



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anders Hejdeman

Uppsägningsförbudet vid
verksamhetsövergång enligt 7 §
3 st. LAS

Överlåtarens vidtagande av uppsägningar

Examensarbete
30 högskolepoäng

Per Norberg

Arbetsrätt

VT 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Metod och material	5
1.3 Avgränsning	7
1.4 Disposition	7
2 ÖVERLÅTELSEDIREKTIVET	8
2.1 Tillkomst och syfte	8
2.2 Direktivets tillämplighet	9
2.2.1 Lagenlig överlåtelse enligt artikel 1.1a	10
2.2.2 Ekonomisk enhet och bibehållen identitet enligt artikel 1.1b	11
2.3 Anställningsskydd vid verksamhetsöverlåtelse	14
2.3.1 Anställningsvillkor	14
2.3.2 Uppsägningsförbud	16
3 SVENSK RÄTT	18
3.1 Bakgrund	18
3.2 Överlåtelsedirektivets implementering	19
3.2.1 Anställningsskydd vid verksamhetsövergång	19
3.2.1.1 Tillämpningsområde	19
3.2.1.2 Anställningsvillkor	20
3.2.1.3 Uppsägningsförbud	22
4 ÖVERLÅTAREN OCH UPPSÄGNINGSFÖRBUDET	25
4.1 Introduktion	25
4.2 Överlåtarens vidtagande av uppsägningar	26
4.2.1 Förarbeten	26
4.2.1.1 SOU 1994:83	26

4.2.1.2	Prop. 1994/95:102	27
4.2.2	Rättspraxis	29
4.2.2.1	Bork International	29
4.2.2.2	Temco Service Industries SA	30
4.2.2.3	Dethier Equipment	31
4.2.2.4	AD 1999 nr. 21	31
4.2.2.5	AD 2009 nr. 55	32
5	INTERVJUER	34
5.1	Tillvägagångssätt	34
5.2	Redogörelse av vidtagna intervjuer	35
6	ANALYS OCH SLUTSATS	37
6.1	Inledning	37
6.2	Sammanfattning och diskussion	37
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	44
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	46

Summary

As a result of the European Commission's proposal for an enhanced protection of employees' employment contracts at undertakings, the Council Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, known as the Directive on transfers of undertakings, was adopted in 1977. A key provision of the Directive is the termination prohibition under Article 4.1, which has been implemented in Swedish law by 7 § 3 st. LAS.

According to 7 § 3 st. LAS, a business transition as such does not constitute grounds for dismissal of workers. Exceptions to the prohibition of notice are provided for in the same provision relating to such dismissals taken due to economic, technical or organizational reasons.

Unlike the European law, the timing for the applicability of the prohibition plays a vital role in the Swedish law. The timing can be regarded as of secondary importance according to European law and seems to be considered as relatively insignificant.

The meaning and the scope of the provision could therefore be questioned and discussed. More specifically, the question regarding the time at which the termination prohibition in 7 § 3 st. LAS can be considered to be applicable in relation to a transferor of a business could be examined and investigated.

According to Swedish law in the form of statements from the judicial practice and the interviews conducted with practicing lawyers, the main role conclusion can be drawn that no specific date for the termination prohibition in 7 § 3 st. LAS applied in relation to a transferor of a business can or should be fixed in practice. The applicability of the prohibition notice is likely therefore to be the result of the circumstances prevailing in each individual case.

The time of the transferor's dismissal prohibition may however, in according with the interviews, in certain circumstances be attributed to the initiation of negotiations with trade unions, the opening of negotiations with potential buyers and / or to establish a letter of intent between the parties.

In the light of what has been mentioned above, existing law could be considered ambiguous and problematic regarding the time aspect of the applicability of the termination prohibition. Based on the responses from the professional practitioners you may however get the impression that the issue is seen as relatively uncontroversial and unproblematic in practice.

Sammanfattning

Som en följd av den europeiska kommissionens förslag till ett förstärkt skydd för arbetstagares anställningar vid företagssammanslutningar antogs år 1977 rådets direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, det s.k. överlåtelsedirektivet. En central bestämmelse i direktivet utgörs av det uppsägningsförbud som följer av artikel 4.1, vilken i sin tur implementerats i svensk rätt genom 7 § 3 st. LAS.

Enligt 7 § 3 st. LAS ska en verksamhetsövergång i sig inte utgöra saklig grund för uppsägning av arbetstagare. Undantag från uppsägningsförbudet stadgas i samma bestämmelse avseende sådana uppsägningar som vidtas p.g.a. ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

Till skillnad från EU-rätten spelar tidpunkten för förbudets tillämplighet en avgörande roll i den svenska rätten. Tidpunkten kan anses vara av sekundär betydelse enligt EU-rätten och verkar beaktas som relativt oviktig.

Bestämmelsens innebörd och omfattning kan därmed ifrågasättas och diskuteras. Mer specifikt skulle frågan avseende vid vilken tidpunkt uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS blir tillämpligt i förhållande till en överlåtare av en verksamhet kunna undersökas och utredas.

Enligt svensk rätt i form av uttalanden från domstolspraxis och av genomförda intervjuer med yrkesverksamma jurister kan slutsatsen dras att någon exakt konkret tidpunkt för när uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS blir tillämpligt i förhållande till en överlåtare av en verksamhet som huvudregel inte kan eller bör fastställas i praktiken. Aktualiseringen av uppsägningsförbudet torde därför bero på de aktuella omständigheterna som föreligger i varje enskilt fall.

Tidpunkten för en överlåtares uppsägningsförbud kan dock enligt intervjuerna under vissa omständigheter hänföras till inledandet av MBL-förhandlingar, inledandet av förhandlingar med eventuella köpare och/eller till upprättandet av ett letter of intent mellan parterna.

Mot bakgrund av ovan nämnda skulle gällande rätt därmed kunna anses vara oklar och problematisk avseende tidsaspekten för uppsägningsförbudets aktualisering. Utifrån svaren från de yrkesverksamma praktikerna kan man dock få den uppfattningen att frågan ses som förhållandevis okontroversiell och oproblematiserad i praktiken.

Förord

Inledningsvis vill jag tacka min handledare, Per Norberg, för alla givande förklaringar, vägledningar och diskussioner angående mitt arbete. Vidare vill jag även rikta ett stort tack till alla de praktiker från advokatbyråerna som medverkade i mina intervjuer.

Ett speciellt tack vill jag även ge till Johan Sigeman på Advokatbyrån Sigeman & CO AB för framarbetandet av mitt arbetes frågeställning.

Slutligen vill jag även tacka Jur. Dr. Mia Rönnmar och Samuel Engblom, jurist på TCO, för möjligheterna till inspirerande och intressanta samtal och diskussioner såväl under utbildningens som under arbetets gång.

Lund, Maj 2011
Anders Hejdeman

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUF-fördraget	Fördraget om EU:s funktionssätt
LAS	Lag (1980:82) om anställningsskydd
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att belysa och redogöra för uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. lag (1982:80) om anställningsskydd och då närmare utreda överlåtarens vidtagande av arbetsbristuppsägningar i samband med en förestående övergång av en verksamhet. Mer specifikt behandlar arbetet frågan huruvida det är möjligt att fastställa en konkret tidpunkt för hur nära inpå en förestående verksamhetsövergång en överlåtare kan säga upp arbetstagare p.g.a. arbetsbrist utan att uppsägningsförbudets skyddsregler aktualiseras.

Frågeställningen är tämligen outredd och har ansetts problematisk, varför den tagits fram i samarbete med Johan Sigeman på Advokatbyrå Sigeman & CO AB.

En utredning av uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS medför att även andra rättsregler bör nämnas, bl.a. 6b § LAS, som tillsammans med uppsägningsförbudet utgör ett skydd för arbetstagares anställningar vid en verksamhetsövergång.

Svensk rätt utgör utgångspunkten för arbetet. Det ska dock tilläggas att de svenska reglerna avseende verksamhetsövergångar har tillkommit p.g.a. EU-rättslig lagstiftning, varför även relevanta delar av EU-rätten kommer att behandlas.

1.2 Metod och material

För att på bästa sätt kunna utreda och besvara den ovan beskrivna frågeställningen har jag valt att använda mig av den klassiska rättsdogmatiska metoden, vilket innebär att jag i arbetet har redogjort för och tolkat gällande rätt inom det rättsliga området avseende verksamhetsövergångar. Anledningen till varför jag valde denna metod berodde till största del på det material jag har använt, vilket består av klassiska juridiska källor såsom lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. Genom att applicera den rättsdogmatiska metoden på arbetet och därmed det valda materialet kommer arbetets mer allmänna del att utredas och belysas mer djupgående.

De klassiska juridiska källorna utgör således den rättsliga grunden för den mer allmänna och generella delen av arbetet och får anses relativt begränsade i förhållande till arbetets syfte. Jag har därför även genomfört intervjuer med olika affärsrättsliga advokatbyråer för att få ett mer konkret och specificerat svar på min frågeställning. De medverkande byråerna har

delvis valts ut p.g.a. deras tillgång till praktiker med specialkompetens inom det arbetsrättsliga området. Totalt har sju av sammanlagt sjutton tillfrågade byråer medverkat i utredningen och avgett svar på arbetets frågeställning. Intervjuerna har vidtagits dels genom telefon- och mailkontakt men även genom personliga möten med praktiker. Tillsammans med svaren från de medverkande byråerna har även mail- och telefonkontakt vidtagits med Arbetsdomstolen för att få deras syn och uppfattning på frågeställningen utifrån ett av domstolen avgjort mål, vilket ska redogöras för nedan i uppsatsen.

Det ovan nämnda materialet har använts och bearbetats olika mycket i arbetet. Lagförarbeten såsom propositioner och utredningar har utgjort en värdefull informationskälla då dessa bl.a. innehåller diskussioner och tolkningar av uppsägningsförbudet samt belyser skillnaderna mellan den europeiska och den nationella rätten. Rättspraxis som utarbetats av såväl EU-domstolen som av den svenska Arbetsdomstolen har uppställt riktlinjer och gränsdragningar beträffande arbetets frågeställning och har därmed redogjorts för. Vidare har Johann Mulders avhandling inom ämnet använts som en utgångspunkt beträffande beskrivning och diskussion av många situationer hänförliga till området för övergång av verksamhet.

Begreppen överlåtelse och övergång figurerar i stor omfattning i arbetet. Begreppet överlåtelse används i den svenska utformningen av överlåtelседirektivet medan begreppet övergång används bl.a. i LAS och MBL. Dessa termer är avsedda att tillämpas synonymt med varandra i detta arbete då det har fastslagits i bl.a. proposition 1994/95:102 sid. 41 att någon skillnad i betydelse mellan begreppen inte föreligger. I den allmänna delen av arbetet avseende EU-rätten och överlåtelседirektivet brukas dock begreppet överlåtelse medan begreppet övergång används vid beskrivningen av den svenska rätten.

I och med Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 vidtogs ändringar i EU- och EG-fördraget, bl.a. beträffande fördragets regleringsområden. Även om vissa nya regler och bestämmelser har tillkommit genom Lissabonfördraget handlar förändringarna huvudsakligen om förenklingar och omflyttningar av befintliga bestämmelser. Genom att samla bestämmelser och regler med principiell och konstitutionell karaktär under EU-fördraget förklarar fördraget numera mer utförligt vad samarbetet inom EU syftar till och vad det omfattar. Även EG-fördraget har genomgått en förändring genom antagandet av Lissabonfördraget. Regler avseende mer funktionell karaktär har samlats i fördraget som även har bytt namn till EUF-fördraget.

Ändringsfördraget medförde således att den Europeiska gemenskapen ersattes av den Europeiska unionen och EG-domstolen ersattes av EU-domstolen. Jag har därför valt att använda mig av begreppet EU-domstolen i detta arbete, såväl beträffande avgöranden för tiden innan som efter Lissabonfördragets ikraftträdande.

1.3 Avgränsning

Arbetet har avgränsats till att i första hand behandla innebörden och tolkningen av uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS i förhållande till en överlåtare av en verksamhet. För att förstå innebörden av detta förbud samt kopplingen mellan EU-rätten och den svenska lagstiftningen ska dock även väsentliga delar av överlåtelsedirektivet redogöras för, exempelvis genom relevant rättspraxis från EU-domstolen. Regler angående kollektivavtals giltighet och tillämpande vid en verksamhetsövergång enligt lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet upptas men behandlas inte djupare i arbetet. Vidare omfattar arbetet inte reglerna angående verksamhetsövergång vid fusion, insolvens eller konkurs. Slutligen faller även reglerna angående gränsöverskridande verksamhetsövergångar utanför arbetets ramar.

1.4 Disposition

Sammantaget innehåller arbetet fem olika kapitel. De tre första kapitlen kan sägas utgöra en allmän grund för att öka förståelsen för arbetsrättsliga verksamhetsövergångar medan de två sista kapitlen utgör arbetets mer djupgående del vad gäller utredningen av ovan nämnda syfte och frågeställning.

Kapitel ett är det inledande kapitlet med information angående arbetets huvudsakliga syfte och omfattning. Kapitel två innehåller en beskrivning av överlåtelsedirektivets tillkomst och syfte samt dess centrala bestämmelser. Kapitel tre redogör för hur den svenska rätten har påverkats av direktivet och således hur implementeringen av direktivets bestämmelser har förändrat den svenska lagstiftningen. Kapitel fyra tar upp och belyser närmare relevant material avseende arbetets frågeställning beträffande relationen mellan överlåtaren och uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS. Kapitel fem innehåller uppställningen av genomförda intervjuer och svar från medverkande affärsjuridiska byråer avseende arbetets frågeställning. Kapitel sex innehåller avslutningsvis arbetets analys och slutsats där bl.a. ovan nämnda intervjuer upptas och diskuteras.

2 Överlåtelsedirektivet

2.1 Tillkomst och syfte

Under 1960-talet medförde den då rådande ekonomiska situationen samt upprättandet av en gemensam marknad och avveckling av handelshinder mellan medlemsstaterna en markant ökning av omstrukturering och koncentration av företag.¹ Detta ledde i många fall till massuppsägningar av arbetstagare då något gemenskapsrättsligt skydd för dessa arbetstagares anställningar inte existerade vid sammanslagningar av företag och verksamheter. Risken för omfattande arbetslöshet ansågs således stor.

