



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Institutionen för handelsrätt
Programmet för personal- och arbetslivsfrågor
HARM21 Masteruppsats i arbetsrätt

VT 2011

Inhyrning eller återanställning?

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt kontra
arbetstagarens anställningsskydd

Handledare: Professor Reinhold Fahlbeck

Författare: Anna Carin Olsson

Sammanfattning

I lagen om anställningsskydd ingår bestämmelser om företrädesrätt till återanställning för arbetstagare under vissa förutsättningar. Inhyrning av personal blev i Sverige legaliserat i början av 1990-talet och bemanningsbranschen har sedan dess blivit väl etablerad på arbetsmarknaden och regleras till stor del genom kollektivavtal.

Inhyrning och återanställning är två alternativa lösningar på ett arbetskraftsbehov men kan i vissa situationer uppfattas som konkurrerande. Arbetsgivarens arbetsledningsrätt ställs mot arbetstagarens anställningsskydd. Frågan huruvida inhyrning skulle kunna innebära ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten till återanställning har behandlats i praxis. Arbetsdomstolen har inte vid något tillfälle funnit att inhyrning stridit mot företrädesrätten. Domstolen har emellertid fastställt att inhyrning av bemanningspersonal, då arbetstagare har företrädesrätt, skulle kunna utgöra en kränkning av företrädesrätten i de fall inhyrningen gjorts på ett otillbörligt sätt och att åtgärden gjorts i syfte att kringgå företrädesrätten.

Genom möjligheten till självreglering på den svenska arbetsmarknaden har arbetstagarorganisationer drivit frågan om en begränsning av möjligheten till inhyrning då arbetstagare har företrädesrätt. Under avtalsrörelsen 2010 tillkom ett flertal kollektivavtal med sådana bestämmelser.

Uppsatsen syftar till att belysa problematiken utifrån i huvudsak arbetsgivares och arbetstagarorganisationers perspektiv. Den behandlar det allmänna rättsläget och arbetstagarorganisationers möjlighet till påverkan. Även olika förutsättningar för arbetsgivaren relaterade till problematiken undersöks och ett urval av de kollektivavtal från 2010 som innehåller överenskommelser gällande inhyrning och företrädesrätt analyseras.

Nyckelord: företrädesrätt, återanställning, inhyrning, otillbörligt kringgående, kollektivavtalsreglering

Abstract

The Employment Protection Act regulates the employee's right of priority to reinstatement under certain conditions. Temporary hiring of personnel was legalised in Sweden at the beginning of the 1990's and the temporary agency work industry have since become well established in the labour market and is largely regulated through collective agreements.

Temporary hiring of personnel and reinstatement are two alternative solutions to the need of manpower but can be considered to be competitive options. The employer's right to direct and distribute the work as he sees fit is opposed to the employee's right to employment protection. The question whether temporary hiring of personnel could be an illegal circumvention of the right to reinstatement has been processed in the Labour Court. Temporary hiring of personnel has of yet not been found to be in conflict with the right to reinstatement. However, the Labour Court has established that temporary hiring of personnel, while an employee has the right of priority to reinstatement, could be in conflict with the reinstatement regulation if the temporary hiring is done inappropriately and with a purpose of circumventing the right to reinstatement.

Due to the possibility of self-regulation in the Swedish labour market, the labour organisations have been pushing the question of limiting the employer's possibility to temporarily hire personnel while former employees have the right of priority to reinstatement. During the collective bargaining negotiations in 2010, these kinds of limitations were added to several collective agreements.

This thesis aims to illustrate the problems through predominately the employers and labour organisations perspective. It deals with applicable legal conditions and the labour organisations possibility to influence. Different conditions for the employer related to this problem are also considered and a selection of the collective agreements from 2010 regulating temporary hiring and the preferential rights are analysed.

Keywords: preferential rights, reinstatement, temporary hiring, illegal circumvention, regulation through collective agreements

Innehåll

Förkortningar.....	6
1 Inledning.....	7
1.1 Introduktion och problemformulering.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.5 Metod och material	10
1.6 Disposition	12
2 Företrädesrätt till återanställning.....	14
2.1 Rättslig reglering.....	14
2.2 Förslag till förändring	19
3 Arbetstagarorganisationers möjlighet till inflytande	21
3.1 Den svenska modellen.....	21
3.2 Inflytande genom förhandling.....	22
3.3 Bemanningsdirektivet	24
4 Praxis.....	27
4.1 AD 1980 nr 54.....	27
4.2 AD 2003 nr 4.....	28
4.3 AD 2007 nr 72.....	29
4.4 Mål nr A2/07	31
4.5 Sammanfattning av praxis.....	32
5 Arbetsledningsrätten och förutsättningar vid inhyrning.....	37
5.1 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt	37
5.2 Legalisering av personaluthyrning	38
5.3 Arbetsgivaren i rollen som beställare.....	42
6 Avtalsreglering.....	44
6.1 Kollektivavtal om inhyrning i samband med företrädesrätt till återanställning	44
6.1.1 Analys av avtal.....	45

6.1.2	Andra avtalsområden	47
6.2	Parternas åsikter om inhyrningsproblematiken och 2010 års avtal.....	48
7	Analys och diskussion.....	51
7.1	Företrädesrätten och otillbörligt kringgående genom inhyrning.....	51
7.2	Arbetsledningsrätt och arbetsgivaren som beställare	54
7.3	Fackligt inflytande och överenskommelser från avtalsrörelsen.....	56
Referenser	60
Bilaga 1	65

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser
AD	Arbetsdomstolen
AMS	Arbetsmarknadsstyrelsen
ILO	International Labour Organisation
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
TCO	Tjänstemännens centralorganisation

1 Inledning

1.1 Introduktion och problemformulering

Företrädesrätten till återanställning hör till kärnan av bestämmelserna om anställningsskydd för arbetstagare i Sverige. Då lagen om anställningsskydd tillkom under 1970-talet var privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft förbjuden i svensk lag. Arbetsförmedlingsmonopolet avskaffades i början av 1990-talet och bemanningsföretag har sedan dess blivit etablerade aktörer på den svenska arbetsmarknaden. Bemanningsbranschen är idag väl integrerad och regleras till stor del genom kollektivavtal.

I förarbeten till lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) står det klart, att företrädesrätten endast gäller vid nyanställning och att arbetsgivaren inte är skyldig att erbjuda återanställning, bara för att ett behov uppstår. Enligt praxis är arbetsgivares val att hyra in bemanningspersonal i detta sammanhang inte något brott mot LAS, om det inte görs i syfte att kringgå lagen och på ett otillbörligt sätt. Det har dock visat sig vara ett problem på arbetsmarknaden där arbetsmarknadsparterna kan vara oense kring hur en sådan situation ska hanteras.

Förhållandet mellan bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning och arbetsgivares rätt att driva sin verksamhet så som denne anser bäst lämpat, exempelvis genom att hyra in bemanningspersonal vid arbetskraftsbehov, är en omdiskuterad fråga. I 2010 års avtalsrörelse var en av de stora frågorna från arbetstagarorganisationernas sida huruvida inhyrning av arbetskraft från bemanningsföretag, när det samtidigt finns uppsagda arbetstagare med företrädesrätt, skulle kunna begränsas i kollektivavtal. Arbetstagarorganisationerna ville förhindra att arbetsgivare kringgår rätten till återanställning och därmed lagen om anställningsskydd genom att, istället för att erbjuda anställning till en tidigare arbetstagare med företrädesrätt, hyra in bemanningspersonal. Arbetsgivare anser däremot ofta att det ingår i arbetsledningsrätten att fritt besluta om och hur arbetskraftsbehov ska tillgodoses.

Inom många branscher finns dessutom växande behov av flexibilitet när det gäller arbetskraft, som ur ett företagsekonomiskt perspektiv kan lösas med inhyrd personal.

Det har även funnits diskussioner om ett behov av att förändra och anpassa lagreglerna kring förhållandet mellan företrädesrätten och inhyrning av bemanningspersonal. Frågan har diskuterats i media, där arbetsgivarnas val att hyra in arbetskraft inte sällan kritiserats och arbetstagarnas situation beklagats. I Sveriges Televisions program *Uppdrag Granskning* rapporterades i januari 2010 om hur stora bolag sagt upp personal för att sedan direkt hyra in dem igenom via bemanningsföretag.¹ Landsorganisationen i Sverige (LO) publicerade inför starten av 2010 års avtalsrörelse en artikel om problemen med att tidigare anställd personal ersätts med inhyrd sådan med rubriken "*Bemanning istället för LAS*".² Å andra sidan skrevs en debattartikel i tidningen *Lag & Avtal* till försvar för bemanningsbranschen, och vidare fortsätter diskussionerna.³ Medias intresse är ett tecken på att frågan engagerar och att ämnet fortfarande är synnerligen aktuellt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka och belysa problematiken gällande inhyrning av bemanningspersonal då det samtidigt finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Genom att granska gällande rätt och hur frågan har behandlats i praxis behandlas ämnets rättsliga aspekter och vad som kan anses utgöra ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten undersöks. I huvudsak belyses problematiken ur arbetsgivares och arbetstagarorganisationens perspektiv.

Olika faktorer som kan ha betydelse för arbetsgivarens val att anlita bemanningspersonal istället för att återanställa, såsom arbetsledningsrätten och rollen och de villkor arbetsgivaren får som beställare av arbetskraft undersöks.

En ytterligare aspekt som undersöks är det inflytande arbetstagarorganisationer har genom den svenska modellens princip om självreglering och den effekt arbetstagarorganisationernas inflytande kan få för arbetsgivares beslut. Flera

¹ Arbetsgivarnas marknad, Uppdrag Granskning, SVT.

² Bemanning istället för LAS,

<http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidview/8CF0144A11F90888C12576A8004F0215>.

³ Bemanningsbranschen anfalls från flera håll, <http://www.lag-avtal.se/asikter/debatt/article2466049.ece>.

arbetstagarorganisationer har under 2010 års avtalsrörelse förhandlat fram olika överenskommelser i kollektivavtal som kan anses göra det svårare för arbetsgivare att hyra in personal i de fall det finns arbetstagare med företrädesrätt. Avtalen skulle även kunna leda till att förtydliga, parterna emellan, hur den aktuella branschen väljer att se på problematiken. I uppsatsen ingår en genomgång av några av dessa avtal och en analys av parternas åsikter och avsikter med dessa avtalsbestämmelser. Det är även av intresse att undersöka om förändringarna i kollektivavtalen kan få någon förändrad effekt och hur parternas inställning till ämnet är varför även intervjuer med personer från vardera parten genomförts.

En analys av förslag på ändringar i lagstiftning för att förändra förhållandet mellan företrädesrätten och reglering kring inhyrning av arbetskraft kommer även att göras för att belysa vad rättsverkan skulle kunna bli om sådana förändringar i lagstiftning genomförs.

Utifrån syftet och presentationen av problemet ovan, behandlas ämnet genom följande frågeställningar:

Vilken rättslig reglering finns gällande företrädesrätt till återanställning och hur har inhyrning som alternativ till återanställning behandlats i praxis?

Vilken betydelse har arbetsgivarens arbetsledningsrätt och arbetsgivarens roll som beställare av arbetskraft för problematiken?

Hur löstes frågan om inhyrning på LO-området under avtalsrörelsen 2010 och vilken betydelse har avtalsbestämmelserna för en lösning av problematiken?

1.3 Avgränsningar

Förhållandet mellan företrädesrätt till återanställning och inhyrning av bemanningspersonal är komplext och alla aspekter kan inte omfattas i en uppsats av detta slag, varför avgränsningar varit nödvändiga.

Bestämmelserna gällande företrädesrätt till återanställning omfattar även deltidsanställdas rätt till högre sysselsättningsgrad enligt 25 a § LAS. Denna del av företrädesrätten behandlas dock inte närmare, då den inte har samma relevans i diskussionen om kringgående av företrädesrätten genom inhyrning av personal.

Möjligheten till självreglering genom den så kallade svenska modellen och företrädesrätten till återanställning som en del av anställningsskyddet är aspekter som inte återfinns i samma skepnad i EU-rätten eller unionens medlemsländer. Problematiken undersöks därför inte ur ett internationellt perspektiv, utan fokus ligger vid de nationella regler och problem som relaterar till frågan om företrädesrätt och inhyrning. För att belysa eventuella framtida förändringar i ämnet behandlas emellertid Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, även kallat Bemanningdirektivet, i relevanta delar.

Många arbetstagarorganisationer drev frågan om begränsningar av inhyrning under avtalsrörelsen 2010. Alla LO:s förbund gick samman i frågan och fick även igenom skrivningar i avtal som gäller inhyrning då företrädesrätten är aktuell. I analysen av de avtal som har sådana bestämmelser begränsas materialet till avtal inom LO-området.

Många olika grupper på arbetsmarknaden omfattas och berörs av anställningsskydd, bemanning och arbetsledningsrätt. Även bemanningsbranschens och de bemanningsanställdas perspektiv är intressanta i frågan. I uppsatsen ligger fokus emellertid på arbetsgivares och arbetstagarorganisationers perspektiv, relationen mellan parterna i frågan och deras påverkan på utvecklingen av förhållandet mellan företrädesrätt och inhyrning. Endast i de fall det ansetts relevant berörs villkor och avtal inom bemanningsbranschen.

Utöver vad som motiverats ovan, är avgränsningarna gjorda av utrymmesskäl med hänvisning till uppsatsens omfattning.

1.5 Metod och material

Uppsatsen är skriven utifrån rättsvetenskaplig metod, vilken omfattar allmän rättskällelära i syfte att med utgångspunkt i rättskällorna fastställa gällande rätt och precisera vad som kan förändras. I tolkning och analys har i första hand de allmänna rättskällorna såsom lagtext, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin använts.⁴ Den rättspraxis som analyserats har fokuserat på i huvudsak tre

⁴ Sandgren, Claes, 2007, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s. 36 f. och Lehrberg, Bert, 2010, Praktisk juridisk metod, 6 uppl., s. 167.

betydelsefulla mål från Arbetsdomstolen (AD), som behandlat frågan om kringgående av företrädesrätten genom inhyrning av bemanningspersonal. En uppmärksam tvist i samma fråga som nyligen förlikts har även analyserat. Dessa mål har även legat till grund för den debatt som pågått mellan arbetsmarknadsparterna och i politiken. Den doktrin som används är relevant rättsvetenskaplig litteratur som behandlar ämnet och även artiklar från juridiska tidskrifter.

Argumenterande material såsom artiklar från dagspress och från arbetstagar- respektive arbetsgivarorganisationers egna publikationer har använts för att finna aktuella debattartiklar som belyser den allmänna samhällsdiskussionen i frågan om inhyrning kontra återanställning. Materialet har karaktären av opinions- eller debattartikel och har därför inte samma dignitet, varför det behandlats utifrån ett kritiskt förhållningssätt. Även då materialet innehållit starka värderingar, har detta tillfört intressanta aspekter till ämnet. Arbetsrätt är ett ämnesområde som ofta innebär starka åsikter och ställningstaganden för antingen arbetstagar- eller arbetsgivarsidan. Syftet med dessa artiklar är således att belysa debatten, aktualiteten av ämnet och de åsikter som framförts i relation till problematiken.

Materialet i form av kollektivavtal har samlats in genom förfrågningar hos förbundskontoren, sökningar på förbundens hemsidor och kontakt med personal på juridiska fakulteten vid Lunds Universitet. Alla avtal på LO-området som innehåller överenskommelser om inhyrning har inte kunnat granskas, slutsatser har därför fått dras ur det urval som funnits tillgängligt och som ändå bör anses som representativt för syftet.

Rättsvetenskapen kan även omfatta empirisk metod såsom kvalitativa intervjuer vilket också använts i uppsatsen.⁵ Syftet med de två intervjuer som genomförts är att belysa uppsatsens ämne, i första hand de avtal som träffades gällande inhyrning från 2010 med synpunkter från representanter för arbetstagarparterna. Intervjuer har genomförts med Jonas Milton, vd på Almega, en arbetsgivar- och branschorganisation för tjänsteföretag och med Lasse Thörn, enhetschef för arbetslivsenheten på LO. Syftet med intervjuerna har inte varit att samla information som ska anses representera hela arbetsmarknaden, utan är erfarna och kunniga individers syn på problematiken och åsikter i frågan och används för att komplettera det material som i övrigt behandlas i uppsatsen.⁶ Intervjuerna har genomförts på plats och spelats in med intervjupersonernas medgivande. Då syftet med intervjuerna är att återge intervjupersonernas allmänna åsikter har

⁵ Sandgren, Claes, 2007, s. 39.

⁶ Esaiasson, Peter, et al., 2007, Metodpraktikan: konsten att studera samhälle, individ och marknad, 3 uppl., s. 289.

intervjuerna efter transkribering sammanfattats och redigerats för att lättare kunna återges i den löpande uppsatstexten.⁷

Allt material som använts i uppsatsen har kritiskt granskats ur ett arbetsrättsligt perspektiv.

1.6 Disposition

Uppsatsen är i huvudsak uppdelad i sju kapitel, varav det första innefattar en allmän inledning med information om bland annat uppsatsens syfte, avgränsningar och frågeställningar. Kapitelindelningen och ordningsföljden är i viss del anpassad att följa de tre frågeställningar som uppsatsen bygger på.

I kapitel 2 redogörs för det allmänna rättsläget för företrädesrätt till återanställning och de förslag som lämnats som motioner om förändringar och anpassning av tillämpliga lagregler för frågan. Kapitel 3 som följer behandlar arbetstagarorganisationers möjlighet till inflytande. Här redogörs för den svenska modellen och de relevanta bestämmelser om förhandlings som knyter an till företrädesrätt och inhyrning. Kapitlet avslutas med ett kort avsnitt om Bemanningsdirektivets eventuella påverkan på problematiken. Kapitel 4 består av en redogörelse av relevant praxis som utgörs av tre rättsfall från Arbetsdomstolen och en uppmärksam tvist som nyligen förlikts.

