



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emilia Anders

Överlåtelsedirektivets inverkan
på arbetsledningsrätten vid över-
låtelse av entreprenad

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare Johann Mulder

Arbetsrätt

VT12

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnet	5
1.2 Syfte och problemställning	5
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Terminologi	11
1.6 Disposition	12
2 ARBETSLEDNINGSRÄTTEN	13
2.1 Allmänt	13
2.2 Särskilt om arbetsledningsrätten vid entreprenad	16
3 VERKSAMHETSÖVERGÅNG – FÖRUTSÄTTNINGAR OCH RÄTTSLIGA FÖLJDER	17
3.1 Allmänt om överlåtelse av verksamhet	17
3.1.1 Den svenska regleringen	17
3.1.2 Överlåtelsedirektivet	18
3.1.2.1 Bakgrund och syfte	18
3.1.2.2 Arbetstagarbegreppet	19
3.1.2.3 Överlåtelse...	20
3.1.2.4 ...av verksamhet	21
3.1.2.5 Ny arbetsgivare	24
3.1.3 Gränsöverskridande verksamhetsövergång	24
3.1.4 Rättsliga följder av en verksamhetsövergång	26
3.1.4.1 Anställningsavtalens övergång	26
3.1.4.2 Kollektivavtalsrättsliga överväganden	27
3.1.4.3 Uppsägningsförbudet	31
3.2 Förhållandet mellan entreprenad och outsourcing	33
3.2.1 Allmänt om outsourcing	33
3.2.2 Kategorisering av outsourcing	35

3.2.3	Särskilt om entreprenad	35
3.2.4	Terminologiska anmärkningar	36
3.3	Särskilt om överlåtelse av entreprenad	37
3.3.1	Utläggande av verksamhet på entreprenad	37
3.3.2	Byte av entreprenör	38
3.3.3	Tillbakatagande av verksamhet i egen regi	42
4	VILKEN INVERKAN PÅ ARBETSLEDNINGSRÄTTEN HAR ÖVERLÅTELSEDIREKTIVET?	44
4.1	Arbetsledningsrätten – en förhandlingsfråga?	44
4.2	Omplacering – särskilt om förhållandet mellan omplaceringsrätten och omplaceringsskyldigheten	50
4.3	Arbetsledningsrätten i bemanningsföretag	53
5	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	56
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

Companies seek to develop their business all the time in order to stay at the front edge of their business area. In order to do this it's important to have a business that is as productive as possible. Different changes are made in this seek to become more effective and profitable. You can sell a certain part of a business if you want to change the direction of the remaining part of the business. In order to change the direction it's a good thing if you can transfer the part that is no longer relevant for the business. When a company wants to focus on the core of the business it can be helpful to outsource some of the activities that is not part of that core. In these changing processes there is always a risk that the employees' rights are not being re-marked.

In order to protect the rights of the employees, the EU approved the directive of transfers of undertakings in 1977. Both the regular sell of businesses as well as the outsourcing of activities falls under the scope of the directive. When the purpose is to give the employees a far-reaching protection, the employer may lose the possibility to plan the business in the way he or she wishes. This paper seeks to answer the question whether the employer's right to lead and distribute the work is affected by the fact that the directive covers a transfer of an outsourced activity. If so, the paper will also look into the options the employer has to assure that the business is pursued in the way he or she wishes. It's important that the employer's acting doesn't affect the rights of the employees, but at the same time it's also important that the employer can operate the business in the most effective way.

An example is presented in the beginning of the paper and returned to in the discussion in the last part of it. An employer A redeploys the employee X to a part of the business that is not going to be undertaken by employer B. However, B wants to take over X and gets agitated by A's action. The conclusion of the redeployment that is being performed by A, is that it's allowed out of a security of employment point of view. As long as X hasn't lost anything because of the redeployment he or she doesn't need any protection by the directive. A new situation is developed between A and B. The redeployment can constitute a breach of contract if X is included in the settlement. This question is however a matter of civil law and the contracting parties must find a solution out of this.

The conclusion of the issue of the paper is that the employer has relatively wide possibilities to plan the business before a transfer of undertaking is completed, as long as the employee rights are respected.

Sammanfattning

Företag söker ständigt utveckla sin verksamhet för att ligga i framkant inom sin bransch. Det är viktigt att bedriva en så produktiv verksamhet som möjligt. I denna utvecklingsprocess görs olika förändringar för att uppnå effektivitet och lönsamhet. Faktiska försäljningar av delar av verksamheten är en metod som kan väljas för att omvandla verksamhetens ändamål. Då kan det vara relevant att sälja den del av verksamheten som inte verkar inom företagets nya inriktning. Genom att lägga ut verksamhet på entreprenad blir det lättare för företag att fokusera de interna resurserna på företagets kärnverksamhet. Vid sådana olika förändringsprocesser finns en risk för att arbetstagarnas rättigheter inte tillvaratas.

EU beslutade 1977 om att anta överlåtelsedirektivet för att arbetstagare skulle beredas skydd vid förändringar i företagsstrukturer. Såväl sedvanliga köp av verksamheter som beslut om utläggande av verksamhet på entreprenad omfattas av överlåtelsedirektivets tillämpning. Det utpräglade skyddssyftet för arbetstagarna kan medföra att arbetsgivarens möjligheter att planera sin verksamhet inskränks. Uppsatsen söker svar på frågan om arbetsgivarens arbetsledningsrätt påverkas av att en verksamhetsövergång anses omfattas av överlåtelsedirektivet, med fokus på att en entreprenad överlåts. En undersökning görs även angående vilka dispositioner arbetsgivaren kan använda sig av inom ramen för arbetsledningsrätten för att säkra att verksamheten kan bedrivas på ett för arbetsgivaren önskvärt sätt. Arbetsledningsrätten ska utövas utan att avkall görs på arbetstagarnas rättigheter men det är samtidigt av vikt att inte arbetsgivaren förlorar kontrollen över sin egen verksamhet.

Uppsatsen anger ett typexempel i inledningen för att sedan återkomma till detta i den analyserande delen. Arbetsgivare A omplacerar arbetstagare X för att denne inte ska omfattas av en verksamhetsövergång till arbetsgivare B. Det finns ett intresse hos A av att behålla X i sin egen verksamhet samtidigt som arbetsgivare B hävdar att X ska gå över i och med verksamhetsövergången. Den arbetsrättsliga slutsatsen som dras av arbetsgivare A:s omplacering är att det principiellt får anses vara tillåtet. Överlåtelsedirektivets syfte är att arbetstagarna ska beredas ett skydd vid verksamhetsövergångar. Skyddet avser arbetstagarnas anställning samt villkoren för denna. I det angivna exemplet kommer inte X i sämre ställning efter verksamhetsövergången jämfört med före. Arbetsgivarens arbetsledningsrätt tillåter denne att göra dispositioner så länge de ligger inom ramen för vad som får anses tillåtet. Däremot uppkommer en helt ny situation mellan A och B. Dessa kan ha avtalat om att X ska ingå i överlåtelsen och i så fall kan det bli fråga om ett avtalsbrott från A:s sida, vilket får bedömas efter civilrättsliga regler.

Arbetsgivaren har således ganska stora möjlighet att innan överlåtelsen sker göra dispositioner som medför att verksamheten kan planeras på ett för arbetsgivaren tillfredsställande sätt, så länge arbetstagarnas anställningsskydd garanteras.

Förord

Med denna uppsats avslutar jag härmed mina studier vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet.

Jag vill särskilt tacka min handledare universitetslektor Johann Mulder för den hjälp och det stöd jag har fått under arbetet med denna examensuppsats. Ett tack riktas även till Helen Johansson för värdefulla synpunkter vid korrekturläsningen.

Ett varmt tack till familj och vänner för det stöd jag har fått under studietiden.

Lund i maj 2012

Förkortningar

AD
Bryssel I-förordningen

Dir.
EFTA

EES

EU
FEUF

HD
JT
Köplagen
LAS

LO
LOU

NJA
Prop.
SvJT
Överlåtelsedirektivet

Arbetsdomstolen
Rådets förordning (EG) nr
44/2001 av den 22 december
2000 om domstols behörighet
och om erkännande och verk-
ställighet av domar på privat-
rättens område
Direktiv
European Free Trade
Association
Europeiska ekonomiska samar-
betsområdet
Europeiska Unionen
Fördraget om EU:s funktionssätt
Högsta domstolen
Juridisk tidskrift
Köplag (1990:931)
Lagen (1982:80) om
anställningsskydd
Landsorganisationen i Sverige
Lag (2007:1091) om offentlig
upphandling
Nytt juridiskt arkiv
Proposition
Svensk juristtidning
Rådets direktiv 2001/23/EG av
den 12 mars 2001 om tillnärm-
ning av medlemsstaternas
lagstiftning om skydd för
arbetstagares rättigheter vid
överlåtelse av företag, verksam-
heter eller delar av företag eller
verksamheter

1 Inledning

1.1 Ämnet

I dagens samhälle sker ständigt förändringar i företagsstrukturer. Verksamheter går samman för att bilda större företag, kanske för att uppnå konkurrensfördelar genom att samla kompetensen i ett och samma företag. Även andra möjligheter att effektivisera verksamheten används. En sådan möjlighet är att lägga ut verksamhet på entreprenad för att fokus ska kunna ligga på kärnverksamheten, dvs. den verksamhet som är central för företaget. I alla sådana förändringsprocesser finns en risk att arbetstagarna kommer i kläm. På EU-nivå fattades 1977 med anledning av denna risk beslutet att anta ett direktiv¹ om skydd för arbetstagare vid sådana verksamhetsövergångar. Direktivet har ändrats flertalet gånger fram till idag men huvudprincipen är densamma; arbetstagarna ska skyddas när det sker en viss form av verksamhetsövergång som omfattas av överlåtelsedirektivet.

Det ska dock nämnas att det finns en annan aktör att ta hänsyn till, nämligen arbetsgivaren. Det är denne som vill effektivisera sin verksamhet och det är denne som innehar arbetsledningsrätten över sina arbetstagare. Skyddssyftet i överlåtelsedirektivet kan tänkas inkräkta på denna arbetsledningsrätt, vilket denna uppsats syftar till att undersöka.

I första hand är det arbetsledningsrätten vid överlåtelse av entreprenad som kommer att diskuteras i uppsatsen. Som kommer att framgå i det följande kan det ibland vålla svårigheter att fastställa om det rör sig om entreprenad eller ren personaluthyrning. Detta leder uppsatsen in på frågan om arbetsledningsrätten i bemanningsföretag och vilken påverkan överlåtelsedirektivet har på denna. Det är intressant att diskutera bemanningsföretagen eftersom det området alltså gränsar till entreprenadsituationen.

1.2 Syfte och problemställning

För att fastställa om ett anställningsförhållande föreligger är en av förutsättningarna om arbetsgivaren utövar arbetsledningsrätt över den eventuella arbetstagaren. Arbetsledningsrätten har sedan tidigt varit ett viktigt och omfattande inslag i arbetsrätten. Innan industrialismens genombrott hade arbetsgivaren ett väldigt stort område inom vilket denne kunde utöva sin arbetsledningsrätt. Under mitten av 1800-talet genomgick arbetsrätten en för-

¹ Direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, numera direktiv 2001/23/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

ändring och liberalismens inflytande ledde till ett mer fritt synsätt; det talades om det fria arbetsavtalet.²

När decemberkompromissen slöts 1906 accepterade LO att arbetsgivaren har en fri arbetsledningsrätt; en rätt att fritt leda och fördela arbetet. Arbetsledningsrätten kan anses ha sin grund i den allmänna kontraktsrättsliga principen *pacta sunt servanda* – avtal ska hållas. Arbetsledningsrätten utgör både en grundläggande rättsprincip och en dold klausul i kollektivavtalet.³ Det finns ingen utförlig reglering av vad arbetsledningsrätten innebär, men det finns rättspraxis där Arbetsdomstolen har begränsat arbetsgivarens arbetsledningsrätt.⁴ Det finns även lagstiftning som begränsar omplaceringsrätten (som är en del av arbetsledningsrätten). Som exempel kan nämnas att diskrimineringslagstiftningen begränsar arbetsgivarens möjligheter att omplacera arbetstagarna. Även arbetstids- och arbetsmiljölagsstiftning kan förhindra att omplacering sker.⁵

En del av arbetsledningsrättens innebörd är arbetsgivarens möjlighet att organisera sin verksamhet som denne finner lämpligt. Arbetsgivaren kan anse att mer fokus ska läggas på kärnverksamheten i företaget och då välja att lägga ut en viss verksamhet som faller utanför denna kärnverksamhet på entreprenad. En risk med användande av entreprenad för utförande av vissa sysslor kan vara att arbetstagarna hamnar i en ofördelaktig situation. Om entreprenaden förs över till en ny entreprenör kan den första entreprenörens arbetstagare stå utan arbete om de endast arbetade hos en uppdragsgivare. Om företaget tidigare utfört arbetet internt kan den eller de anställda som utförde det råka ut för uppsägningar eftersom tjänsten inte längre behövs inom företaget.