Mot bakgrund av detta utarbetades ett förslag att stärka anställningsskyddet för arbetstagare. Detta förslag framarbetades av kommissionen i det sociala handlingsprogrammet under åren 1974-1976 och syftade bl.a. till att skydda arbetstagare gentemot de negativa konsekvenser som en verksamhetsöverlåtelse kunde medföra på den gemensamma arbetsmarknaden.²

Till följd av kommissionens förslag antogs år 1977, med stöd av då gällande artikel 100 och 117 i EG-fördraget³, direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, det s.k. överlåtelsedirektivet.⁴ Detta överlåtelsedirektiv ersattes år 1998 av direktiv 98/50/EG, bl.a. för att klargöra överlåtelse- och arbetstagarbegreppen.⁵

För att förenkla och förtydliga den EU-rätt som återfanns i ersättningsdirektivet antogs det nu gällande överlåtelsedirektivet som skapade en tydligare överskådlighet av reglerna, direktiv 2001/23/EG.⁶ Utformningen av artiklarna i detta konsoliderade direktiv antogs bidra med en klarhet och ge en ökad förståelse för reglernas innebörd. Det nu gällande direktivet medförde dock inga förändringar i sak i förhållande till ersättningsdirektivet varför rättspraxis från EU-domstolen som avgjorts i enlighet med de äldre direktiven fortfarande är aktuell och vägledande.

¹ Mulder, 2004, sid. 119, Källström & Malmberg, 2009, sid. 279, Barnard, 2006, sid. 619

² Mulder, 2004, sid. 118

³ Nu gällande art. 114-115 och 151 EUF-fördraget

⁴ Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari om tillnärmning av medlemstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT L 61, 5.3.1977, sid. 26-28

⁵ Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT L 201, 17.7.1998, sid 88-92

⁶ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, EGT L 82, 22.3.2001, s. 16-20 (benämns fortsättningsvis som överlåtelsedirektivet eller direktivet)

Tillämpningsområdet för överlåtelsedirektivets bestämmelser är inte endast avgränsade till medlemstaterna inom den europeiska unionen. Direktivet ska anses tillämpligt även vid överlåtelse av företag eller verksamhet som är beläget inom fördragets territoriella räckvidd⁷, vilket innebär att även staterna inom EES, d.v.s. Island, Norge och Liechtenstein, omfattas av direktivets regler.⁸ Bestämmelserna i direktivet avser endast att mellan nämnda stater i viss mån försöka åstadkomma en harmonisering.⁹ Att skapa en enhetlig skydds nivå för den europeiska unionens medlemsländer samt för de stater som är anslutna till EES-avtalet faller således utanför överlåtelsedirektivets syfte.¹⁰

Syftet med överlåtelsedirektivet är att trygga och säkerställa de rättigheter arbetstagare har enligt nationella regler i och med sin anställning i en verksamhet när denna verksamhet byter arbetsgivare p.g.a. en överlåtelse.¹¹ Arbetstagare som har en anställning i den överlåtna verksamheten åtnjuter således skydd enligt direktivets bestämmelser. Enligt ingressen till direktivet har förändringar inom företagsbranschen uppstått i och med den ekonomiska utvecklingen, vilket har bidragit till omstruktureringar inom företag och verksamheter där arbetsgivarebyte genom bl.a. överlåtelse av företaget eller verksamheten figurerar.¹² Det är därför viktigt att en arbetstagares rättigheter hos en överlåtare även tryggas i förhållande till en förvärvare av verksamheten. De arbetstagare som omfattas av den aktuella överlåtelsen ska m.a.o. få behålla sin anställning och gällande anställningsvillkor även vid ett byte av arbetsgivare p.g.a. en verksamhetsöverlåtelse.¹³

Då direktivet är ett s.k. minimidirektiv har de stater som är bundna av direktivet möjlighet att stifta och tillämpa rättsregler som är mer gynnsamma för arbetstagarna, exempelvis genom nya författningar eller kollektivavtal.¹⁴ Vidare är direktivet enligt rättspraxis från EU-domstolen tvingande till förmån för arbetstagare. En arbetstagare kan enligt domstolen inte avstå från de rättigheter som denne erhåller genom överlåtelsedirektivet, oavsett om en arbetstagare kompenseras för avståndet.¹⁵

2.2 Direktivets tillämplighet

Grunden för överlåtelsedirektivets tillämplighet vid en företags- eller verksamhetsöverlåtelse framgår av den första och inledande artikeln i direktivet. Enligt artikel 1.1a ska direktivet tillämpas vid en överlåtelse av

⁷ Art. 1 p.2. direktiv 2001/23/EG, Barnard, 2006, sid. 646

⁸ Lunning & Toijer, 2010, sid. 280, Malmberg, 2004, sid. 795

⁹ Danmols Inventar, mål 105/84 p. 26

¹⁰ Barnard, 2006, sid. 622, Mulder, 2004, sid. 116

¹¹ Nyström, 2002, sid. 255, Källström & Malmberg, 2009, sid. 280, Mulder, 2004, sid. 122

¹² Se ingressen p. 2-3 till direktiv 2001/23/EG

¹³ Mulder, 2004, sid. 120-121, Berg och Busschers, förenade mål 144-145/87 p. 12

¹⁴ Art. 8 direktiv 2001/23/EG

¹⁵ Daddy's Dance Hall, mål 324/86 p. 15 och p. 18

ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion. Denna bestämmelse kompletteras med artikel 1.1b som bl.a. stadgar att med överlåtelse enligt direktivet menas en ekonomisk enhet som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet.¹⁶ Dessa inledande bestämmelser innehåller två centrala led som måste utredas för att kunna avgöra huruvida överlåtelsedirektivets bestämmelser ska anses vara tillämpliga. För det första måste den aktuella situationen avse en *lagenlig överlåtelse* enligt artikel 1.1a och för det andra ska överlåtelsen kunna ses som en *ekonomisk enhet* som behåller sin *identitet* efter överlåtelsen enligt artikel 1.1b. Huruvida en lagenlig överlåtelse, ekonomisk enhet och bibehållen identitet föreligger måste utredas i varje enskilt fall då dessa tre faktorer utgör grundförutsättningen för att en företags- eller verksamhetsöverlåtelse ska anses föreligga enligt direktivet.

2.2.1 Lagenlig överlåtelse enligt artikel 1.1a

Som ovan fastslagits krävs det för det första att överlåtelsen är en s.k. lagenlig överlåtelse för att direktivets bestämmelser ska bli tillämpliga. Någon närmare förklaring till innebörden av begreppet lagenlig överlåtelse återfinns dock inte i den aktuella bestämmelsen. Denna innebörd får istället utläsas av rättspraxis från EU-domstolen, vilken bl.a. har fastslagit att begreppet ska ha en vidsträckt tolkning och innebörd.¹⁷

Resultatet av den vidsträckta tolkningen av begreppets innebörd har tagits upp och diskuterats av domstolen vid ett flertal tillfällen. Av domstolens praxis kan utläsas att direktivet kan tillämpas på överlåtelsesituationer som grundar sig på rättsakter, avtal, domstols- och administrativa beslut¹⁸ samt på överenskommelser som inte behöver vara mellan en överlåtare och en förvärvare.¹⁹

Överlåtelsen måste ha vidtagits genom någon form av avtalsenlig kontext mellan den förevarande arbetsgivaren och förvärvaren, men detta innebär dock inte krav på någon direkt rättslig förbindelse mellan överlåtaren och förvärvaren för att en överlåtelse ska anses föreligga enligt direktivets bestämmelser. Domstolens praxis stadgar bl.a. att en överlåtelse kan föreligga även när överlåtaren genom hävning av ett avtal återtar driften av verksamheten från förvärvaren p.g.a. sistnämndes avtalsbrott.²⁰ En lagenlig

¹⁶ Se art. 1.1a samt art. 1.1b i Direktiv 2001/23/EG

¹⁷ Nyström, 2002, sid. 258, Mulder, 2004, sid. 208, Barnard, 2006, sid. 628, Abels, mål 135/83 p. 11-13

¹⁸ Redmond Stichting, mål C-29/91 p. 15-17

¹⁹ Nyström, 2002, sid. 258

²⁰ Ny Mølle Kro, mål 287/86 p. 15

överlåtelse kan även avse en överlåtelse av verksamhet genom flera led, där något rättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare inte existerar.²¹

Bytet av arbetsgivare, d.v.s. att en förvärvare övertar arbetsgivaransvaret från en överlåtare, utgör en viktig och nödvändig aspekt av en lagenlig överlåtelse.²² Detta byte utgör ett krav för direktivets tillämplighet och innebär att direktivet inte blir tillämpligt när det endast sker ett byte av verksamhetens ägare. Arbetsgivarbytet får således betydelse när en ny ägare förvärvar aktierna i ett aktiebolag. Vid en sådan situation blir direktivets regler inte tillämpliga då det endast är aktierna som byter ägare medan aktiebolaget efter förvärvet fortfarande är arbetsgivare.²³

Såväl överlåtaren som förvärvaren av den aktuella verksamheten kan vara fysiska eller juridiska personer och direktivet är m.a.o. tillämpligt vid övergång mellan två rättssubjekt.²⁴ Därmed omfattar direktivet inte den situationen när en verksamhet inom ett bolag förs över från en avdelning till en annan. Omplaceringar av arbetstagare inom ett företag faller också utanför direktivets tillämpningsområde.

2.2.2 Ekonomisk enhet och bibehållen identitet enligt artikel 1.1b

För att direktivets bestämmelser ska bli tillämpliga krävs det, förutom en lagenlig överlåtelse, även att det som överlåts ska utgöra en ekonomisk enhet som efter överlåtelsen har behållit sin identitet. Liksom begreppet lagenlig överlåtelse återfinns ingen förklaring till begreppen ekonomisk enhet eller bibehållen identitet i direktivet, varför dess innebörd får hämtas från rättspraxis.

Frågan avseende föremålet för en överlåtelse, d.v.s. om det som överlåts kan anses falla inom överlåtsedirektivets tillämpningsområde, har utretts ett flertal gånger av EU-domstolen. Ett starkt prejudikat uppstod genom avgörandet av det s.k. Spijkers-målet där domstolen fastslog att den avgörande faktorn för att en överlåtelse ska omfattas av direktivets bestämmelser består i att den verksamhet som överlåts utgör en s.k. ”going concern”, d.v.s. en bestående ekonomisk enhet som efter överlåtelsen behåller sin identitet.²⁵ En sådan enhet fastställs genom en helhetsbedömning av samtliga omständigheter gällande den överlåtna verksamheten, något som även fastslogs i ovan nämnda avgörande.²⁶

²¹ Källström & Malmberg, 2009, sid. 281, Sigeman, 2006, sid. 189, Glavå, 2001, sid. 373, Daddy’s Dance Hall, mål 324/86 p. 10, Temco, mål C-51/00 p. 31

²² Mulder, 2004, sid. 213-214, Daddy’s Dance Hall, mål 324/86 p. 9

²³ Nyström, 2002, sid 256-257, Lunning & Toijer, 2010, sid. 281

²⁴ Lunning & Toijer, 2010, sid. 281

²⁵ Spijkers, mål 24/85 p. 11-12

²⁶ Barnard, 2006, sid. 636, Sigeman, 2006, sid. 190, Mulder, 2004, sid. 133-134, Källström & Malmberg, 2009, sid. 281, Spijkers, mål 24/85 p. 13

Vid denna helhetsbedömning har särskild betydelse givits till sju olika kriterier, vilka ska tas i beaktande vid frågan om en överlåtelse föreligger enligt direktivet. Dessa kriterier är var för sig inte avgörande och utgör ingen uttömmande uppräkningslista av faktorer som ska beaktas vid en överlåtelse.²⁷ De särskilda kriterierna enligt domstolens helhetsbedömning kan dock ges olika vikt beroende på vilken sorts verksamhet som överlåtelsen avser och hur denna verksamhet bedrivs.²⁸

De sju s.k. spijkerskriterierna som särskilt ska beaktas vid en helhetsbedömning avseende överlåtelsedirektivets tillämplighet vid en verksamhetsöverlåtelse är följande:

1. Arten av företag eller verksamhet
2. Huruvida materiella tillgångar har övertagits
3. Värdet av övertagna immateriella tillgångar vid tidpunkten för övergången
4. Huruvida huvuddelen av personalstyrkan avseende såväl antal som kompetens har övertagits av förvärvaren
5. Huruvida kunder har övertagits
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter övergången
7. Hur länge ett eventuellt avbrott i verksamheten har varat

Vid en bedömning av om det som överlåtits ska anses omfattas av direktivets bestämmelser är begreppet ekonomisk enhet det mest centrala. Genom en omfattande rättspraxis på området har det bl.a. fastslagits att det för direktivets tillämplighet krävs att det som överlåts utgör en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte endast är begränsad till att färdigställa ett visst arbete.²⁹ Vidare kan en enhet inte inskränkas till att innebära den verksamhet som den bedriver då flera omständigheter såsom personal och driftsmetoder även har betydelse.³⁰

EU-domstolen uppställer således krav på varaktighet, d.v.s. att verksamheten varaktigt fortsätter efter överlåtelsen, samt att verksamheten ska kunna bedrivas på egen hand och oberoende av andra delar av verksamheten för att en stabilt organiserad enhet ska anses föreligga.³¹ Kraven på den överlåtna verksamheten i kvalitativt avseende har även inneburit avgränsningar beträffande överlåtelsedirektivets tillämpningsområde, exempelvis genom krav på att enheten som överlåts ska tillhöra den huvudenheten inom vilken den överlåtna verksamheten utförs och bedrivs.³²

²⁷ Mulder, 2004, sid. 136, Barnard, 2006, sid. 637, Spijkers, mål 24/85 p. 13,

²⁸ Lunning & Toijer, 2010, sid. 286, Mulder, 2004, sid. 137-138, Adlercreutz & Mulder, 2007, sid. 198-199

²⁹ Rygaard, mål C-48/94 p. 20, Süzen, mål C-13/95 p. 13

³⁰ Glavå, 2001, sid. 374, Süzen, mål C-13/95 p. 15

³¹ Lunning & Toijer, 2010, sid. 286, Mulder, 2004, sid. 198

³² Mulder, 2004, sid. 167 och sid. 192, Schmidt, mål C-392/92 p. 13-14, Rask, mål C-209/91 p.16- 17

Syftet med den ekonomiska enheten som överlåts ska vara att bedriva ekonomisk verksamhet för att överlåtelsedirektivet ska bli tillämpligt. Någon form av ekonomisk funktion eller aktivitet krävs genom erbjudande av varor eller tjänster mot en viss ersättning men innebär dock inte att enheten som sådan måste ha något vinstsyfte.³³ Genom rättspraxis av EU-domstolen har begreppet ekonomisk verksamhet givits en vid och omfattande innebörd och innefattar bl.a. affärsverksamhet i religiösa samfund och professionellt utförd idrottsverksamhet.³⁴

Enligt bestämmelsen i direktivet ska den ekonomiska enheten ha behållit sin identitet för att överlåtelsedirektivet ska bli tillämpligt, vilket innebär att verksamheten efter överlåtelsen i stort ska vara oförändrad. Identitetskriteriet är avgörande för överlåtelsedirektivets tillämplighet och anses i stor utsträckning uppfyllt när verksamhetsdriften fortsätter eller återupptas i den överlåtna verksamheten.³⁵ Huruvida enheten har behållit sin identitet efter överlåtelsen avgörs med hjälp av de ovan nämnda spijkerskriterierna och utgör en bedömning för sig, avskilt från bedömningen gällande den ekonomiska enheten.³⁶

Bedömningen av huruvida enheten har bibehållit sin identitet efter överlåtelsen omfattar tre olika kriterier som måste vara uppfyllda för att direktivet ska bli tillämpligt på överlåtelsen, nämligen aktivitetskriteriet, fortsättningskriteriet och likhetskriterierna. Det krävs att den ekonomiska enhet som överlåts är en pågående verksamhet (aktivitetskriteriet). Ett driftsavbrott i verksamheten kan således utgöra en indikation på att överlåtelsen inte faller inom direktivets tillämpningsområde.³⁷ Verksamhetsdriften i den aktuella ekonomiska enheten kan dock vara tillfälligt nedlagd vid tidpunkten för överlåtelsen utan att hinder uppställs för aktivitetskriteriets tillämpning.³⁸ Vidare uppställs krav på att den ekonomiska enheten fortsätter efter överlåtelsen (fortsättningskriteriet). Som ovan nämnts utgör detta ett avgörande kriterium för direktivets tillämplighet och innebär även ett krav på en viss varaktighet.³⁹ Slutligen uppställs krav på likhet mellan den verksamhet som överlåts och den verksamhet som fortsätter (likhetskriteriet).

