uppstår.¹³¹ De frågor som kan avtalas om via 32 § är sådana där arbetsgivaren traditionellt haft ensam bestämmanderätt efter att kollektivavtal slutits om löner och anställningsvillkor, nämligen de företagsledande frågorna, arbetsledningsfrågorna och ingående och avslutande av anställningsavtal.¹³²

Medbestämmandeavtal kan avse allt som faller inom området för vad som i MBL betecknas som medbestämmande och som grundar sig i relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare. Det kan innebära allt från rätt till viss information till rent självbestämmande i vissa frågor. Formerna för det i avtalen reglerade medbestämmandet är upp till parterna själva att bestämma och kan till exempel innebära förhandlingsrätt eller vetorätt i vissa frågor eller att vissa beslut ska behandlas av partsammansatta organ.¹³³

Det finns dock gränser för hur långt medbestämmandet kan gå, gränser som sätts av associationsrättens tvingande regler om vem som ska fatta, och därmed även ansvara för, olika beslut i företaget. Beslutsbefogenheter kan i vissa fall överföras till exempelvis partsammansatta organ, men möjligheten begränsas av andra lagar som utgör *lex specialis* och därmed har företräde framför MBL.¹³⁴ Adlercreutz uttrycker det som att verkställigheten av beslut och dess medföljande ansvar aldrig kan flyttas från de organ associationsrätten pekar ut, men att det interna beslutsfattandet kan det.¹³⁵

Arbetsgivaren har även en ”stopningsmöjlighet” vad gäller beslut som han är förpliktigad att genomföra enligt avtal grundade på MBL, om det strider mot till exempel de associationsrättsliga reglerna. Detta ger en rätt att vägra att verkställa olagliga beslut, utan att riskera skadestånd för avtalsbrottet.¹³⁶ Stopningsrätten får naturligtvis inte missbrukas av arbetsgivaren, och kan inte heller göra själva medbestämmandet ogiltigt.¹³⁷

För att regeln i 32 § ska få genomslag och styrka finns vad som kallas för *kvarlevande stridsrätt* i MBL. Den kvarlevande stridsrätten innebär att trots att ett kollektivavtal, som medför fredsplikt, slutits mellan parterna, kvarstår en stridsrätt kring medbestämmandeavtalsfrågorna om dessa inte reglerats i avtal, trots att någon av parterna begärt det. Regeln är ömsesidig, men det ligger främst i arbetstagarpartens intresse att sluta ett avtal om medbestämmande i dessa frågor, som annars kan avgöras självständigt av arbetsgivaren.¹³⁸ Det ger arbetstagaridans större möjligheter att driva igenom avtal om

¹³⁰ 23 § MBL. Se även AD 2008 nr 9 och prop.1975/76:105, s 372f.

¹³¹ Prop. 1974/75:105, s 269.

¹³² 32 § MBL. Prop. 1974/74:105, s 242, 249, 382. Se även Adlercreuz, A., s 179 ff.

¹³³ För exempel på vilka frågor där avtal om medbestämmande kan vara möjligt se prop. 1974/75:105, s 383f.

¹³⁴ 3 §, 32 § 2 st. MBL.

¹³⁵ Adlercreuz, A., s 181.

¹³⁶ Prop. 1974/75:105 s 266. Adlercreuz, A., s 181.

¹³⁷ Bergqvist, O., Lunning, L. och Toijer, G., *Medbestämmandelagen – lagtext med kommentarer*, s 350f.

¹³⁸ 44 § MBL.

medbestämmande när de har möjlighet att vidta stridsåtgärder om ett sådant inte kommer till stånd.¹³⁹

Om det uppstår en tvist om tillämpning av föreskrift i ett medbestämmandeavtal, eller på grund av beslut som fattats med stöd i ett avtal som faller under 32 § MBL, har arbetstagarorganisationen tolkningsföreträdare till dess den är avgjord.¹⁴⁰ Detta får dock inte genomdrivas så att det medför att arbetsgivaren bryter mot lag som kan leda till att denne ådras sig rättsliga sanktioner. Ett missbruk av tolkningsföreträdet kan medföra skadeståndsskyldighet.¹⁴¹

Ett första exempel på ett medbestämmandeavtal är det så kallade utvecklingsavtalet, som ingicks år 1982 mellan SAF, LO och PTK. Avtalet reglerar vilka former av medbestämmande som är tillåtna att träffa lokal överenskommelse om och är ett ramavtal som anpassas efter de förutsättningar som ges inom respektive bransch och olika lokala förhållanden.¹⁴² Ett idag gällande medbestämmandeavtal är teknikföretagens utvecklingsavtal (härefter benämnt UVA).¹⁴³ Avtalet är baserat på det ursprungliga utvecklingsavtalet, men innehåller vissa förändringar. De former för medbestämmande som avtalet reglerar är MBL-förhandlingar, linjeförhandlingar, partsammansatta organ och projektmedverkan. Informationen som ges via dessa medbestämmandeformer ska som ett minimum motsvara den information som ska ges enligt 19 § MBL (se ovan).¹⁴⁴ Formerna ska anpassas efter varje arbetsplats lokala förhållanden.¹⁴⁵ De områden som avtalet omfattar är: arbetsorganisation, teknisk utveckling samt företagets ekonomi och resursfrågor.¹⁴⁶ I avtalet § 11 finns även regler som specifikt rör koncernförhållanden och förespråkar att medbestämmandeavtal sluts mellan koncernledning och arbetstagarorganisationer för att förhandling med moderbolaget inför viktigare förändringar i koncernen ska ske. Utländska moderbolag och arbetstagarorganisationer i utländska dotterbolag omfattas inte.¹⁴⁷

För så kallade europabolag (SE-bolag) finns en särskild lag som under vissa förutsättningar ger arbetstagarorganisationer rätt att delta med representanter i ett samrådsorgan som ska förhandla fram på vilket sätt arbetstagarinflytande ska ske. Lagen syftar till att implementera de bestämmelser som följer av direktiv 2001/86/EG om komplettering av stadgan för europabolag vad gäller arbetstagarinflytande. Ett avtal om hur arbetstagarinflytandet ska utformas i europabolaget är en förutsättning för att detta ska

¹³⁹ Adlercreuz, A., s 180.

¹⁴⁰ 33 § 1 st. MBL, Se vidare prop. 1974/75:105 s 386ff.

¹⁴¹ 57 § MBL. Enligt AD 1998 nr 33 krävs en ”kvalificerad missbedömning” av situationen för att part ska bli skadeståndsskyldig.

¹⁴² Se vidare Edström, Ö., *MBL och utvecklingsavtalet – Samverkansförhandlingar i företag*, s177.

¹⁴³ *Teknikföretagens Utvecklingsavtal 2007-2010*, mellan Teknikföretagen, IF Metall, Sif, Sveriges Ingenjörer, Ledarna.

¹⁴⁴ § 8 moment 1-2 UVA, samt kommentar till moment 1-2, s 16f.

¹⁴⁵ § 6 moment 1 UVA.

¹⁴⁶ § 2 moment 2 UVA, se vidare §§ 3-5 UVA.

¹⁴⁷ § 11 UVA samt kommentar till § 11. Se vidare Olauson, E., s 97f. Se även Edström, Ö., s 179f.

kunna bildas.¹⁴⁸ Arbetstagarnas representanter till det organ som ska förhandla fram formerna för medbestämmandet utses i Sverige av de fackföreningar som har tecknat kollektivavtal med bolaget, och om inget sådant avtal tecknats, av den arbetstagarorganisation som har flest anställda i verksamheten.¹⁴⁹

Även för europeiska koncerner som inte är registrerade som europabolag finns det bestämmelser om arbetstagarnas rätt till information och samråd.¹⁵⁰ Även denna lag har sin bakgrund i ett direktiv, nämligen direktiv 94/45/EG av den 22 september 1994 om inrättandet av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare.¹⁵¹ Lagen ger rätt till information kring om förutsättningarna för att inrätta ett råd är uppfyllda, en rättighet som ytterst ska uppfyllas av moderbolaget.¹⁵² Arbetsgivare och arbetstagarorganisation kan komma överens om en annan utformning av informationsbestämmelser om det görs i ett kollektivavtal som godkänts eller slutits centralt, och inte innebär sämre villkor för arbetstagarna.¹⁵³ Arbetstagarrepresentanter utses, precis som när det gäller europabolagen, i första hand av kollektivavtalsbärande organisation, och i annat fall av den organisation som har flest medlemmar.¹⁵⁴

Medbestämmandeavtal kan ge möjligheter för arbetstagarorganisationer att påverka beslut som fattas i en koncern, något som inte MBLs regler i övrigt möjliggör. Det har dock framförts att man kan läsa in ett *indirekt medbestämmande* i koncerner, eftersom dotterbolag har informations- och förhandlingsskyldighet angående ställningstaganden som görs och beslut som fattas av moderbolaget.¹⁵⁵ Ett medbestämmandeavtal kan ge möjlighet till direkt medbestämmande i koncerner om parterna så önskar. Vid en bolagisering kan detta innebära att arbetstagarrepresentanter från ett dotterbolag har möjlighet att föra fram åsikter och förhandla direkt med de som verkligt fattar det avgörande beslutet, något de inte har rätt till enligt MBL.

4.5 Representation

Det svenska arbetsrättsliga systemet innehåller, som ovan nämnts, få lagstiftade normer med materiellt innehåll kring medbestämmande. LSA är ett sällsynt exempel på sådan lagstiftning. Lagen ger kollektivavtalsbärande organisationer i företag över en viss storlek rätt till representation i bolagsstyrelsen. Att ha representanter i styrelsen är en frivillig och inte förhandlingsbar rättighet för arbetstagarorganisationen som lagstadsats med syftet att ge möjlighet att följa och påverka företagsledningsfrågor där besluten

¹⁴⁸ Lag (2004:559) om arbetstagarinflytande i europabolag. Förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag, artikel 12 punkt 2. Se vidare prop. 2003/04:122 *Arbetstagarinflytande i europabolag*, s 40f.