Syftet med att EU antog överlåtelsedirektivet 1977 var att åstadkomma ett starkare skydd för arbetstagarna när en verksamhet överfördes från en arbetsgivare till en annan. Det finns ett rikt material som studerar överlåtelsedirektivets tillämpning i allmänhet. Den här uppsatsen avser att inrikta sig på den specifika situationen att ett företag anlitar en utomstående entreprenör för att utföra arbete för företagets räkning och att sedan entreprenadverksamheten överläts. En överlåtelse av entreprenadverksamhet kan se ut på tre olika sätt. För det första finns det fallet att ett företag väljer att lägga ut verksamhet som tidigare har utförts inom företaget, på entreprenad. För det andra kan ett företag ta tillbaka verksamhet som tidigare har varit utlagd på entreprenad, för att fortsättningsvis utföra arbetet i egen regi. För det tredje kan ett entreprenörsbyte ske. Denna tredje situation kan i sin tur ske på två olika sätt. Antingen kan ett avtal om entreprenad gå över från entreprenör A direkt till entreprenör B, eller så kan ett entreprenadavtal sägas upp

² Malmberg, Jonas, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter*, Working paper 2010:9, Uppsala faculty of law, s. 24.

³ Se Göransson, Håkan i Schmidt, Folke m.fl., *Facklig arbetsrätt*, uppl. 4:7, 1997, Norstedts Juridik, s. 257.

⁴ Se exempelvis AD 1978 nr 89, *Bastubadarmålet*.

⁵ Rönnmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, 2004, Juristförlaget, Lund, s. 63.

med entreprenör A, för att gå tillbaka till uppdragsgivaren och vidare lämnas över till den nya entreprenören B. Skillnaden mellan de båda fallen av byte är att i det senare fallet sker bytet i två steg, med uppdragsgivaren som mellanled.

Huvudsyftet med den här uppsatsen är att diskutera om, och i så fall hur, arbetsgivarens arbetsledningsrätt påverkas av att en överlåtelse av entreprenad sker. Om arbetsledningsrätten påverkas syftar vidare uppsatsen till att komma fram till om arbetsgivaren i så fall kan göra något åt detta. En diskussion kommer då att föras kring vilka möjligheter som arbetsgivaren kan ha att planera sin verksamhet för att inte hamna i en överlåtelssituation där han eller hon förlorar kontrollen över verksamheten. Med hjälp av en allmän genomgång av hur entreprenadsituationen kan gestalta sig och i vilka fall överlåtelseediktivet omfattar överlåtelse av entreprenad ska resonemang föras kring arbetsledningsrättens påverkan för att uppfylla uppsatsens syfte.

Som belysande för problematiken med arbetsledningsrätten ska ett typexempel presenteras. Företag A är intresserat av att sälja en del av verksamheten till företag B. Intresse för övertagande finns hos B, men B vill i så fall att en specifik arbetstagare X ska ingå i överlåtelsen. A är inte intresserat av att förlora X, som är en viktig nyckelperson, vilket föranleder att X omplaceras till en annan del av verksamheten vilken inte omfattas av överlåtelsen. Frågan är om denna omplacering är en disposition som arbetsgivaren kan använda och i så fall vad rättsföljden blir av detta. Som kommer att framgå i det följande ingår omplaceringsrätten som en del av arbetsgivarens arbetsledningsrätt. En av rättsföljderna av att det sker en verksamhetsövergång är emellertid att arbetstagarna medföljer till den nya arbetsgivaren, vilket A försöker undvika i exemplet ovan.

Den huvudsakliga frågan som denna uppsats riktar in sig på att besvara är således om det finns några dispositioner, och i så fall vilka, som står till buds för arbetsgivaren när denne ställs inför en överlåtelssituation, särskilt när det gäller överlåtelse av entreprenad. Det kan finnas en möjlighet att situationen bedöms på olika sätt beroende på arbetsgivarens handlande. En delfråga som kan kopplas samman med denna huvudfråga är vad som gäller för bemanningsföretagens del i en överlåtelssituation. Där är arbetsledningsrätten placerad hos en aktör, medan en annan aktör står som motpart till arbetstagaren i anställningsförhållandet. Arbetstagaren är anställd av bemanningsföretaget men utför i praktiken sitt arbete för en annan arbetsgivares räkning. Kanske har arbetstagarna rätt att följa med den arbetsgivare som utövar arbetsledningsrätten men inte står som motpart i anställningsförhållandet. Således kommer uppsatsen även att söka svaret på den frågan.

I en överlåtelssituation finns det fler än en arbetsgivare som medverkar. Avsikten med uppsatsen är att diskutera både den överlåtande och den övertagande arbetsgivarens möjligheter att planera sin verksamhet.

Avsikten är inte att förringa arbetstagar skyddet, utan att föra en diskussion utifrån arbetsgivarens möjligheter att planera sin verksamhet. När arbetsta-

garskyddet utvidgas blir effekten att arbetsgivarens arbetsledningsrätt inskränks. Samtidigt kan det hävdas att en utökning av arbetstagskyddet medför en större förutsebarhet för både arbetstagare och arbetsgivare, vilket bidrar till en större effektivitet på arbetsmarknaden.

Utgångspunkten för den svenska regleringen finns i 6 b § LAS, vilken har sin grund i överlåtelsedirektivet. Den svenska rättens tillämpning har valts som utgångspunkt för uppsatsen, men EU-rätten har ett stort inflytande på området. EU-domstolens tolkning av överlåtelsedirektivet speglar hur den svenska rätten ska tolkas. Både svensk rättspraxis och rättspraxis på EU-nivå kommer således att behandlas och diskuteras i uppsatsen.

1.3 Metod och material

Den metod som uppsatsen är uppbyggd omkring är rättsdogmatisk metod. Den har definierats som en gren av rättsvetenskapen, eller en undergenre till denna.⁶

En text som är utarbetad efter rättsdogmatisk metod kan sägas inneha tre syften.⁷ För det första är huvudsyftet att förmedla kunskap om vad som utgör gällande rätt, med redogörande för bland annat lag, rättspraxis och litteratur. För det andra har texten ett syfte att göra egna analyser och bidra med dessa till rättsområdet. Dessa analyser framlägger ofta ställningstaganden i rättsfrågor och bidrar med lösningar. För det tredje lägger rättsvetenskapen fast ramen för vilka rättsliga resonemang som accepteras ur ett fackperspektiv. Detta kan också beskrivas som att rättsdogmatiken utvecklar ”normativa ståndpunkter som rättfärdigar och kritiserar olika delar av gällande rätt”⁸.

Diskussionen som förs inom ramen för rättsdogmatisk metod innehåller således värderande moment. Det rör sig inte om moraliska värderingar eftersom de viktigaste rättskällorna till största delen har en juridisk relevans. Den moraliska värderingen kommer in i bilden indirekt, eftersom det föreligger moraliska skäl att följa lagen. En rättsdogmatik utan värderingar är inte heller önskvärd eftersom de är en viktig del av själva metoden.⁹ För att kunna diskutera de förslag på lösningar som lämnas och analysera gällande rätt överhuvudtaget krävs att författaren tillåts göra värderingar för att föra resonemanget framåt.

De svenska domstolarna lägger stor vikt vid lagbestämmelsernas förarbeten i sin rättstillämpning. Det är nödvändigt att studera förarbetena för att komma fram till vilken avsikt med bestämmelsen som lagstiftaren hade. Dessa studier kan leda fram till en lösning på hur en tolkning ska göras i det enskilda fallet. Inom EU-rätten existerar inte sådana förarbeten på samma sätt

⁶ Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 121, 2/2008, s. 156.

⁷ Graver, 2008, s. 158.

⁸ Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249-272, s. 250.

⁹ Peczenik, 2005, s. 250.

som självständiga rättskällor. De olika direktivens ingresser kan sägas fylla denna funktion. EU-domstolen fäster inte heller så stort avseende vid vad som förekom under utarbetandet av direktiv och andra sekundära rättskällor, annat än när den diskuterar syftet med direktivet. Överlåtelsedirektivet bygger exempelvis på ett skyddssyfte för arbetstagarna. Med anledning av att EU-domstolen inte diskuterar förarbeten kommer det i princip att vara själva domen som utgör den huvudsakliga rättskällan för hur tolkning ska ske. Materialet från svenska domstolar respektive EU-domstolen ser således olika ut eftersom rättstillämpningen sker på olika sätt.

Material från EU-rätten kommer att användas i stor utsträckning; främst domar från EU-domstolen. Den svenska rätten ska tolkas i ljuset av EU-rätten, vilket innebär att EU-domstolens avgörande har betydelse för tolkningen av våra inhemska bestämmelser. Vidare kommer den svenska Arbetsdomstolens domar även att medverka som tolkningsunderlag i uppsatsen. Europeisk och svensk rättspraxis kommer att diskuteras parallellt. EFTA-domstolen bidrar i sin verksamhet till förståelse för hur överlåtelsedirektivet ska tolkas och uppsatsen kommer även att använda sig av de relevanta målen därifrån. Rättspraxis och litteratur från våra nordiska grannländer Norge och Danmark ska också användas för att bringa klarhet i uppsatsens frågeställningar. Med tanke på att lagstiftningen bygger på EU:s överlåtelsedirektiv kan resonemang från andra länder användas även vid diskussion om den svenska rättens innebörd. Norge är som bekant inte med i EU men överlåtelsedirektivet gäller även för de tre kvarvarande EES-länderna Norge, Island och Liechtenstein.¹⁰

När ett rättsfall från EU-domstolen studeras bör det inte göras på samma sätt som när ett svenskt rättsfall undersöks. EU-domstolen har som bekant en funktion där den ska tolka EU-rätten. Medlemsstaterna kan skicka tolkningsfrågor till EU-domstolen för att det ska utrönas hur specifika bestämmelser inom EU-rätten ska tolkas. När en tolkning har skett skickas rättsfallet tillbaka till den inhemska domstolen som har uppdraget att tillämpa den tolkning som EU-domstolen har angett för att döma i målet. Arbetsdomstolen avgör sina mål i sak, vilket inte EU-domstolen gör.

Vidare är det värt att, vid studerandet av EU-domstolens domar, fundera över huruvida rättskällevärdet är lägre för att det är ett annat medlemsland än Sverige som har ställt tolkningsfrågorna. Medlemsländernas inhemska lagstiftning ser olika ut och syftet med överlåtelsedirektivet är inte heller att skapa en fullständig harmonisering av dessa länders lagstiftning. Av denna anledning kan det uppkomma skilda situationer beroende på vilket lands lag som ska tillämpas. Det kan dock antas att med tanke på att överlåtelsedirektivet gäller i alla medlemsländer bör dessas lagstiftning på området ligga relativt nära varandra. Själva överlåtelsedirektivet ser likadant ut i hela EU, bortsett från eventuella språkliga skillnader, vilket innebär att de tolkningar som EU-domstolen gör av dess bestämmelser bör gå att använda inom hela

¹⁰ Artikel 7 EES-avtalet anger att parterna ska vara bundna av de direktiv som finns angivna i de annex som finns till avtalet, däribland annex XVIII, vilket behandlar hälsa och säkerhet på arbetet, arbetsrätt samt jämställdhet mellan kvinnor och män.

unionen. Viss försiktighet bör dock iakttas eftersom syftet med överlåtelse-direktivet inte är att fullständigt harmonisera medlemsländernas lagstiftning, utan bara att de inhemska bestämmelserna ska gälla även i en överlåtelsesi-tuation. Av denna anledning måste hänsyn tas till hur den arbetsrättsliga regleringen ser ut i respektive medlemsland.

Den svenska implementeringen av överlåtelsedirektivet har delvis skett på ett ordagrant sätt. Som exempel kan nämnas 7 § 3 st. LAS som motsvarar artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet. När en sådan precis implementering görs kan det hävdas att det inte spelar någon roll vilket land som har ställt tolkningsfrågorna till EU-domstolen. Om en tolkning görs av överlåtelsedirekti-vets bestämmelser och Sverige har implementerat dessa på ett så exakt sätt att samma formulering används i den nationella rätten bör tolkningen kunna ske på samma sätt som anges av EU-domstolen. I ett rättsfall uttalade EU-domstolen att det finns ett gemenskapsrättsligt intresse av att en enhetlig tolkning av begreppen görs, oavsett under vilka omständigheter de ska tillämpas.¹¹ Vidare fortsatte EU-domstolen dock med att klargöra att det är den nationella domstolen som själv ska tolka och tillämpa nationell rätt. EU-domstolen får endast tolka de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.¹²

Litteraturen som finns att tillgå om entreprenadjuridik avser främst byggentreprenader och det finns en relativt stor mängd av denna litteratur. Denna specifika litteratur har icke desto mindre kastat ljus över uppsatsämnet och den har använts för att dra generella slutsatser om entreprenadområdet.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad på så sätt att det som kommer att diskuteras är överlåtelse som sker i en avtalsenlig kontext; med det avses köp eller liknande former för överlåtelse av en verksamhet (exempelvis byte eller gåva, men denna uppsats fokuserar särskilt på utläggande av verksamhet på entreprenad). Det finns ingen avsikt att problematisera kring överlåtelser som sker med användande av fusion, och inte heller överlåtelser som sker i insolvensförfaranden. Dessa områden är särskilda, med sina egna regleringar och det finns inte utrymme för analyserande av dem i denna uppsats.