Kapitel 5 behandlar några faktorer som kan påverka arbetsgivarens val att hyra in bemanningspersonal eller återanställa. Arbetsgivarens arbetsledningsrätt redogörs för kort, legaliseringen och utvecklingen av bemanning följer och kapitlet avslutas med ett avsnitt om arbetsgivarens förutsättningar som beställare av bemanningspersonal.

I kapitel 6 behandlas några av de kollektivavtal från 2010 som innehåller nya överenskommelser om villkor vid inhyrning samtidigt som tidigare anställda har företrädesrätt till återanställning. Andra avtalsområden nämns kort och arbetsmarknadsparternas åsikter om problematiken kring inhyrning och återanställning och de avtal som träffades redogörs för i kapitlets sista avsnitt.

⁷ Kvale, Steinar, 1997, Den kvalitativa forskningsintervjun, s. 156.

Uppsatsens sista kapitel 7 innehåller en analys och diskussion. Kapitlet är uppdelat i avsnitt som följer de frågeställningar som redovisats i inledningskapitlet.

2 Företrädesrätt till återanställning

2.1 Rättslig reglering

I propositionen till den första lagen om anställningsskydd från 1974 anses reglerna om företrädesrätt till återanställning ingå i kärnan av anställningsskyddet, tillsammans med kravet på saklig grund vid uppsägning, skälig uppsägningstid och turordningsregler.⁸ Genom lagregleringen av anställningsskyddet, och därmed även företrädesrätten, hade regeringen som avsikt att främja sysselsättningen för invånare i arbetsför ålder, då statistiska undersökningar från slutet av 1960- och början av 1970-talen visade att arbetslösheten ökade.⁹ Frågan om ett anställningsskydd i lag var därför även politiskt aktuell ur ett samhällsekonomiskt perspektiv och det ansågs att företagsekonomiska faktorer, som effektivitet och lönsamhet, inte skulle få leda till att stora arbetstagargrupper slogs ut från arbetsmarknaden när de fortfarande var i arbetsför ålder.¹⁰ Syftet diskuterades igen vid förändringen av lagen 1982 och i propositionen anses att anställningsskyddsreglerna blivit väl etablerade på arbetsmarknaden och hos dess parter.¹¹ Regeringen menade då att lagens syfte inte endast var att reglera anställningsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Lagen innebär även en avvägning mellan arbetstagarnas anställningstrygghet och arbetsgivares ibland motstående behov av effektiv produktion och flexibilitet på arbetsmarknaden. Även arbetsgivarperspektivet skulle värnas, då konkurrenskraft är nödvändig för hög sysselsättning och tillväxt, och därmed ligger i näringslivets och samhällets intresse.¹² Lagen gjordes även dispositiv i vissa delar i syfte att arbetsmarknadens parter själva ska kunna göra bestämmelserna mer flexibla och branschanpassade.¹³

⁸ Prop. 1973:129, Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m.m., s. 114 f.

⁹ Prop. 1973:129, s. 24.

¹⁰ Prop. 1973:129, s. 110 och Ulander-Wänman, Carin, 2008, Företrädesrätt till återanställning, s. 52 f.

¹¹ Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m., s. 33.

¹² Ulander-Wänman, Carin, 2008, s. 54.

¹³ Se 2 § LAS och prop. 1973:129, s. 191.

De huvudsakliga bestämmelserna om arbetstagares företrädesrätt till återanställning återfinns i 25 § LAS. I de fall en arbetstagare blir uppsagd på grund av arbetsbrist, eller inte fått sin tidsbegränsade anställning förlängd av samma anledning¹⁴, kan denne ha företrädesrätt till återanställning. Företrädesrätten gäller endast till anställningar inom samma driftsenhet och kollektivavtalsområde som arbetstagaren tidigare varit anställd. Att arbetstagare med företrädesrätt har tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet är ett krav.¹⁵

För att företrädesrätten ska gälla krävs en kvalifikationstid om anställning hos arbetsgivaren i sammanlagt tolv månader under de senaste tre åren. Anställningstiden behöver inte vara sammanhängande och även uppsägningstiden är kvalifikationsgrundande.¹⁶ Vid uppsägning är arbetsgivaren skyldig att meddela arbetstagaren om denne har företrädesrätt eller ej.¹⁷

I 25 § tredje stycket framgår att rätten till företräde till återanställning gäller under en tidsbegränsad period från den dag uppsägning skedde, eller besked om uppsägning gavs, och fram till och med nio månader efter sista arbetade dagen. För arbetstagare i tidsbegränsad anställning gäller företrädesrätten från besked om uppsägning enligt 15 § första stycket och samma tidsperiod som ovan. Detta innebär att arbetstagaren är berättigad företräde till återanställning även under sin uppsägningstid och att den totala tiden för företrädesrätten kan variera beroende på hur lång uppsägningstiden är.¹⁸ Att besked om uppsägning lämnats är en förutsättning att företrädesrätten ska gälla.¹⁹

Företrädesrätten är direkt knuten till den tidigare anställningen och kan därför gå förlorad om en arbetstagare under sin företrädesrättsperiod tackar ja till en kortare anställning hos arbetsgivaren, exempelvis ett vikariat, i väntan på en mer permanent möjlighet till arbete hos samma arbetsgivare. I det fallet har en ny anställning därmed träffats och den tidigare anställningen är inte längre aktuell och därför inte heller företrädesrätten som knyts till den, varför arbetstagaren inte heller längre kan anses vara uppsagd om ett återanställningstillfälle skulle

¹⁴ I enlighet med 5 § LAS.

¹⁵ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, Anställningsskydd: en lagkommentar, 10 uppl., s. 666.

¹⁶ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 676. Även säsongsanställda arbetstagare kan få företrädesrätt till ny säsongsanställning i de fall de haft anställning i sammanlagt sex månader under de senaste två åren. Säsongsanställda kvalificerar sig även till företrädesrätt till andra anställningar hos arbetsgivaren då de uppfyller kravet på total anställningstid om tolv månader under de senaste tre åren, 25 § LAS.

¹⁷ Se även 8 och 15-16 §§ LAS för information om regler kring uppsägningsbesked.

¹⁸ Glavå, Mats, 2001, Arbetsrätt, s. 220. Den längsta tid företrädesrätten kan gälla är femton månader i de fall en arbetstagare har sex månaders uppsägningstid med efterföljande nio månaders företrädesrätt.

¹⁹ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 675.

uppstå.²⁰ En situation som kan uppstå är emellertid som följer; en arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist och därmed erhållit företrädesrätt till återanställning, tackar under sin företrädesrättsperiod ja till en kortare anställning om exempelvis en månad. Den ursprungliga företrädesrätten är då, som ovan nämnts, förbrukad. Då arbetstagaren avslutar sin tillfälliga anställning om en månad erhåller denne ny företrädesrätt, då den tidsbegränsade anställningen anses avslutad på grund av arbetsbrist. Detta leder till en ny period med företrädesrätt till återanställning för arbetstagaren.²¹ Om en arbetsgivares verksamhet är av sådan art att det finns behov av arbetskraft under korta, ofta återkommande perioder, kan detta innebära att arbetstagare som tackar ja till flera korta anställningar som erbjuds på grund av företrädesrätten, i praktiken kan erhålla företrädesrätt långt utöver den period som avses i reglerna kring företrädesrätt till återanställning.

Företrädesrätt till återanställning ger inte den berättigade arbetstagaren någon rätt till en specifik tjänst, inte heller till den mest kvalificerade tjänsten. Företrädesrätten är även tillämplig vid alla former av anställning; en tidigare heltidsanställd har även företräde till en deltidstjänst och samma sak gäller om den företrädesberättigade tidigare varit tillsvidareanställd och en tidsbegränsad tjänst nu blir aktuell.²² Bestämmelserna om företrädesrätt avser endast vakanta tjänster hos arbetsgivaren. I de fall en ny tjänst skulle uppstå kränks företrädesrätten därför inte om arbetsgivaren exempelvis skulle välja att omplacera en redan anställd arbetstagare till den nya tjänsten. Arbetsgivaren kan sedan erbjuda den omplacerade arbetstagarens tjänst till den företrädesberättigade arbetstagaren, förutsatt att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för tjänsten.²³

Frågan huruvida omplacering strider mot företrädesrätten har behandlats i Arbetsdomstolen. I det aktuella målet fastslogs att det ligger i arbetsgivarens arbetsledningsrätt att omplacera en arbetstagare utan att det för den sakens skull innebär ett kringgående av företrädesrätten i 25 § LAS. Målet gällde en arbetsgivare som sagt upp en arbetstagare på ett kontor i Landskrona, som erhöll företrädesrätt till återanställning. Då en ny anställning uppstod på samma kontor, tillsattes tjänsten med en anställd som omplacerats från bolagets kontor i Helsingborg. Tjänsten som blev tillgänglig i Helsingborg tillsattes genom att anställa en utifrån ansökande. På grund av att de två kontoren ansågs utgöra olika

²⁰ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 675.

²¹ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 145. I 3 § andra stycket LAS, om beräkning av arbetstid, specificeras att arbetstagare som tackar ja till en återanställning enligt 25 § ska i och med återanställningen anses ha uppnått anställningstid som fordras för att erhålla ny företrädesrätt.

²² Källström, Kent & Malmberg, Jonas, 2009, Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten, 2 uppl., s. 153.

²³ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 678.

driftsenheter var företrädesrätten inte tillämplig vid tillsättandet av tjänsten i Helsingborg, varpå domstolen inte heller ansåg att anställningen av en utifrån sökande till den tjänsten var otillbörligt.²⁴

För uppsatsens tema kan det vara viktigt att igen betona att företrädesrätten endast gäller då arbetsgivaren *anställer*. Arbetsgivaren är fri att välja att lösa arbetskraftsbehovet genom andra avtalsformer, såsom att anlita en entreprenör eller genom att hyra in arbetskraft. Denne står också fri att inte tillgodose behovet av ytterligare arbetskraft alls. Genom dessa alternativ är både arbetstagar skyddet och begränsningen i arbetsgivarens fria antagningsrätt, vilken företrädesrätten innebär, reducerade.²⁵

I de fall det finns fler än en arbetstagar med företrädesrätt till återanställning gäller regler om turordning enligt 26 § LAS. Uppsagda arbetstagar med företrädesrätt enligt 25 § konkurrerar med arbetstagar som är aktuella för omplacering i stället för uppsägning och även med deltidsanställda arbetstagar som har företrädesrätt till högre sysselsättningsgrad enligt 25 a § LAS. Omplacering av arbetstagar går före de andra arbetstagargrupperna enligt 25 a § tredje stycket. Deltidsanställda arbetstagar med företrädesrätt till högre sysselsättningsgrad har företräde före uppsagda arbetstagar enligt 25 a § första stycket. Turordning ska fastställas inbördes i vardera gruppen. Turordningen ska bestämmas utifrån sammanlagd anställningstid, där längst arbetstid prioriteras. Vid lika lång anställningstid ger högre ålder företräde. Då grupperna har separata turordningslistor kan en deltidsanställd arbetstagar således ha företräde före en uppsagd arbetstagar, även om den deltidsanställda har kortare anställningstid. Oavsett arbetstagargrupp gäller att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för tjänsten.²⁶

En arbetstagar har inte företrädesrätt till återanställning innan denne gjort anspråk på sin företrädesrätt enligt 27 § LAS. Arbetsgivaren måste i samband med informationen om företrädesrätt även informera att arbetstagaren måste anmäla till arbetsgivaren att denne vill göra anspråk på företrädesrätten, för att den ska aktualiseras. Om arbetsgivaren inte meddelar arbetstagaren om anspråksskyldigheten, eller om informationen inte lämnats på ett tillfredsställande sätt, ska företrädesrätten ändå anses gälla.²⁷

Arbetstagaren kan under hela den tid som företrädesrätten gäller göra en anmälan om anspråk på företrädesrätt till återanställning. Ingen tidsfrist har reglerats för

²⁴ AD 1996 nr 56.

²⁵ Glavå, Mats, 2001, s. 221.

²⁶ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 688 ff.

²⁷ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 692.

när en anmälan ska göras och anmälan ska anses gälla omedelbart efter den lämnats till arbetsgivaren. Detta innebär att en arbetstagare kan välja att vänta med att göra anspråk på sin företrädesrätt till dess att denne tror att ett önskvärt anställningserbjudande kommer att dyka upp. En anmälan som gjorts efter att en tjänst blivit tillgänglig gäller emellertid inte, då anspråk endast kan göras på framtida erbjudanden om anställning. Enligt 27 § andra stycket har en arbetstagare som erbjudits återanställning rätt till skälig betänketid innan svar måste ges. En närmare definition av vad som ska anses vara skälig betänketid har inte angetts. Detta är något som lämnats att bedömas i fall till fall med hänsyn till båda parter intressen.²⁸

I 27 § tredje stycket regleras att en arbetstagare som avvisat ett skäligt erbjudande förlorar sin företrädesrätt till återanställning. En arbetstagare med företrädesrätt har därmed inte möjlighet att avvisa ett skäligt erbjudande om återanställning i syfte att vänta ut ett bättre erbjudande. Förarbetena behandlar frågan om vad som utgör skäligt eller oskäligt erbjudande endast ytligt. Att avböja erbjudande till återanställning i vikariat efter att ha varit tillsvidareanställd, kan emellertid anses vara skäligt då situationen har prövats av domstolen i AD 1982 nr 158.²⁹ Även situationer då en föräldraledig arbetstagare avvisar ett återställningserbjudande på grund av att denne inte kan tillträda tjänsten inom skälig tid, bör anses vara skäligt och inte leda till att företrädesrätten förfaller.³⁰

Bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning i 25-27 §§ LAS är dispositiva enligt 2 § tredje stycket. I propositionen till 1974 års lag om anställningsskydd menar lagstiftaren dock att företrädesrätten innebär en redan intjänad rättighet varför en arbetstagarorganisation inte ska kunna avtala bort företrädesrätten för en arbetstagare utan dennes medgivande. Avtal om företrädesrätten som ingicks innan en arbetsbristsituation förelåg, skulle emellertid anses vara giltiga. Företrädesrättsbestämmelsernas dispositivitet innebär till exempel att kvalifikationskrav till företrädesrätt och vilken turordning för återanställning som ska följas, kan förändras i kollektivavtal. Ett exempel på en begränsning av möjligheten att göra anspråk på sin företrädesrätt återfinns i kollektivavtalet Allmänna Bestämmelser (AB) där parterna begränsat perioden att göra anspråk till en månad efter det att anställningen upphört³¹.

²⁸ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 693 f.

²⁹ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 696 f. och AD 1982 nr 158.

³⁰ Ds. 2002:56, Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv, s. 454 ff.

³¹ Se 35 § mom. 1f. AB i lydelse 2010-04-01. AB är en del av huvudöverenskommelsen (HÖK) och innehåller allmänna anställningsvillkor. Avtalet gäller mellan arbetsgivarorganisationen Sveriges Kommuner och Landsting och arbetstagarorganisationerna Svenska Kommunalarbetareförbundet, SKTF, Akademikerförbundet SSR, Ledarna, Teaterförbundet,

Kollektivavtalsbestämmelser som strider mot god sed eller som får diskriminerande effekt ska emellertid anses som ogiltiga.³²

2.2 Förslag till förändring

Under den allmänna motionstiden hösten 2010 lämnades ett flertal motioner till riksdagen gällande problematiken kring arbetsgivarens möjlighet att hyra in bemanningspersonal då det samtidigt finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Majoriteten av motionerna var negativa till möjligheten att kringgå lagen om anställningsskydd, och företrädesrättsreglerna, genom att hyra in personal från bemanningsföretag.³³ I motionerna yttras att möjligheten för arbetsgivaren att hyra in bemanningspersonal istället för att återanställa företrädesberättigade arbetstagare urholkar anställningsskyddslagstiftningen. Då det ligger i arbetsgivarens arbetsledningsrätt att avgöra när arbetsbrist föreligger, är möjligheten till företrädesrätt en betydelsefull del av anställningstryggheten. Rättsläget som nu gäller möjliggör för oseriösa arbetsgivare att säga upp anställda de inte är nöjda med, enbart i syfte att byta ut arbetskraft. Även referenser till Arbetsdomstolens praxis läggs till grund för att regleringen om företrädesrätt håller på att urholkas. Det hänvisas till att domstolens godtagande av företagsekonomiska grunder för inhyrning innebär att domstolen accepterar ett kringgående av företrädesrätten. Förslag på lagändringar i motionerna är kortfattade men uttrycker krav på att inhyrning inte ska få tillåtas under tiden det finns företrädesberättigade arbetstagare och att arbetstagarorganisationernas inflytande ska förstärkas vid beslut om anlitande av bemanningsföretag.³⁴

Även andra förslag om ändringar i lagreglerna kring företrädesrätt till återanställning återfinns bland motionerna. Förslag om att företrädesrätten, i samband med att hela anställningsskyddslagen omarbetas, ska avskaffas har lämnats. I motiveringen uttrycks att regeln i vissa fall får fel effekt genom att lagskyddet sker på bekostnad av arbetstagare utan någon anställning alls och att företrädesrätten försvårar ytterligare för arbetslösa att ta sig in på

Sveriges Läkarförbund, Lärarförbundets och Lärarnas Riksförbunds Samverkansråd samt AkademikerAlliansen.

³² Prop. 1973:129, s. 266 och Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 682.

³³ Alla dessa motioner var lämnade av ledamöter från oppositionen.

³⁴ Se bland annat motionerna 2010/11:A228, 2010/11:A403 och 2010/11:A257.

arbetsmarknaden.³⁵ Motionerna som tagits upp ovan har i skrivandets stund inte behandlats i Arbetsmarknadsutskottet.

³⁵ Motion 2010/11:A360.