¹⁴⁹ 16-17 §§ Lag (2004:559) om arbetstagarinflytande i europabolag.

¹⁵⁰ Lag (1996:359) om europeiska företagsråd.

¹⁵¹ Se vidare prop. 1995/96:163 *Europeiska företagsråd*.

¹⁵² Mål C-349/01 *Anker*, punkt 56.

¹⁵³ 7 § Lag (1996:359) om europeiska företagsråd.

¹⁵⁴ 16 § Lag (1996:359) om europeiska företagsråd.

¹⁵⁵ Se bl. a. SOU 1994:141 *Medbestämmandelagens tillämpningsområde*, s 438f.

fattas.¹⁵⁶ Arbetstagarrepresentanterna ska vara i minoritet i bolagets styrelse.¹⁵⁷

Att vara styrelserepresentant är att vara en av ledamöterna i styrelsen, och en arbetstagarrepresentants rättsliga ställning är därför likvärdig med övriga ledamöters, och denne lyder under samma bestämmelser.¹⁵⁸ Det bör, men måste inte vara, en anställd vid företaget som representerar de anställda.¹⁵⁹ Regeln möjliggör representation i företag där kollektivavtal har tecknats, men där ingen av de anställda är medlem i någon arbetstagarorganisation.¹⁶⁰ En begränsning av möjligheten till att ha styrelserepresentanter som är verksamma i flera styrelser samtidigt ligger i att det i fall där det kan bli aktuellt krävs särskilt tillstånd från nämnden för styrelserepresentationsfrågor. Detta gäller dock inte i koncerner.¹⁶¹ Med uppdraget följer den allmänna skyldigheten att främja *företagets* intressen. Detta innebär att ledamoten inte kan agera uteslutande från arbetstagarorganisationens perspektiv, utan måste se till företagets bästa.¹⁶² Vad gäller jäv finns en bestämmelse i 14 § LSA som uttryckligen föreskriver att en arbetstagarledamot inte får delta i behandling av frågor där arbetstagarorganisationen har ett väsentligt intresse som kan strida mot företagets. Frågor om kollektivavtal och stridsåtgärder anges uttryckligen som sådana frågor. Det är dock tillåtet att delta i beslut som avser avtalsförhandlingar.¹⁶³

Många beslut är dock i praktiken redan fattade av beredande organ när förslagen singlar ner på styrelserummets glänsande mahognyskiva. För att arbetstagarrepresentanten ska få något verkligt inflytande, har i lagen intagits en rätt att delta även i styrelsens beredningsorgan.¹⁶⁴ Om företaget inte följer denna bestämmelse kan både ekonomiskt och allmänt skadestånd bli aktuellt.¹⁶⁵ Det finns även en generell rättighet för alla styrelseledamöter att delta i det förberedande arbetet, och att få ett bra beslutsunderlag.¹⁶⁶ Detta är straffsanktionerat och ett ignorera av regeln kan leda till böter eller högst ett års fängelse.¹⁶⁷

Undantag från rätten till styrelserepresentation finns, om det skulle medföra *väsentlig olägenhet* på grund av bestämmelser i exempelvis bolagsordningen som kräver en viss sammansättning, och det inte går att lösa problemet. Det kvarstår dock alltid en rätt till information och samråd, som då får

¹⁵⁶ 1 § LSA. (Prop. 1987/88:10 med förslag till lag om styrelserepresentation för de privatanställda, m.m., s 44.) Rätten gäller företag med, i genomsnitt, minst 25 anställda under det senaste räkenskapsåret, och två arbetstagarledamöter med suppleanter. I företag som i olika branscher sysselsatt minst 1000 personer har de anställda rätt till tre ledamöter.

Se 4 § LSA.

¹⁵⁷ 4 § 2 st. LSA.

¹⁵⁸ 11 § LSA.

¹⁵⁹ 9 § 1 st. LSA.

¹⁶⁰ Skog, R., *Rodhes Aktiebolagsrätt*, s 197, 199.

¹⁶¹ 9 § 2 st. LSA.

¹⁶² Prop. 1997/98:99 *Aktiebolagets organisation*, s 205. (Reglerna förändrades inte i och med nya ABL 2005, se prop. 2004/05:85 *Ny aktiebolagslag*, s 308.)

¹⁶³ Schmidt, F. 1997, s 138. Prop. 1986/87:10, s 62f.

¹⁶⁴ 13 § LSA. Prop. 1986/87:10 s 60f.

¹⁶⁵ 15 § LSA. Schmidt, F. 1997, s 138.

¹⁶⁶ 8 kap. 21 § 2 st ABL.

¹⁶⁷ 30 kap. 1 § 3-4p. ABL.

lösas på annat sätt.¹⁶⁸ Om en arbetsgivare bryter mot bestämmelserna om rätt till representation kan denne bli skadeståndsskyldig enligt 15 § LSA.

Liksom övriga ledamöter i styrelsen omfattas arbetstagarrepresentanten av tystnadsplikt angående uppgifter som kan skada företaget.¹⁶⁹ Till skillnad från information som delges enligt MBL finns det ingen rättighet enligt LSA att dela med sig av denna till klubbstyrelsen. Om känslig information som representanten tagit del av under sitt styrelseuppdrag förs vidare sanktioneras det med skadestånd. Även uppdrag i beredande organ omfattas av den tystnadsplikt som gäller övriga i det beredande organet.¹⁷⁰ Även det ekonomiska ansvaret som en styrelseledamot bär, med en inneboende risk att drabbas av ett skadestånd, medföljer liksom de begränsningar de allmänna jävsreglerna för styrelsemedlemmar uppställer.¹⁷¹

Rätten till representation i ett dotterbolags styrelse, och möjlighet att få ta del av information inför beslut, kan leda till en intressekonflikt mellan moderbolaget och arbetstagarrepresentanterna, eftersom dessa har rätt att delta i ett beslutsförfarande som tidigare kan ha varit helt styrt av moderbolaget, och där beslut endast formellt fattats av dotterbolaget. Lagens bestämmelser kan med andra ord leda till att ett dotterbolags styrelse blir mer självständig än vad koncernen avsett. Som ovan nämnts omfattar lagen endast koncerner med svenska moderbolag, och där kan möjligheten till inflytande i dotterbolags styrelse, och den ökande självständigheten för det bolaget som detta kan innebära, påverka koncernen genom en något mer begränsad möjlighet till centralstyrning.¹⁷²

Styrelserepresentation påverkas, som ovan konstaterats, av de aktiebolagsrättsliga reglerna, då arbetstagarrepresentanterna i princip omfattas av samma bestämmelser som övriga styrelseledamöter. Kritik riktades mot den bolagsstyrningskod som presenterades 2004 för att den inte i tillräcklig utsträckning tagit hänsyn till styrelserepresentationsreglerna. Bland annat ansågs kraven på oberoende och kunskap hos styrelseledamöter påverka arbetstagarorganisationernas möjligheter att fritt välja representanter från den lokala arbetsplatsen.¹⁷³

Viktigt i samband med koncerner är den rätt som lagen, under vissa förutsättningar, ger till representation även i moderbolagets styrelse.¹⁷⁴ Detta utgör ett särfall då lagstiftaren har valt att frångå arbetsgivaren som utgångspunkt, utan snarare ser koncernen som en enhet. Detta gäller endast

¹⁶⁸ 17 § LSA. Prop. 1986/87:10 s 87f.

¹⁶⁹ Tystnadsplikten är inte lagstadgad, utan grundar sig på allmänna grundsatser om sekretess i styrelse och beredningsorgan. Sekretessen är arbetstagarrepresentanten skyldig att efterleva i sin egenskap av ledamot. Se prop. 1986/87:10 s 66f. Se även kapitel 4.1 angående företagsspioneri.

¹⁷⁰ 15 § LSA.

¹⁷¹ Se 29 kap. 1 § 1 st., respektive 8 kap. 23 §.

¹⁷² Skog, R., s 274.

¹⁷³ SOU 2004:130 *Svensk kod för bolagsstyrning*. Lundberg, M. och Bruun, N., *Styrelserepresentation på undantag – Corporate Governance-debattens tysta reformprogram*, s 231.

¹⁷⁴ Kravet på i genomsnitt 25 sysselsatta under det senaste räkenskapsåret gäller då för koncernen i sin helhet, se 4 § 3 st. LSA. I prop. 1987/88:10, s 49, öppnas möjligheter för att genom avtal införa rätt till representation i så kallade 50/50-bolag, som inte omfattas av lagen 2 § 2 st. LSA som förutsätter ”bestämmande inflytande”.

svenska moderbolag.¹⁷⁵ Därmed blir de gemenskapsrättsliga etableringsfrihetsreglerna intressanta i detta sammanhang. EG-domstolen har konstaterat att en EU-medborgare har rätt att bilda bolag i vilken medlemsstat de föredrar, och att de sedan kan bedriva den egentliga verksamheten via filialer i andra länder.¹⁷⁶ Ett företag kan då medvetet välja bort styrelserepresentation genom att placera moderbolaget i ett land där representationsmöjligheter för de anställda inte ges. Detta är den generella tolkningen av regleringen i doktrinen.