Det ska även nämnas att uppsatsen inte tar sikte på de medbestämmandefrågor som kan uppkomma i en överlåtelsesituation. Fackföreningar kan ha förhandlingsrätt och arbetsgivaren har i vissa fall informationsskyldighet och även om detta kan vara nog så intressant, lämpar det sig inte att inkludera även detta komplexa område i den här uppsatsen. Fokus ligger istället på arbetsgivarens arbetsledningsrätt i förhållande till anställningsskyddet som bereds de anställda enligt LAS.

Det finns ett stort regelverk för hur upphandling av tjänster ska ske inom offentlig verksamhet i LOU. Uppsatsen riktar sig dock inte in på att redogö-

¹¹ C-28/95, p. 32.

¹² C-28/95, p. 33.

ra för detta förfarande, utan den kommer i första hand att diskutera utläggande av privat verksamhet på entreprenad.

Ett stort ämnesområde utgörs av de gränsöverskridande verksamhetsövergångarna. Det lämnas inte oberört men denna uppsats kommer inte att på ett djupgående sätt ta upp detta. I fokus står arbetsledningsrätten som inhemskt begrepp och därmed är det lämpligare att uppsatsen begränsar sig till svenskt territorium.

1.5 Terminologi

EG-domstolen inrättades för att säkerställa att lag och rätt följdes vid tolkning och tillämpning av EG-fördraget.¹³ En behörighet för domstolen att avlämna förhandsavgöranden gavs i artikel 234 EG-fördraget angående bl.a. tolkning av rättsakter som meddelats av de institutioner som fanns inom EG. 2007 skrev medlemsländerna på Lissabonfördraget och därmed trädde bland annat Fördraget om EU:s Funktionssätt (FEUF) i kraft. Systemet med de fyra pelarna luckrades upp och försvann och när fördraget trädde i kraft 2009 fick EG-domstolen byta namn till EU-domstolen. Bestämmelsen om EU-domstolens funktion finns i nuvarande artikel 19 FEUF. EU-domstolen hämtar sin behörighet att avge förhandsavgöranden i artikel 267 FEUF. För enkelhetens skull begagnar sig uppsatsen endast av begreppet EU-domstolen. Läsaren bör dock hålla i minnet att den tidigare benämningen på domstolen inte endast bjuder en språklig skillnad utan även behörigheten såg något annorlunda ut än hos den nuvarande EU-domstolen. Tidigare var behörigheten mer begränsad, medan den idag är mer generell och innefattar tolkning av fördraget (utrikes- och säkerhetspolitiken undantagen).¹⁴

Sedan Lagrådet ansåg att begreppet överlåtelse borde ersättas med begreppet övergång i 6 b § LAS ändrades formuleringen i enlighet med detta. Övergång ansågs vara bättre överensstämmande med hur direktivtexterna på de olika språken använde uttrycket. Ett annat resonemang som fördes i frågan var att överlåtelse förde tankarna till att det skulle föreligga ett krav på rättsligt samband mellan överlåtaren och förvärvaren. Överlåtelsedirektivet avsåg däremot att fånga in även de situationer där inget sådant samband förelåg.¹⁵ Denna uppsats använder båda begreppen parallellt, med samma innebörd.

Något bör sägas om hur begreppen entreprenad och outsourcing förhåller sig till varandra. Det behöver inte alltid vara fråga om en entreprenad när ett företag outsourcar en tjänst. Vid uthyrning av arbetskraft via bemanningsföretag är det fråga om outsourcing, men inte arbete på entreprenad. Det kan således ses som att entreprenad är en form av outsourcing, precis som uthyrning av arbetskraft via bemanningsföretag är en form av outsourcing. När det talas om dessa två begrepp i uppsatsen görs det således med ut-

¹³ Artikel 220 EG-fördraget.

¹⁴ Holmlund, Staffan, *En ny konstitution för Europa*, Ny Juridik 4:03, s. 29 ff, s. 34.

¹⁵ Prop. 1994/95:102, s. 80 och s. 129 f.

gångspunkten att entreprenad är en form av det övergripande begreppet outsourcing. Det ska dock nämnas att förhållandet mellan begreppen inte är helt klar, vilket kommer diskuteras nedan.¹⁶

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med två beskrivande kapitel, varefter ett tredje mer diskuterande kapitel flöjer. Kapitel 2 redogör för hur arbetsledningsrätten ser ut och vad den innebär. Arbetsledningsrätten beskrivs till att börja med ur ett allmänt perspektiv, varefter ett mer preciserat delavsnitt följer om arbetsledningsrätten vid en entreprenadsituation. Kapitel 3 går sedan in på problematiken omkring överlåtelsedirektivet. Den första delen av det kapitlet ger läsaren information om hur en generell överlåtelsesituation ser ut, med särskilt fokus på överlåtelsedirektivet och dess tillämpning. Vidare diskuteras de olika situationer som kan uppkomma då en entreprenad överläts. Kapitel 4 fokuserar på själva kärnan av uppsatsen, nämligen vad som sker med arbetsledningsrätten när det blir fråga om en överlåtelse i enlighet med överlåtelsedirektivet. Här kommer en diskussion att föras och kapitlet utgör en mer analyserande del än de föregående. En del av kapitlet kommer att diskutera den inverkan överlåtelsedirektivet har på arbetsledningsrätten i bemanningsföretag. Anledningen till att bemanningsföretag diskuteras är att det ibland kan vara vanskligt att fastställa var gränsen går mellan personaluthyrning och entreprenad.

Det femte och sista kapitlet utgör en avslutande del i vilken uppsatsen återgår till den i syftet beskrivna exempelsituationen och slutsatsen presenteras.

¹⁶ Se mer om detta i avsnitt 3.2.

2 Arbetsledningsrätten

2.1 Allmänt

Den grundläggande tanken med att två parter ingår ett anställningsavtal är att arbetstagaren ställer sig och sin arbetskraft till arbetsgivarens förfogande mot att arbetsgivaren åtar sig att betala lön för arbetstagarens insats. Både för att arbetstagaren ska kunna förutse vad som förväntas av honom eller henne samt för att arbetsgivaren ska kunna planera sin verksamhet på bästa sätt är det viktigt att arbetsgivaren utövar en viss kontroll över sina arbetstagares arbetsprestationer. Det är här som arbetsledningsrätten kommer in i bilden. Begreppet arbetsledningsrätt har ingen glasklar definition. Den kan se olika ut beroende på vilken verksamhet det rör sig om eller vilket fackligt område det är fråga om.¹⁷

Historiskt sett har arbetsgivarens arbetsledningsrätt haft en stark ställning. Redan i legostadgan angavs att tjänstehjonen inte skulle vägra att utföra arbetsuppgifter som deras husbonde skäligen krävde. I utbyte mot att tjänstehjonen fann sig i att utföra det arbete husbonden krävde, var möjligheterna att säga upp anställningen till viss del begränsade för husbondens del.¹⁸

Arbetsgivarens rätt att fritt leda och fördela arbetet har varit erkänd av LO sedan decemberkompromissen 1906. Det är arbetsgivarens verksamhet som bedrivs och denne har bland annat rätt att planera verksamheten, förlägga arbetstiden, bestämma arbetsmetoder och omplacera arbetstagare (inom en viss gräns).¹⁹ I utbyte mot att LO erkände vad som senare blev § 32-befogenheterna, gick arbetsgivarna med på att erkänna de fackliga organisationerna.

Arbetsdomstolen förklarade på 1930-talet att arbetsledningsrätten är en allmän rättsgrundsats och att den gäller även utan stöd i kollektivavtal.²⁰

Det krävs inte att arbetstagaren rent faktiskt står omedelbart under sin arbetsgivares kontroll för att det ska anses som att arbetsledningsrätten utövas. Vissa arbetstagares arbete förutsätter att deras arbetsplats flyttas, exempelvis om det rör sig om säljare som reser till ett flertal destinationer för att förhandla för arbetsgivarens räkning. Då kan det räcka med att arbetsgivaren ger arbetstagaren tydliga direktiv för hur arbetet ska utföras, eller att det

¹⁷ Se t.ex. Paulsen, Jens, Ramskov, Bent, Nielsen, Søren Ole, *Personalejura. Praktisk arbetsret*, 3 uppl., 2010, Academica, s. 171.

¹⁸ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2 uppl., 2009, Iustus förlag, s. 189.

¹⁹ Rönmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – om kvalitativ flexibilitet i arbetslivet*, JT 2005-06, s. 45-64, på s. 47.

²⁰ Se AD 1932 nr 100 samt AD 1934 nr 179.

finns en rapporteringsskyldighet direkt till arbetsgivaren. Även då utövar arbetsgivaren sin arbetsledningsrätt.²¹

Nielsen definierar arbetsledningsrätten i dansk rätt som en kompetensnorm, vilken ger arbetsgivaren en möjlighet att inom ett visst område ensidigt fatta beslut. Kompetensnormen kan i sin tur uppdelas i tre aspekter, vilka utgör en personell del, en materiell del och en processuell del.²² Till arbetsledningsrättens materiella del kopplas även ett krav på saklighet. Detta saklighetskrav finns för upprätthållandet av diskrimineringsförbudet, proportionalitetsprincipen, effektivitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen som återfinns i EU-rätten.²³ Kravet på saklighet inom dansk arbetsrätt innebär att det finns en överordnad princip om att även om arbetsgivaren har rätt att leda och fördela arbetet, kan denne inte beordra vad som helst. Som exempel kan nämnas att arbetstagaren inte kan förlora rätten att värna om sin personliga integritet, oavsett vad som har avtalats med arbetsgivaren.²⁴

För den svenska rättens del kan det dock konstateras att det saknas ett motsvarande krav på saklighet.²⁵ Däremot finns det ett krav på arbetsgivaren att denne inte använder arbetsledningsrätten på ett sådant sätt att det står i strid med god sed på arbetsmarknaden. Detta krav ska inte inskränka arbetsledningsrätten så som den ser ut, utan syftet är att åtkomma undantagssituationer där arbetsgivaren går långt över gränsen.²⁶ Skillnaden mellan dessa två nordiska länders syn på saken ska emellertid inte överdrivas. Resultatet blir troligtvis detsamma med ett krav på saklighet som ett krav på överensstämmelse med god sed på arbetsmarknaden.²⁷

De begränsningar som arbetsgivaren kan tänkas behöva iaktta när denne utövar sin arbetsledningsrätt är de som kan följa av kollektivavtal, lagstiftning och individuella anställningsavtal.²⁸ Där anställningsavtalen står under ett överordnat kollektivavtal kan det i detta anges vissa begränsningar i vilket arbete en arbetstagare är skyldig att utföra. Arbetsgivaren utövar således en mer inskränkt arbetsledningsrätt när det finns ett kollektivavtal på arbetsplatsen än när det inte finns det. Däremot finns det inget som hindrar att de individuella anställningsavtalen innehåller bestämmelser som på liknande sätt som kollektivavtal kan inskränka arbetsledningsrätten.²⁹

²¹ Adlercreutz, Axel, *Arbetstagarbegreppet: om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt*, 1964, Norstedt, s. 246.

²² Nielsen, Ruth, *Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning*, 1992, Jurist- og Økonomforbundets forlag, s. 32.

²³ Nielsen, 1992, s. 35.

²⁴ Hasselbalch, Ole, *Den danske arbejdsret, Bind II, Ansættelsesretten*, 2009, Jurist- og Økonomforbundets forlag, s. 750 f.

²⁵ Källström, Malmberg, 2009, s. 190.

²⁶ Rönnmar, 2004, s. 70 f.

²⁷ Se Hasselbalch, Ole, *Saglighedskravet ved ledelsesrettens udøvelse i nordisk perspektiv*, *Arbejdsrett*, volym 2 nr 1 2005, s. 28-42, särskilt s. 30-36.

²⁸ Paulsen m.fl., 2010, s. 163.

²⁹ Paulsen m.fl., 2010, s. 168 f.