3 Arbetstagarorganisationers möjlighet till inflytande

3.1 Den svenska modellen

Den svenska arbetsmarknaden kännetecknas av att den till stor del självregleras av arbetsgivar- respektive arbetstagarparterna. Samarbetet mellan parterna grundlades i början av 1900-talet genom att i avtal fastställa den positiva föreningsrätten, arbetsgivarens arbets- och verksamhetsledningsrätt, arbetsmarknadsförhandlingar och kollektivavtal. Den lagstiftning som senare tillkom innebar till stor del ett fastställande av parternas tidigare överenskommelse. Den lagstiftning som kom under 1970-talet med LAS och lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) hade i stort karaktären av skyddslagstiftning för arbetstagare.³⁶ Lagstiftaren lämnade emellertid stora delar av bestämmelserna dispositiva med konsekvensen att arbetsmarknaden haft möjlighet att justera reglerna genom kollektivavtal. På detta sätt har den svenska arbetsmarknaden fortsatt att till delvis styras genom självreglering och partsautonomi.³⁷

Att Sverige kan ha ett fungerande system med självreglering har till stor del att göra med den höga organisationsgraden på både arbetstagersidan och arbetsgivarsidan, i jämförelse med andra länder. Genom kollektivavtalets normerande verkan får kollektivavtalade överenskommelser ytterligare omfattning på arbetsmarknaden.³⁸ Det finns få konkurrerande organisationer på den svenska arbetsmarknaden vilket inneburit att de stora organisationerna, exempelvis LO och Tjänstemännens centralorganisation (TCO), kunnat prägla strukturer på arbetsmarknaden och i kollektivavtal³⁹. Även lagstiftningen från

³⁶ Numhauser-Henning, Ann, 2001, Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock., Svensk Juristtidning, s. 314 f. Se även Glavå, Mats, 2001, s. 26 ff.

³⁷ Källström, Kent & Malmberg, Jonas, 2009, s. 23.

³⁸ Medlingsinstitutet, 2011, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2010, Medlingsinstitutets årsrapport, s. 31 ff.

³⁹ Jfr. Glavå, Mats, 2001, s. 67 ff.

1970-talet har hjälp till att etablera de stora organisationerna, då en stor del av regleringen ger organisationer med kollektivavtal ytterligare rättigheter i form av informations- och förhandlingsrätt i MBL och bestämmelser i lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen.

Fördelen med arbetsmarknadsparternas självreglering, och att många arbetsrättsliga lagar möjliggör avvikelser genom kollektivavtal, är möjligheten att branschanpassa bestämmelser på ett sätt som inte är möjligt genom lagstiftning. Kollektivavtalade bestämmelser erhåller dessutom en legitimitet inom branscher och på arbetsplatser som underlättar implementering.⁴⁰

Problematiken mellan företrädesrätt till återanställning och alternativet att hyra in bemanningspersonal har också i stort lämnats till parterna att bestämma då bestämmelserna om företrädesrätt i LAS är dispositiva. Under senare tid har förändringar på arbetsmarknaden och nya förutsättningar givit upphov till diskussioner om den svenska modellen och hur arbetsmarknaden styrs. Större krav på flexibilitet på arbetsmarknaden, och särskilt hos arbetskraften, har lett till förändrade krav från i första hand arbetsgivare. Nya anställningsformer har uppstått och tillsvidareanställning som norm på arbetsmarknaden är inte längre självklar.⁴¹ Den svenska arbetsmarknaden håller fortfarande på att anpassas till förändringarna. Detta innebär att i de fall nya lösningar krävs, ligger det i första hand hos arbetsmarknadsparterna att finna dessa genom självreglering och kollektiva överenskommelser.

3.2 Inflytande genom förhandling

Företrädesrätt till återanställning och inhyrning av bemanningspersonal omfattas av särskild reglering om förhandling och medbestämmande för arbetstagarparten. Arbetsgivaren är enligt 32 § LAS skyldig att påkalla medbestämmandeförhandling, enligt 11-14 §§ MBL, om denne vid en nyanställning har för avsikt att anställa någon annan än en företrädesberättigad arbetstagarare. Samma skyldighet gäller då det är en fråga om vem av flera företrädesberättigade arbetstagarare som ska få återanställning. I de fall frågan gäller turordning, ska förhandling ske med kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisation. Arbetsgivarens skyldighet att förhandla kan även gälla

⁴⁰ Numhauser-Henning, Ann, 2001, s. 316 f.

⁴¹ Numhauser-Henning, Ann, 2001, s. 316 f.

mot icke kollektivavtalsbärande organisationer. Detta kan gälla de fall då företrädesrätten hos en medlem i organisationen ifrågasätts. Ingen förhandling krävs då en arbetsgivare ämnar erbjuda en ensamt företrädesberättigad arbetstagare nyanställning.⁴² Förhandlingsskyldighetens syfte är att ge fackliga organisationer insyn och möjlighet att kontrollera att arbetsgivaren behandlar företrädesrätten på rätt sätt.⁴³

Arbetsgivarens skyldighet till förhandling vid beslut om inhyrning av personal och fackliga organisationers vetorätt i denna fråga återfinns i 38-40 §§ MBL.⁴⁴ I 38 § regleras den förstärkta förhandlingsrätt som arbetstagarorganisationer har då en arbetsgivare ska anlita en entreprenör eller hyra in personal. Förhandlingsskyldigheten för arbetsgivaren gäller endast gentemot det fackförbund som denne har kollektivavtal med, för det aktuella arbetet. Syftet med den förstärkta förhandlingsskyldigheten vid inhyrning av personal är att fackföreningen ska få en möjlighet att granska det bemanningsföretag arbetsgivaren avser anlita och även förutsättningarna kring inhyrningen.⁴⁵ När det gäller förhandling om inhyrning finns ett undantag i 38 § andra stycket, vilket innebär att ingen förhandling krävs i de fall facket tidigare godtagit en inhyrning som motsvarar den aktuella. Förutsättningarna för undantaget är att det gäller samma företag och samma arbetsuppgifter som vid det tidigare godtagna tillfället.⁴⁶

Vid oenighet i lokala eller centrala förhandlingar har arbetsgivaren rätt att besluta i frågan. Dock har arbetstagarorganisationen möjlighet att lägga in ett veto i frågan, enligt 39 § MBL, om organisationen har fog att anta att den tilltänkta åtgärden skulle bryta mot gällande kollektivavtal, lagstiftning eller god sed. I detta fall får arbetsgivaren inte verkställa sitt beslut. Syftet med den fackliga vetorätten i detta sammanhang är främst att förhindra att arbetsrättsliga regler åsidosätts genom att det anlidade företaget regelmässigt bryter mot lagen.⁴⁷ Om facket saknar grund för sitt veto är detta ogiltigt enligt 40 §. Arbetsgivaren kan då utan risk för skadestånd verkställa sitt beslut och den fackliga organisationen blir skadeståndsskyldig.⁴⁸ Reglerna om förhandling och veto i 38-40 §§ MBL är dispositiva enligt 4 § andra stycket MBL, och kan därför förändras i kollektivavtal.

⁴² Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 717.

⁴³ Prop. 1981/82:71, s. 147.

⁴⁴ Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, Medbestämmandelagen: med kommentar, 4 uppl., s. 288 ff.

⁴⁵ Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, s. 288 ff.

⁴⁶ Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, s. 295.

⁴⁷ Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, s. 297 f.

⁴⁸ Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, s. 300.

1994 avskaffades reglerna i 38-40 §§ MBL för en kort tid, strax efter att uthyrning av arbetskraft legaliserats. Syftet bakom avskaffandet gällde i första hand vetorätten i 39 §, då regeringen menade att reglerna inte haft den positiva effekt som önskats. Vetorätten gäller även anlitan­de av entreprenörer och det ansågs att fackets makt att lägga in veto i dessa frågor var oförenliga med regler om offentlig upphandling men även att hindra exempelvis nyetablerade företag på den privata arbetsmarknaden. Då uthyrning av arbetskraft inte länge var förbjuden ansågs detta inte heller utgöra någon grund för veto från fackets sida. Då vetorätten var knuten till den förstärkta förhandlingsrätten ansågs förhandlingsrätten inte heller ha kvar något syfte, varför även denna bestämmelse avskaffades.⁴⁹ Efter ett regeringsskifte samma år som bestämmelserna avskaffats, infördes emellertid reglerna igen med motiveringen att skälen bakom avskaffandet inte var hållbara.⁵⁰

3.3 Bemanningsdirektivet

I diskussionen kring huruvida inhyrning av bemanningspersonal är förenligt med reglerna om företrädesrätt till återanställning, bör även Bemanningsdirektivet i relevanta delar kort behandlas.

Bemanningsdirektivets huvudsakliga syfte är att fastställa och försäkra goda arbetsvillkor för uthyrda arbetstagare. Direktivet innehåller exempelvis en likabehandlingsprincip om att uthyrda arbetstagare ska ha rätt till samma grundläggande villkor för arbete och anställning som de arbetstagare som är direkt anställda hos den inhyrande arbetsgivaren.⁵¹ En utredning har genomförts om hur direktivet ska kunna implementeras i svensk rätt och presenterades i januari 2011.⁵² Direktivet ska genomföras senast 5 december 2011.⁵³

Artikel 4.1 i Bemanningsdirektivet anger följande:

Begränsningar eller förbud mot anlitan­de av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag får endast motiveras av allmänintresset, särskilt arbetstagarnas skydd, kraven på hälsa och

⁴⁹ Prop. 1993/94:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet, s. 54.

⁵⁰ Prop. 1994/95:76, Förändring av vissa arbetsrättsliga regler, s. 19.

⁵¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, art. 5.

⁵² SOU 2011:5, Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige.

⁵³ Art. 11, bemanningsdirektivet.

säkerhet i arbetet eller behovet av att garantera att arbetsmarknaden fungerar väl och att missbruk förhindras.

Det är artikel 4 i bemanningsdirektivet som är av störst intresse för problematiken kring inhyrning av arbetskraft samtidigt som arbetstagare har företrädesrätt till återanställning. Det har i den allmänna debatten yttrats att de överenskommelser i kollektivavtal som gäller inhyrningsfrågan, och som innebär ytterligare begränsning av arbetsgivarens möjlighet att hyra in bemanningspersonal då företrädesberättigade arbetstagare finns, kan innebära en sådan begränsning som åsyftas i direktivets artikel. Därmed skulle avtalen kunna anses vara otillåtna enligt direktivet.⁵⁴ Enligt artikel 4 punkterna 2-3 ska en översyn göras av lagstiftning, kollektivavtal och praxis för att se om eventuella förbud eller begränsningar finns som strider mot direktivet. Översynen av förbud eller begränsningar i kollektivavtal ska göras av avtalsparterna själv. I direktivets ingress står också förklarat att direktivet inte syftar att inskränka på arbetsmarknadsparternas självbestämmanderätt och det ska inte heller påverka parternas relationer att förhandla och sluta avtal.⁵⁵

I den utredning som gjorts på uppdrag av regeringen har de eventuella hinder för inhyrning som kan finnas i lagstiftning undersökts. En genomgång av förhandlingsrätten i 38 § och den påföljande vetorätten i 39 § MBL har gjorts för att utreda huruvida dessa kan utgöra ett hinder mot inhyrning. I utredningen anförde, ur referensgruppen, Bemanningsföretagen tillsammans med Svenskt Näringsliv att frågan om inhyrning inte längre kräver särskild reglering då bemanning på arbetsmarknaden nuförtiden är en trygg och flexibel lösning. Utredningen ansåg emellertid att reglerna utgör en viktig del av den svenska modellen och innebär att arbetstagarorganisationer har möjlighet att kontrollera att arbetsgivare följer den reglering som avtalats fram i kollektivavtal.⁵⁶

Bestämmelsen i 38 § andra stycket, som reglerar att förhandlingsskyldighet gäller även vid inhyrning av kortvarig och tillfällig natur eller av specialkompetens, diskuterades. De negativa aspekter som enligt utredningen skulle kunna uppstå belystes. En av konsekvenserna i de fall 38 § togs bort, skulle kunna bli att anställningstryggheten hos arbetstagare anställda hos bemanningsföretag försämrades. Detta på grund av risken för en utbredning av mindre seriösa företag som fokuserade på korta och tillfälliga uthyrningsperioder, på grund av att arbetsgivare då inte skulle behöva förhandla. Den negativa följden av detta kunde

⁵⁴ Fackliga krav kan strida mot EU-rätten, <http://www.dn.se/nyheter/sverige/fackliga-krav-kan-strida-mot-eu-ratten>.

⁵⁵ Punkt 19, ingressen till bemanningsdirektivet.

⁵⁶ SOU 2011:5, s. 125 f.

då bli att bemanningspersonalen skulle få svårare att överblicka sin arbetsituation och oftare skulle behöva byta arbetsställe.⁵⁷

Vidare anförs i utredningen att bestämmelsen om förhandling före inhyrning emellertid skulle kunna ses som ett hinder, varför det ansågs motiverat att undersöka om det stred mot direktivet. Artikel 4.4 i direktivet säger att tillämpning av nationella krav om registrering, certifiering eller annan kontroll inte påverkas av direktivets förbud mot hinder av inhyrning. I Sverige finns inga krav på sådan kontroll. I relation till detta anser utredningen att arbetstagarorganisationer, genom förhandlingsreglerna i 38 § MBL, istället kan utgöra en sådan kontroll som avses i artikel 4.4 trots att arbetstagarorganisationer inte har samma dignitet som ett statligt organ. Funktionen som 38 § MBL fyller kan därför anses vara av allmänintresse som leder till att motverka missbruk i branschen och istället hjälper till att skapa en välfungerande arbetsmarknad, och borde enligt utredningen därför stå kvar.⁵⁸

⁵⁷ SOU 2011:5, s. 126.

⁵⁸ SOU 2011:5, s. 129.

4 Praxis

4.1 AD 1980 nr 54

Ett tidigt mål, men som ändå haft betydelse för senare tolkning i frågan är AD 1980 nr 54. Tvisten gällde brott mot företrädesrätten och är från 1980 då inhyrning av personal från bemanningsföretag ej var tillåtet i svensk lag. Som sagt är målet emellertid fullt tillämbart och har använts som vägledning i senare tvister. Situationen var sådan att ett bolag hade då arbetskraftsbehov uppstått, valt att låna in tre arbetstagare från ett annat företag trots att två tidigare anställda hade företrädesrätt enligt anställningsskyddslagen.

Arbetstagarförbundet ansåg att arbetsgivaren medvetet valt att låna in personal från ett annat företag för att slippa återanställa de företrädesberättigade arbetstagarna. Dessutom ansåg förbundet att de inlånade arbetstagarna skulle betraktas som anställda då flera av de kriterier för vad som utgör ett anställningsförhållande uppfylldes i den aktuella situationen. Inlåningen var även enligt förbundet av tillsvidarekaraktär. Bolaget anförde å sin sida att inlåningen var en lösning på arbetskraftsbehovet och utgjorde en entreprenad som godkänts i förhandling fackföreningen.

I sin bedömning tog AD fasta på att förhållandet mellan de inlånade arbetstagarna och arbetsgivaren inte kunde likställas med anställning, då de exempelvis inte hade något eget avtal med bolaget och inte heller erhöll sin lön från arbetsgivaren. Bolagets avtal gällande inlåningen gällde mellan bolaget och företaget som lånade ut personalen. Tiden för inlåningen hade blivit längre än vad som vid starten avsågs, dock kom tiden inte att överstiga fyra och en halv månad. Förbundet hade inte heller vid de förhandlingar som föregick beslutet att låna in personal på entreprenad varit oense med arbetsgivaren om lösningen. Arbetstagarna med företrädesrätt hade uppmärksamats i förhandling, dock diskuterades det inte huruvida en lösning kunde vara att dessa skulle återanställas. Domstolen fann därför att arbetsgivaren inte kringgått reglerna om företrädesrätt och att inlåningen

av personal från ett annat företag var att ses som ett godkänt alternativ till återanställning.

4.2 AD 2003 nr 4

Målet gällde en tvist mellan bolaget Abu Garcia och arbetstagare företrädna av fackförbundet IF Metall, gällande huruvida arbetsgivaren kringgått företrädesrätten, därmed även anställningsskyddet, då denne hyrt in personal från bemanningsföretag. Detta rättsfall har blivit prejudicerande och hänvisas ofta till i olika samhällsdebatter och i diskussioner mellan arbetsmarknadsparterna när problematiken kring inhyrning och återanställning diskuterats.

Bolaget hade i november 2000 sagt upp 50 arbetstagare på grund av arbetsbrist. Några månader senare, under våren, uppstod arbetskraftsbehov vid ett flertal tillfällen. Förhandlingar med förbundet ledde till att behovet tillfredsställdes genom återanställningar i form av tillsvidare- och visstidsanställningar och genom förlängda uppsägningstider. Hösten 2001 uppstod ytterligare behov av arbetskraft och bolaget föreslog då vid förhandling att visstidsanställa arbetstagare med företrädesrätt. Mellan parterna fanns ett kollektivavtal som krävde att parterna skulle vara överens i de fall visstidsanställningar skulle ingås. Förhandlingarna ledde dock inte till någon lösning varför bolaget meddelade att avsikten var att lösa behovet genom att hyra in bemanningspersonal. Efter ytterligare lokala och centrala förhandlingar lämnade förbundet en vetoförklaring enligt 39 § MBL. Bolaget ansåg att vetot saknade fog och valde att bryta detta genom att ändå hyra in personal. Två månader senare inleddes förhandlingar kring ytterligare behov av arbetskraft som inte heller denna gång ledde till någon överenskommelse, varpå bolaget valde att hyra in personal.