Nielsen pekar dock på att det här finns en konflikt mellan associations- och arbetsrätt, i vilken det enligt henne inte alls är självklart att det är arbetsrätten och skyddet för arbetstagarnas inflytande som enligt gemenskapsrätten måste vika.¹⁷⁷ När grunden till en etablering i en annan medlemsstat än där den huvudsakliga verksamheten bedrivs är ett medvetet kringgående av nationella regler är det otillåtet enligt gemenskapsrätten. EG-domstolen har i de fall som prövats, vilka i huvudsak fokuserat på konflikt mellan gemenskapsrätten och de nationella associationsrättsliga regler, uttalat att varje fall av inskränkning i etableringsfriheten måste prövas för sig.¹⁷⁸ I *Überseering* anförde den tyska regeringen som ett av många argument skyddet för arbetstagarnas inflytande för att begränsa etableringsfriheten.¹⁷⁹ Domstolen menade att arbetstagar skyddet kan utgöra ett sådant intresse som kan motivera inskränkning av etableringsfriheten, men att den tyska åtgärden, att inte erkänna bolagets rättskapacitet, varit oproportionerlig.¹⁸⁰

Vid en bolagisering får en styrelserepresentant i moderbolaget direkt insyn. Observeras bör dock att denne då sitter i egenskap av styrelseledamot, och därför ska fatta beslut enligt företagets bästa, samt att denne kan vara förhindrad att föra vidare information på grund av tystnadsplikt.

4.6 Verksamhetsöverlåtelse

När en verksamhet, eller en del av denna, övergår till annan ägare finns ett lagligt anställningsskydd för de anställda som i samband med detta byter arbetsgivare till den nye ägaren. Det rättsliga skyddet är grundat i gemenskapsrätten¹⁸¹ och återfinns i den svenska lagstiftningen främst i 6b § och 7 § 3 st. LAS, samt 13 och 28 §§ MBL.

Skyddet innebär att en arbetsgivare inte får säga upp en arbetstagare enbart på grund av överlåtelsen. Arbetstagaren har rätt att välja om denne vill stanna kvar hos den tidigare arbetsgivaren, eller börja arbeta för den nye arbetsgivaren.¹⁸² Reglerna ger ett minimiskydd, och har ett delvis harmoniserande syfte med grund i den gemensamma marknadens intressen.

¹⁷⁵ 2 § 2st. LASA.

¹⁷⁶ Mål C-167/01 *Inspire Art Ltd*, punkt 137. C-212/97 *Centros*, punkt 27.

¹⁷⁷ Nielsen, R., s 67f.

¹⁷⁸ Mål C-212/97 *Centros*, punkt 24. Mål C-167/01 *Inspire Art Ltd*, punkt 136 och 143.

¹⁷⁹ Mål C-208/00 *Überseering*, punkt 89.

¹⁸⁰ Mål C-208/00 *Überseering*, punkt 92.

¹⁸¹ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

¹⁸² 6b §, 7 § 3st LAS. Se även prop. 1994/95:102 s 41ff.

Men de har också ett socialt skyddssyfte, som anses väga tyngre vid en intressekonflikt.¹⁸³ Förutom det individuella anställningsskyddet finns det även ett skydd i kollektivt avseende genom att kollektivavtalsbestämmelser inledningsvis får en fortsatt giltighet.¹⁸⁴ Så länge direktivets bestämmelser respekteras finns dock inget hinder för att kollektivavtalsvägen utforma andra bestämmelser än de som stadgas i 28 § MBL.¹⁸⁵

För att anställningsskyddet ska inträda måste vissa förutsättningar vara uppfyllda. Det måste röra en i lagens mening *ekonomisk enhet*, och denna måste överlätas genom *lagenlig överlåtelse* eller *fusion*.¹⁸⁶

Överlåtelse genom *lagenlig överlåtelse* definieras inte i direktivtexten, men ska enligt EG-domstolen tolkas vidsträckt.¹⁸⁷ Det behöver exempelvis inte röra sig om en överlåtelse genom ett avtal direkt mellan gammal och ny arbetsgivare. Bestämmelserna omfattar övergångar inom avtalsförhållanden, även indirekta sådana. Ett exempel på detta gav domstolen i *Temco* där det var fråga om ett byte av entreprenör som innebar att arbetstagarna hos den tidigare entreprenörens underentreprenör, som hade utfört arbetet hos uppdragsgivaren, omfattades av direktivets skyddsbestämmelser efter att en stor del av arbetstagarna sagts upp och sedan övertagits av den nya entreprenören. Domstolen ansåg att det rörde sig om en överlåtelse som omfattades av direktivet, eftersom de menade att det fanns en anknytning mellan uppdragsgivaren och underentreprenören.¹⁸⁸ Tillämpligheten förutsätter med andra ord inte att det är arbetsgivaren som för över verksamheten. Denna tolkning gör att konstruktioner med mellanmän för att kringgå regleringen inte kan användas.

En lagenlig överlåtelse innebär att arbetsgivaransvaret har gått över.¹⁸⁹ Direktivet är därför tillämpligt på exempelvis två dotterbolag i samma koncern, eftersom dessa utgör skilda rättssubjekt, och det därmed sker ett byte av arbetsgivare.¹⁹⁰ Överlåtelsereglererna täcker bolagisering eftersom det även då sker ett byte av arbetsgivare.¹⁹¹ En laglig överlåtelse kan även äga rum utan att det existerar ett avtalsförhållande mellan den som överför verksamheten och den tidigare arbetsgivaren, vilket bland annat visat sig i *Ny Mølle Kro*, där verksamheten återtog av ägaren efter ett avtalsbrott av entreprenören.¹⁹² Mulder menar att två frågor måste ställas för att avgöra om det är en lagenlig överlåtelse enligt direktivet:

*Föreligger det ett arbetsgivarbyte inom den avtalsenliga kontexten och föreligger det en avtalsenlig kontext vid arbetsgivarbyte?*¹⁹³

¹⁸³ 3f punkt i ingressen till direktiv 2001/23/EG. Se vidare Mulder, B. J., *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s 174, s 218. Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, 3 uppl., s 59.

¹⁸⁴ 28 § MBL.

¹⁸⁵ 4 § 2 st. MBL.

¹⁸⁶ 6b § 1 st. LAS, Artikel 1.1.a)-b) direktiv 2001/23/EG.

¹⁸⁷ Se Barnard, C., *EC Employment Law*, s 628f.

¹⁸⁸ Mål C-51/00*Temco*, punkterna 32-33. Se vidare Mulder, B. J., s 218ff.

¹⁸⁹ Mål 287/86 *Ny Mølle Kro*, punkterna 12f.

¹⁹⁰ C-234/98 *Allen* punkt 39.

¹⁹¹ Prop. 1994/95:102 s 64.

¹⁹² Mål 287/86 *Ny Mølle Kro*, punkt 12.

¹⁹³ Mulder, B. J., s 214.

Begreppet *fusion* definieras inte i direktivet och har ännu inte varit en fråga för EG-domstolen i samband med företagsöverlåtelsedirektivet. Men det anses att den definition som ges i det tredje bolagsdirektivet utan hinder kan användas.¹⁹⁴

Begreppet *ekonomisk enhet* återfinns inte i den svenska lagtexten, utan är ett förtydligande tillägg som gjorts i direktiv 2001/23/EG, som utgör en kodifiering av EG-domstolens praxis.¹⁹⁵ Enligt direktivet artikel 1.1.b) är en ekonomisk enhet en ”organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”. Vad detta i sin tur ska anses innebära, har lämnats till domstolen att avgöra. Den har prövat begreppet ekonomisk enhet i ett antal mål, och ur domarna kan utläsas att det finns krav på att enheten ska vara så organiserad och strukturerad att den i princip kan bedriva verksamheten av sig själv.¹⁹⁶

Det finns även ett krav på att den verksamhet som bedrivs ska fortsätta under och efter övergången, vilket dock inte ska ses som ett absolut hinder för reglernas tillämplighet. Detta eftersom det annars skulle vara mycket lätt att kringgå regleringen genom att tillfälligt upphöra med verksamheten under en övergångsperiod.¹⁹⁷ Verksamheten som sådan måste också vara av ett varaktigt slag, och det har exempelvis ansetts falla utanför verksamhetsöverlåtelsereglernas ramar när en övergång skett enbart för att färdigställa en viss entreprenad.¹⁹⁸ Detta har av EG-domstolen formulerats som att det ska vara en stabilt organiserad ekonomisk enhet, något som dock inte återfinns i direktiv 2001/23/EG.¹⁹⁹ I *Allen* uttalade domstolen att en ekonomisk enhet ”avser en organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas”.²⁰⁰ Kravet på att ekonomisk verksamhet ska kunna bedrivas medför dock inte ett krav på att denna ska bedrivas i ett vinstsyfte.²⁰¹ Mulder förtydligar och förklarar begreppet ekonomisk verksamhet med att ”det avses någon form av ekonomisk aktivitet, ekonomisk syssla eller ekonomisk funktion”.²⁰² Direktivets lydelse och EG-domstolens praxis ställer krav på att det ska röra sig om något mer än överförande av själva verksamheten för att en verksamhet ska anses gå över.²⁰³

I arbetskraftsbaserade verksamheter kan det räcka med ett övertagande av ett kollektiv av arbetstagare, så länge detta uppfyller kraven på stabil organisation, eftersom ett sådant övertagande medför att den nye arbetsgivaren kan fortsätta samma verksamhet.²⁰⁴ Det finns inte någon fast procentandel på hur stor del av arbetskraften som kan övertas utan att det faller in under

¹⁹⁴ Artikel 3 (1) och 4 (1) rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om fusioner av aktiebolagsdirektiv. Barnard, C., s 634f.

¹⁹⁵ Artikel 1.1.b) direktiv 2001/23/EG. Barnard, C., s644.

¹⁹⁶ Mulder, B. J., s 199.

¹⁹⁷ Mål 287/86 *Ny Mølle Kro*, punkterna 19, 22.

¹⁹⁸ Mål C-48/94 *Rygaard*, punkt 23.

¹⁹⁹ Mål C-48/94 *Rygaard*, punkt 20.

²⁰⁰ Mål C-234/98 *Allen*, punkt 39.

²⁰¹ Mulder, B. J., s 207 (särskilt fotnot 553).

²⁰² Mulder, B. J., s 205.