Under Arbetsdomstolens första verksamhetsår avgjordes ett mål vilket skulle lägga grunden för arbetsledningsrätten och den mot denna korresponderande arbetskyldigheten. 29/29-principen fastslogs i AD 1929 nr 29 och den anger hur långt arbetstagarens arbetskyldighet sträcker sig. Detta ger indirekt även ett svar på hur långt arbetsledningsrätten når. Om inte arbetstagarens arbetskyldighet sträcker sig till den aktuella uppgiften, ligger den inte heller inom ramen för arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

29/29-principen säger att arbetstagarens arbetskyldighet sträcker sig så långt som till arbetsuppgifter som ska utföras för arbetsgivarens räkning, har ett naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet samt ligger inom arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer. 29/29-principen gäller främst på LO-området och det sker en något annorlunda bedömning av arbetskyldigheten för tjänstemän. Arbetsdomstolen har fastställt arbetskyldigheten för offentliga tjänstemän i AD 1995 nr 101. Det angavs som att arbetstagaren inte är skyldig att utföra arbetsuppgifter som medför att "tjänstens beskaffenhet ändras i grunden". Det är alltså tjänstebeskrivningen som styr hur långt arbetskyldigheten sträcker sig. Uttalanden som Arbetsdomstolen gör i domen om att den offentliga tjänstemannasidan alltmer har närmat sig den privata tjänstemannasidan kan anses tala för att samma bedömning av arbetskyldigheten kan göras för privata tjänstemän.³⁰

Rent allmänt kan sägas att om arbetsgivaren fattar ett beslut som rör sig inom ramen för arbetstagarens anställning, är det fråga om ett arbetsledningsbeslut, vilket arbetstagaren är skyldig att följa. Om arbetsgivaren däremot fattar beslut som rör sig utanför ramen för anställningen blir det fråga om en uppsägning, alternativt avskedande om inte uppsägningstiden iakttas. Om ett sådant beslut fattas ska reglerna i LAS om uppsägning följas.³¹

Arbetsgivaren har inom ramen för sin arbetsledningsrätt möjlighet att utnyttja rätten att omplacera sina arbetstagare. En omplacering innebär att det sker en varaktig och väsentlig förändring av vilka arbetsuppgifter en anställd ska utföra eller på vilken arbetsplats denne ska utföra sitt arbete.³² Varken överlåtelsesdirektivet eller EU-domstolens rättspraxis går in på frågan om arbetsgivaren i kraft av sin arbetsledningsrätt kan omplacera arbetstagare för att undvika att dessa träffas av en eventuell verksamhetsövergång.³³ Allmänt kan sägas att ju bredare arbetsbeskrivning arbetstagaren har enligt anställningsavtalet, desto lättare är det för arbetsgivaren att omplacera arbetstagaren till en annan verksamhet.³⁴

Om arbetstagaren vägrar att infinna sig i en laglig omplacering kan det resultera i att arbetsgivaren har rätt att säga upp denne med anledning av att

³⁰ Se även Danhard, Erik, *Arbetskyldighetens gränser*, Ny juridik 2:04, s. 7-56, s. 15 samt s. 39.

³¹ Källström, Malmberg, 2009, s. 190.

³² Rönmar, 2004, s. 46 samt AD 1978 nr 89, *Bastubadarmålet*.

³³ Lunning, Lars, Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd – en lagkommentar*, 10 uppl., 2010, Norstedts Juridik, s. 285.

³⁴ Paulsen m.fl., 2010, s. 59.

det bedöms som olovlig arbetsvägran.³⁵ Arbetsgivaren har nämligen tolkningsföretråde gällande arbetskyldigheten. Inom den allmänna civilrätten gäller att varje part uttolkar sin egen avtalsprestation på egen risk. Om en felaktig tolkning görs av hur parten ska fullgöra sin avtalsprestation kan det bli fråga om ett avtalsbrott.³⁶ Inom arbetsrätten ser det ut på ett annat sätt. Arbetstagarens arbetsprestation utgör dennes avtalsprestation, men den som har tolkningsföretråde är alltså motparten, det vill säga arbetsgivaren. Om arbetsgivaren gör en felaktig tolkning av arbetskyldigheten så att omplaceringen istället bedöms som en uppsägning utan saklig grund kan det bli fråga om ersättningsanspråk enligt 38 § LAS.

2.2 Särskilt om arbetsledningsrätten vid entreprenad

När en verksamhet utförs på entreprenad ligger arbetsledningsrätten hos entreprenören som tillhandahåller arbetskraften. Anledningen till detta är att entreprenören är vald för att utföra ett mer eller mindre bestämt arbete. Detta arbete utförs av entreprenörens anställda och dessa står under sin arbetsgivares kontroll.

Det är genom entreprenörens egna metoder som ett på förhand bestämt resultat ska uppnås. Att arbetsledningsrätten faktiskt utövas av entreprenören är ett av kraven för att det ska föreligga ett entreprenadavtal (och inget avtal om uthyrning av arbetskraft).³⁷

Vid byggentreprenad kan en kontroll liknande arbetsledningsrätten utföras av uppdragsgivaren, dock är inte syftet detsamma som när det föreligger ett anställningsförhållande. Vid ett anställningsförhållande är syftet att anvisa metoder för arbetstagarnas utförande av sina arbetsuppgifter. När det rör sig om entreprenad är syftet mer begränsat; det handlar då om uppdragsgivarens intresse av säkerställande av ett visst resultat som har avtalats.³⁸

³⁵ Se Hansen, Lone L., *Medarbejdernes retsstilling ved grænsoverskridende overtagelse og fusion*, 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 92.

³⁶ Eklund, Ronnie i Schmidt m.fl., 1997, s. 212 f.

³⁷ Prop. 1970:166, s. 22.

³⁸ Adlercreutz, 1964, s. 244 f.

3 Verksamhetsövergång – förutsättningar och rättsliga följder

3.1 Allmänt om överlåtelse av verksamhet

3.1.1 Den svenska regleringen

Tidigare gällde i svensk rätt huvudregeln vid verksamhetsövergång att de anställda inte togs över med mindre det fanns ett särskilt avtal om att detta skulle ske. Arbetsdomstolen har uttalat i ett tidigare gällande rättsfall att anställningen var knuten till den arbetsgivare som anställningsavtalet hade träffats med. För överflyttning av anställningen krävdes som nämnt ett avtal och det blev dessutom fråga om en ny anställning hos den nye arbetsgivaren.³⁹ De anställda kunde då endast förlita sig på reglerna om företrädesrätt till återanställning i 25 § LAS och 3 § LAS om tillgodoräknande av anställningstid hos den tidigare arbetsgivaren.⁴⁰

Då det inte fanns någon egentlig reglering på området användes de allmänna avtalsrättsliga reglerna om partsbyte. Dessa innebär att gäldenären inte utan borgenärens samtycke kan överlåta avtalet.⁴¹ I ett anställningsförhållande ser partssituationen ut på det sättet att arbetsgivaren och arbetstagaren är ömsom borgenär, ömsom gäldenär. Gällande arbetsprestationen är arbetstagaren gäldenär och arbetsgivaren borgenär. När det kommer till betalningsprestationen är arbetstagaren istället borgenär och dennes arbetsgivare är gäldenär. Till viss del används resonemanget om samtycke även idag vid en verksamhetsövergång, eftersom det finns en möjlighet för arbetstagaren att motsätta sig att anställningsavtalet går över. Däremot finns inte samma möjlighet för arbetsgivaren.

Idag skyddas arbetstagarna vid en verksamhetsövergång av 6 b § LAS i kombination med uppsägningsförbudet i 7 § 3 st. LAS. Det finns dock en möjlighet att avtala om annat än det som sägs i 6 b § LAS. 2 § 4 st. 1 p LAS stadgar att det är tillåtet att kollektivavtalet innehåller avvikande bestämmelser, så länge som dessa bestämmelser inte är mindre förmånliga för arbetstagarna än vad som anges i överlåtelsedirektivet. 6 b § LAS är således EU-dispositiv.⁴² Med tanke på att implementeringen av överlåtelsedirektivet åtminstone delvis har skett ordagrant ska inte dispositiviteten överskattas. Överlåtelsedirektivet är tvingande och avvikelser från detta kan således en-

³⁹ AD 1985 nr 35, *Gävleborgs Byggplåt*.

⁴⁰ Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, 2004, Juristförlaget i Lund, s. 190.

⁴¹ Prop. 1994/95:102, s. 39.

⁴² Se om EU-dispositiviteten i 6 b § LAS i Lunning, Toijer, 2010, s. 313 f.

dast göras i för arbetstagarna förmånligare riktning. Exempel på detta skulle kunna vara att pensionsförmåner, som undantas från den automatiska övergången i överlåtelsedirektivet, läggs till i kollektivavtalet som en rättighet som ska övergå vid verksamhetsövergången.

Även 28 § MBL reglerar arbetstagar skyddet vid verksamhetsövergång då kollektivavtalets tillämpning säkras hos den nya arbetsgivaren.⁴³

3.1.2 Överlåtelsedirektivet

3.1.2.1 Bakgrund och syfte

I och med ikraftträdandet av EES-avtalet 1994 blev överlåtelsedirektivet bindande för svensk rätts del och då infördes nuvarande 6 b § LAS om arbetstagares skydd vid verksamhetsövergång.⁴⁴ Bestämmelsen baserar sig på EU:s överlåtelsedirektiv, vilket har ändrats flera gånger sedan det först kom 1977.⁴⁵

För att utröna vilket syfte EU hade med överlåtelsedirektivet kan ingressen studeras. Av det andra och tredje skälet kan utläsas att det är nödvändigt att säkerställa arbetstagarnas rättigheter vid överlåtelsesituationer; bland annat vill medlemsstaterna minska skillnaderna i skyddsnivå i den inhemska rätten. Överlåtelsedirektivets syfte var således att flytta fokus mot ett utpräglat arbetstagar skydd vid verksamhetsövergångar. Avsikten var dock inte att skapa ett långtgående arbetstagar skydd inom unionen, utan meningen var att de rättigheter som arbetstagarna hade enligt den nationella rätten skulle utsträckas till att gälla även i överlåtelsesituationer. Således krävs det att arbetstagarna redan åtnjuter skydd enligt nationell lagstiftning, överlåtelsedirektivet lyfter bara ut detta skydd till att gälla även i en överlåtelsesituation.⁴⁶

En aspekt som dock förtjänas att ta upp vid studerandet av syftet med överlåtelsedirektivets tillkomst är att det ursprungliga överlåtelsedirektivet infördes innan den sociala dimensionen hade börjat påverka hur EU-rätten såg ut. Med anledning av detta kan det ifrågasättas om syftet verkligen endast var att skydda arbetstagare i en överlåtelsesituation. Anledningen till att direktivet upprättades uppgavs vara att direktiv ska utfärdas som direkt inverkar på den gemensamma marknadens upprättande eller funktion. I detta kan det tolkas in att det låg konkurrensmässiga överväganden till grund för överlåtelsedirektivet. Med detta synsätt kan det hävdas att en omformulering kan ske, som att meningen med överlåtelsedirektivet är att arbetsgivare inte ska kunna komma i bättre ställning konkurrensmässigt genom att inte tillgodose arbetstagarnas grundläggande skydd för sin anställning.⁴⁷ Rättsföljderna av överlåtelsedirektivet skulle då bli desamma, men anledningen till att

⁴³ Se vidare avsnitt 3.1.4.2.

⁴⁴ Se förarbetena prop. 1994/95:102, SOU 1994:83.

⁴⁵ Ursprungligen 77/187/EEG.

⁴⁶ Mulder, 2004, s. 124 f samt s. 162 f.

⁴⁷ Lunning, Toijer, 2010, s. 280 f.

det tillämpades skulle vara annorlunda. Om överlåtelsedirektivet skulle ha ett huvudsakligt syfte att skydda marknaden mot otillbörlig konkurrens mellan arbetsgivare skulle troligen tolkningen av överlåtelsedirektivet se ut på ett annat sätt. Det har funnits röster som har gett uttryck för en sådan tolkning, med hänsynstagande till marknadsmässiga omständigheter, som exempelvis generaladvokaten i *Temco*-domen⁴⁸. Däremot har EU-domstolen inte ännu lagt sådana omständigheter till grund för någon dom.