Sammanfattningsvis har således de sju spijkerskriterierna betydelse för både den ekonomiska enhetens och identitetskriteriets existens och kan fördelas mellan de två begreppen. De första fem kriterierna är hänförliga till bedömningen huruvida överlåtelsen av en verksamhet avser en ekonomisk enhet medan de två sista är hänförliga till bedömningen huruvida den ekonomiska enheten har behållit sin identitet efter överlåtelsen.⁴⁰

³³ Adlercreutz & Mulder, 2007, sid. 197

³⁴ Steymann, mål 196/87 p. 9, Dona, mål 13/76 p. 12

³⁵ Lunning & Toijer, 2010, sid. 285, Liikenne, mål C-172/99 p. 27, Allen, mål C-234/98 p. 23, Mayeur, mål C-175/99 p. 44

³⁶ Mulder, 2004, sid. 134 och sid. 256, Spijkers, mål 24/85 p. 11-12

³⁷ Allen, mål C-234/98 p. 33

³⁸ Ny Mølle Kro, mål 287/86 p. 19-20, Bork, mål 101/87 p. 16

³⁹ Rygaard, mål C-48/94 p. 20-21

⁴⁰ Mulder, 2004, sid. 143-144

Mot bakgrund av EU-domstolens praxis kan en ytterligare uppdelning vidtas genom vilken spijkerskriterierna indelas i antingen obligatoriska eller fakultativa bedömningskriterier.⁴¹ De obligatoriska bedömningskriterierna utgörs av sådana kriterier som måste beaktas och vara uppfyllda för att direktivets bestämmelser ska kunna tillämpas, varför kriterierna är utslagsgivande var för sig. Dessa kriterier består av kravet på lagenlig överlåtelse, som innefattar avtalsmässighet och kravet på arbetsgivarbyte, samt att överlåtelsen avser en ekonomisk enhet av en organiserad gruppering av tillgångar i syfte att bedriva en ekonomisk verksamhet vilken behåller sin identitet efter överlåtelsen.

Identitetskriteriet, innefattande aktivitetskriteriet, fortsättningskriteriet och likhetskriteriet, utgör således ett obligatoriskt kriterium. Huruvida verksamheten har bibehållit sin identitet avgörs dock av de fakultativa bedömningskriterierna, vilka är relaterade till de specifika omständigheterna gällande den aktuella överlåtelssituationen. Till skillnad från de obligatoriska kriterierna ska de fakultativa bedömningskriterierna endast få betydelse som en helhet och kan inte var för sig vara avgörande för om direktivet är tillämpligt på den aktuella situationen.

Avslutningsvis ska nämnas att överlåtelседirektivet enligt artikel 1.1c ska tillämpas på såväl privata som offentliga företag. Direktivet är dock inte tillämpligt avseende överföringar av förvaltningsuppgifter mellan offentliga organ.⁴² Sådana situationer samt omorganisationer av offentliga förvaltningsmyndigheter ska inte betraktas som en överlåtelse enligt direktivet och faller således utanför dess tillämpningsområde. Däremot anses överlåtelседirektivets bestämmelser vara tillämpliga beträffande överlåtelser av ekonomiska verksamheter som vidtas av en privaträttslig juridisk person till en offentligrättslig juridisk person.⁴³

2.3 Anställningsskydd vid verksamhetsöverlåtelse

2.3.1 Anställningsvillkor

Enligt artikel 3.1 i överlåtelседirektivet ska överlåtarens rättigheter och skyldigheter p.g.a. ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen övergå till förvärvaren vid en verksamhetsöverlåtelse. Detta innebär att de rättigheter och skyldigheter som en överlåtare har gentemot sina arbetstagare per automatik övergår till förvärvaren.⁴⁴ Tidpunkten för när dessa rättigheter och skyldigheter övergår

⁴¹ Mulder, 2004, sid. 278 f.

⁴² Henke, mål C-298/94 p. 14

⁴³ Lunning & Toijer, 2010, sid. 289

⁴⁴ Bork, mål 101/87 p. 18, d'Urso, mål C-362/89 p. 20

föreligger när förvärvaren övertar arbetsgivaransvaret.⁴⁵ Om överlåtelsen av verksamheten omfattas av direktivets tillämpningsområde ska samtliga rättigheter för arbetstagare anses innefattas i bestämmelsen, oavsett om rättigheterna har uppkommit före eller efter verksamhetsöverlåtelsen.⁴⁶

Villkor och bestämmelser i löpande kollektivavtal som skapar rättigheter och skyldigheter ska enligt artikel 3.3 i direktivet också övergå och tillämpas av förvärvaren, på samma sätt som hos överlåtaren. Förvärvaren ska vara bunden av kollektivavtalsbestämmelserna till dess att kollektivavtalets giltighetsperiod har utgått eller när ett nytt kollektivavtal har börjat gälla, dock minst under ett års tid.⁴⁷ Regeln är inte tillämplig på arbetstagare som anställs efter överlåtelsen.⁴⁸

Arbetstagares rätt till ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner utgör undantag enligt artikel 3.4a i direktivet och ska endast övergå till förvärvaren om medlemsstaten ifråga föreskriver det.⁴⁹ Beträffande övriga anställningsvillkor och förmåner som uppkommit före överlåtelseögonblicket kan förvärvaren och överlåtaren göras solidariskt ansvariga för ekonomiska åtaganden gentemot en arbetstagare enligt artikel 3.1 2 st. om den aktuella medlemsstaten väljer att använda sig av denna möjlighet.⁵⁰ En arbetstagare kan då välja att rikta sitt anspråk mot antingen överlåtaren eller förvärvaren. Vem som slutligen ska anses ansvarig för de ekonomiska förpliktelseerna får avgöras på avtalsmässiga grunder mellan överlåtaren och förvärvaren. Vid avsaknaden av ett sådant avtal är situationen oklar.

Det är endast anställningsavtal som vid verksamhetsöverlåtelsens tidpunkt var gällande mellan överlåtaren och arbetstagare som övergår och blir gällande mellan förvärvaren och arbetstagare.⁵¹ Överlåtelsedirektivet är därmed inte tillämpligt avseende arbetstagare som vid överlåtelsen av verksamheten inte längre innehar en anställning i företaget.⁵² Då regeln är tvingande kan varken överlåtaren eller förvärvaren påverka en sådan situation, genom att exempelvis försöka senarelägga överlåtelsen av arbetstagares anställningsavtal.

Förvärvarens skyldigheter gentemot en arbetstagare aktualiseras som ovan nämnts per automatik vid en verksamhetsöverlåtelse. Skyldigheten kan inte avtalas bort och utgör således tvingande rätt. En arbetstagare kan därmed inte avstå från de rättigheter denne erhåller genom överlåtelsedirektivet, även om en kompensation skulle försätta arbetstagaren i en bättre situation.⁵³ Däremot kan en arbetstagare som berörs av verksamhetsöverlåtelsen förhindra att dennes anställningsavtal övergår till

⁴⁵ Barnard, 2006, sid. 655, Celtec, mål C-478/03 p. 36

⁴⁶ Abels, mål 135/83 p. 37

⁴⁷ Källström & Malmberg, 2009, sid. 286, Barnard, 2006, sid. 659

⁴⁸ Ny Mølle Kro, mål 287/86 p. 26

⁴⁹ Se art. 3.4a i direktiv 2001/23/EG, Nyström, 2002, sid. 273

⁵⁰ Källström & Malmberg, 2009, sid. 292, Barnard, 2006, sid. 655

⁵¹ Rotsart de Hertaing, mål C-305/94 p. 21

⁵² Botzen, mål 186/83 p. 16

⁵³ Daddy's Dance Hall, mål 324/86 p. 15, Se ovan sid. 9 i arbetet

förvärvaren, exempelvis genom att säga upp anställningen med överlåtaren till dagen för överlåtelsen.⁵⁴

En arbetstagare kan även välja att kvarstanna i sin anställning hos överlåtaren, trots att någon sådan generell regel inte uppställs i överlåtelsedirektivet. Påpekas ska dock att det inte föreligger någon absolut rätt för en arbetstagare att kvarstanna i anställning hos överlåtaren. Huruvida en sådan anställning mellan arbetstagaren och överlåtaren ska bestå är upp till den enskilda medlemsstaten att föreskriva och reglera i den aktuella nationella lagstiftningen.⁵⁵

2.3.2 Uppsägningsförbud

En överlåtelse av en verksamhet utgör inte i sig skäl för uppsägning av arbetstagare, varken från en överlåtares eller en förvärvares sida, enligt artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet. Uppsägningsförbudet för en överlåtare och en förvärvare begränsas till uppsägningar som enbart vidtas p.g.a. verksamhetsöverlåtelsen som sådan, vilket bl.a. innebär att en överlåtare inte har någon rätt att vidta uppsägningar för en förvärvares räkning. Undantag i samma bestämmelse stadgar att uppsägningar av arbetstagare får vidtas om uppsägningarna kan hänföras till ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl som innefattar förändringar i arbetsstyrkan.⁵⁶

Uppsägningsförbudet enligt direktivets bestämmelse är således kopplat till ovanstående principer, vilka endast blir tillämpliga när en överlåtelse av en verksamhet är aktuell. För det första är en uppsägning som vidtagits för en förvärvares räkning förbjuden och för det andra är en uppsägning som vidtagits p.g.a. de ovan nämnda undantagsskälen tillåten för såväl en överlåtare som för en förvärvare. En av överlåtaren vidtagen verksamhetsförändring genom uppsägningar, vilken kan anses gynnsam för samtliga tänkbara förvärvare, utgör således en tillåten åtgärd medan en förändring som endast gynnar en specifik förvärvare ska anses otillåten. Sistnämnda förändring genom vidtagande av uppsägning från en överlåtares sida anses då som en otillåten uppsägning för en förvärvares räkning.

Någon konkret tidpunkt för när uppsägningsförbudet aktualiseras framgår inte av bestämmelsen. Överlåtelsedirektivet ska som ovan nämnts tillämpas vid en verksamhetsöverlåtelse enligt artikel 3.1 i direktivet, vilket avser tidpunkten för förvärvarens övertagande av arbetsgivaransvaret.⁵⁷ Något uppsägningsförbud föreligger inte då beslutet om uppsägning p.g.a.

⁵⁴Nyström, 2002, sid. 272, Mulder, 2004, sid. 298, Barret, 2005, sid. 1094 f., Danmols Inventar, mål 105/84 p. 16-17, Berg och Busschers, förenade mål 144-145/87 p. 12

⁵⁵Lunning & Toijer, 2010, sid. 308, Katsikas m.fl. förenade mål C-132/91, C-138/91 och C-139/91 p. 35-37, Merckx och Neuhuys, förenade mål C-171-172/94 p. 35

⁵⁶ Se art. 4.1. i direktiv 2001/23/EG

⁵⁷ Celtec, mål C-478/03 p. 36, Se ovan sid. 14-15 i arbetet

arbetsbrist tagits oberoende av beslutet om en eventuell verksamhetsöverlåtelse.⁵⁸

Arbetstagare som i strid med uppsägningsförbudet blivit uppsagd vid tidpunkt före överlåtelsen ska vid denna anses vara anställd i verksamheten.⁵⁹ Huruvida en sådan uppsägning i strid med uppsägningsförbudet föreligger ska avgöras utifrån samtliga objektiva omständigheter i varje enskilt fall och vikt ska läggas vid tidpunkten för uppsägningen, d.v.s. i hur nära anslutning till överlåtelsen som uppsägningen vidtogs.⁶⁰ Ett nära samband mellan uppsägnings- och överlåtelse-tidpunkten innebär en större sannolikhet att uppsägningsförbudet ska aktualiseras.

Uppsägningar avseende ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl utgör som ovan nämnts undantag från uppsägningsförbudet. Såväl en överlåtelse som en förvärvare kan därmed vidta arbetsbristuppsägningar hänförliga till dessa skäl.⁶¹ Innebörden av skälen framgår inte av överlåtelsedirektivet och belyses heller inte närmare i EU-domstolens praxis. Kortfattat kan sägas att de tre undantagsskälen avser uppsägningar i samband med en verksamhetsöverlåtelse som är hänförliga till verksamheten som sådan, vilket torde ge uppsägningsförbudet enligt överlåtelsedirektivet ett relativt snävt tillämpningsområde.⁶² Undantagen bör dock tolkas snävt med tanke på direktivets skyddssyfte.⁶³

Upphör ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande p.g.a. att verksamhetsöverlåtelsen medför en sådan väsentlig förändring för en arbetstagares arbetsvillkor, som är till nackdel för denne, ska arbetsgivaren vara ansvarig för detta upphörande enligt artikel 4.2 i direktivet. Även i ett sådant fall ska relevanta omständigheter beaktas, bl.a. den ovan nämnda tidsskillnaden mellan uppsägningens och verksamhetsöverlåtelsens vidtagande samt även om de arbetstagare som blivit uppsagda har återanställts av förvärvaren.⁶⁴ Arbetsgivaren har bevisbördan för att en uppsägning av arbetstagare inte beror på verksamhetsöverlåtelsen som sådan.