Domstolen hade att avgöra huruvida inhyrning av personal kunde likställas med nyanställning i förhållande till reglerna om företrädesrätt och därmed avgöra om bolaget kringgått företrädesrätten då bemanningspersonal hyrts in. AD fastslog att det inte generellt ansågs finnas ett förbud mot inhyrning som alternativ till återanställning samtidigt som tidigare anställda arbetstagare var företrädesberättigade. Endast enskilda fall skulle kunna utgöra brott mot företrädesrätten om de kunde anses vara otillbörliga. Dock krävs även att det kan styrkas att det finns ett bakomliggande syfte att medvetet kringgå företrädesrätten

genom inhyrning. Med hänsyn till sådana omständigheter skulle ett enskilt fall kunna ses som otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna.

Förbundet anförde bland annat att bolaget insett vid tiden för uppsägningarna att ett behov av mer permanent arbetskraft skulle uppstå och därför skulle bolaget ha tillgodosett detta genom att återanställa tidigare uppsagd personal. Förbundet menade även att bolaget samarbetat med ett bemanningsföretag för att senare kunna hyra in tidigare uppsagd personal utan att behöva återanställa. Detta ledde till att de uppsagda arbetstagarna förlorade sina tillsvidareanställningar och fick provanställningar hos bemanningsföretaget trots att de kom att arbeta med samma arbetsuppgifter i bolaget. Bolaget anförde å sin sida att verksamheten vid tidpunkten var svårplanerad och att behovet av arbetskraft ej var förutsägbart. Bolaget anförde även att inhyrningen av personal var ett resultat av att fackförbundet vid förhandlingar ej gått med på att tillgodose arbetskraftsbehovet genom visstidsanställningar.

Domstolen fann att bolaget inte kunde anses ha kringgått reglerna om företrädesrätt genom att hyra in personal från bemanningsföretag. Situationen var sådan att verksamhetens behov av personal inte var förutsägbart utan ledde till att tillfälliga lösningar krävdes. Bolaget hade enligt AD undersökt andra lösningar, av vilka en var att erbjuda visstidsanställning till företrädesberättigade arbetstagare, något fackförbundet inte gått med på vid förhandling. Bolaget hade därmed inte åsidosatt sina skyldigheter enligt anställningsskyddslagen.

4.3 AD 2007 nr 72

Även i målet AD 2007 nr 72 hade en arbetsgivare sagt upp en grupp arbetstagare på grund av arbetsbrist, varav ett antal hade företrädesrätt till återanställning. Ungefär en månad efter att uppsägningstiden för de uppsagda arbetstagarna löpt ut valde arbetsgivaren att hyra in tre personer från ett bemanningsföretag under sex veckor. Dessa tre personer hade ingått i den grupp arbetstagare som tidigare blivit uppsagda från bolaget. Två av de inhyrda personerna hade inte företrädesrätt till återanställning i detta fall på grund av sina kortare anställningstider. Den tredje personen hade emellertid längst anställningstid och skulle därför kunnat få erbjudande om återanställning i det fall arbetsgivaren valt att anställa istället för att hyra in arbetskraft. I gällande kollektivavtal parterna emellan fanns

möjligheten att visstidsanställa personal och förbundet var positivt inställt till detta.

Då arbetsgivaren valt att hyra in arbetskraft istället för att återanställa personal ansåg förbundet att denne kringgått reglerna om företrädesrätt i anställningsskyddslagen. Förbundet gjorde gällande att arbetsgivaren hade samarbetat med bemanningsföretaget och gett instruktioner om vilka arbetstagare som skulle vara lämpliga att hyras ut till bolaget, vilket därmed visat på ett syfte att arbetsgivaren medvetet valt att hyra in personal för att slippa återanställa. Konsekvensen av arbetsgivarens handlande innebar att ett flertal uppsagda anställda, som erhållit företrädesrätt och hade längre anställningstid än två av de inhyrda personerna, blivit förbigångna och därmed fått sin företrädesrätt kränkt.

Bolaget anförde att uppsägningen av arbetstagarna varit rent företagsekonomisk. Beslutet att hyra in personal istället för att återanställa på visstid eller tillsvidare var baserat på att bemanningen kunde bli mer flexibel och ekonomisk vid arbetstoppar och olika säsongsbehov. Att bolaget medvetet skulle ha samarbetat med bemanningsföretaget gällande urvalet av bemanningspersonal som skulle hyras in var enligt bolaget inte fallet. Då bemanningsföretaget avsåg anställa de tidigare av bolaget uppsagda personerna lämnade bolaget referenser till bemanningsföretaget, men samarbetade inte i urvalet om vem som skulle anställas eller hyras ut. Då bolaget i förhandlingar föreslagit inhyrning av personal för att lösa behovet av arbetskraft hade förbundet angett visstidsanställningar som en mer önskvärd lösning. Dock hade bolaget inte uppfattat att förbundet motsatt sig inhyrning.

Angående tolkningen om tillämpning av företrädesrättsreglerna hänvisade AD till förarbetena där det framgår att syftet var att företrädesrätten endast skulle vara tillämplig i nyanställningssituationer och inte betraktas som en garanti för en företrädesberättigad att återfå anställning. Domstolen förtydligade även återigen, med hänvisning till de ovan nämnda domarna, att trots att domstolen tidigare inte funnit att ett kringgående av bestämmelserna har förelegat är det dock viktigt att lagbestämmelser inte missbrukas. Dock menade domstolen att det är av vikt att ett kringgående av bestämmelserna inte bara generellt styrks. Det krävs även bevis på att syftet med åtgärden varit att undvika tillämpning av företrädesrättsbestämmelserna och att handlandet i sig också varit otillbörligt. I det aktuella fallet kunde domstolen inte se att arbetsgivarens handlande inneburit ett sådant otillbörligt kringgående eller att skälen för inhyrningen varit några andra än rent företagsekonomiska.

4.4 Mål nr A2/07

En uppmärksammas tvist i frågan om otillbörligt kringgående av företrädesrätten vid inhyrning av personal har varit mellan bolaget Marabous ägare Kraft Foods Sverige AB, och Svenska Livsmedelsarbetareförbundet (Livs), även kallat Marabou-målet. Förbundet stämde bolaget i AD redan 2007 och förberedelserna inför huvudförhandling i domstolen har pågått sedan dess. I februari i år (2011) träffades en förlikning mellan parterna och målet kommer därför inte att tas upp i domstol.⁵⁹

Twisten har likheter med de ovan refererade domarna i de omständigheterna att arbetsgivaren före beslut om inhyrning, förhandlat om annan lösning på arbetskraftsbehovet utan resultat. Kontakt mellan arbetsgivaren och bemanningsbolag har funnits och en del av de uppsagda arbetstagarna har, under företrädesrättsperioden, hyrts in av arbetsgivaren via bemanningsbolag. En anledning till tvistens långa handläggningstid har varit målets omfattning, processtekniska frågor och antalet uppsagda anställda, som uppgått till omkring hundra stycken.

Förbundet gjorde gällande att bolaget kringgått reglerna om företrädesrätt genom att tillfredsställa ett permanent behov av arbetskraft med inhyrning personal från ett bemanningsföretag. Bolaget hade vidare instruerat bemanningsföretaget om vilka av de uppsagda arbetstagarna som var önskvärda att hyra in, inte bara gällande deras yrkeskvalifikationer utan även om sjukfrånvaro, vilket indirekt drabbade småbarnsföräldrar. Bemanningsföretaget hade kontaktat ett urval av de uppsagda arbetstagarna på uppmaning av bolaget, andra uppsagda arbetstagare som på egen hand kontaktat bemanningsföretaget fick emellertid besked om att de inte var aktuella för anställning hos bemanningsföretaget. Förbundet ansåg även att tidigare anställda som hyrts ut till bolaget via bemanningsföretaget fått sin företrädesrätt kränkt då dessa personer fått otryggare anställning och lägre lön i sin anställning hos bemanningsföretaget. Bolaget hade även valt att tillgodose en del av arbetskraftsbehovet genom att anställa ett antal arbetstagare, men hade emellertid inte tagit hänsyn till de turordningsregler som gällde då det fanns tidigare anställda med företrädesrätt. Även detta utgjorde ett kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning enligt förbundet.

Bolaget bestred alla yrkanden från förbundet med hänvisning till att beslutet att hyra in personal från bemanningsföretag var en lösning på perioder av

⁵⁹ Se bland annat Livs och Marabou överens i det tysta, <http://www.lagavtal.se/nyheter/anstallning/anstallningsvillkor/article3094886.ece>.

arbetskraftsbehov med ett rent företagsekonomiskt syfte. Arbetsgivaren hade endast utnyttjat sin arbetsledningsrätt och genom inhyrning valt ett alternativt sätt att organisera arbetet. Då bolagets produktion var starkt säsongsbaserad varierade arbetskraftsbehovet under året. En fråga bolaget tidigare försökt lösa i förhandling med facket i syfte att få till stånd en överenskommelse om en mer flexibel arbetstidslösning. Förhandlingarna hade dock varit resultatlösa, vilket ledde till att bolaget valde att lösa det varierande arbetskraftsbehovet genom att hyra in personal. I frågan gällande kontakten med bemanningsföretaget och instruktioner om vilka uppsagda arbetstagare som varit önskvärda att hyra in, uppgav bolaget att kontakten angående de tidigare arbetstagarna enbart gällt vilka som kunde vara aktuella mot bakgrund av deras kvalifikationer, något bolaget inte ansåg vara otillbörligt. Som beställare hos ett bemanningsföretag har en arbetsgivare stort utrymme för att bestämma vilka kvalifikationskrav som ska ställas på de personer som ska hyras in.

Tvisten har som tidigare nämnts förlikts. En dom i denna tvist var efterfrågad av både arbetstagar- och arbetsgivarparter och det ansågs att en dom skulle vara vägledande. I en riksdagsdebatt hänvisade den förre arbetsmarknadsministern till Marabou-målet som principiellt viktigt. Arbetsmarknadsministern menade att om domstolen i Marabou-målet skulle fastslå att agerandet inte kränkte reglerna om företrädesrätt, kunde det leda till ny översyn av regleringen.⁶⁰

4.5 Sammanfattning av praxis

I ovan nämnda praxis framgår att domstolens tolkning av lagreglerna om företrädesrätt till återanställning innebär att alternativet att hyra in personal från bemanningsföretag inte i sig innebär ett kringgående av lagreglerna. Domstolen anger emellertid vid ett flertal tillfällen att den i det enskilda fallet skulle kunna finna att inhyrning av personal, då det finns lämpliga arbetstagare med företrädesrätt, innebär ett otillbörligt kringgående av lagen. Det ska dock kunna bevisas att agerandet i sig haft som syfte att undvika tillämpning av lagreglerna och att det genomförts på ett otillbörligt sätt.

⁶⁰ Riksdagens protokoll 2009/10:67, svar på interpellation 2009/10:173 om åtgärder mot kringgående av lagen om anställningsskydd 2011-02-02, <http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=101&bet=2009/10:67#{6C83D0F1-C657-4665-B59D-4C361D4869A5}>.

Otillbörligt agerande bör, utöver lagöverträdelser, antas innebära brott mot vad som anses vara god sed på arbetsmarknaden, ett väl etablerat men inte alltid så glasklart bedömningsverktyg. God sed är emellertid en vedertagen rättskälla inom arbetsrätten och är av betydelse då arbetsmarknadens parter inte uttryckligen reglerat en viss fråga i avtal.⁶¹ Även innehåll i kollektivavtal, som utmärks genom att vara väl vedertagna handlingsmönster på arbetsmarknaden, kan komma att anses utgöra sedvänja och därför ha betydelse vid exempelvis Arbetsdomstolens bedömning.⁶² Ett exempel på den betydelse sedvänja kan ha inom arbetsrätten är vetorätten i 39 § MBL. Bestämmelsen hänvisar inte bara till de fall då arbetstagarorganisationen har skäl att tro att arbetsgivarens åtgärd kommer att bryta mot lag eller kollektivavtal. Lagregeln uttrycker även i de fall det kan antas att handlandet kan komma att gå emot vad som på avtalsområdet är allmänt godtagbart, har arbetstagarorganisationer rätt att nyttja sin vetorätt.⁶³

I praxis kan utläsas att anlitan av bemanningspersonal för ett mer permanent behov eller att samarbete med bemanningsföretag för att få hyra in specifikt utvalda arbetstagare kan bedömas gå emot vad som anses utgöra god sed. I AD 1980 nr 54 diskuterades huruvida inlåningen av personal hade en mera permanent karaktär. Domstolen säger i domslutet att det skulle "... otvivelaktigt vara utmanande och stridande mot rättskänslan, om det vore möjligt att tillgodose ett mera permanent behov av arbetskraft i ett företags normala verksamhet genom inlåning till förfång för tidigare uppsagd arbetstagare som har anspråk på företräde vid nyanställning."⁶⁴ I det aktuella fallet kom den längsta perioden av inlåning av personal att bli fyra och en halv månad, något domstolen inte ansåg utgöra en otillbörligt lång period. Det bör dock hållas i åtanke att domstolens uttalande ovan är från 1980, endast ett fåtal år efter att anställningsskyddslagen trätt i kraft och ett flertal före privat uthyrning av personal legaliserades i Sverige. Sedan bemanningsföretagen etablerat sig som bransch på den svenska arbetsmarknaden kan synen på hur långa perioder av uthyrning som anses vara acceptabelt ha förändrats.

I de båda senare domarna som refererats ovan, gjorde förbunden gällande att bolagen otillbörligen kringgått företrädesrätten genom att instruera och samarbeta med bemanningsföretag angående vilka personer som skulle anställas av bemanningsföretaget, för att sedan hyras ut till bolaget. I AD 2007 nr 72 uppgav bolaget att kontakten med bemanningsföretaget hade innefattat samtal om de kompetenskrav bolaget hade för arbetet som skulle utföras och att bolaget lämnat

⁶¹ Fahlbeck, Reinhold, 1989, Praktisk arbetsrätt, 3 uppl., s. 25 f.

⁶² Källström, Kent & Malmberg, Jonas, 2009, s. 69.

⁶³ Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, 297 och 300.

⁶⁴ AD 1980 nr 54, s. 374.

referenser för några av de uppsagda arbetstagarna som ett led i bemanningsföretagets urvalsprocess. I AD 2003 nr 4 hänvisade bolaget till att mycket av den kontakt som skett mellan bolag och bemanningsföretag skett på bemanningsföretagets initiativ. Domstolen fann att inget otillbörligt handlande förelagat i dessa fall, dock förklarade AD sig inte ytterligare om grunderna för beslutet. Frågan i vilken utsträckning kontakter och samarbete med bemanningsföretag kan anses vara godtagbart eller otillbörligt har därmed lämnats obesvarad.

Arbetsdomstolens dom i AD 2003 nr 4 har analyserats av Carin Ulander-Wänman som även doktorerat i ämnet företrädesrätt till återanställning. I analysen diskuterar Ulander-Wänman vilken betydelse begreppet *ny anställning* får i domstolens bedömning. Huruvida det är oklart om arbetstagarorganisationen haft rätt att neka till visstidsanställningar för de företrädesberättigade arbetstagarna, då hon anser att företrädesrätten bör ses som en intjänad rättighet som facket inte förfogar över utan tillåtelse från arbetstagaren analyseras.⁶⁵ I målet står klart att det fanns ett behov av att anställa. Arbetsgivaren ville i första hand visstidsanställa men kunde inte enas med arbetstagarparten, vilket ledde till att arbetsgivaren istället valde att hyra in personal. Ulander-Wänman menar att problemet som inte kan utläsas i praxis eller förarbeten är i vilken utsträckning arbetsgivarens avgörande att behov att nyanställa gäller. Om arbetsgivaren varit bunden till sitt yttrande om att det fanns ett behov att nyanställa, hade skyldigheten funnits att erbjuda arbete till den person som har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS om denne anmält anspråk till detta, oavsett enighet med motparten. I och med att arbetsgivaren väljer att istället hyra in arbetskraft, frångår denne sin bedömning om att det finns ett behov att nyanställa.⁶⁶

I artikeln belyser Ulander-Wänman den situation som uppstår då arbetstagarparten inte är ense med arbetsgivaren om att tillgodose behovet av arbetskraft genom att erbjuda visstidsanställningar till de företrädesberättigade. I förarbeten framgår att företrädesrätten anses vara en intjänad rättighet hos arbetstagaren. Det framgår även att arbetstagarparten inte har befogenhet att förhandla om en arbetstagares intjänade rättigheter utan arbetstagarens medgivande.⁶⁷ I det aktuella målet fanns ett kollektivavtal som innebar att parterna skulle vara överens i de fall visstidsanställningar kunde ingås. Ulander-Wänman menar att domstolen skulle

⁶⁵ Ulander-Wänman, Carin, 2010, Flexibel arbetskraft och rättens flexibilitet, Svensk Juristtidning, s. 797-806.

⁶⁶ Ulander-Wänman, Carin, 2010, s. 799.