3.1.2.2 Arbetstagarbegreppet

Överlåtelsedirektivets skydd riktar in sig på arbetstagare. Detta innebär att det endast är de som kan argumentera för att de ska få hjälp av överlåtelsedirektivet. Hur arbetstagare ska definieras lämnar EU, enligt artikel 2.1(d) i överlåtelsedirektivet, över till de enskilda medlemsstaternas nationella lagstiftningar att avgöra. Den svenska regleringen om skydd för arbetstagare vid verksamhetsövergång återfinns som tidigare nämnt i LAS och anledningen till detta är att skyddet siktar mot det enskilda anställningsförhållandet. Av denna anledning måste en arbetstagare hamna under arbetstagardefinitionen i LAS för att kunna åberopa skyddet.⁴⁹ För att undersöka den svenska definitionen kan ledning först sökas i 1 § LAS, som anger att lagen gäller arbetstagare i allmän eller enskild tjänst, det vill säga såväl arbetstagare i offentlig som i privat sektor. Dock är inte detta någon egentlig definition av begreppet arbetstagare. Inte heller MBL erbjuder någon precisering av vem som ska anses som arbetstagare, förutom att den lagen har utsträckt sitt tillämpningsområde till att även gälla den som utför arbete under anställningsliknande förhållanden, utan att faktiskt vara anställd, 1 § 2 st. MBL. Det har talats om det traditionella civilrättsliga arbetstagarbegreppet.⁵⁰ Det kan sägas att de grundläggande kriterierna för att någon ska anses vara arbetstagare är att denna person frivilligt har åtagit sig att arbeta för någon annans räkning. Förutsättningarna är nödvändiga men inte tillräckliga kriterier; dvs. det krävs att samtliga förutsättningar är för handen.⁵¹

Ett sätt att närma sig frågan om en person ska anses som arbetstagare är att titta på ett antal olika faktorer och om dessa är uppfyllda. Dessa faktorer har angetts i den juridiska litteraturen enligt följande:

1. Förhållandet är grundat på avtal,
2. avtalet går ut på att den ena parten utför en arbetsprestation för den andra partens räkning,
3. den som ska prestera har åtagit sig att göra detta personligen, eller åtminstone vara deltagande i arbetet jämte medhjälpare,
4. avtalet anger att det arbete som ska utföras anvisas av motparten,
5. beställaren innehar ett visst mått av kontroll över var, hur och när arbetet ska utföras,
6. råvaror, maskiner och andra kapitalinsatser tillhandahålls av beställaren,

⁴⁸ C-51/00.

⁴⁹ Prop. 1994/95:102, s. 41.

⁵⁰ Sigeman, Tore i Schmidt, m.fl., 1997, s. 30.

⁵¹ SOU 1994:141, s. 71.

7. vederlaget för arbetsprestationen står i relation till antingen tiden eller tiden och arbetsanspänningen,
8. arbetsförhållandet utgör inte någon bisyssla utan har en viss intensitet och varaktighet.⁵²

Adlercreutz har fördjupat sig i de olika förutsättningarna för att det ska anses föreligga ett anställningsförhållande. Skillnaden mellan ett anställningsförhållande och ett uppdragsförhållande uppges vara att i det förstnämnda fallet ställer arbetstagaren sig till arbetsgivarens förfogande inom ramen för dennes arbetsskyldighet. Ett uppdragsförhållande rör däremot vanligen ett åtagande att utföra bestämda arbetsuppgifter. Däremot betonar Adlercreutz att det förhållandet att någon ställer sin arbetskraft till förfogande för att utföra arbetsuppgifter som anvisas efter hand även kan ligga inom ramen för ett uppdragsförhållande. Som exempel nämns en handelsagent som ställer sin arbetskraft och sina övriga tillgångar till förfogande för att främja försäljning av huvudmannens produkter, utan att ett visst resultat är bestämt på förhand.⁵³

En grundläggande utgångspunkt har angetts av Högsta domstolen som att en bedömning av vad som kan anses vara avtalat ska vara avgörande. Vid denna bedömning ska alla omständigheter beaktas.⁵⁴ Anställningsavtalet kräver inte någon särskild form, utan det kan ingås konkludent eller på något annat formlöst sätt. Även om det som står i fokus är vad som har avtalats, finns det i svensk rätt ett tvingande arbetstagarbegrepp, där inte parterna på egen hand kan förfoga fullt ut över huruvida det ska anses föreligga ett anställningsförhållande. Domstolen ska göra en objektiv rättslig bedömning utefter de omständigheter som framkommer i fallet.⁵⁵

Till de ovan nämnda faktorerna kan även en social faktor adderas. Denna faktor pekar mot att ett anställningsförhållande föreligger om den som presterar en arbetsinsats har en ställning som är jämförlig med en arbetstagarare. Kriteriet lär vara ett fast inslag vid en bedömning av om det ska anses föreligga ett anställningsförhållande.⁵⁶

Punkterna fyra och fem ovan siktar in sig på det område som denna uppsats främst är intresserad av, nämligen arbetsledningsrätten.

3.1.2.3 Överlåtelse...

Enligt artikel 1 i överlåtelsedirektivet krävs det att det har skett en överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet för att direktivet ska kunna tillämpas. Det följer av den fortsatta direktivtexten att det ska handla om en lagenlig överlåtelse eller fusion. Vad detta i sin tur innebär är inte självklart.

⁵² Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, uppl. 3:5, 1994, Norstedts Juridik, s. 65 samt Adlercreutz, 1964, s. 228 ff.

⁵³ Adlercreutz, 1964, s. 233 f.

⁵⁴ NJA 1949 s. 768.

⁵⁵ SOU 1994:141, s. 74.

⁵⁶ Se Schmidt, 1994, s. 65.

Överlåtelsedirektivets tillämpning är inte inskränkt till traditionella överlåtelser och fusioner. EU-domstolen har istället fastslagit att tillämpning även kan ske när det är fråga om andra transaktioner. Det som är centralt i bedömningen är om det har skett ett arbetsgivarbyte; detta kan sedan se lite olika ut beroende på hur transaktionen är uppbyggd. EFTA-domstolen har uttalat i sitt rådgivande uttalande *Ulstein*⁵⁷ att innebörden av begreppet överlåtelse ska vara mer vidsträckt och flexibelt än den sedvanliga betydelsen av att det har skett en överlåtelse.

Exempel på fall där EU-domstolen har utvidgat överlåtelsedirektivet tillämpningsområde, och som har särskild relevans för denna uppsats, är *Daddy's Dance Hall*⁵⁸ där domstolen kom fram till att ett byte av entreprenör kan utgöra verksamhetsövergång trots avsaknad av avtal eller rättsligt samband mellan entreprenörerna. Här kan det således inte anses vara fråga om en överlåtelse i traditionell bemärkelse, men en tillämpning av överlåtelsedirektivet ska ändå ske och arbetstagarna ska beredas det skydd de har rätt till enligt detta direktiv.

Avseende den särskilda situationen att en entreprenad överförs kan det nämnas att det avgörande inte är hur en överlåtelse sker, utan huruvida ett eventuellt avtal ger uttryck för att det sker en överlåtelse av verksamhet. Det spelar således ingen roll för tillämpningen av överlåtelsedirektivet om överlåtelserna sker via tredje mans dispositioner.⁵⁹

3.1.2.4 ...av verksamhet

Själva verksamheten som överlåts ska kunna kategoriseras som en varaktigt och stabilt organiserad ekonomisk enhet, enligt artikel 1.1(b) i överlåtelsedirektivet. När denna bedömning görs innefattar den många olika punkter vilka måste granskas. Som en övergripande beskrivning för att en verksamhet har bevarat sin ekonomiska identitet kan anges att det rör sig om samma verksamhet i ekonomisk bemärkelse både före och efter överlåtelserna.⁶⁰

Ett centralt rättsfall på området utgörs av *Spijkers-domen*⁶¹, där EU-domstolen radar upp de så kallade *Spijkerskriterierna*, vilka är relevanta att bedöma för att fastställa om den ekonomiska enheten som har överförs har behållit sin identitet. Kriterierna är inte avsedda att bedömas var för sig, utan en helhetsbedömning ska göras där de olika kriterierna viktas mot varandra. De kriterier som EU-domstolen anger i fallet är följande.

1. Arten av företag eller verksamhet

⁵⁷ E-2/96, p. 19.

⁵⁸ C-324/86.

⁵⁹ Se Andersen, Lars Svenning, Vejby, Bjarke och Jørgensen, Jeppe Høyer, *Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*, 5 uppl., 2009, Jurist- og økonomiforbundets forlag, s. 48 f.

⁶⁰ Lunning, Toijer, 2010, s. 283.

⁶¹ C-24/85.

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

Dessa kriterier kan ha olika betydelse beroende på vilken sorts verksamhet det är som eventuellt har varit föremål för övergång. EU-domstolen uttalade i fallet *Christel Schmidt*⁶² att arbetsgivarens överlåtande av endast en arbetstagare, en städare av banklokalen, till en entreprenör kunde anses utgöra verksamhetsövergång. Fallet väckte särskilt stor kritik i Tyskland, där en lokal arbetsdomstol på nytt skickade ett liknande fall till EU-domstolen. Effekterna av domen blev begränsade då varken Sveriges eller Frankrikes domstolar lade särskilt mycket vikt vid domen, utan dömde i motsatt riktning. I *Swebus*-målet⁶³ uttalade Arbetsdomstolen att en övergång av endast arbetsuppgifter inte medförde att en övergång skulle anses ha skett. Detta synsätt har senare också anammats av EU-domstolen i *Süzen*-målet.⁶⁴

EU-domstolen fastslog i *Süzen* att om det rör sig om en verksamhet där arbetskraften är den viktigaste tillgången, får det avgörande betydelse huruvida huvuddelen av denna har tagits över.⁶⁵ Motsatt kan det klargöras att om verksamheten i stort baserar sig på materiella tillgångar, får en övergång av dessa tillgångar större betydelse.⁶⁶

Vid en närmare titt på den fjärde punkten ovan kan det synas leda till ett cirkelresonemang att inom ramen för om verksamheten har bevarat sin identitet beakta huruvida huvuddelen av arbetsstyrkan har tagits över eller inte. Eftersom en av rättsföljderna av att ett förfarande anses vara en övergång av verksamhet är att den nya arbetsgivaren ska ta över de anställda automatiskt får samma omständighet karaktären av både orsak och verkan i samma resonemang.⁶⁷ Tanken är dock att en helhetsbedömning av samtliga omständigheter ska göras i en överlåtelsesituation. Av denna anledning bör övertagandet av anställda ingå i bedömningen om det har skett en verksamhetsövergång. Att sedan alla arbetstagare har rätt att följa med till den nya arbetsgivaren är bara en följd av överlåtelsedirektivets skyddssyfte.

⁶² C-392/92.

⁶³ AD 1995 nr 163.

⁶⁴ Sigeman, Tore, *Arbetsdomstolen i internationellt perspektiv*, SvJT 2004 s. 561 ff, s. 572. Se även Schaumburg-Müller, Werlauff, 2011, s. 16 f.

⁶⁵ Jfr C-13/95, p. 21.

⁶⁶ Hansen, 2010, s. 142. Se även EU-domstolens domar C-172/99, p. 42 samt C-340/01. Se även Lunning, Toijer, 2010, s. 287.

⁶⁷ Lunning, Toijer, 2010, s. 284.

När det här talas om omständigheten att de anställda har tagits över kan det nämnas ett fall från EU-domstolen, *Jouini*⁶⁸, där det rörde sig om verksamhet som bestod av uthyrning av arbetskraft. En tredjedel av de anställda som hyrdes ut samt en del av den administrativa personalen hade i detta fall förts över till en annan verksamhet vilken också bestod av uthyrning av arbetskraft. EU-domstolen fann att överlåtelsedirektivet skulle tillämpas eftersom en sådan verksamhet kan bedrivas utan några betydande materiella tillgångar. Själva kärnan i verksamheten är trots allt arbetskraften som hyrs ut. De anställda skulle efter övergången fortsätta att utföra samma uppdrag för samma kunders räkning, vilket också togs i beaktande.

Som representativt för den svenska rättstillämpningen angående uthyrd personal kan AD 2008 nr 51 nämnas. Avgörande för frågan om det har skett en verksamhetsövergång när det är fråga om uthyrd personal är hur långt det uthyrande företags åtagande sträcker sig. Arbetsdomstolen konstaterade att en ren uthyrning av personal inte är att betrakta som en verksamhetsövergång, men om det uthyrande företaget åtar sig att svara för en viss kvalitet på arbetet kan saken komma att bedömas annorlunda. Det som även bedömdes vara relevant för att det inte skulle anses vara fråga om någon verksamhetsövergång var att ingen administrativ funktion hade övertagits av det nya företaget.

Ytterligare en aspekt på de anställdas övergång är vilken kompetens de innehar. EFTA-domstolen har uttalat sig i fallet *Eidesund*⁶⁹ om de övertagna arbetstagarnas kompetens. Domstolen angav att när en hög procentandel av de anställda tas över av det nya företaget, kan dessa anställda stödja uppfattningen att enheten har bevarat sin identitet, om de innehar en hög kompetensnivå. Om arbetstagarna istället utför mindre kvalificerat arbete väger övertagandet av de anställda mindre vid bedömningen om en ekonomisk enhet har bevarat sin identitet.⁷⁰ Domstolen ger en ny dimension till punkten om de anställdas övergång eftersom den i bedömningen tar in frågan om de anställdas kompetens. EU-domstolen har allmänt uttalat att det ska vara fråga om en övergång av en huvuddel av de anställda, till antal och kompetens. EFTA-domstolen fastställde i detta mål mer konkret vilken betydelse de anställdas kompetens har för frågan om den ekonomiska enheten har bevarat sin identitet.