⁵⁸ Mulder, 2004, sid. 314

⁵⁹ Barnard, 2006, sid. 664, Barret, 2005, sid. 1091

⁶⁰ Lunning & Toijer, 2010, sid. 307, Bork, mål 101/87 p. 18, Barret, 2005, sid. 1093

⁶¹ Barnard, 2006, sid. 665, Dethier Équipement, mål C-319/94 p. 36-37

⁶² Malmberg, 2005, sid. 212

⁶³ Mulder, 2004, sid. 318, Adlercreutz & Mulder, 2007, sid. 200

⁶⁴ Bork, mål 101/87 p. 18, Temco, mål C-51/00 p. 28

3 Svensk rätt

3.1 Bakgrund

Någon generell rättslig reglering avseende vilken inverkan en verksamhetsövergång skulle ha på frågor gällande arbetstagares anställningsskydd fanns ursprungligen inte i den svenska arbetsrätten. Vid en verksamhetsövergång tillämpades istället bestämmelserna enligt 3 § LAS angående tillgodoräknande av anställningstid hos den tidigare arbetsgivaren respektive 25 § LAS om företrädesrätt till återanställning. Dåvarande avsaknad av rättsregler gällande verksamhetsövergångar innebar även att allmänna avtalsmässiga regler tillämpades vid partsskiften i sådana situationer.⁶⁵

Enligt tolkningen av de svenska reglerna före överlåtelsedirektivets implementering förelåg därmed inget hinder för den överlåtande arbetsgivaren att vid en verksamhetsövergång vidta arbetsbristuppsägningar p.g.a. övergången som sådan. Inga hinder uppställdes heller för en förvärvare vid en verksamhetsövergång beträffande valmöjligheten att använda egen eller inhyrd personal istället för att återanställa och fortsättningsvis nyttja överlåtarens arbetstagare.⁶⁶ Krav på ett direkt rättsligt samband mellan överlåtaren och förvärvaren uppställdes för att en verksamhetsövergång skulle anses föreligga, vilket bl.a. medförde att entreprenörbyten inte uppfyllde detta krav.⁶⁷

Arbetstagare som sagts upp p.g.a. arbetsbrist hade enligt den dåvarande regleringen företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren.⁶⁸ Rätten var dock begränsad till att gälla för arbetstagare med lång anställningstid och gällde endast den driftsenheten och det kollektivavtalsområdet som arbetstagaren var verksam inom när denne blev uppsagd. Vid en återanställningssituation behövde förvärvaren heller inte erbjuda arbetstagare samma anställningsvillkor som tillämpades av överlåtaren då ett nytt anställningsavtal innefattande avtalsfrihet ansågs uppstå när arbetstagare från en överlåtare fortsatte sitt arbete hos en förvärvare.⁶⁹

Sverige var år 1994 bunden av den då gällande EES-lagen.⁷⁰ Lagen var resultatet av det folkrättsliga avtalet om ett Europeiskt ekonomiskt samarbetsområde, det s.k. EES-avtalet, och redogjorde för vilka delar av avtalet som skulle vara gällande som svensk rätt, där bl.a. överlåtelsedirektivet omnämndes. Den svenska lagstiftaren tillsammans med arbetsrättskommittén ansåg dock att den då gällande svenska regleringen var

⁶⁵ Mulder, 2004, sid. 128-129

⁶⁶ AD 1980 nr. 54

⁶⁷ Glavå, 2001, sid. 373, AD 1993 nr. 147, AD 1994 nr. 61, AD 1994 nr. 105

⁶⁸ Glavå, 2001, sid. 371, Mulder, 2004, sid. 128 f.

⁶⁹ Mulder, 2004, sid. 129-130

⁷⁰ SFS 1992:1317

tillräcklig för att bestämmelserna enligt överlåtelsedirektivet redan skulle anses uppfylla.⁷¹ Någon ändring av den svenska lagstiftningen vidtogs således inte vid Sveriges anslutning till EES-avtalet. Arbetsdomstolen ansåg år 1995 att implementeringen av överlåtelsedirektivet genom EES-lagen inte kunde anses tillräcklig för att direktivets bestämmelser skulle anses direkt gällande enligt svensk rätt.⁷²

3.2 Överlåtelsedirektivets implementering

Situationen, avseende införandet av överlåtelsedirektivets bestämmelser i den svenska rättsordningen, förändrades år 1995 i och med Sveriges anslutning till den Europeiska unionen. Lagändringar vidtogs p.g.a. medlemskapet varpå reglerna avseende verksamhetsövergångar enligt överlåtelsedirektivet implementerades i svensk rätt⁷³, framförallt genom införandet av 6b § LAS samt ändringar och tillägg till 7 § LAS, 13 § MBL och 28 § MBL. Dessa regler ska tolkas och tillämpas EU-konformt⁷⁴, vilket innebär att svenska nationella myndigheter ska tolka reglerna i enlighet med överlåtelsedirektivets innebörd och på sådant sätt att syftet med direktivet uppfylls. Avgöranden från EU-domstolen innefattas även i den nationella myndighetens EU-konforma tolkningsförfarande.

3.2.1 Anställningsskydd vid verksamhetsövergång

3.2.1.1 Tillämpningsområde

I och med lagändringsarbetet infördes 6b § LAS, vilken ska tillämpas vid en övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan. Bestämmelsens formulering utgör en markering för att de svenska reglerna gällande verksamhetsövergångar knyter an till överlåtelsedirektivets tillämpningsområde och EU-domstolens rättspraxis och ska således gälla även vid övergångssituationer där det inte finns något rättsligt samband mellan överlåtaren och förvärvaren.⁷⁵

Då överlåtelsedirektivet är ett s.k. minimidirektiv har den svenska lagstiftningen givits ett utökat tillämpningsområde genom första stycket i 6b § LAS. Till skillnad från direktivets reglering omfattar de svenska skyddsreglerna arbetstagare på sjögående fartyg och samtliga offentligtanställda arbetstagare, oavsett om dessa arbetar i förvaltande

⁷¹ Prop. 1991/92:170, bil. 9, sid. 25, SOU 1993:32, sid. 326 f.

⁷² AD 1995 nr. 97

⁷³ SFS 1994:1685, SFS 1994:1686

⁷⁴ Källström & Malmberg, 2009, sid. 280, Adlercreutz & Mulder, 2007, sid. 196, Mulder, 2004, sid. 105-106, Gudmund, 1994, sid. 34

⁷⁵ Prop. 1994/95:102 sid. 80, Lunning & Toijer, 2010, sid. 300-301, Elmér m.fl., 2008, sid. 97

verksamhet eller inte.⁷⁶ En strävan förelåg att reglerna, avseende den offentliga sektorn och reglerna avseende den övriga arbetsmarknaden, så långt som möjligt skulle enas och svara mot varandra.⁷⁷ Beträffande arbetstagare på sjögående fartyg förelåg inga skäl till varför dessa inte skulle omfattas av skyddsreglerna.⁷⁸

3.2.1.2 Anställningsvillkor

I och med en verksamhetsövergång övergår rättigheter och skyldigheter per automatik från överlåtaren till förvärvaren enligt 6b § LAS, varpå arbetsgivaransvaret övertas av förvärvaren. Bestämmelsen reglerar de individuella avtalsvillkoren mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, d.v.s. den situationen där varken överlåtaren eller förvärvaren är bunden av något kollektivavtal.⁷⁹ Samtliga arbetstagares personliga anställningsvillkor omfattas av regeln, oavsett om arbetstagarna är medlemmar i en kollektivavtalsslutande organisation eller inte. Förvärvaren blir bunden av dessa villkor och kan vidta ändringar i samma utsträckning som överlåtaren kunde innan verksamhetsövergången.⁸⁰

Principiellt befrias överlåtaren från tidigare förpliktelser i förhållande till arbetstagarna när förvärvaren övertar arbetsgivaransvaret.⁸¹ Undantag från denna bestämmelse har dock intagits i den svenska rätten genom 6b § LAS, vilken stadgar ett solidariskt ansvar för en överlåtare och en förvärvare gällande ekonomiska förpliktelser som är hänförliga till tidpunkter innan verksamhetsövergången. Hur kostnadsfördelningen av sådana förpliktelser ska göras mellan överlåtaren och förvärvaren kan regleras genom avtal parterna emellan.⁸²

Det ovan nämnda tillämpningsområdet för 6b § LAS avser inte ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner för arbetstagare och motsvarar således överlåtelsedirektivets bestämmelser.⁸³ En verksamhetsövergång medför inte att förvärvaren övertar skyldigheten från överlåtaren att utbetala intjänade pensionsförmåner till de arbetstagare som medföljer vid övergången.⁸⁴ Arbetstagare kan därmed inte kräva förvärvaren på dessa intjänade rättigheter. Undantaget gäller dock inte för förvärvarens skyldighet att enligt ett anställningsavtal exempelvis göra insättningar för framtida pensionspremier. Förvärvaren blir även ansvarig för arbetstagares

⁷⁶ Prop. 1994/95:102 sid. 49, Sigeman, 2006, sid. 188, Nyström, 2001, sid. 211-212, Jmf. art. 1.1c och art. 1.3 i direktiv 2001/23/EG

⁷⁷ Nyström, 2002, sid. 292, Lunning & Toijer, 2010, sid. 301

⁷⁸ Prop. 1994/95:102 sid. 48-49

⁷⁹ Mulder, 2004, sid. 327

⁸⁰ Källström & Malmberg, 2009, sid 291, Mulder, 2004, sid. 327, Elmér m.fl., 2008, sid. 95, Sigeman, 2006, sid. 191

⁸¹ Prop. 1994/95:102 sid. 40

⁸² Prop. 1994/95:102 sid. 81, Elmér m.fl., 2008, sid. 96

⁸³ Se art. 3.4 i direktiv 2001/23/EG

⁸⁴ Prop. 1994/95:102 sid. 46-47

pension om detta ansvar överflyttats från överlåtaren p.g.a. annat skäl än verksamhetsövergången som sådan.⁸⁵

Vid en verksamhetsövergång kan en arbetstagare enligt 6b § 4 st. LAS motsätta sig en övergång av anställningsförhållandet genom att antingen frånträda sin tjänst eller välja att kvarstanna i sin anställning hos överlåtaren och därmed riskera att bli uppsagd p.g.a. arbetsbrist.⁸⁶ Valmöjligheten utgör en rättighet som endast tillfaller arbetstagaren vilket innebär att avtal angående vilka arbetstagare som ska följa med vid en övergång inte kan upprättas mellan en överlåtare och en förvärvare.⁸⁷

Vid en verksamhetsövergång är en förvärvare som inte är bunden av något kollektivavtal skyldig att initiera förhandling i den aktuella övergångsfrågan med samtliga berörda arbetstagarorganisationer enligt 13 § MBL. Därmed har förhandlingsskyldigheten enligt 11 § MBL utökats p.g.a. överlåtelsedirektivets implementering.

Enligt 28 § MBL ska det kollektivavtal som är gällande hos överlåtaren även bli tillämpligt och gällande för förvärvaren vid en verksamhetsövergång, såvida förvärvaren inte redan är bunden av ett kollektivavtal som kan tillämpas på de övertagna arbetstagarna. Bestämmelsens första stycke utgör en slags huvudregel och innebär att en kollektivavtalslös förvärvare blir bunden av en överlåtares kollektivavtal och ska därmed tillämpa avtalets villkor gentemot arbetstagarna på samma sätt som överlåtaren och som om förvärvaren själv hade ingått avtalet.⁸⁸ Förvärvaren ska även tillämpa kollektivavtal på de arbetstagare som anställs efter verksamhetsövergången, vilket skiljer sig från överlåtelsedirektivet.⁸⁹ Överlåtarens kollektivavtal blir tillämpligt även beträffande övertagna arbetstagare som står utanför den avtalsslutande organisationen, p.g.a. kollektivavtalets normerande verkan.⁹⁰

Huvudregeln gäller dock inte när förvärvaren vid överlåtelsen redan är bunden av ett kollektivavtal. Överlåtarens kollektivavtal ska då enligt 28 § 3 st. MBL tillämpas på de övertagna arbetstagarna under en ettårsperiod, fränsett att giltighetstiden för överlåtarens kollektivavtal inte har utgått eller att ett nytt kollektivavtal har börjat gälla för arbetstagarna.⁹¹ Dessa villkor ska tillämpas oavsett om de innebär en försämring av de övertagna arbetstagarnas anställningsvillkor i förhållande till de villkor förvärvaren tillämpar för sina ursprungliga arbetstagare.

En överlåtare och en arbetstagarorganisation har möjligheten att säga upp ett dem emellan gällande kollektivavtal inför och p.g.a. en

⁸⁵ Lunning & Tojjer, 2010, sid. 304

⁸⁶ Prop. 1994/95:102 sid. 45, Sigeman, 2006, sid. 190, Glavå, 2001, sid. 372

⁸⁷ AD 1998 nr. 144

⁸⁸ Mulder, 2004, sid. 329, Källström & Malmberg, 2009, sid. 286

⁸⁹ Källström & Malmberg, 2009, sid. 286, Jmf. Ny Mølle Kro, mål 287/86 p. 26

⁹⁰ Mulder, 2004, sid. 326 och sid. 329

⁹¹ Nyström, 2002, sid. 294, Källström & Malmberg, 2009, sid. 288

verksamhetsövergång enligt 28 § 2 st. MBL. Därmed kan ett nytt kollektivavtal upprättas mellan parterna för att gälla avseende de arbetstagare som övergår till förvärvaren genom verksamhetsövergången. För att harmonisera de anställningsvillkor som förvärvaren tillämpar gentemot sina arbetstagare, i förhållande till de villkor som överlåtaren tillämpat avseende de övertagna arbetstagarna, kan förvärvaren träffa ett s.k. inrangeringsavtal. Förvärvaren behöver därmed inte beakta två uppsättningar av olika kollektivavtalsvillkor då villkoren samordnas genom upprättandet av inrangeringsavtalet.⁹²

3.2.1.3 Uppsägningsförbud

Enligt 7 § 3 st. LAS ska en verksamhetsövergång som sådan inte utgöra skäl för uppsägning av arbetstagare. Förbudet gäller såväl för överlåtaren som för förvärvaren och är en konsekvens av att en övergång av verksamhet föreligger enligt 6b § LAS. Uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS är resultatet av artikel 4.1 i överlåtelsesdirektivet men kan anses ha ett mer utvidgat tillämpningsområde än direktivets bestämmelse. Medan direktivet genom EU-domstolens rättspraxis anknyter uppsägningsförbudet till en arbetsgivares uppsägningssskäl är den svenska regeln avseende förbudet inriktad på och relaterad till en viss tidpunkt.⁹³

Tidpunkten för uppsägningsförbudets aktualiserande stadgas som ovan nämnts inte i artikel 4.1 i direktivet och ett sådant stadgande utblir även i 7 § 3 st. LAS.