⁶⁷ Prop. 1973:129 s. 266. Lunning & Toijer anser emellertid att reglerna på denna punkt är oklara. Se vidare Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 682 och 691.

kunnat ta fasta på att avtalet i sig kunde ses som oskäligt i den del som indirekt innebar att konsekvensen då arbetstagarparten motsatte sig visstidsanställningar, blev att organisationen också tog beslut om att arbetstagarna med företrädesrätt inte skulle få möjlighet att nyttja sin rätt till återanställning. I och med att arbetsgivaren uttryckt att det fanns behov att nyanställa borde även företrädesrätten aktualiserats och arbetsgivaren skulle haft en skyldighet att erbjuda arbete till de företrädesberättigade arbetstagarna. Domstolen tog emellertid inte fasta på dessa aspekter. Slutsatserna i dessa punkter blir av Ulander-Wänman att arbetsgivaren hade en outtalad reservation om att inhyrning var alternativet i de fall en överenskommelse om visstidsanställningar inte kunde slutas. I egenskap av arbetsledningsrätten kunde arbetsgivaren då istället välja att tillgodose arbetskraftsbehovet genom inhyrning och på så vis fanns inget behov av att nyanställa, varför företrädesrätten inte heller aktualiserades.⁶⁸

En avvägning av olika intressen och rättsliga aspekter måste alltid göras inför en dom. I sin analys av rättsfallet 2003 nr 4 menar Ulander-Wänman att Arbetsdomstolen i sitt beslut valt att följa den ideologi som nu råder i samhället, och säger: ”Det övergripande värdet att värna om sysselsättningen i vid bemärkelse ansågs i detta fall väga tyngre än värdet att skydda rätten till återanställning för några enskilda företrädesberättigade arbetstagare.”⁶⁹ Hon menar att om domstolen valt att värna om de enskilda arbetstagarnas anställningsskydd, hade domen fått betydande konsekvenser för vad hon anser vara den rådande ideologin i samhället idag; att hög sysselsättning i största möjliga mån ska främjas.⁷⁰

Arbetsdomstolen har uttryckt att i de fall inhyrning av bemanningspersonal skulle kunna ses som ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten ska inhyrningen inte bara vara gjord på ett otillbörligt sätt, ett *syfte* att kringgå företrädesrätten ska även kunna bevisas. I ovan refererad praxis har domstolen inte ansett att ett sådant syfte kunnat bevisas. Vägledning om bevisning kan emellertid hämtas från annan rättspraxis där arbetsgivarens bakomliggande syfte är en faktor för bedömning, exempelvis vid föreningsrättskränkning.⁷¹ Då syfte ska påvisas räcker det inte med att arbetstagarparten visar att den påstådda åtgärden utförts, då det inte är möjligt att fullt ut kunna bevisa vad det bakomliggande syftet med en åtgärd är. Bevisbördan blir därför delad. Arbetsdomstolen har i praxis motiverat att delad bevisbörda i dessa fall är skälig eftersom arbetstagarparten har att visa att

⁶⁸ Ulander-Wänman, Carin, 2010, s. 801 f.

⁶⁹ Ulander-Wänman, Carin, 2010, s. 805 f.

⁷⁰ Ulander-Wänman, Carin, 2010, s. 803.

⁷¹ Även i diskrimineringsvister är arbetsgivarens syfte en viktig faktor för domstolens avgörande, bestämmelser om delad bevisbörda finns reglerade i 6 kap. 3 § Diskrimineringslagen (2008:567).

sannolika skäl för att ett bakomliggande syfte föreligger. Om sådant skäl finns, ligger det sedan hos arbetsgivarparten att motbevisa ett sådant syfte och påvisa att skäliga orsaker för åtgärden funnits.⁷² Arbetsgivaren kan därför gå fri om denne kan visa att den vidtagna åtgärden haft ett annat syfte än att kringgå en lagregel. När bevisbördan är delad ligger det i sakens natur att båda parter bevisning inte kan vara sann, detta har i praktiken lösts genom att bådars bevisning inte baseras på samma material.⁷³

⁷² Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008, s. 82 f. och AD 1937 nr 57.

⁷³ Schmidt, Folke, 1997, Facklig arbetsrätt, 4 rev. uppl., s. 119, not 22.

5 Arbetsledningsrätten och förutsättningar vid inhyrning

5.1 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt

En rättsgrundsats inom arbetsrätten är arbetsgivarens arbetsledningsrätt, vilken ger arbetsgivaren rätten att leda och fördela arbetet. Arbetsledningsrätten har gamla anor och stadgades bland annat i den så kallade Decemberkompromissen mellan Svenska Arbetsgivareföreningen (SAF)⁷⁴ och LO från 1906. Det fastslogs senare av Arbetsdomstolen i början av 1930-talet⁷⁵ att arbetsledningsrätten ska betraktas som allmän rättsgrundsats och behöver därför inte skrivas in i kollektivavtal för att ändå gälla.⁷⁶ Under arbetsrättsreformen och tillkomsten av lagen om anställningsskydd och medbestämmandelagen på 1970-talet kom arbetsledningsrätten att inskränkas. Det bör emellertid uppmärksammas att en stor del av arbetsrättslig lagstiftning har skrivits med utgångspunkt i arbetsledningsrätten, vilket därför skulle kunna anses ytterligare ha befäst arbetsledningsrätten.⁷⁷ Arbetsledningsrätten kan definieras som att arbetsgivaren ensidigt har rätten att bestämma över vilka arbetsuppgifter som ska utföras samt när, var och hur detta ska ske.⁷⁸

I diskussionen kring huruvida en arbetsgivare får hyra in bemanningspersonal då det samtidigt finns arbetstagare med företrädesrätt spelar arbetsledningsrätten en central roll. Rätten att bestämma vem som ska utföra arbete på en arbetsplats anses av många ensidigt ligga hos arbetsgivaren utifrån arbetsledningsrätten som rättsgrundsats. Det fackliga inflytande i form av förstärkt förhandling vid beslut om inhyrning, och även vetorätten, utgör inskränkningar i arbetsledningsrätten

⁷⁴ SAF heter, efter att ha gått samman med Sveriges Industriförbund, numera Svenskt Näringsliv.

⁷⁵ Se exempelvis AD 1930 nr 52 och AD 1932 nr 100.

⁷⁶ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s. 40 f.

⁷⁷ Källström, Kent & Malmberg, Jonas, 2009, s. 189.

⁷⁸ Källström, Kent & Malmberg, Jonas, 2009, s. 188.

men ger samtidigt arbetstagarorganisationer en möjlighet till insyn och en möjlighet att kontrollera att arbetsgivaren följer reglerna om företrädesrätt.⁷⁹

I praxis har Arbetsdomstolen bekräftat arbetsledningsrätten genom att godta arbetsgivares hänvisning till arbetsledningsrätten och de företagsekonomiska aspekter som legat till grund för beslut om inhyrning istället för återanställning.⁸⁰ Även Jonas Milton hänvisar till arbetsledningsrätten när frågan ställs hur han ser på problematiken kring inhyrning och återanställning. Han menar att arbetsgivare nu för tiden organiserar arbetet annorlunda, bolag decentraliserar sin produktionsprocess och har inte alltid all produktion under samma tak som förr. Därför är även behovet av personal varierande vid olika tider under året och större flexibilitet krävs.⁸¹ Detta är en konsekvens av arbetsgivarens arbetsledningsrätt och möjlighet att själv besluta om hur verksamheten ska bedrivas och hur arbetet ska fördelas. Arbetsledningsrätten leder även till att företagsekonomiska aspekter kan få större utrymme i beslut om åtgärder som kan komma att påverka arbetstagarna.

5.2 Legalisering av personaluthyrning

Det var under stor del av 1900-talet förbjudet i Sverige att bedriva privat arbetsförmedling i vinstsyfte enligt lagen (1935:113) med vissa bestämmelser om arbetsförmedling, som till stor del baserades på International Labour Organization's (ILO) konvention nr 34 om avgiftskrävande arbetsförmedlingsbyråer⁸². I princip innebar konventionerna och lagen ett förbud mot förmedling av arbetskraft i vinstsyfte, med vissa undantag för musik- och scenartister. Alla förmedlingar var tvungna att anmäla sin verksamhet och få tillstånd ifrån arbetsmarknadsstyrelsen (AMS).⁸³ Entreprenad omfattades inte av lagförbudet, vilket ledde till vissa gränsdragningsvårigheter. Lagstiftningen var relativt otydlig och gränserna för vad som ansågs vara en underleverantör av tjänster och vad som ansågs vara uthyrning och förmedling, var diffusa. Ett flertal företag agerade på gränsen trots förbudet, det var bland annat allmänt känt att

⁷⁹ Prop. 1981/82:71, s. 147.

⁸⁰ Se bland annat AD 2003 nr 4 och AD 2007 nr 72. Se även genomgång av praxis i kapitel 3.

⁸¹ Intervju med Jonas Milton, 2011-04-13.

⁸² Konventionen ersattes år 1949 av en ny, nr 96, vilken Sverige också ratificerade men sade upp 1992.

⁸³ Berg, Annika, 2008, Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling, s. 108 f.

uthyrning förekom av kontorspersonal. Tillsammans med en etablerad uppfattning hos arbetstagarorganisationerna om att arbetskraft inte ska behandlas som handelsvaror, var detta något som ledde till att denna typ av verksamhet kom att anses som oseriös och lagstridig.⁸⁴

År 1991 genomfördes ett första steg i avregleringen av förbudet. Den dåvarande regeringen menade att regleringen från 1930-talet inte längre var aktuell på grund av arbetsmarknadens utveckling. Det ansågs att uthyrning kunde fylla ett visst behov på arbetsmarknaden och att en legalisering skulle kunna leda till ökad flexibilitet och ett ökat utbud av arbetskraft på arbetsmarknaden.⁸⁵ Den flexibilitet som tidigare funnits på arbetsmarknaden hade förfogats över och styrts av arbetstagarparterna genom möjligheten att träffa kollektivavtal. Det anses att behovet att förändra och utöka flexibiliteten till stor del berodde på utifrån kommande förändringar i ekonomin och inte på en önskan om förändringar i själva arbetsrätten.⁸⁶ Genom lag (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, även kallad arbetsförmedlingslagen, mjukades därför förbudet av uthyrningsverksamhet upp. Emellertid var privat arbetsförmedling med vinstsyfte fortfarande förbjudet. Skillnaden mellan arbetsförmedling och uthyrning definierades. Arbetsförmedling utan vinstsyfte men mot ersättning blev tillåten, under förutsättning att det fanns ett arbetsmarknadsbehov och tillstånd från AMS.⁸⁷

Uthyrning av personal blev i och med 1991 års lag legaliserat under vissa förutsättningar. En begränsning av uthyrningsperioden av en enskild arbetstagarare sattes till högst fyra månader, anlåtande av uthyrd personal skulle grundas i ett tillfälligt arbetskraftsbehov och ett skriftligt anställningsavtal krävdes.⁸⁸ Arbetstagarorganisationernas inflytande förstärktes i samband med att en arbetsgivare planerade att hyra in arbetskraft. Samtidigt som arbetsförmedlingslagen antogs, gjordes nämligen vissa förändringar i medbestämmandelagen när det gällde arbetstagarorganisationernas förhandlings- och vetorätt. Förändringarna innebar att inhyrning från verksamheter som föll inom arbetsförmedlingslagen inte skulle undantas § 39 MBL om facklig vetorätt.⁸⁹ Lagen ansågs från arbetsgivarpartens sida inte vara tillräcklig, då SAF

⁸⁴ Bergström, Ola, et al., 2007, Den nya arbetsmarknaden: bemanningsbranschens etablering i Sverige, s. 40 f. och Berg, Annika, 2008, s. 109. Se även hänvisningen till § 6 i amerikanska Clayton Antitrust Act från 1914 i Fahlbeck, Reinhold, 2007, Arbete kontra kapital, Vänbok till Axel Adlercreutz, s. 88.

⁸⁵ Prop. 1990/91:124 om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft m.m., s. 18 f.

⁸⁶ Fahlbeck, Reinhold, 1995, Employment Exchange and Hiring Out of Employees in Sweden, Tidsskrift för Rettsvitenskap, s. 597.

⁸⁷ 3-8 §§ lag (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft.

⁸⁸ 9-10 §§ lag (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft.

⁸⁹ Bergström, Ola, et al., 2007, s. 41 f.

ville att arbetsförmedlingsmonopolet helt skulle avskaffas och att uthyrningsverksamhet skulle få bedrivas utan restriktioner alls.⁹⁰

Efter ett regeringsskifte samma år som lagen trädde ikraft, påbörjades dock nytt arbete i frågan med syfte att avskaffa arbetsförmedlingsmonopolet helt. Detta kom att innebära att Sverige sade upp ILO-konventionen om avgiftskrävande arbetsförmedlingsbyråer, nr 96.⁹¹ En ny lag med samma namn som den tidigare föreslogs, där privat arbetsförmedling helt legaliserades och kravet på tillstånd från AMS togs bort.⁹² Syftet med att avskaffa arbetsförmedlingsmonopolet var bland annat att de privata arbetsförmedlingarna skulle finnas som ett komplement till den offentliga arbetsförmedlingen och att förändringen skulle stimulera arbetsmarknaden till det bättre.

I den nya lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft definieras i 2 § uthyrning enligt följande; ”Med uthyrning av arbetskraft avses ett rättsförhållande mellan en beställare och en arbetsgivare som innebär att arbetsgivaren mot ersättning ställer arbetstagare till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till beställarens verksamhet.” För uthyrning av arbetstagare avskaffades begränsningarna som nämnts ovan; begränsningen om högst fyra månaders uthyrningsperiod och kravet på att inhyrningen skulle grundas i extra arbetskraftsbehov. Den begränsade tidsperioden om högst fyra månaders inhyrning hade kritiserats och utredaren ansåg att företag kunde bli sårbara på en tuff och konkurrerande arbetsmarknad om de inte kunde tillfredsställa arbetskraftsbehov vid längre perioder än så, exempelvis föräldraledighet, genom inhyrning. Bestämmelsen om högst fyra månader var dessutom dispositiv i lagen från 1991 vilket innebar att parterna i avtal hade möjlighet att helt avtala bort en tidsbegränsning, vilket även hade gjorts. Risker för negativa effekter på grund av att ingen tidsbegränsning längre fanns belystes dock. Att inhyrningsperioder nu kunde komma att sträcka sig över flera år togs upp som ett teoretiskt exempel. Utredaren menade då att denna risk var mycket liten på grund av att kostnaderna för inhyrd personal var så mycket högre än att ha egen anställd personal.⁹³

Den mest betydande begränsningen i lagen som nu gäller är förbudet mot att kräva någon som helst avgift från arbets sökande eller arbetstagare, enligt lagens 6

⁹⁰ Fahlbeck, Reinhold, 1995, s. 599.

⁹¹ Se vidare prop. 1991/92:89 om uppsägning av internationella arbets-organisationens (ILOs) konvention (nr 96) angående avgiftskrävande arbetsförmedlingsbyråer.

⁹² En yrkeskategori, sjömän, är fortfarande undantagen rätten om privat arbetsförmedling då Sverige är bundet av ILO-konvention nr. 9/1920 som bland annat innehåller förbud mot avgiftskrävande arbetsförmedling av sjömän.

⁹³ Prop. 1992/93:218 om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet, s. 29 ff.

§. Ytterligare begränsningar för bemanningsföretag är att en uthyrd arbetstagare inte får hindras att ta anställning direkt hos det företag denne är eller har varit uthyrd hos. Syftet med denna bestämmelse är att arbetstagaren inte ska begränsas i sitt val av arbetsgivare och ämnar främja flexibiliteten på arbetsmarknaden.⁹⁴ En person som själv avslutat sin anställning hos en arbetsgivare får inte hyras ut till den tidigare arbetsgivaren av ett bemanningsföretag förrän sex månader efter att anställningen avslutats enligt 4 §. Den nya arbetsförmedlingslagen trädde ikraft i juli 1993 och gäller fortfarande.⁹⁵

I samband med att 1993 års lag trädde ikraft beslutades även att en utvärdering av lagen skulle göras tre år senare, vilket resulterade i SOU 1997:58. Här föreslås förändringar vilka skulle innebära skärpning av den tidigare lagstiftningen, bland annat i form av ökad kontroll av bemanningsföretagen. Det föreslogs att en nämnd skulle inrättas där bemanningsföretag skulle få registreras på ett antal villkor om insyn i bokföring och redovisning.⁹⁶ Regeringen ville dock inte tillstyrka lagförslaget, med motiveringen att auktorisation på frivillig basis och anslutning till kollektivavtal bland bemanningsföretag blivit allt vanligare. Regeringen avsåg emellertid att hålla noggrann koll på utvecklingen.⁹⁷

I utredningen behandlades även frågan om inhyrning av personal då det samtidigt finns tidigare anställda med företrädesrätt till återanställning. Det ansågs att möjligheten till kringgående av företrädesrätten i form av inhyrd personal inte kunde uteslutas, men att en lagregel som förbjöd inhyrning på arbetsplatser med företrädesberättigade arbetstagare skulle vara otymplig. Utredarna menade att det genom den förstärkta förhandlingsrätten och vetorätten för arbetstagarorganisationer enligt 38-39 §§ MBL redan finns ett sätt att hantera sådan problematik, om den skulle uppstå.⁹⁸

I en artikel från 1995 om legaliseringen av bemanningsföretag och införandet av arbetsförmedlingslagen diskuterar professor Reinhold Fahlbeck om hur framtiden för bemanning skulle kunna komma att se ut. Då artikeln skrevs var legaliseringen av branschen förhållandevis ny och inga tydliga effekter hade kunnat analyseras. Fahlbeck menade att inhyrning skulle kunna konkurrera ut visstidsanställningar, då detta kan vara ett likvärdigt alternativ för arbetsgivare som behöver tillfällig arbetskraft. Konsekvensen skulle då kunna bli att de restriktiva bestämmelserna om visstidsanställning får liten praktiskt betydelse. Även frågan om hur accepterade bemanningsföretag skulle komma att bli på den

⁹⁴ Fahlbeck, Reinhold, 1995, s. 615.

⁹⁵ Bergström, Ola, et al., 2007, s. 42 ff.

⁹⁶ SOU 1997:58, Personaluthyrning, s. 69 ff.

⁹⁷ Prop. 1997/98:150, 1998 års ekonomiska vårproposition, kap. 4, s. 105.