²⁰³ Artikel 1.1.b). Jämför även Mål C-48/94 *Rygaard*, punkt 20-22. Mål C-13/95 *Süzen*, punkt 15.

²⁰⁴ Mål C-13/95 *Süzen*, p 21. Mulder, B.J., s 197.

direktivet, det kan till och med vara tillämpligt om endast en arbetstagare överförs.²⁰⁵ Klart är också att det kan röra sig om en stabil ekonomisk enhet, även då mindre än hälften av arbetstagarna övertas av den nya arbetsgivaren.²⁰⁶ Detta begränsar arbetsgivarens möjligheter att förfoga över direktivets tillämplighet.²⁰⁷ Påpekas bör i detta sammanhang att konstruktionen där personalens övergång utgör både rättsfakta och rättsföljd kraftigt ifrågasatts.²⁰⁸

Ett nyckelkrav i samband med verksamhetsöverlåtelser är att den ekonomiska enheten ska *bibehålla sin identitet*.²⁰⁹ Detta är en del i den helhetsbedömning som ska göras för att avgöra om en transaktion omfattas av direktivet, och ersätter kravet på rättsligt samband. Kravet på bibehållen identitet har framarbetats i EU-domstolens praxis.²¹⁰ Grunden lades i *Spijkers*, som ger kriterier vilka är grunden för den helhetsbedömning som måste göras i varje enskilt fall.²¹¹ I korthet ställs krav på aktivitet i, fortsättning av, och hos den fortsättande verksamheten likhet med, den överförda verksamheten.²¹² Det är dock inte en förutsättning att arbetsuppgifterna är oförändrade efter övergången, och det är inte tillräckligt att endast arbetsuppgifterna övergår.²¹³ De kriterier som helhetsbedömningen ska utgå ifrån är:

1. arten av företag eller verksamhet,
2. frågan om företagets materiella tillgångar, såsom byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte,
3. värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelsetidpunkten,
4. om majoriteten av de anställda har tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte,
5. om kunderna har tagits över eller inte,
6. graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelserna, och
7. i förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere.²¹⁴

Den svenska regleringen ska tolkas i ljuset av gemenskapsrätten, och därför är de gemenskapsrättsliga bestämmelserna och EU-domstolens praxis av avgörande vikt för tillämpningen.²¹⁵ Ett exempel på när AD uttryckligen använder sig av ovan presenterade kriterier från *Spijkers* i sin bedömning av om överlåtelser som omfattas av 6b§ LAS ägt rum är AD 2002 nr 63.

²⁰⁵ Mål C-392/92 *Schmidt*, punkt 15.

²⁰⁶ Förenade målen C-171/94 och 172/94 *Merckx och Neuhuys*, punkt 26.

²⁰⁷ Mulder, B. J., s 270.

²⁰⁸ Se exempelvis Glavå, M., s 374, Mulder, B. J., s 169f.

²⁰⁹ Direktiv 2001/23, artikel 1.1.b).

²¹⁰ Mulder, B. J., s 255f.

²¹¹ Mål 24/85 *Spijkers*.

²¹² Se vidare Mulder, B. J., s 255ff.

²¹³ Mulder, B. J., s 192,195.

²¹⁴ Mål 24/85 *Spijkers*. Se även prop. 1994/95:102 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*, s 26.

²¹⁵ Prop. 1994/95:102, s 64f.

Direktivet ger ett minimiskydd som måste uppfyllas, men de nationella reglerna kan utöka detta. I svensk rätt har skyddet utökats genom att bestämmelserna, jämfört med direktivet, även omfattar sjöfart och en större andel av de anställda inom offentlig verksamhet.²¹⁶ Det svenska överlåtelsebegreppet i 6b § LAS inkluderar direktivets former för överlåtelse.²¹⁷ Att direktiv 2001/23/EG enligt lydelsen omfattar även del av företag, något som inte förts in i den svenska paragrafen, påverkar inte den svenska regelns överensstämmelse då det bara rör sig om ett förtydligande.²¹⁸ Agerande i strid mot anställningsskyddet vid överlåtelse kan leda till att den anställde får rätt till skadestånd och ersättning.²¹⁹

En del i det svenska anställningsskyddet är företrädesrätten till återanställning om man har blivit uppsagd. Om en arbetstagare vid en verksamhetsöverlåtelse sägs upp på grund av arbetsbrist hos den gamle arbetsgivaren har arbetstagaren återanställningsrätt hos den nye arbetsgivaren, om arbetstagaren inte motsatt sig att anställningen gått över, och om tiden för rätt till återanställning ännu inte löpt ut.²²⁰ Om en ny arbetsgivare vill undvika att återanställa en tidigare arbetstagare kan denne välja att hyra in arbetskraft under denna tid, men inte i form av ett otillåtet kringgående.²²¹

Förutom de individuella anställningsskyddsreglerna finns även kollektiva rättigheter som aktualiseras vid en verksamhetsöverlåtelse, utöver rätten till förhandling och information. Enligt huvudregeln i 28 § MBL gäller det kollektivavtal som slutits hos den gamle arbetsgivaren även hos den nye i minst ett år.²²² Avtalet kan dock sägas upp av arbetstagarpart eller överlåtaren.²²³ Om en arbetsgivare bortser från ett kollektivavtal som ska tillämpas enligt 28 § MBL, riskerar denne skadestånd.²²⁴

4.7 Sammanfattning

De svenska lagar och regler som ger arbetstagare rätt till inflytande grundar sig i de flesta fall på rättigheter och skyldigheter för den formella arbetsgivaren å ena sidan och arbetstagarorganisation å den andra. I och med att arbetsgivaren är det bolag där arbetstagaren har sin anställning sätts gränsen för arbetstagarinflytande i regel vid detta bolag, och i det fall det reella beslutsfattandet sker i ett annat bolag finns ingen lagstadgad möjlighet till förhandling med det beslutsfattande bolaget. De flesta regler ger dock endast rätt till information och förhandling, och inte till ett reellt medbestämmande.

För koncerner med svenska moderbolag över en viss storlek finns dock rätt till styrelsrepresentation. Detta innebär att arbetstagarrepresentanter får direkt insyn i och kan påverka de beslut som fattas i bolagets styrelse. I de

²¹⁶ 1 §, 7 § 2 st. LAS.

²¹⁷ Den svenska bestämmelsen är dock något mer omfattande, se prop. 1994/95:102, s 65.

²¹⁸ Jämför artikel 1.1.a) i direktivet med lydelsen i 6b § LAS. Mulder, B. J., s 209.

²¹⁹ 38 § LAS.

²²⁰ 25 § 2 st. 3 men. LAS.

²²¹ Se kapitel 3.

²²² 28 § 1,3 st. MBL. Detta är en minimigräns som gäller när den nya arbetsgivaren sedan innan har tecknat ett annat kollektivavtal med sina andra anställda. Om arbetsgivaren saknar annat kollektivavtal gäller inte ettårsregeln, se AD 2000 nr 8.

²²³ 28 § 2 st. MBL. Se även 2.2.3.

²²⁴ 54-55 §§ MBL.

gemensksrättsliga bolagsformerna, och i koncerner med dotterbolag över en viss storlek som driver verksamhet i olika gemensksrättsliga stater, finns rätt till information och förhandling för arbetstagarrepresentanter i förhållande till den centrala ledningen.

Lagar utgör endast en del av den svenska arbetsrätten, som till stor del baseras på överenskommelser mellan arbetstagarorganisationer och arbetsgivare. Genom regleringen i MBL har lagstiftaren givit möjlighet för dessa parter att avtalsvägen komma överens om mer långtgående rätt till medbestämmande över bolagsgränserna. Genom medbestämmandeavtal kan arbetstagarrepresentanter få rätt att bestämma i vissa frågor, och inflytande över bolagsgränserna.

Vid en bolagisering där arbetstagare byter arbetsgivare till ett nybildat dotterbolag ger verksamhetsöverlåtelse-reglerna rätt att stanna hos tidigare arbetsgivare. För att dessa regler ska fylla någon skyddande funktion krävs dock att den tidigare arbetsgivaren även fortsättningsvis bedriver verksamhet i vilken arbetstagare med de kvalifikationer den anställde har behövs. I annat fall kan arbetsgivaren säga upp denne på grund av arbetsbrist.

5 Alternativ till det formella arbetsgivarbegreppet

Som ovan konstaterats vilar den svenska arbetsrätten på en grund där arbetsgivaren har långtgående möjligheter att leda och fördela arbetet. Vid en bolagisering eller i en koncern kan detta inte sällan göras utan att det regelverk av medbestämmande och skyddsregler som normalt aktualiseras inför viktigare beslut i ett företag blir tillämpligt. Nyckeln till arbetstagarinflytande i dessa situationer är ett mer vidsträckt arbetsgivarbegrepp. I detta kapitel redogörs för vilka andra rättsliga konstruktioner som eventuellt skulle kunna vara aktuella inom svensk arbetsrätt vid sidan av eller som ett alternativ till utgångspunkten med den formella arbetsgivaren, samt hur lagstiftaren och domstolen förhåller sig till dessa.