En överlåtare får vidta uppsägningar p.g.a. arbetsbrist i den övergående verksamheten så länge beslut om verksamhetsövergång inte tagits. Detta innebär att uppsägningar av överlåtaren, som skulle vidtagits oavsett om verksamheten skulle bli föremål för en övergång eller inte, är tillåtna och medför därmed inte att uppsägningsförbudet blir tillämpligt.⁹⁴ Reglerna angående omplacering och turordning blir därmed överlåtarens uppgift att överse när denne vidtar arbetsbristuppsägningar. Beträffande situationen då överlåtaren faktiskt verkställer verksamhetsövergången övergår de uppsagda arbetstagare med löpande uppsägningstid till förvärvaren som ett led i den automatiska övergången av anställningsavtalen.⁹⁵

Om övertalighet uppstår som en följd av en verksamhetsövergång har en överlåtare inte rätt att vidta uppsägningar. Detta gäller även om beslutet om en verksamhetsövergång inte har fattats och innebär att en överlåtare inte kan säga upp arbetstagare för en förvärvares räkning.⁹⁶

Uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS kan uppfattas som absolut i förhållande till artikel 4.1 i överlåtelsesdirektivet då regeringens proposition som en slags huvudregel stadgar att en eventuell övertalighet i arbetsstyrkan

⁹² Prop. 1994/95:102 sid. 55 f.

⁹³ Källström & Malmberg, 2009, sid. 284-285, Malmberg, 2005, sid. 212

⁹⁴ Prop. 1994/95:102 sid. 44, Nyström, 2002, sid. 293

⁹⁵ SOU 1994:83 sid. 88, Lunning & Toijer, 2010, sid. 306

⁹⁶ Prop. 1994/95:102 sid. 44 f., Jmf. SOU 1994:83 sid. 87 och Nordström, 2001, sid. 207

ska lösas av förvärvaren vid tidpunkt då en övergång av verksamhet är aktuell.⁹⁷ Vid denna tidpunkt kan således en överlåtare enligt propositionen inte vidta uppsägningar av arbetstagare. Medan EU-rätten tillåter såväl en överlåtare som en förvärvare att vidta uppsägningar p.g.a. ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl synes denna möjlighet för en överlåtare begränsas enligt svensk rätt genom propositionen eftersom denne förbjuds vidta uppsägningar vid den tidpunkt det går att bilda sig en uppfattning om att en verksamhetsövergång ska ske.

En förvärvare kan i sådana situationer aktualisera uppsägningar p.g.a. övertaligheten enligt allmänna arbetsrättsliga bestämmelser, exempelvis reglerna avseende upprättande av turordningskretsar och kravet på saklig grund. Någon övergångsfrist torde förvärvaren inte behöva beakta vid vidtagande av sådana uppsägningar.⁹⁸ Uppsägningsförbudet gäller dock för förvärvaren på samma sätt som för överlåtaren beträffande uppsägningar p.g.a. övergången som sådan då inte heller förvärvaren får vidta uppsägningar hänförliga till en eventuell övertalighet innan verksamhetsövergången är genomförd.⁹⁹ Hantering av situationer beträffande övertalighet anses vara av stor vikt och bör regleras i kollektivavtal.¹⁰⁰

Som ovan nämnts får ett beslut avseende verksamhetsövergång inte ha fattats vid en uppsägning av arbetstagare. Ett sådant beslut aktualiserar uppsägningsförbudet som är knutet till en övergång av verksamhet från ett rättssubjekt till ett annat. Tidpunkten för tillämpligheten av uppsägningsförbudet kan anses föreligga i samband med att det är möjligt att bilda sig en uppfattning om att en övergång av verksamhet ska äga rum.¹⁰¹ En arbetsgivare som diskuterar en eventuell verksamhetsövergång och vidtar uppsägningar innan en sådan diskussion är avslutad riskerar därmed att uppsägningsförbudet blir tillämpligt.¹⁰² Sådana diskussioner får vidare anses utgöra bevis för att en arbetsgivare inte har tagit något beslut om att inte överlåta verksamheten.

Således blir det problematiskt för en arbetsgivare att hävda att de vidtagna uppsägningarna inte berodde på verksamhetsövergången som sådan, oavsett om något avtal om övergång har slutits med en förvärvande part. Uppsägningsförbudet blir som huvudregel, enligt Arbetsdomstolen, tillämpligt då planerna angående en verksamhetsövergång har tagit en relativt fast form.¹⁰³

Regler angående när är ett anställningsförhållande upphör p.g.a. att en övergång av verksamhet medför radikala förändringar av en arbetstagares

⁹⁷ Prop. 1994/95:102 sid. 44 f., Sigeman, 2006, sid. 191, se även AD 1999 nr. 21

⁹⁸ Prop. 1994/95:102 sid. 45

⁹⁹ Mulder, 2004, sid. 333-334

¹⁰⁰ SOU 1994:83 sid. 88, Gudmund, 1994, sid. 37

¹⁰¹ Mulder, 2004, sid. 322

¹⁰² Mulder, 2004, sid. 322

¹⁰³ Lunning & Toijer, 2010, sid. 307, AD 2009 nr. 55

anställningsvillkor vilka är till nackdel för denne har inte implementerats i den svenska rätten från artikel 4.2 i direktivet. Bestämmelsen anses anknyta till redan gällande svensk rätt beträffande reglerna om provocerad uppsägning, varför lagstiftningsändring på området inte vidtagits.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Prop. 1994/95:102 sid. 48, SOU 1994:83 sid. 90

4 Överlåtaren och uppsägningsförbudet

Detta kapitel omfattar en mer sammanfattande uppställning av relevant material avseende huruvida och vid vilken tidpunkt överlåtaren kan vidta arbetsbristuppsägningar inför en eventuell verksamhetsövergång i förhållande till uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS. En mer utförlig redogörelse av den rättsliga situationen kommer därmed att genomföras där det mest relevanta från källor såsom förarbeten och rättspraxis ska upptas.

4.1 Introduktion

Huvudregeln enligt 7 § 3 st. LAS stadgar att en sådan övergång av verksamhet som avses i 6b § LAS inte i sig kan utgöra skäl för uppsägning av arbetstagare. Som ovan nämnts har en överlåtare dock rätt att vidta uppsägningar p.g.a. arbetsbrist i verksamheten då något beslut om verksamhetsövergång inte har fattats. Däremot får en överlåtare inte vidta uppsägningar av arbetstagare då en övergång av verksamhet är aktuell, vilket gör att detta uppsägningsförbud enligt svensk rätt ger ett större och mer omfattande skydd i förhållande till dess utformning och tillämpning enligt överlåtelsedirektivet.

Huruvida en arbetsgivare kan vidta åtgärder i form av att anpassa antalet arbetstagare i dennes verksamhet för att främja en eventuell framtida försäljning regleras inte i förarbetena.¹⁰⁵ Regeringen är däremot i propositionen tydlig beträffande överlåtarens förbud att vidta uppsägningar för en förvärvares räkning. Förarbetena är dock av skilda meningar och kritik angående den svenska lagstiftarens tolkning av överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud har framförts.¹⁰⁶ En ordagrann tolkning av det EU-rättsliga uppsägningsförbudet borde enligt kritiken eftersträvas för att i så stor utsträckning som möjligt överensstämmer med den tolkning som görs av EU-domstolen, samt för att motsvara ett gemenskapsrätligt intresse av enhetlig tolkning.¹⁰⁷

Frågan huruvida ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl kan anses omfattas av den svenska tolkningen av uppsägningsförbudet är tämligen outredd och någon närmare vägledning av svensk rättspraxis från Arbetsdomstolen i ärendet kan inte anses föreligga. Situationen får därmed anses osäker och olika författare synes framställa problematiken på olika sätt.¹⁰⁸ På grund av ovanstående har jag valt att tolka de uttalanden och det synsätt som redogörs för i propositionen beträffande uppsägningsförbudets

¹⁰⁵ Lunning & Toijer, 2010, sid. 307

¹⁰⁶ Jmf. Prop. 1994/95:102 sid. 45, SOU 1994:83 sid. 87, Nordström, 2001, sid. 207

¹⁰⁷ Nordström, 2001, sid. 203 f.

¹⁰⁸ Se exempelvis Adlercreutz & Mulder, 2007, sid. 199-200 och Sigeman, 2006, sid. 191 med där hänvisad doktrin

innebörd som gällande, d.v.s. att det i svensk rätt inte görs något undantag för en överlåtare att vidta uppsägningar av arbetstagare när en verksamhetsövergång är aktuell.

Vägledning, för på vilket stadium uppsägningsförbudet blir tillämpligt, kan hämtas främst från avgöranden av EU- och Arbetsdomstolen samt även från den svenska propositionen. Uppsägningsförbudet har varit föremål för utredning och tolkning vid ett antal tillfällen i både EU- och Arbetsdomstolen, dock utan någon mer utförlig förklaring avseende en överlåtares vidtagande av uppsägningar inför en verksamhetsövergång. Således har endast ett fåtal avgöranden av intresse för frågeställningen valts ut och belysts mer grundligt.

Nedan utvald rättspraxis från EU-domstolen¹⁰⁹ utgör s.k. obiter dictum, dvs. att den huvudsakliga rättsfrågan i målen avgjordes på andra skäl och grunder än uppsägningsförbudet och den för arbetet aktuella frågeställningen. Dessa avgöranden får likväl betraktas som relevanta då de får anses spegla gällande rätt och därmed bl.a. EU-rättens syn på en överlåtares vidtaganden av uppsägningar p.g.a. ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.¹¹⁰ Den tidsgräns som uppsägningsförbudet enligt svensk rätt anknyts till förefaller av EU-domstolens rättspraxis som relativt oviktig då den endast synes beaktas i andra hand i målen. Någon central roll för denna tidsgräns kan således inte uppfattas av avgörandena varför det, som ovan i arbetet fastslagits, får anses stå en överlåtare relativt fritt att vidta uppsägningar p.g.a. ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl enligt det EU-rättsliga överlåtelsedirektivet.¹¹¹

Den rättspraxis av relevans för uppsägningsförbudet som avgjorts av Arbetsdomstolen har nedan upptagits dels som styrkande för att domstolen följer den svenska propositionen avseende uppsägningsförbudets utformning i den svenska rätten, dels för att belysa domstolens uttalanden avseende vid vilken tidpunkt uppsägningsförbudet ska anses tillämpligt i förhållande till en överlåtares möjlighet att vidta uppsägningar.¹¹²

4.2 Överlåtarens vidtagande av uppsägningar

4.2.1 Förarbeten

4.2.1.1 SOU 1994:83

Arbetsrättskommittén lade i sitt förslag fram synpunkter liknande de av regeringen nedan, bl.a. exempel på i vilken utsträckning

¹⁰⁹ Bork, mål 101/87, Temco, mål C-51/00, Dethier Équipement, mål C-319/94

¹¹⁰ Dethier Équipement, mål C-319/94

¹¹¹ Malmberg, 2005, sid. 212, Se ovan sid. 17 i arbetet

¹¹² AD 1999 nr. 21 och AD 2009 nr. 55

uppsägningsförbudet skulle anses bli tillämpligt vid en överlåtares vidtagande av uppsägningar.¹¹³ Kommittén ansåg även att en uppdelning mellan en överlåtare och en förvärvare beträffande tillämpningen av turordningsregler och omplacering inte bör ske. Sådan problematik skulle som utgångspunkt enligt arbetsrättskommittén handhas och ombesörjas endast av en arbetsgivare.¹¹⁴

Liksom regeringen i propositionen upptar arbetsrättskommittén frågan huruvida det för överlåtaren ska gälla ett absolut uppsägningsförbud då planerna på en verksamhetsövergång har tagit en fast form.¹¹⁵ Kommittén ansåg att det inte är givet att en regel som förhindrar en överlåtare att hantera en övertalighet är till fördel för arbetstagarna. Beroende på parternas verksamhetssituationer ifråga om exempelvis omplaceringsmöjligheter kan således en hantering av såväl överlåtaren som förvärvaren vara till gagn för arbetstagarna.

Beträffande frågan huruvida en överlåtare ska kunna vidta uppsägningar för en förvärvares räkning eller, annorlunda uttryckt, huruvida en överlåtare ska kunna vidta uppsägningar vilka dikterats av en förvärvare, gjordes dock en annan bedömning än regeringens. Kommittén slog fast att uppsägningsförbudets räckvidd får anses vara relativt begränsad och torde endast förhindra att uppsägningar vidtas p.g.a. en verksamhetsövergång som sådan.¹¹⁶ Detta skulle enligt kommittén innebära att arbetsbristuppsägningar kan vidtas så länge en verksamhetsövergång inte ligger till grund för de aktuella uppsägningarna.

Arbetsrättskommittén lade ovanstående till grund för tolkning av uppsägningsförbudets räckvidd och fastslog att något hinder mot att en överlåtare vidtar uppsägningar för en förvärvares räkning inte kan anses föreligga enligt överlåtelsedirektivet.¹¹⁷ Detta innebar att en överlåtare enligt kommittén skulle kunna lösa en eventuell övertalighet i sin verksamhet, varpå denne får handskas med omplaceringsskyldigheten och turordningsreglerna. Förslaget från arbetsrättskommittén godtogs inte av riksdagen som istället antog den nedanstående propositionen från regeringen.

4.2.1.2 Prop. 1994/95:102

Enligt propositionen, vilken ligger till grund för den svenska lagstiftningen avseende övergång av verksamheter, ansåg uppsägningsförbudets omfattning vara av vikt att utreda och belysa. Regeringen menade att uppsägningsförbudet skulle kunna bli tillämpligt beroende på de aktuella omständigheterna avseende en överlåtares vidtagande av uppsägningar och beslut om försäljning av en verksamhet. I propositionen uppställs tre olika

¹¹³ SOU 1994:83 sid. 85-86

¹¹⁴ SOU 1994:83 sid. 86, Prop. 1994/95:102 sid. 44

¹¹⁵ SOU 1994:83 sid. 86, Prop. 1994/95:102 sid. 42

¹¹⁶ SOU 1994:83 sid. 87

¹¹⁷ SOU 1994:83 sid. 87

tänkbara scenarion vilka bearbetades av regeringen, bl.a. för att förklara uppsägningsförbudets räckvidd.

Regeringen ansåg att en arbetsgivare närmade sig en gräns för vad som kunde anses vara tillåtet enligt överlåtelsedirektivet när denne, efter att ha konstaterat övertalighet i sin verksamhet, inlett förhandling med en eventuell köpare av verksamheten som i sin tur överväger köpet om arbetsgivaren ansvarar för övertaligheten.¹¹⁸ Uppsägningsförbudet ansågs däremot inte aktualiseras då en arbetsgivare överlåter verksamheten under arbetstagares löpande uppsägningstider eller då uppsägningar p.g.a. övertalighet vidtas och, efter att de uppsagda arbetstagarna har slutat, verksamheten överläts.

Avseende uppsägningsförbudets räckvidd och omfattning uppkom i propositionen frågan huruvida det enligt överlåtelsedirektivet ska gälla ett absolut uppsägningsförbud för överlåtaren då planerna på en verksamhetsövergång har tagit en fast form. Enligt regeringen skulle regler beträffande vem av parterna som vid en viss tidpunkt ska ansvara för en eventuell övertalighet kunna införas i den svenska rättsordningen, oavsett vad överlåtelsedirektivet stadgar.¹¹⁹ Således skulle exempelvis förvärvaren ständigt kunna ansvara för en övertalighetssituation från en viss reglerad tidpunkt.