⁹⁸ SOU 1997:58, s. 58 f.

svenska arbetsmarknaden belystes i artikeln och att arbetstagarorganisationer förmodligen även i fortsättningen skulle vilja att tillfälliga arbetskraftsbehov i första hand tillfredsställs genom visstidsanställningar.⁹⁹

5.3 Arbetsgivaren i rollen som beställare

I de situationer då arbetsgivaren väljer att hyra in personal från bemanningsföretag får denne även rollen som beställare, eller kund. I rollen som arbetsgivare ingår skyldigheter och ansvar gentemot de arbetstagare som är anställda i företaget. Som beställare av arbetskraft är dessa skyldigheter emellertid inte inkluderade i flera hänseenden¹⁰⁰. Arbetsgivaren ingår avtal med bemanningsföretaget, ett civilrättsligt avtal som inte regleras genom arbetsrättsliga regler. Det är i detta fall bemanningsföretaget som har arbetsgivarrollen och därmed även de medföljande arbetsrättsliga skyldigheterna gentemot bemanningspersonalen. En situation där arbetsgivarens skyldigheter inte aktualiseras när det gäller inhyrd personal, är då arbetsgivaren inte längre har behov av arbetskraften. Vid inhyrning har arbetsgivaren därför inte någon skyldighet att utreda omplaceringsmöjligheter och upprätta turordningslistor enligt anställningsskyddslagen. Inte heller finns någon skyldighet att förhandla enligt medbestämmandelagen. Arbetsgivaren kan istället avsluta de inhyrdas uppdrag enligt det avtal som upprättats med bemanningsföretaget. Ytterligare skillnad återfinns för de fall en arbetsgivare behöver tillfredsställa ett tillfälligt arbetskraftsbehov. Bestämmelser i LAS reglerar under vilka förutsättningar tidsbegränsade anställningar får ske, vilket i effekt är en inskränkning av arbetsgivarens fria anställnings- och uppsägningsrätt. När det gäller inhyrning av bemanningspersonal finns inga sådana begränsningar. Lagreglerna som reglerar inhyrning av arbetskraft ställer inga krav på skälighet eller tidsgränser.¹⁰¹ I beställarrollen har arbetsgivaren inte heller några förpliktelser gentemot sin

⁹⁹ Fahlbeck, Reinhold, 1995, s. 621 f.

¹⁰⁰ Vissa skyldigheter omfattar dock även inhyrd personal, i exempelvis arbetsmiljö- och diskrimineringshänseende. Se vidare Berg, Annika, 2008, s. 189 ff. och 192 ff.

¹⁰¹ Berg, Annika, 2008, s. 183 f. Dock bör påminnas om att då det finns kollektivavtal på arbetsplatsen, har arbetsgivaren förhandlingsskyldighet då denne vill hyra in personal enligt 38 § MBL.

motpart i form av förhandlings- eller informationsskyldighet enligt medbestämmandereglerna.¹⁰²

Arbetsgivar- och branschorganisationen Bemanningsföretagen, som organiserar företag inom bemanning, omställning och rekrytering, införde år 2003 auktorisation för sina medlemsföretag.¹⁰³ Organisationen har cirka 400 medlemsföretag och enligt egna uppgifter omfattas cirka 90 procent av alla anställda inom bemanningsbranschen.¹⁰⁴ Sedan år 2007 måste alla medlemsföretag vara auktoriserade och enligt Bemanningsföretagens siffror är idag 320 företag auktoriserade.¹⁰⁵ Auktorisering görs av Bemanningsföretagen tillsammans med LO, Unionen och Akademikerförbunden och ger en kvalitetsstämpel på det auktoriserade företaget. Ett krav som ställs för att bli auktoriserad är att företaget måste ha tecknat kollektivavtal för det avtalsområdet som bemanningsföretaget verkar inom.¹⁰⁶

Ett auktoriserat bemanningsföretag är även förpliktigt att tillämpa Bemanningsföretagens standardavtal Allmänna bestämmelser personaluthyrning, ABPU-10, som reglerar allmänna leveransvillkor mellan beställare och bemanningsföretag. Syftet med ABPU-10 är att det ska användas för uthyrning av personal som utför arbete hos kunden och under kundens ledning.¹⁰⁷ Enligt standardavtalet ska uppdraget specificeras i en uppdragsbekräftelse om pris, uppdragets art, omfattning och uppdragets längd. Även i övrigt gäller standardavtalets bestämmelser om det inte specificerats annorlunda i uppdragsbekräftelsen.¹⁰⁸ Bemanningsföretaget ska enligt standardavtalet utföra urval av, och tillhandahålla, personal enligt beställarens krav under den tid som avtalats om. Bemanningsföretaget har också enligt avtalet rätt att efter diskussion med beställaren byta ut en uthyrd person.¹⁰⁹ Beställarens möjligheter till byte av uthyrd person specificeras i standardavtalet för de situationer då beställaren kan hänföra fel eller brister till den uthyrda personen. I dessa situationer ska beställaren reklamera uppdraget och specificera felets omfattning och art. Bemanningsföretaget ska då få tillfälle att ersätta den uthyrda personen för att avhjälpa felet.¹¹⁰

¹⁰² Berg, Annika, 2008, s. 185 f.

¹⁰³ Auktorisation och Medlemskap – alla tjänar på att vara med, s. 11.

¹⁰⁴ Berg, Annika, 2008, s. 42.

¹⁰⁵ Bemanningsbranschen i siffror, http://www.tryggbemanning.se/web/Bemanningsbranschen_i_siffror_1.aspx.

¹⁰⁶ Bemanningsföretagen, Auktorisation och Medlemskap – alla tjänar på att vara med, s. 4 f.

¹⁰⁷ Bemanningsföretagen, Standardavtal – det bästa sättet att undvika en tvist mellan två parter.

¹⁰⁸ Allmänna bestämmelser personaluthyrning 2010, ABPU-10, 2.3–2.4.

¹⁰⁹ ABPU-10, 4.1–4.2.

¹¹⁰ ABPU-10, 7.1 och 7.3.

6 Avtalsreglering

6.1 Kollektivavtal om inhyrning i samband med företrädesrätt till återanställning

Många arbetstagarorganisationer har aktivt verkat för att reglera och begränsa arbetsgivares möjligheter att hyra in bemanningspersonal då det samtidigt finns tidigare anställda med företrädesrätt till återanställning. Under den omfattande avtalsrörelsen år 2010 var detta en stor avtalsfråga för många av arbetstagarorganisationerna. LO:s styrelse beslutade inför avtalsrörelsen att ett av LO-förbundens gemensamma krav skulle vara att förhindra att företrädesrätten ska kunna kringgås genom inhyrning av bemanningspersonal.¹¹¹ LO:s avtalssekreterare Per Bardh uttalade att det var av vikt att skydda den enskilde arbetstagaren från att bli utnyttjad och att det därför fanns ett stort behov av att på lång sikt begränsa de situationer då en arbetsgivare kan använda sig av bemanningsföretag.¹¹² En majoritet av fackförbunden inom LO fick i sina kollektivavtal in särskilda bestämmelser gällande inhyrning av bemanningspersonal i samband med företrädesrätt till återanställning. Lasse Thörn menar att fackförbundens förhandlingsläge stärktes genom LO-samordningen vilket ledde till goda förutsättningar att lyckas i de gemensamma förhandlingsfrågorna.¹¹³ Det bör dock tas i beaktande att det ligger i sakens natur att vid förhandling ge och ta för att båda parter ska bli nöjda. Att arbetstagarorganisationer i de här fallen fått igenom begränsningar gällande arbetsgivarens möjlighet att hyra in bemanningspersonal torde innebära att arbetsgivarorganisationerna i sin tur ”vunnit” i en annan del av förhandlingen.

¹¹¹ Gemensamma krav inför avtal 2010.

¹¹² Förhandlingsmodellen stod pall och levererade,
<http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/9AB0B1717A37639BC12577890052E4DE>.

¹¹³ Intervju med Lasse Thörn, 2011-04-12.

6.1.1 Analys av avtal

I det centrala kollektivavtalet från 2010 mellan Handelsanställdas förbund och arbetsgivarorganisationen Svensk Handel återfinns bestämmelser som innebär att arbetsgivaren har avtalad förstärkt förhandlingsskyldighet i frågan om inhyrning under tiden det finns arbetstagare med företrädesrätt, om det gäller inhyrning som förväntas pågå längre än fem veckor. I förhandlingen ska skälen för inhyrning diskuteras och huruvida kraven kan tillgodoses genom återanställning. Vid oenighet kan frågan prövas i en nämnd för inhyrning. Nämnden utgörs av tre ledamöter en från vardera avtalsparten och en opartisk ordförande som utses gemensamt bland domare från Arbetsdomstolen, Svea Hovrätt eller Högsta Domstolen. Inhyrning får pågå under tiden frågan prövas. Nämnden ska meddela beslut senast tre veckor efter påkallandet. I beslutet ska nämnden meddela huruvida den anser att arbetsgivarens åtgärd strider mot 25 § LAS eller ej. Om så är fallet kan arbetsgivaren enligt avtalet välja att avbryta inhyrningen inom sju dagar och vid fortsatt behov återanställa arbetstagare med företrädesrätt. Alternativet är att betala en ekonomisk kompensation till den arbetstagare som fått sin företrädesrätt kränkt. Om arbetsgivaren följer nämndens beslut kan arbetsgivaren enligt avtalet inte prövas ytterligare i den aktuella frågan angående brott mot 25 §.¹¹⁴

Ett flertal andra överenskommelser om inhyrningsfrågan har liknande innehåll med tillåten inhyrningsperiod om ett specificerat antal veckor, innan förstärkt förhandlingsskyldighet inträder. Även möjligheten till inrättande av skiljenämnd vid oenighet återfinns i ett flertal överenskommelser. Många avtal uttrycker att förhandling ska bedrivas skyndsamt i syfte att nå en överenskommelse som beaktar båda parternas intressen. I exempelvis avtalen mellan Livsmedelsföretagen och Livsmedelsarbetareförbundet och mellan Trä- och Möbelindustriförbundet och GS ska skiljenämndens beslut inte betraktas som en rekommendation utan är rättsligt bindande och brott mot nämndens beslut ska betraktas som kollektivavtalsbrott.¹¹⁵

En överenskommelse har även gjorts mellan Teknikarbetsgivarna och IF Metall när det gäller företrädesrätt och inhyrning av bemanningspersonal. Arbetstagare erhåller enligt avtalet *kollektivavtalad förstärkt företrädesrätt* under en fast

¹¹⁴ Kollektivavtal mellan å ena sidan Svensk Handel och å andra sidan Handelsanställdas Förbund avseende lagerpersonal och chaufförer inom partihandeln 1/4 2010 – 31/3 2012, bilaga 2.

¹¹⁵ Se exempelvis Livsmedelsavtalet mellan Livsmedelsföretagen och Livsmedelsarbetareförbundet 1 april 2010 – 31 januari 2012, bilaga I och Överenskommelse - Träindustriavtalet mellan Trä- och Möbelindustriförbundet och GS 1 april 2010 – 31 januari 2012, § 9 mom. 11-12.

förlagd sammanhängande period om högst sex månader. Har flera arbetstagare blivit uppsagda samtidigt och erhållit företrädesrätt till återanställning, gäller den kollektivavtalade förstärkta företrädesrätten under samma period för alla dessa uppsagda arbetstagare. Perioden räknas från den dagen anställningstiden löpt ut för den arbetstagaren med längst anställningstid. Skulle denna arbetstagare ha uppsägningstid om sex månader, träder den kollektivavtalade förstärkta företrädesrätten inte in förrän efter dessa sex månader löpt ut, även för de arbetstagarna med endast en månads uppsägningstid. Arbetstagaren med en månads uppsägningstid får då förstärkt företrädesrätt endast under de sista fyra månaderna av sin företrädesrättsperiod. För att kvalificeras till en ny period av kollektivavtalad förstärkt företrädesrätt, i de fall en arbetstagare redan erhållit det tidigare, ska arbetstagaren ha återanställts tillsvidare och haft en sammanlagd arbetstid om arton månader under de senaste tre åren efter den förra kollektivavtalade förstärkta företrädesrätten.

Om en arbetsgivare som omfattas av ovan nämnda avtal vill hyra in personal från bemanningsföretag innehåller avtalet vissa bestämmelser. Inhyrning under den tid arbetstagare har kollektivavtalad förstärkt företrädesrätt får uppgå till sammanlagt 30 arbetsdagar. Under tiden en arbetsgivare skyndsamt tillgodoser ett arbetskraftsbehov genom återanställning får inhyrning även ske, för att säkerställa produktionens gång. I andra fall än ovan nämnda är arbetsgivaren förhandlingsskyldig gentemot verkstadsklubben enligt avtalet, innan beslut får tas om inhyrning av personal då arbetstagare har kollektivavtalad förstärkt företrädesrätt.

Om klubben vid förhandling motsätter sig att arbetsgivaren hyr in personal ger avtalet två alternativ. Om arbetsgivaren beslutar att återanställa arbetstagare istället för att hyra in personal har denne rätt att frångå de ordinarie bestämmelserna gällande turordning för en tredjedel av det antal arbetstagare som återanställs, om de lokala parterna inte sedan tidigare har en lokal överenskommelse gällande turordning vid återanställning. En tredjedel ska enligt en anmärkning till bestämmelsen fastställas genom matematisk avrundning. Ett exempel kan vara följande; i de fall endast en arbetstagare ska återanställas har arbetsgivaren inte möjlighet att själv välja arbetstagare utan måste återanställa den person som står först på turordningslistan, då den matematiska uträkningen av en tredjedel av 1 är 0,33 vilket avrundas till 0. Om fyra arbetstagare ska återanställas har arbetsgivaren emellertid möjlighet att själv välja en av dessa oavsett turordningslistan, då en tredjedel av 4 är 1,33 vilket avrundas till 1.

Om arbetsgivaren efter förhandling emellertid väljer att hyra in personal, mot arbetstagarpartens gillande, blir arbetsgivaren enligt överenskommelsen skyldig

att betala tre månadslöner vardera till de arbetstagare som enligt bestämmelserna om företrädesrätt och turordning skulle varit aktuella för återanställning. Arbetsgivaren blir betalningsskyldig till det antal arbetstagare som motsvarar antalet inhyrd personal.

Avtalet innehåller även bestämmelser för att skynda på återanställningsprocessen. Erbjudande om återanställning ska enligt avtalet skickas till alla personer med företrädesrätt till återanställning med begäran om svar inom viss tid. Erbjudandet innehåller information om antalet tillgängliga tjänster och att accept inte automatiskt innebär garanterad återanställning. Därefter ska urvalet ske enligt avtalade kvalifikationskriterier bland de arbetstagare som anmält intresse för återanställning.¹¹⁶ Denna lösning, som hjälper till att skynda på processen att återanställa, har även diskuterats av Lunning och Toijer som menar att detta sätt att skynda på en återanställningsprocess borde vara tillåtet även utan en överenskommelse med arbetstagarparten.¹¹⁷

De överenskommelser som nu lagts till kollektivavtalen gällande arbetsgivares inhyrning av personal kan till viss del jämföras med de lagregler som först infördes 1991 då förbudet mot uthyrning av arbetskraft mjukades upp. Den första arbetsförmedlingslagen innehöll begränsningar i form av att inhyrningen skulle motiveras av ett extra arbetskraftsbehov och att inhyrning endast fick pågå under en period om högst fyra månader. Dessa begränsningar avskaffades kort därefter då den nu gällande lagen trädde ikraft 1993.¹¹⁸ Jämförs avtalsöverenskommelser som träffades under 2010 kan likartade krav påträffas om extra motivering och förhandling inför inhyrning och tidsbegränsningar för hur länge inhyrning får pågå.

6.1.2 Andra avtalsområden

I uppsatsen har analysen av avtal begränsats till LO-förbundens överenskommelser. Det kan emellertid kort hänvisas till att även i kollektivavtal utanför LO-området har överenskommelser om inhyrning träffats. I sådana avtal återfinns exempel på skrivningar som innebär att arbetsgivarparten tagit ansvar att

¹¹⁶ Teknikavtalet IF Metall mellan Teknikarbetsgivarna och Industrifacket Metall (IF Metall), 1 april 2010 – 31 januari 2012.

¹¹⁷ Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, s. 697.

¹¹⁸ Se vidare avsnitt 4.1.

uppmåna sina medlemsföretag att på ett ansvarsfullt sätt ta beslut om inhyrning av bemanningspersonal. Det finns även överenskommelser om att arbetsgivaren är skyldig att speciellt diskutera beslut om inhyrning vid uppmaning från den fackliga parten och i andra avtal att en arbetsgrupp ska tillsättas för att se över frågan.¹¹⁹

6.2 Parternas åsikter om inhyrningsproblematiken och 2010 års avtal

Debatten om inhyrning och företrädesrätt har varit livlig den senaste tiden och inte minst inför och under 2010 års avtalsrörelse. I samband med att LO presenterade sina gemensamma avtalskrav, där ett av kraven var att förhindra att LAS kringgås genom inhyrning av bemanningspersonal, uttryckte organisationen att detta var ett steg mot att finna tillbaka till trygghet och utveckling i ett värdigt arbetsliv.¹²⁰ Lasse Thörn berättar att det är en fråga som även lyfts i tidigare avtalsrörelser utan resultat och grundades bland annat i Arbetsdomstolens avgörande 2003 nr 4 där domstolen inte ansåg att företrädesrätten kringgåts genom inhyrning.¹²¹ I debatten uttryckte flera fackliga representanter att de i princip inte anser att det är något problem med bemanningsföretag, de kan fungera som en bra ingång i arbetslivet. Vikten av reglering i avtal ligger vid att fackförbunden ska kunna övervaka systemet för att förhindra att det missbrukas. Hans Tilly, ordförande i Svenska Byggnadsarbetareförbundet, säger att det handlar om att medlemmarna inte ska förlora möjligheten till inflytande på arbetsplatsen i syfte att påverka sin arbetssituation och Lasse Thörn menar att det är *avarten* med inhyrning som förbunden velat komma åt med de nya avtalsöverenskommelserna. Även han anser att i det flesta fall hanteras det rätt.¹²²

På arbetsgiversidan har åsikterna varit annorlunda och Christer Ågren, vice VD på Svenskt Näringsliv, yttrade i slutet av avtalsrörelsen att facken förstorat upp problemet med inhyrning i samband med att det fanns företrädesberättigade arbetstagare. Han menade att facken inte kunnat komma med några egentliga

¹¹⁹ SOU 2011:5, s. 61 f.