I de koncerner där dotterbolagens beslutsfattande endast sker på ett formellt plan, och där det i praktiken är moderbolaget som styr, skulle det för arbetstagarna vara önskvärt om de påverkansmöjligheter den svenska lagstiftningen ger kunde gälla även gentemot moderbolaget. Inom associationsrätten finns det situationer då ett moderbolag kan göras ansvarigt för ett dotterbolags skulder, trots att detta utgör en egen juridisk person. Detta kallas *ansvarsgenombrott*, och förutsätter att det är moderbolagets agerande som har förorsakat den situation då dotterbolaget inte kan betala sina skulder.²²⁵ En liknande arbetsrättsrelaterad situation då ansvarsgenombrott hade kunnat bli aktuellt är i fall då de anställda inte får ut sin lön på grund av en konkurs hos ett dotterbolag där alla beslut fattats av moderbolaget. Detta är dock en arbetsgivarförpliktelse som staten ytterst svarar för genom lönegarantin, och frågan om ansvarsgenombrott för företaget i dess roll som arbetsgivare blir därför inte aktuell.²²⁶

Arbetsrättsliga ansvarsgenombrott där annan än den formelle arbetsgivaren åläggs ansvar förekommer, som ovan redovisats, inom arbetsrätten indirekt i de fall då dotterbolag blir skadeståndsskyldiga för att de exempelvis inte förhandlat inför ett beslut som fattats av moderbolaget.²²⁷ Dotterbolaget är med andra ord strikt ansvarigt för de beslut de genomför, oavsett om bolagets beslutsfattande i praktiken endast är en formalitet.²²⁸ Det är dock aldrig fråga om något verkligt ansvarsgenombrott, då ansvaret aldrig överflyttas från den formelle arbetsgivaren. Dotterbolaget är skyldigt att förhandla och att dela med sig av den information det har tillgång till. Det har ansetts att dotterbolaget har haft tillgång till information och varit tvunget att påkalla förhandling då dess styrelsemedlemmar, som även var firmatecknare, har haft det. Detta då beslutet fattats i moderbolaget, men officiellt ännu inte presenterats för dotterbolagets ledning.²²⁹

²²⁵ Jmf Bruun N., mfl, s 17.

²²⁶ 1 § Lönegarantilag (1992:497).

²²⁷ Se bland annat AD 1979 nr 1, AD s 2003 nr 40.

²²⁸ Jämför Norberg, P., *Arbetsrätt och konkurrensrätt: en normativ studie av motsättningarna mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, s 456.

²²⁹ AD 1978 nr 156.

Det finns undantagssituationer då arbetsgivaransvaret läggs på någon annan än den formelle arbetsgivaren, eller till och med delas mellan flera arbetsgivare. I några av dessa fall har den formelle arbetsgivaren ansetts vara en mellanman. Med det menas att denne åtagit sig ett arbete, men utöver sin egen arbetskraft dessutom tagit hjälp av någon annan, medhjälparen. Om mellanmannen är arbetstagare hos huvudmannen anses traditionellt huvudmannen som arbetsgivare även i förhållande till medhjälparen.²³⁰ Är mellanmannen självständig i förhållande till huvudmannen är rättsläget dock oklart.²³¹

Ett annat exempel på delat ansvar finns i arbetsmiljöregleringen. Enligt arbetsskyddsregleringen avgörs vem som är arbetsgivare, och därmed ansvarig för arbetsmiljön, efter vem som rent faktiskt leder och övervakar arbetet, och vem som kan påverka arbetsplatsens utformning. Detta slogs fast redan i NJA 1974 s 392, med hänvisning till att syftet bakom arbetsmiljölagstiftningen var att säkra arbetsmiljön och undvika olyckor. Att den som råder över arbetsplatsen svarar för arbetsmiljön följer också av dagens lagstiftning. Delas arbetsplatsen av flera delas även arbetsmiljöansvaret.²³²

Moderbolag kan göras ansvariga gentemot sina anställda för bristande förhandling inför utlämnande av arbete i fall då icke anställda anlitas av ett dotterbolag, men för moderbolagets räkning. I de fall detta har prövats har dotterbolagen varit kommissionärsbolag. Ett kommissionärsbolag är ett bolag som bedriver rörelse i eget namn, men som styrs av ett annat bolag och bedriver rörelsen för dess räkning. Det rör sig dock om en i lagens ögon självständig juridisk person.²³³ Arbetsdomstolen har i några fall valt att se igenom de formella konstruktionerna.

I AD 1979 nr 129 rörde tvisten kringgående av förhandlingsskyldigheten i 38 § MBL. Aktiebolaget Skånska Cementgjuteriet (SCG) var ett moderbolag som hade ett kommissionärsavtal med Stenbergs Elektriska Aktiebolag (Stenbergs). Båda dessa bolag var medlemmar i arbetsgivarorganisation och bundna av kollektivavtal. Tvisten uppstod i samband med att Stenbergs lånade in två montörer som sedan utförde arbete för SCGs räkning. Frågan var vem som var förhandlingsskyldig. Arbetstagarorganisationen menade att det i första hand låg på SCGs ansvar att förhandla inför anlitaandet, och att Stenbergs i annat fall borde ha initierat förhandling. Arbetsgivarparterna menade att förutsättningarna för att tillämpa 38 § inte fanns, eftersom det var olika parter som var arbetsgivare (SCG) respektive fattade beslutet (Stenbergs). AD avfärdade detta, och förhindrade därmed möjligheten att kringgå bestämmelsen genom att låta en annan fatta det formella beslutet om anlitaande, efter att först ha konstaterat att det arbete som utfördes för SCGs räkning omfattades av kollektivavtalet och att bolaget redan var arbetsgivare inom avtalsområdet. Förhandlingsskyldigheten motiveras slutligen med: ”I själva verket handlade Stenbergs för SCG:s räkning när beslutet om inlåningen träffades och SCG måste därför anses ha såväl intagit arbetsgivarställning som anlitat ej anställd arbetskraft.”

²³⁰ NJA 1911 s 375.

²³¹ Schmidt, F. 1994, *Löntagar rätt*, s 73ff.

²³² 3 kap. 6-7 §§, 8 kap. AML.

²³³ Se vidare Eklund, R., s 34f.

Nya arbetsrättskommittén kommenterade domen i AD 1979 nr 129 i sin MBL-utredning. De hänvisade till rättsfallet och menade att man vid tillämpning av 38 § MBL borde kunna se förbi den formella arbetsgivaren och ”utan hinder därav utkräva förhandlingsskyldighet av den som är den verkliga arbetsgivaren”, även i fall då syftet med koncernens utformning är ett annat än kringgående av 38-40 §§ MBL.²³⁴

Ytterligare ett fall där moderbolag ansågs vara arbetsgivare då ett kommissionsdotterbolag anlätande underentreprenör, utan att först förhandla enligt 38 § MBL, är AD 1982 nr 165. Samtliga arbetstagare i koncernen var i detta fall anställda i moderbolaget, som hade tre kommissionsbolag i olika städer. Moderbolaget ansågs förhandlingsskyldigt då det var bundet av ett kollektivavtal på vars avtalsområde det var arbetsgivare och då arbetet utfördes i dess verksamhet. Arbetsgivarens invändning att arbetstagarorganisationen som väckt talan inte hade några medlemmar lokalt i vare sig dotterbolaget eller moderbolaget, eller att arbetstagare i bolaget på den aktuella orten inte hade utfört kollektivavtalsomfattad verksamhet bemöter AD med att ”i denna fråga [skall] moder- och dotterbolaget ses som en enhet”. I sammanhanget hänvisas till AD 1979 nr 129, men domstolen kommenterade inte huruvida syftet med koncernens utformning varit ett kringgående.

Om AD hade kommit till en annan slutsats i de båda fallen hade det stått i strid med grundtanken bakom MBL. Observeras bör att dotterbolagen i dessa båda fall har varit helt osjälvständiga och inte haft några egna arbetstagare inom de aktuella yrkeskategorierna, och att de anställda som haft rätt till förhandling har varit anställda i moderbolaget. Hur långtgående slutsatser som går att dra av dessa båda domar från AD är dock oklart.²³⁵ Klart är dock att domarna förhindrade att reglerna om förhandling inför utlämnande av arbete blev helt tandlösa, eftersom det efter en annan utgång av tvisterna inte skulle krävas mer än att registrera ett dotterbolag för att gå runt dem.

Bruun med flera har hävdats att AD, med hänvisning till att grunderna för MBL i annat fall kringgås, torde kunna se igenom de associationsrättsliga strukturerna, till förmån för arbetstagarorganisationernas rätt till information och förhandling, i de fall då dotterbolaget inte fattar några egna beslut, utan enbart verkställer direktiv från moderbolaget. Detta inom ramen för gällande rätt.²³⁶ De menade också att lösningen med delat arbetsgivaransvar mellan moder- och dotterbolag utifrån de olika funktioner de fyller och efter vem som har den egentliga makten, kan vara tänkbar i vissa fall, men klargjorde samtidigt att utgångspunkten bör vara den formelle arbetsgivaren. Därmed öppnade de alltså upp för att ett synsätt med vilket arbetstagare skulle kunna ha olika arbetsgivare som tilldelas olika delar av arbetsgivaransvaret beroende på vad de faktiskt bestämmer över.²³⁷ Dessa resonemang fördes i början på nittioalet, ännu har inget sådant fall prövats i AD. Det krävs dock enligt min uppfattning en lagändring för att kunna göra moderbolaget förhandlingsskyldigt gentemot dotterbolagets anställda. De fall som presenterats ovan har rört moderbolagets förhandlingsskyldighet gentemot sina egna

²³⁴ SOU 1982:60 MBL i utveckling, s 172.

²³⁵ Se vidare Eklund, R., s 169 ff.

²³⁶ Bruun, N., mfl, s 17f.

²³⁷ Bruun, N. mfl, s 17ff.

anställda för en åtgärd det beslutat om, och därmed inte någon utökning av förhandlingsrätten till att omfatta annan än den formella arbetsgivaren.