I propositionen klargjordes att regler beträffande turordning, omplacering och återanställning blir väsentliga vid frågan om vem av överlåtaren och förvärvaren som ska hantera dessa. Regeringen menade att samtliga aktuella regler ska tillämpas endast av en part, närmare bestämt den part som vidtar uppsägningarna, men tillägger dock att det genom detta synsätt inte entydigt går att fastställa huruvida en övertalighetssituation hos antingen överlåtaren eller förvärvaren är till störst fördel för de arbetstagare som påverkas.¹²⁰

Det konstaterades av regeringen att en överlåtare har rätt att vidta uppsägningar p.g.a. arbetsbrist i den överlåtna verksamheten, förutsatt att något beslut om verksamhetsövergång inte har tagits.¹²¹ Således ansågs arbetsbristuppsägningar av en överlåtare tillåtna om sådana uppsägningar skulle ha vidtagits oavsett om verksamheten skulle ha avyttrats eller inte. I sådana fall skulle övertalighetsproblematiken i form av exempelvis omplacering och tillämpning av turordningsregler ombesörjas av överlåtaren.¹²²

Regeringen fastslog därefter att en överlåtare är förhindrad att vidta uppsägningar, även om beslut avseende verksamhetsövergången inte har fattats, då övertalighet uppstår som en följd av verksamhetsövergången och

¹¹⁸ Prop. 1994/95:102 sid. 42

¹¹⁹ Prop. 1994/95:102 sid. 43

¹²⁰ Prop. 1994/95:102 sid. 44

¹²¹ Prop. 1994/95:102 sid. 44

¹²² Prop. 1994/95:102 sid. 44

därmed inte är hänförlig till arbetsbrist i den överlåtna verksamheten.¹²³ Därmed markerade regeringen att en överlåtare inte har någon rätt att vidta uppsägningar för en förvärvares räkning samt att ansvaret för en sådan övertalighet istället ska vila på förvärvaren. Sistnämnde får efter verksamhetsövergången i sin tur bl.a. tillämpa reglerna angående turordning för att vidta de uppsägningar p.g.a. övertaligheten som får anses nödvändiga.¹²⁴

Sammanfattningsvis gjorde regeringen i propositionen en annorlunda bedömning än kommittén. Regeringen fastslog att ett till synes absolut uppsägningsförbud skulle föreligga beträffande en överlåtare när en övergång av verksamhet är aktuell, vilket således innebär att förvärvaren är ansvarig för en eventuell övertalighet vid tidpunkt då det går att bilda sig en uppfattning om att en verksamhetsövergång kommer att ske. Detta beslut anknyter till en viss tidsperiod och inte, som EU-domstolens praxis, till en arbetsgivares uppsägningsskäl. Ställningstagandet gjordes självständigt av regeringen för att stärka skyddet för arbetstagare och bygger således inte på en EU-rättslig tolkning.

4.2.2 Rättspraxis

4.2.2.1 Bork International

Situationen beträffande en arbetsgivares uppsägning av arbetstagare och uppsägningsförbudet upptogs av EU-domstolen i målet Bork International¹²⁵ men utgjorde inte målets egentliga frågeställning. Bork International arrenderade en snickeriverksamhet av Orehoved Træ och övertog samtliga arbetstagare i verksamheten. Dessa arbetstagare sades upp i samband med att Bork International sade upp arrendeavtalet med Orehoved Træ. Snickeriverksamhetens drift lades ner efter arrendeavtalets upphörande men återupptogs när verksamheten därefter blev uppköpt från Orehoved Træ av ett annat företag, Junckers Industrier, som därmed övertog cirka hälften av de arbetstagare som dessförinnan varit anställda hos Bork International.

Den egentliga och huvudsakliga frågan i målet var huruvida överlåtelsedirektivet blir tillämpligt då ett arrendeavtal sägs upp av en ägare till en verksamhet varpå verksamhetsdriften läggs ner och därefter återtas för att sedan säljas till en tredje part, vilken i sin tur återupptar verksamhetsdriften med dryga hälften av arrendatorns arbetstagare. Domstolen menade att arbetstagare endast kunde åberopa överlåtelsedirektivets regler om de vid verksamhetsöverlåtelsen innehade en anställning i verksamheten samt att ett uppehåll i verksamhetsdriften inte i sig uteslöt direktivets tillämplighet.¹²⁶

¹²³ Prop. 1994/95:102 sid. 45

¹²⁴ Prop. 1994/95:102 sid. 45

¹²⁵ Bork, mål 101/87

¹²⁶ Bork, mål 101/87 p. 16-17, Ny Mølle Kro, mål 287/86 p. 22

EU-domstolen fastslog därefter att arbetstagare som sagts upp vid en tidpunkt före verksamhetsövergången, där uppsägningen strider mot uppsägningsförbudet enligt artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet, ska anses vara anställd i verksamheten vid överlåtelsen. Förpliktelserna gentemot arbetstagarna övergår således enligt artikel 3.1 i direktivet per automatik från överlåtaren till förvärvaren. Vidare menade domstolen att fastställandet av huruvida uppsägningsförbudet enligt direktivets bestämmelse ska anses tillämpligt får avgöras mot bakgrund av de objektiva omständigheterna som låg till grund för uppsägningarna och då särskilt hur nära inpå verksamhetsöverlåtelsen som uppsägningarna vidtogs.¹²⁷

4.2.2.2 Temco Service Industries SA

Ytterligare ett avgörande från EU-domstolen avseende uppsägningsförbudets tillämplighet var målet Temco Service Industries SA.¹²⁸ Även i detta fall var den huvudsakliga frågan för domstolen inte kopplat till problematiken avseende uppsägningsförbudet utan återigen huruvida direktivet skulle anses tillämpligt i en viss situation. I målet hade Volkswagen genom entreprenad anlitat företaget BMV för städningsarbete av bolagets lokaler. BMV överlät i sin tur arbetet till underentreprenören GMC. Då Volkswagen sade upp detta avtal vidtog GMC uppsägningar och behöll endast fyra stycken av sina anställda arbetstagare. Volkswagen tecknade därefter ett nytt avtal med Temco Services Industries SA för utförande av samma arbete, varpå sistnämnda företag enligt kollektivavtalsbestämmelser övertog en del av de arbetstagare som förut var verksamma hos GMC.

Domstolen fastslog att överlåtelsedirektivet var tillämpligt på ovanstående situation, d.v.s. när en uppdragsgivare som enligt ett entreprenadavtal med en första entreprenör, som i sin tur överlåter utförandet av arbetet till en underentreprenör, säger upp avtalet för att istället teckna ett nytt avtal med en andra entreprenör avseende utförandet av samma arbete, även om någon överföring av materiella eller immateriella tillgångar inte sker mellan den första entreprenören eller underentreprenören till den andra entreprenören, som i sin tur övertar huvuddelen av underentreprenörens personalstyrka enligt kollektivavtalsbestämmelser.¹²⁹

Beträffande uppsägningsförbudet menade domstolen att skälet till vidtagande av uppsägningar får anses bero på verksamhetsöverlåtelsen i sig då uppsägningar vidtagits endast några dagar innan förvärvaren övertar verksamheten och dess arbetstagare.¹³⁰ Sådana uppsägningar skulle således inte inverka på giltigheten av arbetstagares anställningsavtal hos en ny verksamhetsinnehavare. Domstolen hänvisade i avgörandet till målet Bork International och belyste därmed återigen vikten av hänsynstagandet till de

¹²⁷ Bork, mål 101/87 p. 18

¹²⁸ Temco, mål C-51/00

¹²⁹ Temco, mål C-51/00 p. 33

¹³⁰ Temco, mål C-51/00 p. 28

objektiva omständigheterna såsom tidsbandet mellan uppsägningarna och verksamhetsöverlåtelsen.¹³¹

4.2.2.3 Dethier Équipement

EU-domstolen hade i detta fall att ta ställning till frågor avseende ett likvidationsförfarande. Företaget Sovam SPRL hade försatts i likvidation varefter likvidatorn den 5 juni 1991 vidtog uppsägning av en av företagets arbetstagare. Likvidatorn överlät därefter företagets tillgångar den 27 juni till företaget Dethier Équipement SA. Förutom frågan om överlåtelsesdirektivet var tillämpligt vid en likvidationssituation uppkom frågan huruvida uppsägningar p.g.a. ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl kunde vidtas av såväl överlåtaren som förvärvaren samt huruvida arbetstagare gentemot en förvärvare kan hävda att en uppsägning var rättsstridig.

Domstolen konstaterade att situationen var att se som en verksamhetsöverlåtelse enligt överlåtelsesdirektivet och övergick därefter till utredningen av den andra frågan avseende uppsägningsförbudet. Domstolen klargjorde att artikel 4.1 i direktivet ger arbetstagare ett tvingande skydd gentemot uppsägningar som motiveras enbart p.g.a. en verksamhetsöverlåtelse och att detta skydd gäller oavsett om uppsägningar har vidtagits av en överlåtare eller en förvärvare.¹³² Vidare menade domstolen att en överlåtare hade samma befogenhet som en förvärvare avseende vidtagande av uppsägningar som grundade sig på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, då direktivet förhindrar vidtagande av uppsägningar enbart p.g.a. en överlåtelse.¹³³

Domstolen tog även upp tidpunktens betydelse vid överlåtelsen och hänvisar till målet Bork International.¹³⁴ Liksom i nämnda avgörande fastslog domstolen att en arbetstagare, vars anställningsavtal rättsstridigt sagts upp kort tid före en verksamhetsöverlåtelse, ska gentemot en förvärvare anses kunna göra gällande en sådan rättsstridig uppsägning.¹³⁵

4.2.2.4 AD 1999 nr. 21

Ansvar för förvar av utlänningar övergick den 1 oktober 1997 från polismyndigheten till Statens invandrarverk. Arbetstagare hos polismyndigheten önskade i anslutning till övergången att deras anställningar skulle övergå till den nye förvärvaren. Då Statens invandrarverk menade att någon skyldighet att överta anställningarna inte förelåg vidtog polismyndigheten uppsägningar p.g.a. arbetsbrist. Tvist uppkom bl.a. angående huruvida Statens invandrarverk var skyldig att överta arbetstagarna och, då detta inte gjorts, om situationen kunde

¹³¹ Bork, mål 101/87 p. 18

¹³² Dethier Équipement, mål C-319/94 p. 34 och p. 37

¹³³ Dethier Équipement, mål C-319/94 p. 36

¹³⁴ Bork, mål 101/87 p. 18

¹³⁵ Dethier Équipement, mål C-319/94 p. 41-42

beskrivas som ett lagstridigt avskedande. Statens invandrarverk menade att övertalighet skulle uppstå vid ett övertagande av personal från polismyndigheten då Statens invandrarverk redan innan verksamhetsövergången hade anställt personal genom intern och extern rekrytering.

Arbetsdomstolen fastslog inledningsvis att en verksamhetsövergång hade skett samt att ett avskedande skulle anses föreligga då Statens invandrarverk inte hade övertagit personal från polismyndigheten vid övergången. Domstolen upptog därefter begreppet hypotetisk arbetsbrist¹³⁶ då Statens invandrarverk menade att saklig grund för uppsägningarna förelåg i och med att ett övertagande av personal skulle ha medfört en övertalighet i verksamheten.

Efter att ha konstaterat att stöd för sådan hypotetisk arbetsbrist existerar i svensk rätt, samt hänvisat till regeringens proposition i anslutning till de aktuella frågorna i målet, kom Arbetsdomstolen fram till att uppsägningsförbudet inte hindrade Statens invandrarverk från att åberopa arbetsbrist som saklig grund, oavsett om Statens Invandrarverk själv genom handlande och beslut hade bidragit till denna arbetsbrist. Domstolen fastslog att det enligt förarbetena till 7 § 3 st. LAS var Statens invandrarverk i egenskap av förvärvare som hade till uppgift att vidta eventuellt nödvändiga uppsägningar p.g.a. övertaligheten.

4.2.2.5 AD 2009 nr. 55

I målet vidtogs arbetsbristuppsägningar avseende fyra arbetstagare anställda i en livsmedelsbutik som drevs av A:s Livs Handelsbolag.

Uppsägningstiden för arbetstagarna fastställdes till att utlöpa den 31 december 2007. En övergång av verksamheten ägde rum den 2 januari 2008 från handelsbolaget till ett aktiebolag. De uppsagda arbetstagarna inställde sig den 25 januari 2008 för fortsatt arbete i verksamheten men nekades av ägarna. Arbetsdomstolen hade att ta ställning till ett flertal frågor, bl.a. huruvida arbetsgivarna hade brutit mot reglerna gällande turordning och företrädesrätt.

Inledningsvis utredde domstolen dock huruvida de uppsagda arbetstagarnas anställningsavtal hade övergått till det förvärvande aktiebolaget i och med verksamhetsövergången samt om uppsägningarna vidtagits i strid med uppsägningsförbudet. Domstolen menade att det enligt utredningen i målet inte gick att dra slutsatsen att handelsbolaget vid vidtagandet av uppsägningarna hade för avsikt att överlåta verksamheten till aktiebolaget. Någon plan på verksamhetsöverlåtelse ansågs av domstolen inte ha förelegat vid vidtagandet av uppsägningarna vilket innebar att dessa inte stod i strid med uppsägningsförbudet.

¹³⁶ Se AD 1984 nr. 19 och AD 1984 nr. 26

Problematiken och svårigheterna beträffande en överlåtars möjlighet att vidta uppsägningar uppmärksammades av domstolen i avgörandet. Arbetsdomstolen hänvisade till såväl målet Temco Service Industries SA¹³⁷ som till Bork International¹³⁸ och det i dessa mål anförda angående betydelsen av tidssambandet mellan vidtagandet av uppsägning och verksamhetsöverlåtelse. Arbetsdomstolen fastslog att bevissvårigheter kunde uppstå vid en bedömning av huruvida en uppsägning vidtagits i strid med uppsägningsförbudet, då förbudet inte kunde anses vara bundet till en specifik punkt under ett övergångsförlopp. Uppsägningsförbudet borde som huvudregel enligt domstolen bli tillämpligt först när planerna på en verksamhetsövergång hade tagit en relativt fast form.

¹³⁷ Temco, mål C-51/00 p. 28

¹³⁸ Bork, mål 101/87 p. 18

5 Intervjuer

5.1 Tillvägagångssätt

En överlåtare kan enligt svensk rätt inte vidta uppsägningar av arbetstagare när en övergång av verksamhet har blivit aktuell. Enligt Arbetsdomstolen ska planerna på en övergång av verksamhet ha tagit en relativt fast form för att uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS ska bli tillämpligt, för att verksamhetsövergången i sig ska anses vara orsaken till vidtagna uppsägningar.¹³⁹ Uttalandena kan inte anses ge någon konkret bild av exakt vid vilken tidpunkt detta förbud ska anses tillämpligt då begreppen ”aktuell” och ”relativt fast form” får anses såväl generella som tidsmässigt obestämda.