¹²⁰ LO:s representantskap beslutade om gemensamma avtalskrav, <http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidview/347CAFF1B9ADD312C1257657004B966A>.

¹²¹ Intervju med Lasse Thörn, 2011-04-12.

¹²² Inhyrd personal stridsfråga för facket, <http://www.dn.se/ekonomi/inhyrd-personal-stridsfraga-for-facket>. Intervju med Lasse Thörn, 2011-04-12.

exempel från verkligheten. Han ansåg emellertid också att de lösningar som gjordes i avtalen var acceptabla.¹²³ Jonas Milton, på Almega, anser att de överenskommelser som gjordes gick för långt och att arbetsgivarsidan skulle varit starkare och hållit emot mer. ”... att gå längre, det är för oss på arbetsgivarsidan fullständigt omöjligt. Då handlar det om att någon annan ska bestämma hur företaget ska bedriva sin verksamhet och det tycker vi inte är acceptabelt.” säger Jonas Milton. Han säger vidare att han är förvånad över att facken inte är mer missnöjda över visstidsanställningar i förhållande till inhyrning och syftar till att personal som hyrs ut av bemanningsföretag erhåller samma anställningsskydd som all annan arbetskraft och kan hos bemanningsföretaget ha tillsvidareanställning.

Både Lasse Thörn och Jonas Milton är emellertid överens om att självreglering är bästa formen av reglering av frågan. Jonas Milton menar att lagstiftning skulle vara synnerligen olämpligt för inhyrningsfrågan. Även Lasse Thörn anser att partsgemensamma överenskommelser är den bästa lösningen, då det innebär att parterna tillsammans är ägare av frågan. Han menar att effekterna av självreglering är fördelaktiga på grund av möjligheterna till branschanpassning och att tolkning av bestämmelserna underlättas när parterna själva gemensamt tagit fram dem.¹²⁴

En ordentlig utvärdering och undersökning av hur de avtalade överenskommelserna fungerar är ännu för tidigt. Varken Jonas Milton eller Lasse Thörn har emellertid hört något om att reglerna har behövt användas i någon större utsträckning eller att skiljenämnd har behövt tillsättas. Lasse Thörn menar att det är tecken på att parterna är överens om att missbruk av reglerna kring inhyrning inte är godtagbart. Han säger vidare att han tror att med kollektivavtalet som stöd kan det lättare föras diskussioner ute på arbetsplatser för att gemensamt hitta andra lösningar. Thörn menar dock även att man naturligtvis måste följa utvecklingen och se vilka effekter avtalen får. ”... skulle det visa sig att det fortfarande är problem som uppstår, kommer vi sannolikt att återkomma till frågan. [...] det är en viktig fråga för ett område som tenderar att växa.” säger han.¹²⁵ Gerald Lindberg, andre ordförande i Livsmedelsarbetareförbundet som var arbetstagarpart i den uppmärksammade och sedan förlikade tvisten med Marabou, säger att deras nya avtal innebär att vad som hände på Marabou 2004 inte skulle kunna hända idag. Inga liknande tvister har enligt Lindberg förekommit sedan avtalet trätt i kraft och menar att detta är ett tecken på att avtalet har önskad

¹²³ Inhyrning inte ett sätt att runda las, http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/las/inhyrning-inte-ett-satt-att-runda-las_123365.html.

¹²⁴ Intervju med Jonas Milton 2011-04-13 och Lasse Thörn 2011-04-12.

¹²⁵ Intervju med Lasse Thörn 2011-04-12.

effekt.¹²⁶ Jonas Milton har en annan syn på varför de nya reglerna inte verkar ha använts i någon större utsträckning än. Han hänvisar till att det blivit bättre tider, vilket innebär färre uppsägningar och fler anställningsmöjligheter. Han menar att det är vid nästa lågkonjunktur det kommer att visa sig hur de nya avtalsbestämmelserna fungerar och han tror att de kan komma att vara ett hinder i verksamheten för arbetsgivare. Jonas Milton hoppas även att lokala parter och arbetsgivare kan hitta en ”... vettig hantering i vardagen av detta [avtalet].” och hänvisar till hur förhandlingsregler i MBL hanteras, att smidiga samarbetsformer utarbetas på arbetsplatserna.¹²⁷

¹²⁶ Förlikning i Maraboufallet, <http://www.malmedel.nu/text.php?textID=4451>.

¹²⁷ Intervju med Jonas Milton 2011-04-13.

7 Analys och diskussion

7.1 Företrädesrätten och otillbörligt kringgående genom inhyrning

Företrädesrätt till återanställning hör till arbetstagarens anställningsskydd och har i förarbeten benämnts som en del av anställningsskyddets kärna. Syftet med regleringen är att en arbetstagare som blir uppsagd på grund av arbetsbrist ska ha företrädesrätt till återanställning hos samma arbetsgivare, i de fall en ny anställning uppstår. Lagstiftaren ansåg att arbetstagare som förlorat sin anställning på grund av arbetsbrist skulle ges en chans att återfå arbete hos sin tidigare arbetsgivare, vilket även skulle främja sysselsättningen på arbetsmarknaden i stort. Rekvisiten för att företrädesrätten ska aktualiseras är att arbetstagaren har haft anställning hos arbetsgivaren i en sammanlagd tid om tolv månader under de tre senaste åren och att anställningen avslutats genom uppsägning på grund av arbetsbrist. Företrädesrätten till återanställning gäller från den dag besked om uppsägning lämnades och fram till och med nio månader efter sista arbetsdagen. Att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen och att arbetstagaren själv gjort anspråk på sin företrädesrätt till återanställning, är också förutsättningar för att företrädesrätten ska aktualiseras.

Arbetsgivaren är skyldig att erbjuda återanställning till en företrädesberättigad arbetstagare endast då det gäller *nyanställning*. Förarbetena förklarar att arbetsgivaren är fri att tillgodose arbetskraftsbehov på andra sätt än att nyanställa, även då det finns arbetstagare med företrädesrätt. I praxis har det fastställts att bland annat omplacering eller befordran av annan anställd och inhyrning av bemanningspersonal inte generellt kränker företrädesrätten. Arbetsgivaren står även fri att inte tillgodose arbetskraftsbehovet alls utan att företrädesrätten kränks. Det finns således ett antal alternativ för en arbetsgivare, i de fall denne vill undgå att *anställa* mer personal.

Då lagen om anställningsskydd stiftades på 1970-talet var personaluthyrning inte tillåten i Sverige. Inte förrän i början på 1990-talet avreglerades

arbetsförmedlingsmonopolet och personaluthyrning legaliserades. Att låna in personal från andra företag hade emellertid varit tillåtet under vissa omständigheter sedan tidigare. Bemanningsbranschen har sedan legaliseringen blivit väl etablerad på den svenska arbetsmarknaden och regleras till stor del genom kollektivavtal och auktorisation från branschorganisationen Bemanningsföretagen.

I de fall frågan om otillbörligt kringgående av företrädesrätten till återanställning genom inhyrning av bemanningspersonal har behandlats av Arbetsdomstolen, har domstolen inte ansett att inhyrning stridit mot företrädesrätten. Inhyrning av bemanningspersonal kan enligt AD således vara ett godtagbart alternativ till återanställning för arbetsgivaren. Domstolen har emellertid även fastslagit att det kan finnas omständigheter kring inhyrning som skulle kunna innebära ett otillbörligt kringgående. Detta ska dock även kunna styrkas genom bevisning om att det funnits ett bakomliggande *syfte* från arbetsgivaren att kringgå bestämmelserna om företrädesrätt. Domstolen har inte ytterligare specificerat vad som utgör ett otillbörligt kringgående. I de mål som refererats tidigare i uppsatsen kan det emellertid utläsas några omständigheter domstolen fokuserat på i sina bedömningar.

En omständighet har varit huruvida det varit förutsägbart att behovet av arbetskraft var långvarigt eller inte. Generellt anses det att ett permanent arbetskraftsbehov, eller arbete av tillsvidarekaraktär, skulle kunna utgöra ett otillbörligt kringgående då det tillfredsställs genom inhyrning istället för återanställning. Någon tidsaspekt om var gränsen går har inte specificerats, det framgår emellertid att domstolen i AD 1980 nr 54 ansett att en inhyrningsperiod om drygt fyra månader inte varit otillbörlig. Efter att bemanningsbranschen nu etablerats på arbetsmarknaden torde det vara så att personal ofta hyrs in under längre tidsperioder än fyra månader. Detta diskuterades även i förarbetet till den nya arbetsförmedlingslagen från 1993, då en inhyrningsperiod om max fyra månader ansågs för kort, vilket ledde till att tidsbegränsningen avskaffades. Frågan är om tidsaspekten endast utgör ett problem i de fall inhyrningen konkurrerar med en arbetstagares rätt till återanställning? Det finns naturligtvis andra situationer då en arbetstagare skulle gagnas av att ett arbetskraftsbehov finns på arbetsplatsen. Skulle exempelvis inhyrning i samband med att en arbetstagare utreds för omplacering för att undgå uppsägning anses som otillbörligt? I praktiken skulle inhyrningen kunna leda till att ingen omplaceringsmöjlighet finns och arbetstagaren blir således uppsagd på grund av arbetsbrist.

Huruvida en arbetsgivare samarbetat med ett bemanningsföretag och gett instruktioner om vilka tidigare anställda arbetstagare som varit önskvärda att hyra, har också varit en bedömningsfråga för domstolen. Att specificera var gränsen går i denna fråga lär vara ytterst svår. Att arbetsgivaren har kontakt med bemanningsföretaget är ju en självklarhet då denne gör sin beställning om inhyrning av personal. I flera av de rättsfall som refererats i uppsatsen har förbunden ansett att arbetsgivarna på ett otillbörligt sätt samarbetat med bemanningsföretag genom att specifikt lämna önskemål om vilka tidigare anställda som varit av intresse att hyra in. Även i det uppmärksammade Marabou-målet argumenterade förbundet att bolaget bland annat lämnat information om vilka tidigare anställda som hade hög respektive låg sjukfrånvaro i syfte att instruera bemanningsföretaget om vilka arbetstagare som skulle vara lämpliga. Då Marabou-målet förlikts finns inte någon praxis att hämta från just den tvisten, domstolen har dock inte ansett att kontakten mellan bolagen och bemanningsföretag varit otillbörlig i övriga relevanta rättsfall. Domstolen har inte heller i denna fråga ytterligare motiverat eller specificerat sin bedömning. I AD 2007 nr 72 ansåg domstolen inte att kontakt i syfte att lämna referenser om tidigare anställda till bemanningsföretag varit otillbörlig. Domstolen har även ansett att förbundet i AD 2003 nr 4 inte kunnat framställa några bevis för att bolaget faktiskt lämnat krav om att hyra in just sina egna tidigare anställda.

Att en arbetsgivare som beställer arbetskraft genom ett bemanningsföretag måste ha kontakt med detta är självklart. Att arbetsgivaren också måste få specificera vilka kvalifikationer den önskade arbetskraften ska ha, är en naturlig del av processen. Det lär emellertid vara svårt att veta när en arbetsgivares krav på kvalifikationer övergår i tips och önskemål om specifika arbetstagare med just de rätta kvalifikationerna.

Det finns även andra sätt arbetsgivaren skulle kunna få sitt arbetskraftsbehov tillgodosett förutom att återanställa företrädesberättigade arbetstagare. I praxis har kunnat utläsas att omplaceringar inte kränker företrädesrätten. Det framgår även i förarbeten att det inte finns något krav på att erbjudandet om återanställning behöver gälla samma arbete som arbetstagaren tidigare utfört så länge erbjudandet uppfyller kraven om tillräckliga kvalifikationer och att det finns inom driftsenheten och kollektivavtalsområdet. En arbetsgivare skulle i princip därför kunna omplacera en arbetstagare från en annan driftsenhet till en ledig tjänst som hade varit attraktiv för en företrädesberättigad arbetstagare för att undgå skyldigheten att erbjuda tjänsten till den företrädesberättigade.

En situation som skulle kunna uppstå är då en arbetstagare med företrädesrätt tackar ja till erbjudande om återanställning på viss tid i flera omgångar. Då

förfaller företrädesrätten vid accept om återanställning men aktualiseras på nytt då den tidsbegränsade anställningen avslutas. Effekten av detta skulle i princip kunna innebära att en arbetstagare kan erhålla ständigt återkommande företrädesrätt så länge denne får erbjudande om, och accepterar, tidsbegränsade återanställningar om och om igen. Att en arbetsgivare som står inför en sådan situation istället väljer att hyra in arbetskraft för dessa korta, tillfälliga arbetskraftsbehov torde anses utnyttja sin arbetsledningsrätt och därför inte ha ett syfte att kringgå lagreglerna om företrädesrätt. Ytterligare en situation är då en arbetsgivare hyr in arbetskraft under samma tidsperiod som företrädesrätten gäller för en tidigare anställd men efter att företrädesperioden löpt ut väljer att nyanställa en arbetssökande utifrån. Huruvida detta kan anses kringgå företrädesrätten har inte heller tagits ställning till.

Arbetsdomstolen har i praxis ställt upp rekvisitet att inhyrning *skulle kunna* utgöra ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten om det kan bevisas att handlandet inte bara varit otillbörligt utan också gjorts *i syfte* att kringgå företrädesrätten. Kravet om bevisning av arbetsgivarens specifika syfte lär vara relativt svårt att uppfylla för motparten, vilket även visat sig i befintlig praxis. Att en arbetsgivare uttalat skulle berätta, eller på annat sätt visa, att denne faktiskt har ett syfte att kringgå företrädesrätten borde vara sällsynt. Skulle en sådan situation uppstå, torde det vara troligt att parterna förlikas innan tvisten når huvudförhandling i Arbetsdomstolen. Med hänvisning till annan praxis där arbetsgivarens bakomliggande syfte är en faktor, lär bevisbördan emellertid vara delad. I detta hänseende har arbetstagarparten att ställa upp sannolika skäl för att inhyrningen vidtagits i syfte att kringgå företrädesrätten och arbetsgivaren har därefter att motbevisa att så inte varit fallet.

7.2 Arbetsledningsrätt och arbetsgivaren som beställare

I den allmänna debatten kring problematiken om inhyrning och återanställning är arbetsgivarsidans grundläggande argument *arbetsledningsrätten*. Företrädesrätt till återanställning är en inskränkning av arbetsledningsrätten varför det kan anses vara naturligt att arbetsgivare söker andra alternativ för att kunna nyttja sin rätt att leda och fördela arbetet inom verksamheten. Att förändringar på arbetsmarknaden mot större flexibilitet och individualisering ställer nya krav på företag kan också

bidra till att arbetsgivare söker nya sätt att organisera arbetet. Lagen om anställningsskydd skapades utifrån arbetsledningsrätten och ger i förarbetena vägledning om att företrädesrätt till återanställning endast aktualiseras i samband med nyanställning. Arbetsgivaren har därför rätt att välja att tillgodose behovet av arbetskraft på andra sätt. I diskussionen kring inhyrning och företrädesrätt ställs emellertid arbetsgivarens arbetsledningsrätt mot arbetstagarens anställningstrygghet. I praxis har det än så länge visat sig att arbetsledningsrätten vägt tungt för domstolens beslut. Syftet med företrädesrätten var att förbättra uppsagda arbetstagares möjligheter tillbaka till arbete och därmed främja sysselsättningsgraden på arbetsmarknaden. Idag kan argumentet att arbetsgivare som, genom sin arbetsledningsrätt, väljer att hyra in bemanningspersonal också bidrar till sysselsättningen på arbetsmarknaden, då även personal anställda hos bemanningsföretag naturligtvis omfattas av anställningsskyddet och har samma villkor som personer anställda inom annan verksamhet.

Vid beslut om att hyra in arbetskraft får arbetsgivaren rollen som beställare av en vara som består av arbetskraft. I denna roll befrias arbetsgivaren från en del av det arbetsgivaransvar som annars följer med att ha anställda arbetstagare. Flexibiliteten och möjligheten till tillfällig arbetskraft ökar. Det närmaste alternativet för en arbetsgivare som har ett kortvarigt eller annars tidsbegränsat arbetskraftsbehov är att visstidsanställa arbetstagare enligt regler i lagen om anställningsskydd. I AD 2003 nr 4 föreslog arbetsgivaren i förhandling med facket att detta skulle vara en bra lösning, facket motsatte sig emellertid förslaget och menade att endast tillsvidareanställning kunde accepteras. Jonas Milton är förvånad över att arbetstagarorganisationer motsätter sig inhyrning i större utsträckning än visstidsanställningar. Han menar att visstidsanställningar innebär större osäkerhet för arbetstagare än anställning i ett bemanningsföretag, där arbetstagare har tillsvidareanställning med ordinarie anställningsskydd från LAS. Även Ulander-Wänman tar upp frågan om fackets motsättning till visstidsanställning i AD 2003 nr 4 och menar att facket i det aktuella fallet förhandlade bort de företrädesberättigade arbetstagarnas intjänade rättighet till återanställning, utan att få deras medgivande. Huruvida företrädesrätten aktualiserats och därmed anses som intjänad rättighet i sådana förhandlingar är oklart. Det är emellertid intressant att arbetstagarorganisationen inte ansåg att visstidsanställning som enda alternativ till anställning var acceptabelt i fallet. De arbetstagare som skulle blivit aktuella för erbjudande om återanställning på viss tid hade ju fortfarande sin individuella möjlighet att tacka nej till erbjudandet om de inte var intresserade av erbjudandet.

Åsikter om bemanningsbranschen har sedan länge varit blandade och en bidragande faktor skulle kunna vara att handelsvaran som bemanningsbranschen

tillhandahåller är arbetstagare. Konsensus på arbetsmarknaden, åtminstone från arbetstagar sidan, har länge varit att arbetstagare inte behandlas ska som handelsvaror. I processen att hyra in arbetskraft ställer arbetsgivare upp specifika krav på den beställda varan och begär att få bästa möjliga kvalitet för summan denne betalar. Detta torde vara känsligt på en arbetsmarknad som länge präglats av att arbetstagare, som svagare part, ska skyddas.