För det fall att det är fråga om överlåtelse av en del av en verksamhet omfattas endast de arbetstagare som hör till just denna del av överlåtelsedirektivets skydd. Därför blir det relevant att komma fram till i vilken verksamhetsdel som arbetstagarna ska anses arbeta. I fallet *Botzen* konstaterade EU-domstolen just detta. Ett anställningsförhållande karakteriseras av sambandet som finns mellan den anställda och den verksamhetsdel för vilkens räkning den anställda ska utföra sina uppgifter.⁷¹

⁶⁸ C-458/05.

⁶⁹ E-2/95.

⁷⁰ E-2/95, p. 43.

⁷¹ C-186/83, p. 15.

Vidare kan det nämnas att målet med verksamheten inte behöver vara att den ska vara vinstdrivande. Även verksamheter med ideella mål kan utgöra en verksamhet i överlåtelsedirektivets mening.⁷² Detta fastslogs av EU-domstolen i domen *Collino*, där det anges att överlåtelsedirektivet tillämpas oavsett om den ekonomiska enheten har som syfte att bereda ekonomisk vinst eller inte.⁷³ Ett sådant ställningstagande får anses ligga i linje med tanken om att det är arbetstagarna som ska beredas skydd. Dessa har ett lika stort skyddsbehov oavsett vilket syfte verksamheten har.

3.1.2.5 Ny arbetsgivare

Att det ska ske ett byte av arbetsgivare anges i artikel 1.1.a överlåtelsedirektivet. Då det sker förändringar i företagsstrukturen som innebär ett ägarskifte men inte ett arbetsgivarbyte blir det inte fråga om att tillämpa överlåtelsedirektivet.⁷⁴

I fallet *Allen* konstaterade EU-domstolen att det inte har någon betydelse om ett ägarbyte har skett eller inte, så länge det rör sig om en ny arbetsgivare. Överlåtelsedirektivet är tillämpligt på ett fall då det sker ett arbetsgivarbyte från ett dotterbolag i en koncern till ett annat dotterbolag i samma koncern, även om bolagen har samma ägare, ledning, lokaler och arbetsuppgifter. Det avgörande är om det har skett en rättslig förändring av arbetsgivarens person och övriga kriterier i överlåtelsedirektivet är för handen.⁷⁵

I fallet *Ny Mølle kro*⁷⁶ var det fråga om ett arbetsgivarbyte som skedde genom att den första arbetsgivaren blev av med kontraktet för drivande av verksamheten. Den som ägde krogen tog själv över verksamheten och arbetstagarna fick således en ny arbetsgivare, utan att ägarförhållandet ändrades. Detta visar att det inte har någon betydelse hur ägarstrukturen ser ut för företaget. När det ur arbetstagarnas synvinkel är fråga om en ny arbetsgivare är kravet på byte av arbetsgivare enligt överlåtelsedirektivet uppfyllt.

Ett arbetsgivarbyte kan dock inte anses ha skett om en verksamhet överförs från en avdelning till en annan inom samma bolag. Överlåtelsedirektivet saknar även tillämpning på omplaceringar som sker inom företag, t ex mellan olika driftsenheter.⁷⁷

3.1.3 Gränsöverskridande verksamhetsövergång

Vid verksamhetsövergångar som utförs över medlemsländernas gränser ska en bedömning om domsrätt göras för att utröna vilket lands domstol som är behörig att pröva en uppkommen tvist. I de flesta av EU:s medlemsländer

⁷² Andersen m.fl., 2009, s. 90 f.

⁷³ C-343/98, p. 30. Se även C-382/92, p. 44-46.

⁷⁴ Se Andersen m.fl., 2009, s. 44.

⁷⁵ C-234/98, p. 17.

⁷⁶ C-287/86.

⁷⁷ Lunning, Toijer, 2010, s. 281.

regleras domsrätt i Bryssel I-förordningen.⁷⁸ För Danmarks del gällde innan den 1 juli 2007 inte förordningen, men i och med ett avtal mellan Danmark och EU ska förordningen tillämpas efter denna tidpunkt.⁷⁹ För EFTA-staterna (Norge, Schweiz och Island) ska en ny Luganokonvention⁸⁰ tillämpas.⁸¹

Huvudregeln i Bryssel I-förordningen är enligt artikel 2 att domstolen i landet där svaranden har sin hemvist ska pröva tvisten. Artiklarna 18-21 i Bryssel I-förordningen innehåller särskilda bestämmelser om domsrätt vid tvister om anställningsavtal.

När det är fråga om övergång av verksamhet över EU-länders gränser, blir inte den grundläggande avtalsrättsliga bedömningen annorlunda. Däremot kan det vara lämpligt att parterna i sitt avtal om verksamhetsövergång tar in exempelvis lagvalsregler.⁸² Dessa anger vilket lands lag som ska tillämpas på avtalet. Om sådana lagvalsregler saknas ska en bedömning göras utifrån Romkonventionens⁸³ artikel 4 (2) eller Rom I-förordningens artikel 4 (2). Romkonventionen reglerar lagvalsfrågan för avtal som ingåtts innan den 17 december 2009 och efter denna tidpunkt regleras det av Rom I-förordningen.⁸⁴ Rom I-förordningen gäller inte för Danmarks del men eftersom förordningen ska tillämpas även gentemot länder som står utanför förordningen blir betydelsen av detta begränsad.⁸⁵

Den lag som ska tillämpas på arbetstagarens anställningsförhållande är, enligt artikel 6 i Romkonventionen, lagen i det land där arbetet utförs. Det är möjligt att träffa avtal om lagval och i så fall gäller det lands lag som arbetstagaren och arbetsgivaren har avtalat ska gälla. Det finns dock en möjlighet för arbetstagaren att ändå åberopa arbetslandets regler om dessa är mer förmånliga för arbetstagaren.⁸⁶ Betydelsen av ett sådant avtal kan dock diskuteras eftersom överlåtelsedirektivet gäller i EU:s medlemsländer och lagstiftningen bör vara ganska likvärdig inom EU. Överlåtelsedirektivet är dock ett minimidirektiv och det kan finnas medlemsländer som har infört för arbetstagarna mer förmånliga regler, vilka då kan åberopas av de arbetstagare som hamnar i en överlåtelssituation.

⁷⁸ Rådets förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

⁷⁹ Nyström, Birgitta, *EU & arbetsrätten*, 4 uppl., 2011, Norstedts Juridik, s. 116, not 5.

⁸⁰ Se SFS 2009:1318.

⁸¹ Nyström, 2011, s. 116. Se mer om den nya Luganokonventionen i prop. 2008/09:205.

⁸² Hansen, 2010, s. 143.

⁸³ Konvention den 19 juni 1980 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, inkorporerad genom lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

⁸⁴ Nyström, 2011, s. 118. Se även Hansen, 2010, s. 271 f.

⁸⁵ Nyström, 2011, s. 118.

⁸⁶ Se om detta i Hansen, 2010, s. 157, särskilt not 441.

3.1.4 Rättsliga följder av en verksamhetsövergång

3.1.4.1 Anställningsavtalens övergång

Den största och mest framträdande följden av att det har skett en verksamhetsövergång är att anställningsavtalen automatiskt går över till den nya arbetsgivaren, enligt artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet. Förutom detta innehåller överlåtelsedirektivet två följder som blir konsekvensen av att det har skett en verksamhetsövergång. För det första skyddas arbetstagarnas anställningsavtal till viss del mot förändringar. För det andra uppkommer en skyldighet att informera och överlägga. Denna konsekvens hänförs dock till medbestämmanderätten i svensk rätt och därmed kommer den inte diskuteras djupare i den här uppsatsen.

En övergång av anställningsavtalen sker automatiskt och det kan beskrivas som ett undantag från den civilrättsliga huvudregeln att ett gäldenärsbyte inte får ske utan tillåtelse från borgenären.⁸⁷ I ett anställningsförhållande är arbetsgivaren gäldenär gällande betalning av arbetstagarens lön och arbetstagaren är gäldenär angående sin arbetsprestation. Arbetstagaren har dock en möjlighet att vägra gå över till den nya arbetsgivaren, enligt 6 b § 2 st. LAS.

Att anställningsavtalens innehåll skyddas följer av artikel 4.2 i överlåtelsedirektivet. Det framgår som att det ska anses ligga arbetsgivaren till last om ett anställningsförhållande upphör genom att det sker en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för den anställde. Skulden för anställningens upphörande läggs på arbetsgivaren även om det är arbetstagaren som faktiskt säger upp sig. Det kan dock diskuteras vad det har för konsekvenser för det verkliga fallet där ett anställningsförhållande har upphört. Överlåtelsedirektivet anger inte vad det innebär att det ska ligga arbetsgivaren till last. Anledningen till detta får anses vara att överlåtelsedirektivet endast syftar till en partiell harmonisering och det är inte meningen att det ska uppnås en enhetlig skyddsnivå med artikel 4.2. En bedömning med den nationella rätten som grund ska göras, dock med överlåtelsedirektivets skyddssyfte som generell måttstock.⁸⁸

Det bör nämnas att det inte är alla villkor i anställningsavtalen som automatiskt övergår på förvärvaren. Undantag görs i överlåtelsedirektivet för ålders-, invaliditets- och efterlevandeförmåner.⁸⁹

Anställningsavtalen övergår automatiskt, oberoende av förvärvarens åsikter om detta. Däremot kan inte arbetstagarna tvingas arbeta för den nya arbetsgivaren. Det fastslogs av EU-domstolen i domen *Katsikas* att en arbetstagare inte har någon skyldighet att arbeta för en arbetsgivare som denne inte själv

⁸⁷ Se om detta Hansson, Mikael, *Kollektivavtalsrätten*, 2010, Iustus Förlag, not 562 på s. 180.

⁸⁸ Lunning, Toijer, 2010, s. 298 f.

⁸⁹ Se artikel 4.1 (a) i överlåtelsedirektivet.

har valt.⁹⁰ Om en arbetstagare vägrar att följa med till den nya arbetsgivaren förlorar arbetstagaren skyddet som garanteras av överlåtelsedirektivet. Arbetstagare torde i praktiken vägra att flytta med till förvärvaren främst när det rör sig om överlåtelse av en del av verksamheten.⁹¹

Arbetstagarnas vägran att följa med till en ny arbetsgivare prövades av EU-domstolen även i fallet *Merckx*.⁹² Ett företag innehade återförsäljaravtal för Fords bilar. Merckx och Neuhuys var anställda av det företaget. Senare övertogs återförsäljaravtalet av ett nytt företag. De två anställda erbjöds anställning hos det förvärvande bolaget, men med förändrade arbetsvillkor, annat geografiskt område och ingen bibehållen kundkrets. Arbetstagarna vägrade ta anställning hos förvärvaren med anledning av detta.

EU-domstolen konstaterade att det är fråga om en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet när ett företag med återförsäljaravtal för bilar för ett visst område upphör med sin verksamhet, och återförsäljaravtalet överförs till ett nytt företag, som återanställer en del av personalen och drar nytta av kundkretsen utan att överta några tillgångar.⁹³

Sedan prövade EU-domstolen om arbetstagarna kan vägra att arbeta hos förvärvaren. De garanterades inte bibehållen lön, vilket utgör en så genomgripande förändring att anställningsförhållandet får anses ha upphört med arbetsgivaren som ansvarig.⁹⁴ Som nämnt ovan är det dock oklart vad det innebär i praktiken när arbetsgivaren ska anses som ansvarig för ett anställningsförhållandes upphörande.

Parterna i en överlåtelsesituation kan inte sinsemellan avtala om vid vilken tidpunkt anställningsavtalen ska gå över. EU-domstolen har fastslagit att anställningsavtalen går över det datum då den faktiskt övergången av verksamheten sker och det ligger inte i parternas händer att ändra detta datum.⁹⁵

3.1.4.2 Kollektivavtalsrättsliga överväganden

Vid en verksamhetsövergång kan olika situationer uppenbara sig gällande den eventuella existensen av kollektivavtal hos överlåtaren respektive förvärvaren. En central bestämmelse för denna bedömning är 28 § MBL.

Om varken överlåtaren eller förvärvaren är bunden av något kollektivavtal som kan tillämpas på de övertagna arbetstagarna ska villkoren för anställningarna regleras genom de enskilda anställningsavtalen. Ska en förändring av anställningsvillkoren uppnås ligger det på arbetsgivaren (förvärvaren) att

⁹⁰ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, p. 31-33.

⁹¹ Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 13 uppl., 2007, Norstedts juridik, s. 199.

⁹² Förenade målen C-171/94 och C-172/94.

⁹³ Förenade målen C-171/94 och C-172/94, p. 32.

⁹⁴ Förenade målen C-171/94 och C-172/94, p. 39.