Intervjuer med olika affärsjuridiska advokatbyråer har därför genomförts för att undersöka huruvida en sådan konkret tidpunkt kan anses föreligga i praktiken. De olika advokatbyråerna har inför intervjuerna tilldelats en tidslinje med fem olika situationer för att underlätta ett eventuellt utpekande av en specifik tidpunkt. Kontakt med Arbetsdomstolen har även vidtagits för att utreda hur begreppet ”relativ fast form” kan anses avse en mer specifik och konkret tidpunkt i praktiken.

De fem olika situationerna avser:

1. MBL-förhandling angående en eventuell verksamhetsövergång
2. Säljarens påbörjande av förhandling med eventuella köpare
3. Upprättandet av letter of intent mellan parterna
4. Uppkomsten av culpa in contrahendo
5. Bindande avtal upprättas mellan parterna avseende verksamhetsövergång

Nedan följer en uppställning av samtliga medverkande byråer och deras svar angående tidpunkten för uppsägningsförbudets tillämpning. På grund av bl.a. tidsbrist och stor arbetsbelastning har en del av de tillfrågade byråerna tackat nej till att medverka i utredningen av frågeställningen. Av det totala antalet tillfrågade byråer om ungefär sjutton stycken erhöles svar från sju stycken av dessa. Samtliga tillfrågade har således inte medverkat i utredningen, vilket även kort ska diskuteras i arbetets avslutande del. Att större delen av de tillfrågade byråerna inte har medverkat i utredningen kan givetvis anses påverka arbetets analys och slutsatser på ett negativt sätt. Påpekas ska dock att tillit ges till de svar som erhållits genom intervjuerna med de medverkande byråerna. Något skäl att tro att uppfattningen angående frågeställningen hos de byråer som inte medverkade skulle skilja sig från nedan intervjuade byråers uppfattning föreligger inte.

¹³⁹ AD 2009 nr. 55

5.2 Redogörelse av vidtagna intervjuer

Frågeställning: Vid vilken tidpunkt enligt tidslinjen anser Ni att uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS aktualiseras i förhållande till en överlåtares vidtagande av uppsägningar?

1. **Advokatbyrå 1:** Ett utpekande av en viss konkret tidpunkt torde inte vara aktuellt då aktualiseringen av uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS beror väldigt mycket på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är inte vanligt i praktiken att en överlåtare vidtar åtgärder för att främja en eventuell försäljning av verksamheten till en framtida förvärvare. Vid en överlåtares diskussion med en förvärvare brukar det, helt regelrätt, fastslås att förvärvaren ska ombesörja och hantera en eventuell övertalighetssituation. Däremot kan man också skriva in i förvärvsavtalet hur många arbetstagare som ska övergå till förvärvaren där överlåtaren då lovar att ta på sig ansvaret/stå för eventuella problem.
2. **Advokatbyrå 2:** Omständigheterna i det enskilda fallet styr vid vilken tidpunkt uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS ska aktualiseras. Uppkomsten av oväntade händelser, exempelvis force majeure, och den tid som förflyter mellan de olika förfarandena kan således spela roll i sammanhanget. Uppsägningsförbudet kan därmed i vissa situationer bli tillämpligt relativt nära ett faktiskt bindande avtalsslut mellan parterna avseende övergång av verksamhet. Bortser man från de i praktiken gällande omständigheterna och ser problemet rent akademiskt/teoretiskt skulle tidpunkten för uppsägningsförbudets aktualiserande i förhållande till en överlåtare placeras i anslutning till upprättandet av ett letter of intent.
3. **Advokatbyrå 3:** Tidpunkten för aktualiseringen av uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS torde kunna förläggas till tidpunkt då planerna på en övergång av verksamhet blivit mer konkreta. En sådan konkretisering kan exempelvis ske genom inledandet av regelrätta förhandlingar mellan säljare och köpare. Vid denna tidpunkt torde det rent generellt vara svårt att hävda att vidtagna uppsägningar inte beror på den kommande verksamhetsövergången.
4. **Advokatbyrå 4:** En sådan konkret tidpunkt som efterfrågas tillämpas inte i praktiken avseende en överlåtares förhållande till uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS. Frågan måste ytterst bedömas utifrån de kriterier som framgår av bestämmelsen. Avgöranden från EU- och Arbetsdomstolen får anses ge en viss vägledning men det är framförallt omständigheterna i det enskilda fallet som är av avgörande betydelse. Omständigheterna kan vidare vara av många olika slag och uppkomma vid olika tillfällen.

- 5. Advokatbyrå 5:** Någon konkret tidpunkt kan inte fastställas i sådana situationer då bedömningen får anses flytande. Tidpunkten då uppsägningsförbudet aktualiseras styrs av omständigheterna i det enskilda fallet, varför sådana omständigheter får anses utgöra grunden för dess fastställande. Avstår därför från att rent teoretiskt välja en tidpunkt från tidslinjen för uppsägningsförbudets tillämplighet. Då verksamhetsövergången sker inom en koncern torde uppsägningsförbudet vara lättare att hantera eftersom man i en sådan situation kontrollerar såväl arbetsgivaren som arbetstagaren och kan vara ute i god tid beträffande verksamhetsövergångens inledande. Skillnad avseende uppsägningsförbudets tillämplighet föreligger därmed mellan en koncernsituation och en övergång mellan två parter utanför ett koncernförhållande.
- 6. Advokatbyrå 6:** I praktiken är det omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande för när tidpunkten för uppsägningsförbudet aktualiseras i förhållande till en överlåtare. Uppkomsten av oväntade händelser under de olika tidpunkterna på tidslinjen är något som kan påverka tidpunkten för förbudets tillämpning. Ser man rent teoretiskt på situationen skulle en sådan tidpunkt möjligen kunna placeras mellan tidpunkten för när en säljare inleder förhandling med en eventuell köpare och tidpunkten då ett letter of intent upprättas mellan parterna, förmodligen i närmare anslutning till det förstnämnda.
- 7. Advokatbyrå 7:** Risken för att uppsägningsförbudet ska aktualiseras kan antas uppkomma vid ett så tidigt stadium som vid eller inför en MBL-förhandling avseende en verksamhetsövergång. Då frågan om verksamhetsövergång har upptagits föreligger en presumtion för uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS. Det problematiska i sådana situationer är att visa att en aktuell arbetsbrist inte beror på eller är en följd av en verksamhetsövergång som sådan. Eventuellt kan det i praktiken vara möjligt att få igenom arbetsbrist, men påpekas ska att det är riskabelt. Däremot är det svårt att fastställa en absolut tidpunkt då det är omständigheterna i varje enskilt fall som avgör.

6 Analys och slutsats

6.1 Inledning

Arbetets analys och slutsats utgörs bl.a. av de medverkande advokatbyråernas uppfattning av tidsgränsproblematiken. Att tidsaspekten beträffande uppsägningsförbudets tillämplighet i praktiken torde vara viktig och relativt problematisk har tagits som utgångspunkt i detta arbete. På grund av detta och vid avsaknaden av mer konkreta uttalanden från Arbetsdomstolen vidtogs ovanstående intervjuer. Då praktikernas svar under de vidtagna intervjuerna kan anses ha gett en något annorlunda bild och uppfattning av problematiken gällande rättsläget ska även detta faktum upptas och kort diskuteras i detta kapitel.

En sammanfattning av en överlåtares förhållande till uppsägningsförbudet inleder kapitlet och följs därefter av en kortare avslutande diskussion avseende arbetets frågeställning och svar från ovanstående intervjuer där även egna tankar och funderingar redogörs för.

6.2 Sammanfattning och diskussion

Frågan avseende vilka situationer som ska anses omfattas av uppsägningsförbudet enligt svensk rätt får anses oklar och problematisk då mer utförliga beskrivningar av frågan saknas i såväl doktrinen som i rättspraxis. Det är således svårt att ge något konkret svar på problematiken då denne får anses tvetydigt framställd i doktrinen.¹⁴⁰ Det är enligt min mening framförallt de undantag från uppsägningsförbudet i form av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl och huruvida de ska anses omfattas av det svenska uppsägningsförbudet eller inte som kan anses skapa klarhet.

Framställningen i arbetet ovan har gjorts med utgångspunkt i att uppsägningsförbudet enligt den svenska propositionen kan tolkas som absolut i den meningen att förbudet även omfattar de ekonomiska, tekniska eller organisatoriska uppsägningssskälen. Uttalandena i propositionen synes inte ge rum för något undantag från huvudprincipen att det är förvärvaren som ska ansvara för en eventuell övertalighet vid tidpunkten då en övergång av verksamhet är aktuell.¹⁴¹ Vidare får propositionen anses gällande till dess att Arbetsdomstolen ändrar uppfattning gällande omfattningen av uppsägningsförbudet, vilket domstolen hittills inte kan anses ha gjort då någon mer grundlig utredning angående de aktuella undantagsskälen för uppsägning inte har vidtagits. Tvärtom tycks Arbetsdomstolen ha legitimerat uttalandena i propositionen genom att den fastslagit att det är

¹⁴⁰ Se exempelvis Sigeman, 2006, sid. 191 och Adlercreutz & Mulder, 2007, sid. 199-200

¹⁴¹ Prop. 1994/95:102 sid. 43 f.

förvärvaren som ansvarar för en eventuell övertalighet vid en specifik tidpunkt.¹⁴²

Ett utökat skydd för arbetstagare vid en verksamhetsövergång kan således anses föreligga enligt tolkningen av ett absolut uppsägningsförbud p.g.a. arbetsbrist för en överlåtare vid en viss tidpunkt enligt svensk rätt. Arbetstagare hos en överlåtare riskerar inte att bli uppsagda av denne vid tidpunkten då övergången blivit aktuell och en förvärvare ska efter en övergång tillämpa turordningsregler på samtliga arbetstagare vid en eventuell övertalighetssituation.¹⁴³ Därmed har arbetstagare från en överlåtare större chans att bibehålla sin anställning hos förvärvaren efter en övergång av verksamhet, vilket torde kunna ses som ett utslag av lagstiftningens skyddssyfte.

Som ovan nämnts i arbetet har den tolkning av uppsägningsförbudet som framförts i propositionen ifrågasatts, särskilt beträffande den svenska lagstiftarens tolkning av EU-rätten och EU-domstolens rättspraxis.¹⁴⁴ Givetvis ska EU-rätten tolkas konformt samt beaktas och tillämpas på sådant sätt att överlåtelsedirektivets syfte uppfylls. Tilläggas här kan dock det faktum att överlåtelsedirektivet är ett s.k. minimidirektiv vilket ger medlemsstaterna rätt att införa förmånligare regler och villkor än vad direktivet ursprungligen stadgar. Sverige har valt att använda sig av denna rätt och har således utökat skyddet för arbetstagare vid verksamhetsövergångar. Det torde därmed snarare röra sig om ett utökat skydd från svensk lagstiftares sida än ett åsidosättande av EU-rätten.

Detta utökade skydd har ovan benämnts som det absoluta uppsägningsförbudet. Begreppet torde vara konkret och kategoriskt och möjligen inte helt lämpligt i sammanhanget då uttrycket enligt svensk rätt relaterar till och blir tillämpligt vid en viss tidpunkt. I och med detta kan således den eventuella förekomsten av undantag från den svenska tolkningen av uppsägningsförbudet inte uteslutas. Det torde dock som ovan nämnts vara upp till Arbetsdomstolens tolkning och vidare tillämpning av lagstiftningen att införa eventuella undantag från den nu till synes absoluta principen avseende en förvärvares ansvar för en övertalighetssituation.

Propositionen kan givetvis anses vara tvetydig och oklar beträffande uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS. Skilda tolkningar kan ha och har vidtagits avseende förbudets omfattning vilket enligt min mening till stor del beror på avsaknaden av rättspraxis på området och därmed avsaknaden av utförliga och mer konkreta uttalanden från såväl EU- som Arbetsdomstolen gällande förbudets innebörd. En sådan avsaknad skulle även kunna leda till en alltför snäv tolkning och tillämpning av uppsägningsförbudet, vilket skulle försvaga lagstiftningens

¹⁴² AD 1999 nr. 21

¹⁴³ Prop. 1994/95:102 sid. 44 f.

¹⁴⁴ Nordström, 2001, sid. 203 och sid. 206-207

skyddsomfattning för arbetstagare och samtidigt stärka en arbetsgivares ställning beträffande rätten att vidta uppsägningar.¹⁴⁵

Att se uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS som absolut i den mening att en överlåtare inte har rätt att vidta uppsägningar vid tidpunkt då en verksamhetsövergång är aktuell kan anses legitimt, åtminstone tills dess en eventuell korrigerande av situationen vidtas av Arbetsdomstolen i framtida avgöranden avseende uppsägningsförbudets omfattning.

Den svenska innebörden av uppsägningsförbudet torde även till viss del vara av relevans för arbetets mer specifika frågeställning avseende tidpunkten för uppsägningsförbudets tillämplighet. Ovan genomförda intervjuer får utgöra det huvudsakliga och grundläggande materialet för vidare diskussion och analys av frågeställningen. Utgångspunkt kan tas i den ovan redogjorda rättspraxis från EU- och Arbetsdomstolen samt i den svenska tolkningen av uppsägningsförbudet.

EU-rätten och dess rättspraxis är inriktad på arbetsgivarens uppsägnings-skäl när det gäller frågan huruvida uppsägningsförbudet ska anses tillämpligt. För att fastställa huruvida förbudet ska anses tillämpligt ska dock objektiva omständigheter beaktas enligt EU-domstolen, bl.a. om uppsägningen vidtogs vid en tidpunkt i nära anslutning till verksamhetsövergången, exempelvis endast några dagar innan övergången.¹⁴⁶ Det tidsmässiga sambandet kan och verkar således endast nyttjas som ett bevis och styrkande för att fastslå huruvida uppsägningsförbudet ska anses aktuellt i en specifik situation.

Beträffande tidpunktens betydelse enligt svensk rätt torde denna vara av stor vikt i jämförelse med EU-rätten. Genom det utökade skyddet i form av ett till synes absolut uppsägningsförbud för en överlåtare när en verksamhetsövergång är aktuell torde svensk rätt därmed anknyta uppsägningsförbudet till en viss specifik tidsperiod snarare än till en överlåtares uppsägnings-skäl.¹⁴⁷

Synen på tidpunktens innebörd varierar således mellan EU-rätten och den svenska rätten och frågan kan då ställas huruvida denna tidpunkt enligt lagstiftningarna kan anses sammanfalla med varandra. Att tidpunkten för uppsägningsförbudets aktualisering är densamma i EU-rätten som i den svenska rätten skulle exempelvis kunna utgöra ett antagande. Antas denna utgångspunkt torde man dock även kunna diskutera om inte tidpunkten för uppsägningsförbudets aktualisering enligt svensk rätt eventuellt skulle kunna infalla före den EU-rättsliga motsvarigheten.