Den svenska arbetsrätten har efter medlemskapet i den europeiska unionen, inte minst under de senaste åren, påverkats av de gemenskapsrättsliga direktiv och bestämmelser, som bland annat rör arbetstagares rätt till information och samråd. Vissa av dessa är uttryckligen tillämpliga i koncerner och ger då arbetstagarrepresentanter rätt att förhandla med den centrala ledningen.²³⁸ Ett av målen med direktivet om europeiska företagsråd i gemenskapsföretag är att centrala förhandlingar med arbetstagarrepresentanter ska leda till att arbetstagare behandlas lika oavsett i vilket EU-land de arbetar.²³⁹ Regleringen är ett exempel på hur man har valt att se förbi den enskilda arbetsgivaren i respektive medlemsstat och fokusera på att ge rättigheter för arbetstagarrepresentanter även mot koncernledningen. Utformningen av direktivets bestämmelser har ett nära samband med det inflytande över gemenskapens arbetsrätt som de kontinentala länderna, och däribland inte minst Tyskland, har haft.²⁴⁰ Den tyska arbetsrätten är uppbyggd kring två olika former av arbetstagarrepresentation, fackföreningar som förhandlar om lön och arbetsvillkor och företagsråd som genom arbetstagarinflytande arbetar för arbetstagarnas intressen.²⁴¹ Till exempel har direktivet om europeiska företagsråd i gemenskapsföretag ett innehåll som i stor utsträckning påminner om de tyska företagsråden.²⁴² Även tendenserna till att erkänna arbetstagares rättigheter i koncerner har sin motsvarighet i tysk rätt där organisationen snarare än geografien styr exempelvis turordningslistor vid uppsägningar.²⁴³ Gemenskapsregleringen har för svensk del främst inneburit rätt för icke kollektivavtalsbundna arbetstagarorganisationer till information och samråd i de fall som omfattas av direktiven. Men i gemenskapsrättsliga företag har rätten till information och samråd för arbetstagarorganisationer, vars arbetsgivare inte har tecknat kollektivavtal, givits möjlighet att förstärkas till att omfatta inte bara den formella arbetsgivaren utan även moderbolag.

Enligt Nielsen kan man även vad gäller kollektiva uppsägningar tolka gemenskapsrätten så att moderbolag har förhandlingsskyldighet när det i praktiken är de som fattar beslut som dotterbolagen sedan verkställer. Detta resonemang grundar hon på en tolkning av en dom mot Italien, i vilken domstolen konstaterat att direktivet om kollektiva uppsägningar omfattar alla arbetsgivare, samt hänvisar till ingressen, och menar att domen ger förutsättningar för en tolkning av gemenskapsrätten som gör att man kan lägga arbetsgivaransvaret på moderbolag.²⁴⁴ Det som sägs i det ingressuttalande hon hänvisar till är att ”det är viktigt att arbetstagare ges större skydd vid kollektiva uppsägningar, samtidigt som hänsyn måste tas till behovet av en välbalanserad ekonomisk och social utveckling inom gemenskapen.”²⁴⁵ Nil-

²³⁸ Till exempel artikel 6 i direktiv 94/45/EG (med ändringar 97/74/EG)..

²³⁹ Ingressen till direktiv 94/45/EG (med ändringar 97/74/EG).

²⁴⁰ Se sammanfattning om den kontinentala arbetsrätten i Nyström, B., s 61.

²⁴¹ Se vidare Rönmar, M., s 110ff.

²⁴² Direktiv 94/95/EG (med ändring 97/74/EG).

²⁴³ Rönmar, M., s 317f.

²⁴⁴ Nielsen, R., s 150. Mål C-32/02 *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, punkt 26.

²⁴⁵ Ingressen (2), direktiv 98/59/EG.

sen menar med andra ord att av den hänsyn till arbetstagare som ska visas följer att arbetstagare, vars uppsägningsbeslut fattas av ett moderbolag, och inte av den formella arbetsgivaren, har rätt till förhandling med moderbolaget.²⁴⁶ Denna tolkning av gemenskapsrätten har inte prövats. Domstolens dom mot Italien klargör att direktivet även omfattar icke-vinstdrivande arbetsgivare, men säger inget om att gå förbi de nationella arbetsgivarbegreppen.²⁴⁷ Inte heller ingressuttalandet ger direkt stöd för en sådan uppfattning. Enligt min uppfattning finns det därför idag inte stöd i gemenskapsrätten stöd för Nielsens tolkning. Inte desto mindre är det ett intressant resonemang grundat på arbetsgivaransvar baserat på funktion- och maktställning, med skyddet för arbetstagarna som utgångspunkt.²⁴⁸

²⁴⁶ Nielsen, R., s 150.

²⁴⁷ Jämför Barnard, C., s 676.

²⁴⁸ Nielsen, R., s 30.

6 Arbetstagarinflytandet – En analys ur olika perspektiv

6.1.1 Arbetstagarorganisationernas perspektiv

Att det svenska arbetsrättsliga systemet i grund och botten är knutet till frivilliga överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter i form av kollektivavtal blir mycket tydligt när man ser till vilka möjligheter organisationer som slutit kollektivavtal har vad gäller arbetstagarinflytande, jämfört med icke-avtalsbundna.

För en arbetstagarorganisation utan kollektivavtal finns endast rätt till information, samt rätt till förhandling i de fall då en bolagisering utgör en verksamhetsöverlåtelse och medför uppsägningar. Det förutsätter dock att arbetsgivaren inte är bunden av ett kollektivavtal i förhållande till en annan organisation. Detta är en regel av stor betydelse för en arbetstagarorganisation utan kollektivavtal eftersom det ställs krav på arbetsgivaren att initiera en förhandling innan hon fattar beslutet. Även rätt till representation i de organ som beslutar om formerna för information och förhandling i europa- och gemenskapsföretag är i första hand knutna till kollektivavtal. I de fall det inte tecknats något kollektivavtal finns dock enligt dessa regleringar inte en rätt för samtliga organisationer att delta, utan representanterna utses från den organisation som har flest berörda medlemmar.

För de organisationer som har tecknat kollektivavtal finns betydligt större möjligheter till arbetstagarinflytande. De har samma rätt till kontinuerlig information, men också rätt till förhandling på arbetsgivarens initiativ inför viktigare förändringar av verksamheten eller utlämnande av arbete till andra än anställda. Detta innebär större möjligheter att kunna påverka och ge alternativa förslag tidigt i bolagiseringsprocessen. Rätt till förhandling inför utlämnande av arbete kan förhindra att arbetstagare sägs upp och ersätts med inhyrd arbetskraft vars arbetsvillkor inte är acceptabla, vilket gör att regleringen är viktig för att förhindra social dumpning.

Verkligt inflytande kan dock uppnås genom överenskommelse i medbestämmandeavtal. För att uppmuntra till sådana avtal har lagstiftaren valt att ge arbetstagarorganisationer rätt att vidta stridsåtgärder, trots att ett fredspliktsmedförande kollektivavtal redan tecknats. Det är också en av få möjligheter till inflytande i förhållande till moderbolaget i svensk arbetsrätt. Medbestämmandeavtal är med andra ord en viktig väg för att uppnå inflytande i förhållande till den som fattar de verkliga beslutet om en bolagisering, när det företaget är ett moderbolag. Makten att fatta för företaget bindande beslut är i regel ytterst arbetsgivarens, vilket gör att rätten att komma till tals och få föra en dialog kring företagsledningsfrågor innan beslutet är fattat blir avgörande för inflytandet.

En annan väg till inflytande vid och inför en bolagisering är den möjlighet till representation i både dotter- och moderbolags styrelser, vilket också den är beroende av att ett kollektivavtalsförhållande föreligger. Arbetstagarorganisationens tillgång till information begränsas dock av att tystnadsplikt

kan råda gentemot övriga medlemmar i arbetstagarorganisationen i det fall det rör sig om för företaget känsliga frågor. Den arbetstagarrepresentant som sätter sig i styrelsen har samma ansvar och plikter som övriga ledamöter, och ska därför verka för företagets bästa snarare än för arbetstagarorganisationens intressen i sitt styrelsearbete. Inte desto mindre utgör regleringen som ger rätt till arbetsrepresentation i bolagsstyrelser en väg att dryfta åsikter och förslag på den nivå där beslut som kan vara avgörande för organisationens medlemmar, exempelvis en bolagisering, fattas. Den nya bolagskoden med krav på styrelseledamöters kunskap och erfarenhet är ett tydligt exempel på när associationsrätten och arbetsrätten kolliderar. Vad som väger tyngst vid en intressekonflikt mellan de båda regelsystemen är upp till domstolen att avgöra.

Det skydd som idag finns för arbetstagarinflytande i fall då beslut fattas av annan än den formelle arbetsgivaren är, som så mycket annat i svensk arbetsrätt, beroende av en frivillig avtalsöverenskommelse. De diskussioner som förts kring möjligheterna till en mer flexibel tolkning av arbetsgivarbegreppet förutsätter ändrad lagstiftning. Ett förändrat arbetsgivarbegrepp, som ger möjlighet att i kollektiva sammanhang se bortom den formelle arbetsgivaren och istället välja en definition som utgår från funktion och makt skulle ge ökade möjligheter för arbetstagarorganisationen till arbetstagarinflytande i form av rätt till information och förhandling. Det är viktigt att komma ihåg att rätten till inflytande handlar om att ge ett annat perspektiv, och därtill alternativa förslag till arbetsgivaren. Makten att ytterst fatta beslut ligger kvar hos arbetsgivaren.

6.1.2 Arbetsgivarperspektiv

Intressant ur ett arbetsgivarperspektiv är se till de möjligheter en bolagisering ger att kringgå de regler om medbestämmande som vanligtvis är tillämpliga i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.

Moderbolag kan fatta beslut som påverkar dotterbolagen utan att vara förhandlings- eller informationsskyldiga gentemot berörda arbetstagare. En bolagisering medför att beslut som tidigare behövde förhandlas om med de anställda kan fattas av moderbolaget. Dotterbolaget är visserligen förhandlingsskyldigt, men genom att inte förse det bolaget med information behöver förhandling inte ske förrän i ett senare skede, jämfört med om dotterbolagets anställda istället skulle tillhört en avdelning hos moderbolaget. Därmed kan en underlåtenhet att ge ut information, som i det senare fallet vore sanktionerad med skadestånd, efter en bolagisering göras utan risk för sanktioner.