⁹⁵ Se C-305/94, p. 26.

träffa individuella överenskommelser om detta med de enskilda arbetstagarerna.⁹⁶

Både överlåtaren och förvärvaren kan ha kollektivavtal som var för sig kan tillämpas på de övertagna arbetstagarerna. I så fall blir förvärvaren skyldig att under ett år från övergången tillämpa överlåtarens kollektivavtal, utan att avtalsbundenhet uppkommer.⁹⁷ Det ska här beröras att detta skydd endast gäller mot försämringar av anställningsvillkoren, inte mot förbättringar.⁹⁸ Innebörden av detta är att om förvärvaren tillämpar överlåtarens kollektivavtal gentemot arbetstagarerna, men detta innehåller sämre villkor än förvärvarens kollektivavtal, handlar förvärvaren korrekt. Detta fastställdes av Arbetsdomstolen i AD 2008 nr 61. Där uppkom en sådan situation att förvärvarens kollektivavtal till viss del innehöll bättre villkor för de anställda. Arbetsdomstolen konstaterade att syftet med att överlåtarens kollektivavtal ska tillämpas under en övergångsperiod är att göra övergången till den nya arbetsgivaren så mjuk som möjligt. Vidare uttalar Arbetsdomstolen att skyddet i de flesta fall bidrar till att undvika att arbetstagarernas villkor försämras. Sverige har inte utnyttjat möjligheten i artikel 8 i överlåtelsedirektivet om att införa för arbetstagarerna gynnsammare villkor än vad överlåtelsedirektivet anger. Arbetstagar sidan fick således finna sig i att överlåtarens kollektivavtal tillämpades under övergångsperioden, oavsett hur dess villkor förhöll sig till förvärvarens kollektivavtal.

Även EU-domstolen har bedömt frågan om arbetstagarernas skydd mot försämringar av anställningsvillkoren i fallet *Scattolon*.⁹⁹ Scattolons tjänst överflyttades från kommunen till en statlig myndighet. Scattolon fick vid förflyttningen inte tillgodoräkna sig sin anställningstid hos kommunen. Hon placerades i en lönekategori som om hon hade varit anställd i nio år, men hennes egentliga anställningstid var närmare 20 år, vilket medförde en rejäl lönesänkning. Arbetstagar sidan ansåg att hennes sammanlagda anställningstid skulle räknas, vilket gav upphov till tvist med den nya arbetsgivaren.

Den första tolkningsfrågan som ställdes till EU-domstolen var huruvida det är en övergång av ett företag om en offentlig myndighet övertar personal från en annan offentlig myndighet som tillhandahåller kompletterande service till skolor.¹⁰⁰ EU-domstolen började med att diskutera vad begreppet ”företag” omfattar. Det ska vara fråga om en varaktigt organiserad ekonomisk enhet. Med detta menas en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. EU-domstolen konstaterade att det inte fanns några skäl för att undanta offentliganställda deras arbetstagar skydd enbart för att övergången utgör ett led i en omorganisation av offentlig förvaltning. Konsekvensen av ett motstående resonemang skulle bli att myndigheten kan undanta överföring av arbetstagar från

⁹⁶ Lunning, Toijer, 2010, s. 310.

⁹⁷ Se 28 § 3 st. MBL samt Lunning, Toijer, 2010, s. 310.

⁹⁸ Se AD 2008 nr 61.

⁹⁹ C-108/10.

¹⁰⁰ C-108/10, p. 33.

tillämpningen av överlåtelsedirektivet genom att hävda att övergången är ett led i en omorganisation av personalen.¹⁰¹

EU-domstolen bedömde vidare om det hade rört sig om en övergång. Med användning av tidigare rättspraxis konstaterades att en tillämpning av direktivet inte är utesluten för att övergången sker till följd av ensidiga myndighetsbeslut och inte genom avtal.¹⁰² Sammanfattningsvis kan sägas att övergången som skedde i fallet föll under direktivets tillämpningsområde.

Den andra och tredje tolkningsfrågan ställdes av den italienska domstolen för att komma fram till om förvärvaren ska bestämma den övergående arbetstagarens lön med beaktande av dennes anställningstid hos överlåtaren. Utifrån rättspraxis konstaterades att arbetstagarnas tidigare anställningstid inte i sig utgör en rättighet som dessa kan göra gällande mot den nya arbetsgivaren. Däremot ligger anställningstiden till grund för ekonomiska rättigheter som arbetstagarna åtnjuter. Anställningstiden påverkar framför allt lönesättningen. Dessa ekonomiska rättigheter ska tillgodoses av förvärvaren i enlighet med hur överlåtaren hade tillgodosett dem.¹⁰³

EU-domstolen framhävde att överlåtelsedirektivet ger förvärvaren och andra avtalsparter en viss frihet att organisera hur arbetstagarnas löneintegration ska ske, vilket medför att organisationen kan anpassas till omständigheterna i det enskilda övergångsfallet. Samtidigt får inte avtalsparterna göra detta på ett sätt som strider mot målsättningen med överlåtelsedirektivet.¹⁰⁴

Artikel 3.2 första stycket i överlåtelsedirektivet ska enligt EU-domstolen tolkas så att det finns en rätt för förvärvaren att redan vid överlåtelsepunkten tillämpa arbetsvillkor som kommer ur förvärvarens kollektivavtal. Om denna rätt utnyttjas ska den inte ha till syfte eller verkan att arbetstagarna får totalt sett sämre villkor än innan. Däremot kan inte överlåtelsedirektivet användas för att uppnå en förbättring av arbetsvillkoren jämfört med innan överlåtelsen.¹⁰⁵ Med andra ord ska överlåtelsedirektivet varken användas för att uppnå sämre eller bättre villkor.

EU-domstolen konstaterade vidare att det är oförenligt med överlåtelsedirektivets ändamål att inte beakta anställningstiden i den utsträckning det hade behövts för att undgå de påtagliga lönesänkningarna.¹⁰⁶

Om en situation uppkommer som i det ovan refererade rättsfallet, AD 2008 nr 61, finns det troligen inget hinder mot att förvärvaren väljer att tillämpa sitt kollektivavtal, som innebär bättre villkor för de övertagna arbetstagarna.¹⁰⁷ Att dessa arbetstagare får bättre villkor än vad de hade tidigare kan

¹⁰¹ C-108/10, p. 58.

¹⁰² C.108/10, p. 63.

¹⁰³ C-108/10, p. 69.

¹⁰⁴ C-108/10, p. 75.

¹⁰⁵ C-108/10, p. 76-77.

¹⁰⁶ C-108/10, p. 81.

¹⁰⁷ Hansson, 2010, s. 183.

inte anses innebära någon nackdel för dem då de kommer i bättre ställning än vad de faktiskt har rätt till.

Om både överlåtaren och förvärvaren är bundna av samma kollektivavtal som kan tillämpas på de övertagna arbetstagarna uppkommer inget problem. Kollektivavtalet ska tillämpas även fortsättningsvis på de övertagna arbetstagarna.¹⁰⁸

Det kan även uppkomma en situation då förvärvaren inte är bunden av ett kollektivavtal som kan tillämpas på de arbetstagare som har gått över, men att överlåtaren var bunden av ett sådant. I så fall är förvärvaren skyldig att tillämpa kollektivavtalet på samma sätt som överlåtaren var skyldig att tillämpa det.¹⁰⁹ Att kollektivavtalet gäller för den nya arbetsgivaren kan tolkas som att en rättslig bundenhet uppkommer för denne som om arbetsgivaren själv hade slutit kollektivavtalet.¹¹⁰ Eftersom den nye arbetsgivaren inte uppnår automatisk bundenhet till följd av dennes medlemskap i den avtalslutande arbetsgivarorganisationen, utan blir bunden som avtalspart, uppkommer ingen bundenhet angående ändringar av kollektivavtalet som införts efter överlåtelsen.¹¹¹

När det här skrivs om kollektivavtalets tillämplighet när en övergång har skett är det relevant att nämna att 28 § MBL är dispositiv, enligt 4 § 2 st. MBL. Det finns således möjlighet för parterna att träffa ett s.k. inrange-ringsavtal som reglerar hur anställningsvillkoren ska föras över. Då kan överenskommelse om för arbetstagarna gynnsammare villkor vid en verksamhetsövergång träffas.¹¹²

Det kan diskuteras om överlåtaren och/eller förvärvaren kan påverka vid vilken tidpunkt rättsverkningarna vid en verksamhetsövergång ska inträda. Parterna kanske av någon anledning vill att det ska anses vara en verksamhetsövergång först när det nya räkenskapsåret tar sin början och skriver in en klausul om detta i avtalet. Rättspraxis från EU-domstolen visar dock att det inte ligger i parternas makt att bestämma detta. Rättsverkningarna inträder så snart en verksamhetsövergång faktiskt har skett, vilket även följer direkt av artikel 3.1 i överlåtelsesdirektivet.¹¹³ Även annan rättspraxis från EU-domstolen talar för detta då det har fastställts att överlåtarens skyldigheter enligt anställningsavtalet eller anställningsförhållandet upphör i och med övergången.¹¹⁴ Om parterna hade tillåtits förfoga över tidpunkten för verksamhetsövergångens rättsverkningar skulle det innebära att skyddssyftet för arbetstagarna inte tillgodoses fullt ut.

¹⁰⁸ Lunning, Toijer, 2010, s. 310.

¹⁰⁹ 28 § 1 st. 1 men MBL samt Lunning, Toijer, 2010, s. 310.

¹¹⁰ Hansson, 2010, s. 180 samt Eklund i Schmidt m.fl., 1997, s. 204.

¹¹¹ Hansson, 2010, s. 181 samt Kristiansen, Jens, *Den kollektive arbejdsret*, 2004, Jurist- og økonomiforbundets forlag, s. 202.

¹¹² Se Arbetsdomstolen i AD 2008 nr 61 samt Lunning, Toijer, 2010, s. 312.

¹¹³ C-305/94, p.23.

¹¹⁴ Förenade målen C-144/87 och C-145/87, p. 14.

3.1.4.3 Uppsägningsförbudet

Det är inte tillåtet att säga upp arbetstagare i samband med en verksamhetsövergång med hänvisning till arbetsbrist som grundar sig i överlåtelsen.¹¹⁵ Däremot tillåter överlåtelsedirektivet att uppsägningar görs som grundar sig i ekonomiska, tekniska och organisatoriska förändringar, så kallade ETO-skäl.¹¹⁶ Detta kan medföra oklarheter om vilka omständigheter som kan rättfärdiga uppsägning i en överlåtelsesituation och vilka som inte kan göra det.

Överlåtelsedirektivet anger ordagrant att uppsägningar inte får ske som grundar sig i ”övergången i sig”, vilket får anses ta sikte på uppsägningsskäl som uppkommer på grund av arbetsgivarbytet som sådant. När verksamhetsövergångar sker är uppkomsten av ETO-skäl mer regel än undantag och förbudet mot uppsägningar i samband med en verksamhetsövergång får anses ha ett snävt tillämpningsområde. De uppsägningar som trots allt hamnar inom tillämpningsområdet anses sakna saklig grund och är således otillåtna enligt svensk rätt.¹¹⁷

Verksamhetsövergångar där företag slås samman kan genomföras i syfte att företag som är nära att gå under får en möjlighet till rekonstruktion i och med överlåtelseförfarandet.¹¹⁸ Det kan med fog hävdas att de situationer som undantaget för ETO-skälen avser att inrikta sig på är just de där företag är i ett svårt ekonomiskt läge och således kan klara sig om uppsägningar görs.¹¹⁹

Övergången som sådan utgör ingen grund för uppsägning, utan det krävs att arbetsbristen ska föreligga i form av att det har blivit en övertalighet hos överlåtaren. Uppsägningar kan således inte ske hos överlåtaren för att det skulle uppstå arbetsbrist hos förvärvaren. Med andra ord: överlåtaren får inte gå förvärvarens ärenden.¹²⁰

Om övertaligheten av anställda uppkommer som en direkt följd av själva övergången kan inte överlåtaren säga upp några anställda av denna anledning. Denna inskränkning gäller även om inte något överlåtelsebeslut officiellt har fattats ännu.¹²¹ Detta visar på en tidsmässig begränsning, istället för en begränsning av vilka skäl som utgör grund för uppsägning enligt överlåtelsedirektivets mening. De svenska förarbetena utvidgar skyddet för arbetstagarna eftersom tidsperspektivet inte tas upp i överlåtelsedirektivet.¹²² Ur ett arbetsgivarperspektiv kan det synas som att det inte finns något att göra utan han eller hon måste behålla alla anställda och kan inte göra någon för-

¹¹⁵ Se artikel 4 i överlåtelsedirektivet samt 7 § 3 st. LAS.

¹¹⁶ Adlercreutz och Mulder, 2007, s. 199 f.

¹¹⁷ Kravet på saklig grund för uppsägning återfinns i 7 § 1 st. LAS. Se även Källström, Malmberg, 2009, s. 284.

¹¹⁸ Nordström, Anders, *Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet* i Eklund, Ronnie m.fl., red., *Festskrift till Hans Stark*, 2001, Jure, s. 197-210, s. 201.

¹¹⁹ Adlercreutz, Mulder, 2007, s. 200.

¹²⁰ Lunning, Toijer, 2010, s. 306 samt Nordström i *Festskrift till Hans Stark*, s. 197 ff.