Med tanke på att lagstiftaren i svensk rätt har valt att utvidga det arbetsrättsliga skyddet i övergångssituationer skulle en tidigarelagd tidpunkt i förhållande till EU-rätten således vara helt regelrätt och säkerligen även i

¹⁴⁵ Se exempelvis Nordström, 2001, sid. 197-210

¹⁴⁶ Bork, mål 101/87 p. 18, Temco, mål C-51/00 p. 28

¹⁴⁷ Malmberg, 2001, sid. 212, AD 1999 nr. 21, AD 2009 nr. 55

överensstämmelse med lagstiftarens syn på det utökade skyddet för arbetstagarna. Eventuellt skulle uppsägningsförbudet enligt svensk rätt exempelvis kunna anses bli tillämpligt vid inledandet av förhandlingar med två stycken köpare och därmed aktualiseras oavsett vetskap angående vem av de eventuella köparna som kommer att bli förvärvare av verksamheten. Tilläggas kan även att tidpunkten enligt EU-rätten endast beaktas i andra hand för att kontrollera huruvida uppsägning p.g.a. en verksamhetsövergång som sådan har vidtagits eller inte och torde således inte utgöra något centralt begrepp inom EU-rätten.

Återigen kan avsaknaden av avgöranden från domstolarna anses begränsa utredningen av vad som ovan redogjorts för angående tidpunkten i EU- och den svenska rätten. Även om uppsägningsförbudets aktualiseringstidpunkt enligt svensk rätt skulle kunna föreligga innan den EU-rättsliga torde det fortfarande vara svårt att fastslå någon mer specifik tidpunkt för förbudets tillämpning endast utifrån de ovan nämnda tidsgränserna, d.v.s. att en verksamhetsövergång är aktuell eller att planerna på en sådan har tagit en relativt fast form.

I brist på avgöranden och konkreta uttalanden är det därmed problematiskt att fastställa någon absolut gräns för vid vilken tidpunkt en överlåtare fortfarande kan vidta uppsägningar av arbetstagare utan att uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS blir tillämpligt. Arbetsdomstolen upptog och belyste genom hänvisning till ovan nämnda praxis från EU-domstolen att hänsyn ska tas till de föreliggande objektiva omständigheterna vid en uppsägning och därmed till tidssambandet mellan uppsägningen och verksamhetsövergången. Vidare synes Arbetsdomstolen fastslagit denna EU-rättsliga praxis att innebära att uppsägningsförbudet inte kan anses vara hänförligt till en specifik eller konkret punkt under en verksamhetsövergång varför svårigheter kan uppkomma, såväl rättsliga som bevismässiga.¹⁴⁸

Uttalandena från rättspraxis kan således delvis anses sammanfalla med ovan genomförda intervjuer och svar från de medverkande advokatbyråerna. Av intervjuerna kan man dra slutsatsen att som huvudregel någon exakt och konkret tidpunkt för när uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS blir tillämpligt i förhållande till en överlåtare av en verksamhet inte kan eller bör fastställas i praktiken. Aktualiseringen av uppsägningsförbudet torde därför bero på de aktuella omständigheterna som föreligger i varje enskilt fall.

Aspekter såsom den tidsperiod som förflyter mellan de fem olika situationerna på den aktuella tidslinjen samt uppkomsten av oväntade och oförutsebara händelser kan spela en roll för vid vilken tid uppsägningsförbudet ska anses bli tillämpligt. Även det faktum att en verksamhetsövergång vidtas inom en koncern kan påverka denna tidpunkt. Detta var, enligt praktikerna, endast ett fåtal av många olika omständigheter som kan påverka uppsägningsförbudets praktiska tillämplighet. Omständigheterna i ett enskilt fall kan påverkas av ytterligare

¹⁴⁸ AD 2009 nr. 55

omständigheter varför det enligt praktikerna skulle bli svårt att ge ett bestämt svar på frågeställningen.

Efter kontakt med Arbetsdomstolen avseende begreppet ”relativt fast form” framgick inga nya uppgifter avseende tidpunkten för uppsägningsförbudets tillämplighet. Likt de affärsjuridiska advokatbyråerna kunde enligt Arbetsdomstolen omständigheterna i det enskilda fallet vara avgörande för tidpunktens förläggande. Arbetsdomstolen menade vidare att om en sådan mer konkret tidpunkt rent praktiskt skulle vara möjlig att fastslå så skulle detta ha redogjorts för i det aktuella avgörandet.

Utifrån Arbetsdomstolens uttalanden avseende begreppet ”relativt fast form” får rättsläget gällande uppsägningsförbudets tidsaspekt anses oklart och förhållandevis problematiskt. Någon mer precis tidpunkt synes vidare inte möjlig att fastställa enligt intervjuvaren beroende på samtliga praktiska omständigheter i varje enskild övergångssituation. Av ovan genomförda intervjuer kan dock utläsas ett någorlunda mer konkret ställningstagande i frågan.

I den situationen då de många olika omständigheterna i de enskilda fallen bortses ifrån synes tidpunkten enligt de medverkande praktikerna kunna förläggas i anslutning till upprättandet av ett letter of intent mellan parterna. Vid denna tidpunkt skulle således uppsägningsförbudet enligt svensk rätt aktualiseras och därmed förhindra en överlåtare från att vidta uppsägningar. En annan tidpunkt enligt intervjuerna där en arbetsgivare bör vara vaksam avser den situationen då denne i form av en säljare av en verksamhet inleder förhandlingar med eventuella köpare. Uppsägningsförbudets tillämplighet i en sådan situation kan även variera beroende på om säljaren förhandlar med en eller flera köpare. Då säljaren förhandlar med endast en köpare torde tidpunkten för säljarens uppsägningsförbud infalla vid ett tidigare stadium än i motsatta förhållande. Även tidpunkten vid eller inför en MBL-förhandling avseende en verksamhetsövergång synes kunna presumera uppsägningsförbudets tillämplighet.

Tidpunkten i förhållande till de fem olika situationerna på tidslinjen varierar således enligt svaren från intervjuerna mellan punkterna ett och tre, d.v.s. mellan inledandet av MBL-förhandlingar och upprättandet av ett letter of intent mellan parterna. I förhållande till Arbetsdomstolens praxis får dessa ställningstaganden anses utgöra det mest konkreta svar som går att erhålla i frågan.

Som ovan nämnts kan man utifrån de medverkande praktikernas syn på frågeställningen även få den uppfattningen att frågan avseende uppsägningsförbudets aktualiseringstidpunkt i praktiken verkar ges en relativt okontroversiell och oproblematiserad prägel, trots det oklara rättsläget. Frågan varför förbudets aktualiseringstidpunkt kan uppfattas och framstå som okontroversiell för yrkesverksamma praktiker kan således ställas och torde ge upphov till diskussion och förslag.

En anledning till den till synes oproblematiska prägeln på uppsägningsförbudet skulle kunna vara de yrkesverksamma praktikernas förfogande över och deras tillgång till kunskap och professionella juridiska verktyg. Förekomsten av företags- och verksamhetsöverlåtelser torde idag vara mycket vanliga och man kan därmed även anta att verksamma praktiker nog utreder såväl de möjligheter som de olägenheter som kan uppkomma vid olika typer av överlåtelser och således förhindrar eller undviker en eventuell konflikt avseende uppsägningsförbudet.

Ett sådant undvikande av konflikt torde även kunna bli aktuellt utifrån den svenska propositionen och vad som där stadgas om överlåtarens respektive förvärvarens rätt att vidta uppsägningar. Frågan angående uppsägningsförbudets tillämplighet skulle kunna anses vara av mindre vikt då en säljare och en köpare, eventuellt i samarbete med juridiska ombud, följer propositionen och gällande rätt genom att fastslå förvärvarens ansvar för vidtagandet av uppsägningar vid en eventuell övertalighetssituation efter en verksamhetsöverlåtelse. Enligt intervjuerna är detta tillvägagångssätt även något som förekommer i det praktiska arbetslivet. Om lösningen på detta uppsägningsproblem enligt propositionen i sig är bra så torde det inte heller medföra några problem i praktiken.

För att återknyta till vad som nämnts angående ett eventuellt undvikande eller förhindrande av uppsägningsförbudets aktualisering borde även nämnas den första punkten på tidslinjen, d.v.s. inledandet av MBL-förhandlingar. Ser man till detta stadium finns det en risk att en provanställd arbetstagare övergår till att bli tillsvidareanställd vid en förestående verksamhetsöverlåtelse. En arbetsgivare, som avser att endast överlåta en del av sin verksamhet, skulle då för att förhindra uppkomsten av en sådan tillsvidareanställning eventuellt kunna placera den aktuella arbetstagaren i en del av verksamheten som inte omfattas av överlåtelser. Detta skulle arbetsgivaren således kunna göra redan vid inledandet av förhandlingsstadiet och därmed undvika diskussion avseende uppsägningsförbudet.

Slutligen ska även det faktum belysas att flertalet av de tillfrågade advokatbyråerna valde att avstå från att medverka i arbetets utredning av frågeställningen. Givetvis kan detta avstående grundas på flertalet omständigheter och olika skäl, såsom hög arbetsbelastning eller allmän tidsbrist. Ett återkommande svar som erhöles vid förfrågan angående medverkan i utredningen, vilket också kan återknytas till ovan nämnda tidsbrist, var att arbetets frågeställning avseende tidpunkten för uppsägningsförbudets tillämplighet skulle innebära en omfattande, lång och tidskrävande utredning.

Att det avgörande för tidpunktens aktualisering vid en verksamhetsövergång beror på flertalet olika omständigheterna i varje enskilt fall kan här ha spelat en roll i sammanhanget. Även andra orsaker kan diskuteras, exempelvis frågeställningens komplexitet. Trots att frågan i praktiken synes okontroversiell och lätthanterlig torde detta inte behöva innebära att den

likväl inte kan uppfattas som svårutredd, något som även konstaterades av de medverkande advokatbyråerna. Om frågan framstår som enkel och relativt oproblematisk hade eventuellt flertalet praktiker haft möjlighet att medverka i intervjuerna. Förutom skälet att ett svar på frågan skulle innebära en omfattande utredning skulle eventuellt det oklara rättsläget kunna ha varit en orsak till avståendet. Att rent faktiskt försöka utpeka en mer konkret tidpunkt under gällande osäkra och oklara omständigheter kan uppfattas som såväl djärvt som riskabelt.

Sammantaget syftar såväl överlåtelsedirektivet som de svenska bestämmelserna avseende företags- och verksamhetsöverlåtelser till att förstärka skyddet för arbetstagare. Skyddsaspekten i svensk rätt avseende uppsägningsförbudet enligt 7 § 3 st. LAS och dess förhållande till arbetstagare får dock anses utökad i jämförelse med EU-rätten, varför även tidpunkten för en överlåtares rätt att vidta uppsägningar torde påverkas. På grund av omständigheterna i varje enskild övergångssituation kan i praktiken någon exakt tidpunkt för uppsägningsförbudets tillämplighet i förhållande till en överlåtare inte fastställas.

Samtidigt som frågan avseende tidpunkten för uppsägningsförbudets aktualisering torde kräva en omfattande arbetsinsats för att framarbete ett svar synes uppsägningsförbudet i praktiken uppfattas som förhållandevis okontroversiellt. Som ovan redogjorts för kan detta bero på flertalet situationer och omständigheter.

Avslutningsvis är min förhoppning att såväl EU- som Arbetsdomstolen genom framtida avgöranden kan uppställa en mer konkret och utförlig vägledning för problematiken beträffande uppsägningsförbudet och dess innebörd. En sådan översyn av rättsläget skulle säkerligen medföra och bidra till klarhet gällande de relevanta och centrala rättsreglerna på området.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1993:32 – *Ny anställningsskyddslag*

SOU 1994:83 – *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*

Prop. 1991/92:170 - *Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), del III, bil. 9*

Prop. 1994/95:102 – *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, Upplaga 13:1, Norstedts Juridik AB, 2007

Barnard, Catherine, *EC Employment Law*, third edition, Oxford University Press Inc, New York, 2006

Barret, Gavin, "Light acquired on acquired rights, examining developments in employment rights on transfers of undertakings", *Common Market Law Review*, 2005, Vol. 42, sid. 1053-1105

Elmér, Anders, Bylund, Bo, Viklund, Lars, Öhman, Toivo, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, Upplaga 10, Norstedts Akademiska Förlag, 2008

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, 2001

Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet, Inledning till den individuella arbetsrätten*, andra upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2009

Lunning, Lars; Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd: En lagkommentar*, Upplaga 10.1, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2010

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

Malmberg, Jonas, "Bernard Johann Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång", *Juridisk Tidsskrift 2005-2006*, Nr. 1, sid. 204-213, Juristförlaget i Lund, 2004

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

Nordström, Anders, "Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet", I: Eklund, Ronnie, m.fl., *Festskrift till Hans Stark*, 2001, Jure AB, Stockholm, sid. 197-210

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Upplaga 3:2, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002

Nyström, Birgitta, "Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet", I: Eklund, Ronnie, m.fl., *Festskrift till Hans Stark*, 2001, Jure AB, Stockholm, sid. 211-233

Sigeman, Tore, *Arbetsrätten - En översikt*, Upplaga 4:4, Norstedts Juridik AB, 2006

Toijer, Gudmund, "Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar", *Ny Juridik*, 3:94, 1994, sid. 30-55

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Doná, mål 13/76

Abels, mål 135/83

Botzen, mål 186/83

Danmols Inventar, mål 105/84

Spijkers, mål 24/85

Ny Mølle Kro, mål 287/86

Daddy's Dance Hall, mål 324/86

Bork, mål 101/87

Berg och Busschers, förenade mål 144-145/87

Steymann, mål 196/87

d'Urso, mål C-362/89

Katsikas m.fl. förenade mål C-132/91, C-138/91 och C-139/91

Redmond Stichting, mål C-29/91

Rask, mål C-209/91

Schmidt, mål C-392/92

Rygaard, mål C-48/94

Merckx och Neuhuys, förenade mål C-171-172/94

Henke, mål C-298/94

Rotsart de Hertaing, mål C-305/94

Dethier Équipement, mål C-319/94

Süzen, mål C-13/95

Allen, mål C-234/98

Liikenne, mål C-172/99

Mayeur, mål C-175/99

Temco, mål C-51/00

Celtec, mål C-478/03

Arbetsdomstolen

AD 1980 nr. 54

AD 1984 nr. 19

AD 1984 nr. 26

AD 1993 nr. 147

AD 1993 nr. 214

AD 1994 nr. 61

AD 1994 nr. 105

AD 1995 nr. 97

AD 1998 nr. 144

AD 1999 nr. 21

AD 2009 nr. 55