Enligt gällande gemenskapsrätt kan ett bolag välja en etablering genom vilken moderbolaget lyder under ett annat lands lag, medan ett dotterbolag bedriver företagets svenska verksamhet. Därmed kan reglerna om arbetstagarrepresentation i moderbolagets styrelse kringgå. Om bolaget av någon anledning vill undanhålla information kring en planerad bolagisering är detta ett effektivt sätt. Arbetstagarerna har dock fortfarande rätt till representation i dotterbolagen, vilket kan fördröja verkställigheten av ett beslut. EU-domstolen har dock öppnat dörren för att skyddet för arbetstagarerna kan vara ett sådant intresse som går före etableringsfriheten. Rätten att bli erkänd som juridisk person i en annan medlemsstat är dock klar. EUs uttalanden att ar-

betstagarnas skydd ska stå i fokus kan göra att rätten till representation kan gå före etableringsfrihetsreglerna. Inget exempel har dock givits på vad som utgör en proportionerlig inskränkning.

Kombinationen av arbetsgivarens arbetsledningsrätt och verksamhetsöverlåtelseregler öppnar möjligheter för bolag att via bolagisering kringgå både lagens turordningsregler och regler om rätt till återanställning. Detta kan ske tämligen odramatiskt genom att först flytta arbetstagare till nya avdelningar, och sedan skapa dotterbolag av dessa. Förutsättningarna för att kunna omplacera arbetstagare är, som ovan konstaterats, att deras arbetskyldighet omfattar de nya uppgifterna. Därefter kan arbetsgivaren erbjuda de arbetstagare som denne önskar bli av med anställning i dotterbolagen. Om moderbolaget inte behåller någon verksamhet för vilken dessa arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer ger heller inte verksamhetsöverlåtelseregler något skydd. Reglerna ger visserligen arbetstagaren rätt att stanna hos den tidigare arbetsgivaren, men om arbetsuppgifter saknas hos denne ligger en uppsägning på grund av arbetsbrist runt hörnet. Efter att anställningen övergått kan moderbolaget välja att sälja eller avveckla dotterbolaget med de anställda som det inte önskade behålla. Detta utan att ha åsidosatt några regler om turordning. I och med att företrädesrätten till återanställning efter arbetstagarens övergång till dotterbolaget är knutet till detta kan moderbolaget, om det så önskar, återigen bedriva liknande verksamhet, utan att vara begränsade till att återanställa tidigare anställda i sin rekrytering. Ett kringgående enligt ovanstående exempel skulle dock anses otillåtet om det vid en prövning framkom att det egentliga skälet bakom omorganisationen var att bli av med vissa arbetstagare. Inget liknande fall har hittills prövats av AD.

En bolagisering där de nya bolagen har färre än tio anställda kan också vara ett sätt att behålla nyckelkompetens inom koncernen, genom rätt att undanta två arbetstagare från turordningslistan vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Om arbetsgivaren inte förhandlat fram en annan turordning än LAS är detta ett sätt säga upp efter andra kriterier än senioritet i verksamheten.

Om bolaget inte vill att verksamhetsöverlåtelseregleringen med bland annat rätten att välja om man vill bli anställd i det gamla eller nya bolaget ska bli tillämplig, exempelvis då den tidigare arbetsgivaren vill bedriva sådan verksamhet som anställda tänkta för det nybildade dotterbolaget kan ha förtur till, gäller det att noga studera gemenskapsrätten. Det kan som ovan konstaterats även utgöra en verksamhetsöverlåtelse i rättslig mening även om inte en majoritet av de tidigare anställda övergår.

Ett annorlunda definierat arbetsgivarbegrepp skulle leda till att den som fattar besluten måste förhandla med och informera berörd arbetstagarorganisation innan beslut fattas. Detta skulle för bolagens del innebära en mer tidskrävande process, vilket riskerar att leda till att företagets flexibilitet och förmåga att snabbt kunna fatta och verkställa beslut minskar. Det skulle i sin tur kunna leda till minskad lönsamhet och bristande konkurrenskraft, vilket i förlängningen kan resultera i arbetsbrist och att anställda måste sägas upp.

Om gemenskapsrätten väljer att låta arbetstagar skyddet tränga igenom och väga tyngre än etableringsfriheten vad gäller möjlighet att undkomma lagen om styrelserepresentation genom etablering i en annan medlemsstat

där motsvarande regler saknas, ger det rätt till representation i moderbolag som i annat fall skulle varit utan lagkraven. EG-domstolen har uttalat att en etablering i ett annat land i syfte att kringgå nationell lagstiftning kan vara otillåten, och att det sociala skyddssyftet ska väga tyngre än det harmoniserande syftet vid en intressekonflikt. Observeras bör dock att den svenska lagen uttryckligen endast rör svenska moderbolag, något som i så fall måste ändras. Ytterligare något att ta i beaktande i detta sammanhang är att känslig information som arbetstagarrepresentanten får veta i samband med sitt uppdrag som styrelseledamot kan beläggas med tystnadsplikt, och då inte får föras vidare.

6.1.3 Den enskilde arbetstagaren

I och med att den svenska arbetsrätten är uppbyggd kring kollektivets snarare än kring den enskilde arbetstagarens rättigheter, beror arbetstagarens ställning och situation till stor del på arbetstagarorganisationens agerande. Om arbetstagaren inte är medlem i någon fackförening finns ingen individuell rätt till vare sig information eller förhandling. Dock kan en arbetstagarorganisation, med de rättigheter som då medföljer, enkelt bildas.

För den enskilde blir det viktigt att vid ett sådant exempel som utmålades ovan, angående hur bolag kan kringgå anställningsskyddet, få stöd av fackföreningen om de nya arbetsuppgifterna inte ligger inom dennes arbetskyldighet. I annat fall har arbetsgivaren tolkningsföreträdare och tvisten mot arbetsgivaren kring arbetskyldigheten måste drivas av arbetstagaren själv, vilket är både tidskrävande och dyrt. Dessutom riskerar den anställde en socialt frostig relation i förhållande till sin arbetsgivare efter en sådan process, oavsett utgång i domstolen.

Generellt finns det en större trygghet för arbetstagare som har arbetat länge inom ett företag i bolag som är lite större. Vid mer än tio anställda försvinner undantagsregeln enligt LAS och vid 25 anställda hos företaget finns rätt till styrelserepresentation, förutsatt att arbetsgivaren tecknat kollektivavtal. I linje med den svenska modellen är turordningsreglerna, som ger de som har varit anställda längst förtur till de anställningar som blir kvar, bara riktlinjer om inget annat avtalas, och avtalsturlistor kan utformas hur som helst. En enskild arbetstagare blir vid avtalsturlisteutformandet beroende av arbetstagarorganisationens representanters inställning och förhandlingstaktik.

I sitt dagliga arbete skyddas arbetstagaren genom att arbetsmiljöreglerna utformats på så sätt att de inte är beroende av vem som är formell arbetsgivare, utan av vem som har möjlighet att påverka arbetsförhållandena på arbetsplatsen. Att på detta sätt dela arbetsgivaransvaret efter makt att påverka torde medföra säkrare och bättre anpassade arbetsplatser.

Som ovan konstaterats finns även ett individuellt skydd i form av att en enskild arbetstagare inte får diskrimineras på någon av de grunder som förbjudits i lag. Det räcker att arbetstagaren visar att det finns anledning att anta att arbetsgivaren diskriminerat för att denne måste bevisa att så inte skett. Regleringen kan komma att innebära ett förstärkt individuellt skydd, inte minst för äldre de arbetstagare som omplaceras eller hamnar långt ner

på en avtalsturlista, när reglerna om förbud mot diskriminering på grund av ålder införs i den nya diskrimineringslagstiftningen.

6.1.4 Arbetsmarknadens parterers perspektiv

Den svenska modellens avtalsuppbyggnad påverkas alltmer av det fördjupade gemenskapsrättsliga samarbetet kring arbetsrättsliga frågor. Gemenskapsregleringen kräver inte sällan ett individuellt skydd för arbetstagarers rättigheter. I svensk rätt måste detta ofta implementeras genom lagstiftning, något som på sikt kan rubba dagens balans genom minskade möjligheter till lokalt anpassade lösningar. I flera fall har implementerandet av gemenskapsrätten kunnat göras genom att bestämmelser i MBL har gjorts semidispositiva, och därmed lagt en miniminivå för rättigheterna. I andra fall, så som exempelvis diskrimineringslagstiftningen, har tvingande lagar införts, som kan inskränka möjligheterna för arbetsgivare och arbetstagarorganisation att fritt komma överens, exempelvis om en avtalsturlista. Detta eftersom kraven på arbetstagaren vad gäller bevisning kring diskriminering är låga, och lagstiftningen i princip endast undantar fall då det verkligen är motiverat med ett visst kön, religion eller liknande.

Ett förändrat arbetsgivarbegrepp som bygger på funktion och makt förutsätter en lagändring. Arbetstagarinflytande i förhållanden till den som fattar besluten står mot risken att svenska företag hamnar i konkurrensmässig nackdel genom längre beslutstider och dyrare process av informationsspridning till arbetstagarorganisationerna. En annan nackdel med ett mer flexibelt arbetsgivarbegrepp är den osäkerhet detta kan leda till i förhållande till vem som är informations- eller förhandlingsskyldig, och när en sådan skyldighet inträder. Dagens situation innebär å andra sidan att bolagen genom bolagisering kan organisera sin verksamhet så att arbetstagarorganisationer inte får någon rätt till reell förhandling. För att återknyta till citatet av Nielsen i kapitel 2.1 - dagens situation där regleringen av arbetsrätten styrs av en tvåpartsmodell som inte är anpassad till den verklighet många arbetstagare lever i innebär också den en rättsosäkerhet. Samtidigt har arbetstagarorganisationer som slutit kollektivavtal rätt att med hjälp av stridsåtgärder kräva att arbetsgivaren går med på att teckna ett medbestämmandeavtal som då kan ge inflytande över bolagsgränserna, ett förfarande som är väl anpassat till det svenska arbetsrättsliga systemet.