7.3 Fackligt inflytande och överenskommelser från avtalsrörelsen

Inför arbetsgivarens beslut om inhyrning av arbetskraft har arbetstagarorganisationer förstärkt förhandlingsrätt, som gäller endast denna fråga. Denna faktor tyder på att inhyrning och bemanningsbranschen har viss särställning på den svenska arbetsmarknaden och i arbetsrätten. Arbetstagarparten har även vetorätt i de fall denna anser att risk för brott mot lag eller avtal föreligger vid anlåtande av bemanningsföretag. Syftet med förhandlingsrätten är att arbetstagarorganisationer ska få möjlighet att granska bemanningsföretaget och de förutsättningar under vilka inhyrningen sker. Det bör emellertid påminnas om att vid oenighet i dessa förhandlingar har arbetsgivaren beslutsrätt. Veto kan visserligen anses ligga som ett latent hot men då vetorätten är begränsad och måste vara väl underbyggd, har arbetsgivaren viss rörelsefrihet vilket även visats i exempelvis AD 2003 nr 4. I utredningar där frågan ställts huruvida lagskyddet är tillräckligt i relationen mellan företrädesrätt och inhyrning, hänvisas ofta till vetorätten och den förstärkta förhandlingsrätten i 38-40 §§ MBL. Reglerna har i dessa utredningar ansetts tillräckliga varför lagstiftningen inte märkbart ändrats för att lösa problematiken kring företrädesrätt och inhyrning. Även i utredningen om införandet av Bemanningsdirektivet dras slutsatsen att förhandling och veto enligt 38-39 §§ är en bra grund för möjlighet till granskning av bemanningsbranschen.

Reglering har istället lämnats till parterna i enlighet med den svenska modellen. Ett tydligt exempel på hur detta ter sig är de överenskommelser som gjordes i den så kallade inhyrningsfrågan under 2010 års avtalsrörelse. Ett flertal av de överenskommelser som gjordes innebar förhandlingsskyldighet för arbetsgivaren, innan inhyrning kunde göras för perioder som är längre än fem veckor. I förhandling ska inhyrningen motiveras och möjligheten att istället återanställa

undersökas. Vid oenighet finns möjlighet att pröva frågan i en skiljenämnd som ska ta ställning till huruvida arbetsgivaren anses ha kringgått 25 § LAS eller ej. I och med skiljenämndens beslut är parterna enligt avtalet överens om att den aktuella frågan inte kan prövas ytterligare. Om arbetsgivaren, trots skiljenämndens beslut om att inhyrningen kränker företrädesrätten, vill fortsätta hyra in personal ska denne betala ut ett skadestånd till den eller de arbetstagare som fått sin företrädesrätt kränkt.

En lösning som återfinns i Teknikavtalet är en så kallad kollektivavtalad förstärkt företrädesrätt, vilken gäller för en fast tidsperiod om högst sex månader under tiden arbetstagarens ordinarie företrädesrätt gäller. Tidsperioden med förstärkt företrädesrätt kan emellertid variera för olika arbetstagare, då den börjar gälla efter att uppsägningstiden för den arbetstagaren med längst anställningstid löpt ut. Under tiden den kollektivavtalade förstärkta företrädesrätten gäller har arbetsgivaren endast rätt att hyra in under en period om totalt högst trettio arbetsdagar. Om inhyrning förväntas pågå längre än trettio dagar är arbetsgivaren förhandlingsskyldig gentemot arbetstagarparten. Om återanställning istället blir aktuell får arbetsgivaren kringgå turlistan för återanställning för en tredjedel av arbetstagarna som ska återanställas. Skulle arbetsgivaren emellertid likväl välja att hyra in arbetskraft, ska denne betala tre månadslöner till vardera arbetstagaren som fått sin företrädesrätt kränkt. Det framgår inte av avtalet huruvida begränsningen av inhyrning om högst trettio arbetsdagar gäller i relation till uppsägningstillfället, per uppsagd arbetstagare med förstärkt företrädesrätt eller möjligtvis driftsenhet. För mig blir frågan obesvarad i exemplet om vilken tidsperiod de trettio dagarna för inhyrning relateras till, i de fall ett flertal uppsägningar sker vid olika tillfällen inom kort tid och perioder med förstärkt företrädesrätt överlappar. Oklart är även hur många bemanningsanställda som får hyras in under trettiodagarsperioden. Det torde emellertid vara så att en person hyrs in per uppsagd arbetstagare.

I avtalen återfinns likheter med de bestämmelser som fanns i den första arbetsförmedlingslagen från 1991 vilken innefattade både tidsbegränsning av inhyrningsperioden och att inhyrning skulle föranledas av ett särskilt motiverat behov. Det är tänkvärt hur problematiken kring inhyrning och företrädesrätt, och även bemanningsbranschens etablering för den delen, skulle sett ut idag om den tidigare mer restriktiva lagstiftningen från 1991 behållits.

Flera avtal innehåller överenskommelser som ger arbetsgivaren en möjlighet att köpa sig fri från att behöva återanställa företrädesberättigade arbetstagare även om skiljenämnden skulle anse att inhyrning bryter mot 25 § LAS. Den vetorätt som annars kanske åberopats av arbetstagarorganisationen skulle möjligtvis kunna

anses vara utbytt mot en ekonomisk sanktion. Arbetsgivaren har alltså en möjlighet att, med motpartens godkännande i och med avtalet, kringgå företrädesrätten genom att hyra in arbetskraft om arbetsgivaren har de ekonomiska möjligheterna att betala.

Den ekonomiska, administrativa och tidsmässiga aspekten av att tillsätta skiljenämnd och vänta på nämndens besked skulle eventuellt kunna vara nog så besvärlig för en arbetsgivare, att denne ser återanställning som ett lättare alternativ. Nyttjas emellertid möjligheten till skiljenämnd, är nämndens beslut enligt avtalen bindande och efter att beslut meddelats får den aktuella frågan inte drivas vidare så länge arbetsgivaren följer beslutet. Effekten av detta skulle kunna bli att majoriteten av de situationer där kringgående av företrädesrätten på grund av inhyrning ifrågasätts, bedöms i skiljenämnd enligt gällande kollektivavtal med konsekvensen att färre tvister avgörs i Arbetsdomstolen. Utvecklingen av praxis gällande huruvida inhyrning utgör ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten kan därför komma att hämmas då skiljedomar i regel inte är offentliga. Branschmässigt finns det dock eventuellt en chans att någon form av praxis utformas enligt skiljenämndernas beslut. Tidigare har i regel utbredda avtalsöverenskommelser som blivit etablerade på arbetsmarknaden eller inom en bransch, kommit att anses som sedvänja och därför varit vägledande i hur relaterad problematik ska tolkas. Skulle detta även visa sig bli fallet i denna fråga skulle en framtida konsekvens kunna vara att även andra arbetsgivare, som idag inte omfattas av kollektivavtalsbestämmelserna, begränsas när det gäller inhyrning i samband med att arbetstagare har företrädesrätt till återanställning.

För att relatera till diskussionen i avsnitt 6.1, om möjligheten för en arbetstagare att få ständigt återkommande företrädesrätt, har en sådan situation till viss del begränsats i Teknikavtalet. Då avtalet inte specificerar hur den ordinarie, lagstadgade företrädesrätten påverkas, har möjligheten till den kollektivavtalade förstärkta företrädesrätten emellertid begränsats. Har en arbetstagare en gång erhållit förstärkt företrädesrätt stadgar avtalet om en ny kvalifikationstid om totalt arton månaders anställningstid under en tidsperiod om tre år, för att åter kunna erhålla möjlighet till kollektivavtalad förstärkt företrädesrätt. På detta sätt har arbetstagares chanser till den förstärkta företrädesrätten begränsats något.

Inga av avtalen som behandlats i uppsatsen specificerar hur hanteringen av frågan om inhyrning i andra fall än vad som beskrivits i avtalen ska ske. Detta torde innebära att ordinarie förhandlingsordning enligt lagstiftning gäller, såsom förhandling före inhyrning enligt 38 § MBL. Detta borde även vara fallet under en företrädesberättigad arbetstagares uppsägningstid, då inga av begränsningarna i avtalen gäller under uppsägningstiden. Vetorätten enligt 39 § MBL torde även den

vara opåverkad av avtalen då denna reglering är tillämplig, inte bara vid misstanke om brott mot lagstiftning, utan även vid kollektivavtalsöverträdelser.

En grundlig genomgång av avtalen och dess effekter för problematiken är ännu för tidig att genomföra. Jonas Milton menar att en måttstock för avtalets effekt i praktiken kan vara vid nästa lågkonjunktur, och medföljande varsel om uppsägningar. Det återstår även att se hur avtalen står sig gentemot bemanningsdirektivets reglering vid dess införande i december i år. Utredningen om implementeringen av bemanningsdirektivet har i stort lämnat frågan huruvida avtalen innehåller bestämmelser som skulle kunna utgöra ett omotiverat hinder mot inhyrning, och därmed strida mot direktivet, till arbetsmarknadsparterna själva. Skulle avtalen prövas mot bemanningsdirektivets bestämmelser, och anses strida mot dessa, är min förhoppning att detta i varje fall bidrar till att ytterligare klargöra hur förhållandet mellan företrädesrätten till återanställning och inhyrning av arbetskraft, och tillämpningen av dess reglering, ska hanteras.

Referenser

Offentligt tryck

Ds. 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv.

Motion 2010/11:A228 Företrädesrätt och bemanningsföretag.

Motion 2010/11:A257 Företrädesrätter i LAS.

Motion 2010/11:A360 Översyn av arbetsmarknadslagstiftningen.

Motion 2010/11:A403 Stärkande av den svenska modellen.

Prop. 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

Prop. 1990/91:124 om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft m.m.,

Prop. 1991/92:89 om uppsägning av internationella arbets-organisationens (ILOs) konvention (nr 96) angående avgiftskrävande arbetsförmedlingsbyråer.

Prop. 1992/93:218 om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.

Prop. 1993/94:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet.

Prop. 1994/95:76 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler.

Prop. 1997/98:150 1998 års ekonomiska vårproposition.

SOU 1997:58 Personaluthyrning.

SOU 2011:5 Bemanningdirektivets genomförande i Sverige.

EU-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.

Litteratur

Bemanningsföretagen, *Auktorisation och Medlemskap – alla tjänar på att vara med*, 2010.

Berg, Annika, 2008. *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*. Lund, Juristförlaget.

Bergström, Ola, et al., 2007. *Den nya arbetsmarknaden: bemanningsbranschens etablering i Sverige*, Lund, Academia Adacta.

Esaiasson, Peter, et al., 2007. *Metodpraktikan: konsten att studera samhälle, individ och marknad*, 3 uppl. Stockholm, Norstedts Juridik.

Fahlbeck, Reinhold, 1989. *Praktisk arbetsrätt*, 3 uppl. Malmö, Liber.

Fahlbeck, Reinhold, 1995. "Employment exchange and hiring out of employees in Sweden" i *Tidsskrift för Rettsvitenskap*, sid. 589-622.

Fahlbeck, Reinhold, 2007. "Arbete kontra kapital: en omvänd tankeövning", sid. 81-90 i Flodgren, Boel (red.) *Vänbok till Axel Adlercreutz*. Lund, Juristförlaget.

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

Holke, Dan & Olauson, Erland, 2008. *Medbestämmandelagen: med kommentar*, 4 uppl. Stockholm, Norstedts Akademiska Förlag.

Kvale, Steinar, 1997. *Den kvalitativa forskningsintervjun*. Lund, Studentlitteratur.

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, 2009. *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2 uppl. Uppsala, Iustus Förlag.

Lehrberg, Bert, 2010. *Praktisk juridisk metod*, 6 uppl. Uppsala, Institutet för Bank- och Affärsjuridik.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010. *Anställningsskydd: en lagkommentar*, 10 uppl. Stockholm, Norstedts Juridik.

Medlingsinstitutet, 2011. *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2010, Medlingsinstitutets årsrapport.*

Numhauser-Henning, Ann, 2001. ”Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock.” i *Svensk Juristtidning*, sid. 314-325.

Sandgren, Claes, 2007. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 2 uppl. Stockholm, Norstedts Juridik.

Schmidt, Folke, 1997. *Facklig arbetsrätt*, 4 rev. uppl. Stockholm, Juristförlaget.

Ulander-Wänman, Carin, 2008. *Företrädesrätt till återanställning*. Uppsala, Iustus Förlag.

Ulander-Wänman, Carin, 2010. ”Flexibel arbetskraft och rättens flexibilitet” i *Svensk Juristtidning* sid. 797-806.

Rättspraxis

AD 1930 nr 52

AD 1932 nr 100

AD 1937 nr 57

AD 1980 nr 54

AD 1996 nr 56

AD 2003 nr 4

AD 2007 nr 72

Arbetsdomstolens mål A2/07

Kollektivavtal

Allmänna bestämmelser i lydelse 2010-04-01, HÖK 10.

Bemanningsföretagen, *Allmänna bestämmelser personaluthyrning (Leveransvillkor) ABPU-10.*

Kollektivavtal mellan å ena sidan Svensk Handel och å andra sidan Handelsanställdas Förbund avseende lagerpersonal och chaufförer inom partihandeln 1/4 2010 – 31/3 2012

Livsmedelsavtalet mellan Livsmedelsföretagen och Livsmedelsarbetareförbundet 1 april 2010 – 31 januari 2012

Teknikavtalet IF Metall mellan Teknikarbetsgivarna och Industrifacket Metall (IF Metall), 1 april 2010 – 31 januari 2012

Överenskommelse - Träindustriavtalet mellan Trä- och Möbelindustriförbundet och GS 1 april 2010 – 31 januari 2012

Övriga källor

Muntliga källor

Jonas Milton, vd Almega, personlig intervju den 13 april 2011.

Lasse Thörn, enhetschef arbetslivsenheten LO, personlig intervju den 12 april 2011.

Elektroniska källor

Bemanningsföretagen, *Bemanningsbranschen i siffror*,
http://www.tryggbemanning.se/web/Bemanningsbranschen_i_siffror_1.aspx,
hämtad 2011-04-27.

Dagens Nyheter, *Fackliga krav kan strida mot EU-rätten*, publicerad 2010-01-15,
<http://www.dn.se/nyheter/sverige/fackliga-krav-kan-strida-mot-eu-ratten>, hämtad
2011-05-04.

Dagens Nyheter, *Inhyrd personal stridsfråga för facket*, publicerad 2010-01-13,
<http://www.dn.se/ekonomi/inhyrd-personal-stridsfraga-for-facket>, hämtad 2011-
05-04.

Lag & Avtal, *Bemanningsbranschen anfalls från flera håll*, publicerad 2010-09-
23, <http://www.lag-avtal.se/asikter/debatt/article2466049.ece>, hämtad 2011-02-21.

Lag & Avtal, *Livs och Marabou överens i det tysta*, publicerad 2011-02-10,
[http://www.lag-
avtal.se/nyheter/anstallning/anstallningsvillkor/article3094886.ece](http://www.lag-avtal.se/nyheter/anstallning/anstallningsvillkor/article3094886.ece), hämtad 2011-
03-18.

Livsmedelsarbetareförbundet, *Förlikning i Maraboufallet*,
<http://www.malmedel.nu/text.php?textID=4451>, hämtad 2011-05-21.

LO, *Bemanning istället för LAS*, publicerad 2010-01-11,
<http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidview/8CF0144A11F90888C12576A8004F0215>, hämtad 2011-03-02.

LO, *Förhandlingsmodellen stod pall och levererade*, publicerad maj/juni 2010,
<http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/9AB0B1717A37639BC12577890052E4DE>, hämtad 2011-03-23.

LO, *Gemensamma krav inför avtal 2010*, www.lo.se, hämtad 2011-03-23.

LO, *LO:s representantskap beslutade om gemensamma avtalskrav*, publicerad 2009-10-22,
<http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidview/347CAFF1B9ADD312C1257657004B966A>, hämtad 2011-03-23.

Riksdagens protokoll 2009/10:67, svar på interpellation 2009/10:173 om åtgärder mot kringgående av lagen om anställningsskydd 2011-02-02,
<http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=101&bet=2009/10:67#{6C83D0F1-C657-4665-B59D-4C361D4869A5}> hämtad 2011-05-08.

Svenskt Näringsliv, *Inhyrning inte ett sätt att runda las*, publicerad 2010-12-16,
http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/las/inhyrning-inte-ett-satt-att-runda-las_123365.html, hämtad 2011-02-03.

Sveriges Television, *Arbetsgivarnas marknad – Uppdrag Granskning*, sänt 2010-01-20,
http://svt.se/2.126813/1.1852910/arbetsgivare_tjanar_stora_pengar_pa_hyrd_personal?lid=puff_1854734&lpos=rubrik, hämtad 2011-05-23.

Bilaga 1

Ytterligare om intervjuerna

Jonas Milton, vd Almega

Jonas Milton arbetar som vd på Almega. Almega är en bransch- och arbetsgivarorganisation för tjänsteföretag och består av sju arbetsgivarförbund. Medlemsföretagen representerar cirka 60 branscher inom den svenska tjänstesektorn.

Intervjun tog plats på Almegas kontor i Stockholm. Tidsåtgång var cirka en halvtimme.

Lasse Thörn, enhetschef på arbetslivsenheten LO

Lasse Thörn arbetar som enhetschef på arbetslivsenheten på LO. LO är en sammanslutning av 14 arbetstagarorganisationer. Arbetslivsenheten samordnar förbunden i bland annat förhandlingsfrågor och kartlägger även villkor i arbetsliv och samhälle genom regelbundna undersökningar.

Intervjun tog plats i LO borgen i Stockholm. Tidsåtgång var cirka en halvtimme.