6.1.5 De lege ferenda

Arbetstagarinflytande vid bolagisering är ett ämne som ägnats lite uppmärksamhet i Sverige det senaste decenniet. Likaså gäller arbetstagarinflytande i koncerner. Men den utveckling som är idag, inte minst internationellt, mot allt större koncernstrukturer kan komma att leda till att en stor andel arbetstagare både nu och i framtiden ställs utan inflytande och information. Dessutom kan bolagisering, som ovan konstaterats, användas för att kringgå anställningsskyddslagstiftningen. Det är med andra ord inte otroligt att ett behov av att reglera de förhållanden där dotterbolag enbart fungerar som verkställare i förhållande till ett beslutsfattande moderbolag kommer att uppstå.

Att större multinationella koncerner idag inte sällan reglerar arbetstagarinflytandefrågor bland annat i sina *Codes of Conduct* är ett tecken på att företagsvärlden inte är främmande för att en reglering av dessa förhållanden kan vara nödvändig. Dock utgör dessa koder inte regler som kan åberopas inför domstol och på det sättet genomdrivas av de anställda. Det är möjligt att någon form av kodifiering eller grundrättigheter i framtiden kommer att krävas för att ge arbetstagare inflytande, men det beror naturligtvis av dessa företags agerande. Följs de koder som upprättats i multinationella koncerner kan en frivillig reglering vara tillräcklig.

Intressant är att den diskussion kring dessa frågor som kring början av nittiotalet var relativt aktiv i Sverige, nu har avtagit utan att någon förändring i praxis eller lagstiftning har genomförts. Att arbetstagarinflytande vid bolagisering och i koncerner idag inte är ett aktuellt ämne i svensk lagstiftning visar sig också i den nya bolagskoden som, utan undantag för arbetstagarrepresentanter, ställer höga krav på styrelseledamöternas kunskap och oberoende. Säkerligen kan det fokus på rätt att vidta stridsåtgärder för att ingå kollektivavtal som har funnits de senaste åren, med bland annat den gemenskapsrättsliga prövningen av Vaxholmsfallet ha bidragit till den tystnande diskursen om bolagisering och koncerninflytande. Andra fall som uppmärksammats, inte minst massmedialt, är den lilla salladsbar i Göteborg som inte ville teckna kollektivavtal, och vars ägare efter arbetstagarorganisationers stridsåtgärder avvecklade sin verksamhet. Den arbetsrättsliga diskursen påverkas av samtiden, och det är därför inte otroligt att koncerninflytande och inflytande vid en bolagisering kan komma att återigen hamna i fokus i arbetsrättslig forskning, om den samhälliga utvecklingen leder till att det begränsade inflytandet får konsekvenser för balansen mellan arbetsmarknadens parter.

De direktiv som gemensamt arbetats fram inom unionen visar på en medvetenhet om risken för att de anställdas rätt till inflytande försämras vid fusioner och i koncerner med dotterbolag i flera olika medlemsstater. Denna medvetenhet finns inte på samma sätt i svensk rätt. Rätt till arbetstagarrepresentation fyller en viktig funktion i detta sammanhang, men kan inte ersätta rätten till information och förhandling i god tid före viktigare beslut fattas. Särskilt inte om representanten inte kan föra information vidare på grund av tystnadsplikt. Den svenska modellen med avtalslösningar måste vid behov kompletteras med lagstiftning. Så har tidigare skett exempelvis genom införande av MBL och diskrimineringsreglerna. Arbetsrätten bör och kommer att förändras i takt med att samhället förändras. På senare tid har en stor del av den arbetsrättsliga lagstiftningen införts för att uppfylla kraven från gemenskapsrättsliga direktiv. För att en lagstiftning som påverkar arbetsgivarbegreppet till att bli mer flexibelt inte ska anses strida mot unionens konkurrensrättsliga regler eller etableringsfriheten, krävs att det är proportionerligt. Vad detta i praktiken innebär är dock ännu oklart. Gemenskapsrättens inflytande ska inte underskattas, och det kan i framtiden mycket väl leda till att även den svenska arbetsrätten ser mer till den faktiska organisationen än till den formella.

Slutligen handlar arbetstagarinflytande vid bolagisering om att göra en avvägning mellan socialt skydd och inflytande för de anställda å ena sidan och rätt till fri etablering och utformning av sin verksamhet å den andra. Ett

mer flexibelt arbetsgivarbegrepp skulle i flera fall säkerligen leda till högre kostnader, men kanske också till ökad förståelse för och en känsla av delaktighet i de beslut som fattas i svenska koncerner och vid en bolagisering.

Käll- och litteraturförteckning

Förarbeten

- Prop. 1974/75:105 *Lag om medbestämmande i arbetslivet.*
Prop. 1987/88:10 *med förslag till lag om styrelserepresentation för de privatanställda, m. m.*
Prop. 1992/93:218 *om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.*
Prop. 1994/95:102 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.*
Prop. 1995/96:163 *Europeiska företagsråd.*
Prop. 1997/98:99 *Aktiebolagets organisation.*
Prop. 2003/04:122 *Arbetstagarinflytande i europabolag.*
Prop. 2004/05:85 *Ny aktiebolagslag.*
Prop. 2004/05:148 *Utvidgad rätt till information för arbetstagarorganisationer.*
Prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering.*
- SOU 1982:60 *MBL i utveckling.*
SOU 1994:141 *Medbestämmandelagens tillämpningsområde.*
SOU 2004:130 *Svensk kod för bolagsstyrning.*

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, *Svensk arbetsrätt*, 12 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003.
- Barnard, C., *EC Employment Law*, 3 uppl., Oxford University Press Inc., New York, 2006.
- Bergqvist, O., Lunning, L. och Toijer, G., *Medbestämmandelagen – lagtext med kommentarer*, 2 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 1997.
- Bruun, N. m.fl., *Koncernarbetsrätt i Norden*, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm, 1992.
- Edström, Ö., *MBL och utvecklingsavtalet – Samverkansförhandlingar i företag*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 1994.
- Eklund, R., *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, Juristförlaget, Stockholm, 1992.
- Flodgren, B., *Det lokala facket och medbestämmandet*, Liber förlag, Malmö, 1985.
- Glavå, M., *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2001.
- Lundberg, M. och Bruun, N., *Styrelserepresentation på undantag – Corporate Governance-debattens tysta reformprogram*, Arbetsmarknad & Arbetsliv, årgång 11, nr 4, vintern 2005, s 217-234.
- Mulder, B. J., *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004.

- Nerep, E. och Samuelsson, P., *Aktiebolagslagen – en lagkommentar*, del I, Thomson Fakta AB, Stockholm, 2007.
- Nielsen, R., *Koncernarbejdsret*, 2 uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn (Danmark), 2006.
- Norberg, P., *Arbetsrätt och konkurrensrätt: en normativ studie av motsättningarna mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2002.
- Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, 3 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2002.
- Olauson, E., *Medbestämmandelagen med kommentar*, 3 uppl., Bokförlaget Prisma, Stockholm, 2001.
- Rönmar, M., *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004.
- Sandgren, C., *Om empiri och rättsvetenskap – Del I*, Juridisk Tidskrift nr 3, 1995/96, s 726-748.
- Schmidt, F., *Facklig arbetsrätt*, 4 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 1997.
- Schmidt, F. m.fl., *Löntagarrätt*, rev. uppl. 1994, Juristförlaget JF AB, Stockholm, 1994.
- Skog, R., *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 21 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006.
- Sobczak, A., *Codes of Conduct in Subcontracting Networks: A Labour Law Perspective*, Journal of Business Ethics nr 44, 2003, s 225-234.

Övrigt

Global Compact, FNs riktlinjer för företag. (kontrollerad den 4 maj 2008).
<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>

OECDs riktlinjer för multinationella företag, 2000. (kontrollerad den 4 maj 2008). <http://www.oecd.org/dataoecd/32/16/40294488.pdf>

Teknikföretagens Utvecklingsavtal 2007-2010, mellan Teknikföretagen, IF Metall, Sif, Sveriges Ingenjörer, Ledarna. (kontrollerad den 4 maj 2008).
<http://www.teknikforetagen.se/upload/sve/Utvecklingsavtal.pdf>

Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, International Labour Office, Geneva, 2006. (kontrollerad den 4 maj 2008).
<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/declaration2006.pdf>

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1929 nr 29
AD 1974 nr 16
AD 1977 nr 194
AD 1978 nr 56
AD 1978 nr 89
AD 1978 nr 109
AD 1978 nr 110
AD 1978 nr 117
AD 1979 nr 1
AD 1979 nr 129
AD 1981 nr 166
AD 1982 nr 165
AD 1984 nr 141
AD 1986 nr 53
AD 1986 nr 96
AD 1987 nr 91
AD 1988 nr 38
AD 1989 nr 91
AD 1989 nr 94
AD 1998 nr 33
AD 1998 nr 61
AD 2000 nr 8
AD 2002 nr 63
AD 2003 nr 4
AD 2003 nr 20
AD 2003 nr 40
AD 2006 nr 43
AD 2007 nr 72
AD 2007 nr 98
AD 2008 nr 9

Högsta domstolen

NJA 1911 s 375
NJA 1974 s 392

EU-domstolen

Mål 24/85 *Spijkers*
Mål 287/86 *Ny Mølle Kro*
Mål C-392/92 *Schmidt*
Mål C-48/94 *Rygaard*

Mål C-171/94 *Merckx*
Mål C-172/94 *Neuhuys*
Mål C-13/95 *Süzen*
Mål C-212/97 *Centros*
Mål C-234/98 *Allen*
Mål C-51/00 *Temco*
Mål C-208/00 *Überseering*
Mål C-167/01 *Inspire Art Ltd*
Mål C-349/01 *Anker*
Mål C-32/02 *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*