¹²¹ Prop. 1994/95:102, s. 45.

¹²² Källström, Malmberg, 2009, s. 284 f.

ändring av arbetsstyrkan ens när överlåtelsen ligger på förhandlingsstadiet. Är arbetsgivaren bakbunden? Det beror på hur problemet angrips. Arbetsgivaren kan ha en allmän avsikt att inom en överkomlig tidsperiod överlåta verksamheten till en ännu inte tilltänkt förvärvare. I sådana fall finns det inget som hindrar att personalstyrkan anpassas för att i framtiden underlätta för en övergång av verksamheten. Däremot kan det antas att arbetsgivaren ofta inte inser att förändringar i personalstyrkan behövs göras förrän en faktisk överlåtelssituation är för handen. Då är det för sent att avsluta anställningarna eftersom det kan angripas med hjälp av 6 b § i kombination med 7 § 3 st. LAS.

Det kan vidare diskuteras om det skulle vara tillåtet för arbetsgivaren att genomföra uppsägningar när denne önskar avsluta sin rörelse, även om ett sådant avslutande råkar ske med användande av en överlåtelse. Då skulle det inte vara överlåtelsen i sig som låg till grund för uppsägningarna, utan de skulle genomföras med anledning av att arbetsgivaren lägger ner verksamheten. En domstols tolkning av vad det innebär att uppsägningar har sin grund i överlåtelsen får ytterst avgöra tillåtligheten i ett sådant förfarande. Resonemanget ovan förefaller rimligt då det inte är överlåtelsen i sig som medför att uppsägningar görs utan istället arbetsbrist som uppkommer i och med att verksamheten ska avvecklas. Risker med detta förfarande är dock att ett kringgående av överlåtelledirektivets tillämpning kan uppnås. Det bör fastställas att det verkligen är arbetsgivarens avsikt att avveckla verksamheten för att det ska bedömas som tillbörligt.

Det uppkommer förvisso en gråzon mellan den punkt när det inte är aktuellt med en verksamhetsövergång och den när alla beslut är fattade. Arbetsdomstolen har uttalat att det krävs att övergångsplanerna måste ha tagit ”en relativt fast form” för att uppsägningsförbudet ska kunna sägas vara gällande.¹²³ Målet rörde ett handelsbolag som hade omvandlats till ett aktiebolag varvid fyra arbetstagare hade sagts upp på grund av arbetsbrist. Arbetsdomstolen anförde att uppsägningsförbudet vid en överlåtelssituation inte är knutet till en fixerad tidpunkt, utan en bedömning får göras huruvida det har skett uppsägningar på grund av överlåtelsen. När denna bedömning gjordes av Arbetsdomstolen kom den fram till att det inte var visat att handelsbolaget hade en avsikt att överlåta verksamheten vid den tidpunkt då uppsägningarna hade företagits. Uppsägningarna var således rättsligt giltiga.

På detta område kan även *Temco*-domen¹²⁴ från EU-domstolen vara relevant att nämna. EU-domstolen uttalade där att det förhållandet att arbetstagarna sades upp bara några dagar innan verksamhetsövergången talade för att uppsägningarna vidtogs på grund av överlåtelsen.¹²⁵ Det bör dock noteras att som ovan skrivits att överlåtelledirektivet inte tar hänsyn till tidsaspekten. Istället används tidsaspekten som en omständighet som talar för att uppsägningarna skedde på grund av överlåtelsen. Den får således betydelse även i EU-domstolens verksamhet.

¹²³ AD 2009 nr 55.

¹²⁴ C-51/00.

¹²⁵ C-51/00, p. 28.

Tidsaspekten diskuteras även av EU-domstolen i *Bork*-domen.¹²⁶ En av de objektiva omständigheter som det ska tas ställning till vid bedömning av om en arbetstagare har sagts upp endast på grund av överlåtelsen, är bland annat om uppsägningen sker i nära anslutning till själva övergången. Av dessa rättsfall kan slutsatsen dras att ju kortare tid det är kvar tills en verksamhetsövergång ska genomföras, desto svårare är det att företa uppsägningar som kommer att bedömas som rättsligt giltiga.

Arbetsdomstolen har fastslagit att om arbetsgivaren vidtar uppsägningar i strid med förbudet i 7 § 3 st. LAS, vilka således är ogiltiga, inte ger upphov till nullitet. Istället är uppsägningen angräplig. Innebörden av detta är således att en sådan uppsägning inte automatiskt medför att den inte får någon effekt, utan det krävs att arbetstagaren angriper uppsägningen med hjälp av 34 § och 35 § LAS.¹²⁷

3.2 Förhållandet mellan entreprenad och outsourcing

3.2.1 Allmänt om outsourcing

För att företag ska kunna koncentrera sig på det som är centralt för verksamheten, att exempelvis utveckla sina produkter så snabbt och bra som möjligt, kan det vara en fördel att inte behöva sköta sidoverksamheter på egen hand. Då kan resurserna istället läggas på den egentliga verksamheten. Således resonerar uppdragsgivare enligt en tanke om att uppnå någon form av ekonomisk fördel.

Det kan även vara till uppdragstagarens fördel att arbetet utförs enligt ett outsourcingavtal, eftersom det inte krävs att uppdragstagaren har de tillstånd som kanske krävs för verksamheten. Ansvaret ligger kvar hos uppdragsgivaren och det krävs inte att uppdragstagaren uppnår de krav som det ställs på en verksamhet. Det räcker att uppdragsgivaren har de relevanta tillstånden.¹²⁸ Uppdragstagaren kan således bedriva en så effektiv verksamhet som möjligt eftersom fokus kan läggas på att utföra arbetsuppgifterna och uppdragstagaren kan specialisera sig inom de aktuella arbetsuppgifterna.

En svensk definition av begreppet outsourcing har angetts som att det handlar om att ”överföra ansvaret för en verksamhetsdel eller ett verksamhetsstöd till en extern leverantör”.¹²⁹ Begreppet syftar till att avse ett förfä-

¹²⁶ C-101/87.

¹²⁷ AD 1995 nr 60, se även Mulder, 2004, s. 318.

¹²⁸ Strandman Ullrich, Christina, *Compliance – Roll, organisation, ansvar, uppgifter*, 2011, Jure Förlag, s. 81.

¹²⁹ Lindberg, Agne, Kahn, Johan, Krouthén, Björn, *IT-avtal – särskilt om outsourcing*, 2009, Norstedts Juridik, s. 15.

rande där avtalstiden oftast sträcker sig över en förhållandevis lång tidsperiod.¹³⁰

I Storbritannien har en definition av outsourcing fastslagits av The Financial Services Authority (FSA).¹³¹ FSA är en fristående, icke statlig organisation som har fått sin behörighet utifrån en specifik lagstiftning, the Financial Services and Markets Act 2000. FSA utgör en form av självreglering och organisationen finansieras av företagen på marknaden som den är satt att reglera.¹³²

FSA:s definition av outsourcing lyder ”the use of a person to provide customised services to a firm”.¹³³ Det benämns också som ”an arrangement of any form between a firm and a service provider by which that service provider performs a process, a service or an activity which would otherwise be undertaken by the firm itself”.¹³⁴ En annan definition som FSA också använder sig av är ”any third party dependency”.¹³⁵

Definitionen ovan visar på att outsourcing innehåller två olika aspekter. För det första innebär outsourcing att en tjänst tillhandahålls. För det andra kan inte uppdragsgivaren avsluta eller påbörja tjänsten hur som helst; den är ingen handelsvara i vanlig bemärkelse. Uppdragsgivaren är i viss mån beroende av entreprenören. Å andra sidan måste entreprenören förlita sig på uppdragsgivarens betalningsförmåga, vilket innebär att även här ligger ett mått av beroende.¹³⁶

Ofta används ett lokalt verkande tjänsteföretag för att utföra företagets sidoverksamheter. Det är typiskt att verksamhet som städning, bevakning, kundtjänst, utbildning och produktutveckling läggs ut på entreprenad.¹³⁷

Vid förhandling om outsourcing bör uppdragsgivaren se till att verksamheten ska bedrivas på samma sätt och med samma krav som om arbetet hade utförts internt. Ansvar ligger hela tiden kvar hos uppdragsgivaren och det

¹³⁰ Lindberg, Kahn, Krouthén, 2009, s. 15.

¹³¹ En brittisk definition får anses vara relevant även för svensk del eftersom det är en tämligen generell bestämning av begreppet. Den omständigheten att begreppet outsourcing kommer från engelskan talar för att uttolkningen av begreppet bör ske på samma sätt i Sverige.

¹³² Denna allmänna information finns att tillgå på FSA:s hemsida, <http://www.fsa.gov.uk/>, och hämtades 2012-04-23, kl. 14.00.

¹³³ Hämtat från FSA:s ordlista, i vilken organisationen definierar de olika begrepp den kan tänkas använda, hämtat i elektronisk form 2012-04-23, kl. 14.00, <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/Glossary/O>

¹³⁴ Definitionen har hämtats från FSA:s ordlista, hämtad i elektronisk form 2012-04-23, kl. 14.00, <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/Glossary/O>

¹³⁵ FSA's kommentarer angående feedback på CP142 i Policy Operational Risk Systems and Controls, refererat i Lewis, Amanda, Paisner, Berwin, Leighton, *Outsourcing Contracts – a Practical Guide*, 2 uppl. 2006, City & Financial Publishing, s. 3.

¹³⁶ Lewis, Paisner, 2006, s. 3.

¹³⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-51/00, p. 34. Se även Schaumburg-Müller, Peer och Werlauff, Erik, *Udlicitering og medarbejdere – ret og pligt i forhold til lønmodtagere ved offentlig udlicitering og privat outsourcing*, 5 uppl., 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 15.

är endast denna som utåt sett har ansvar för verksamheten.¹³⁸ Det är en annan sak att parterna kan reglera ansvaret emellan sig i avtalet.

3.2.2 Kategorisering av outsourcing

Outsourcing som företeelse kan kategoriseras på lite olika sätt. Ett sätt är att undersöka inom vilken sektor den används. Om outsourcing sker inom exempelvis den offentliga sektorn finns det särskilda regler som måste iakttas. Upphandlingen av tjänster sker där mot bakgrund av de omfattande formkraven i LOU. En andra metod som kan användas är indelning enligt tjänstens natur, dvs. vad det är för verksamhet som läggs ut på entreprenad.¹³⁹ Det kan som nämnt vara exempelvis städning eller kundtjänst. Ytterligare ett sätt att kategorisera outsourcing är enligt den kommersiella strukturen som används. Det kan röra sig om ett rent tjänsteavtal som träffas, men det kan också röra sig om att parterna ingår ett samarbetsavtal.¹⁴⁰

En kategorisering kan också ske enligt om tjänsten upphandlas inshore eller offshore. Detta innebär att det kan vara olika regler som gäller om tjänsten tas från ett företag inom landets gränser eller om den tas från en utländsk tjänsteleverantör.¹⁴¹

En ytterligare metod att klassificera outsourcingtjänsten med är enligt dess värde. Det blir helt klart mer komplicerat och kräver större arbetsinsats för att träffa ett avtal om utförande av en tjänst av större värde.¹⁴²

Indelningen som gjorts ovan är relevant för företag att titta på innan en tjänst outsourcingas, för att företaget ska förstå vad som krävs av outsourcingavtalet. Ju mer komplicerade lagregler som finns, eller ju större tjänst som ska utföras, desto mer komplext bör avtalet om outsourcing bli.

3.2.3 Särskilt om entreprenad

Trots att det får anses som relativt vanligt att företag lägger ut tjänster på entreprenad saknas lagstiftning som täcker området. Med anledning av avsaknaden av lagregler har standardavtal utformats för byggentreprenader. Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB 04, innehåller regler om allt från utförande, ansvar och avhjälpande till hävning och tvistelösning. Denna uppsats kommer inte att vidare diskutera de standardavtal som finns då det faller utanför syftet med uppsatsen. Det är dock värt att nämna att branschen själv har löst avsaknaden av reglering med att utforma egna regelsystem.

För de fall då entreprenadavtal inte kan anses omfattas av AB 04 har det hävdats att det kan bli aktuellt att använda sig av analogier från framför allt

¹³⁸ Strandman Ullrich, 2011, s. 82.

¹³⁹ Lewis, Paisner, 2006, s. 4.

¹⁴⁰ Lewis, Paisner, 2006, s. 5.

¹⁴¹ Lewis, Paisner, 2006, s. 6.

¹⁴² Lewis, Paisner, 2006, s. 6.

köplagen, som reglerar köpavtal. Avtal om utförande av entreprenad kan anses likna avtal om köp. Under arbetets gång överförs egendom stegvis till beställaren, genom att den blir färdigställd. Detta kan jämföras med de avtal om köp där det sker en successiv leverans av köpegodset. Även frågan om fel i egendom kan bedömas på liknande sätt vid entreprenadavtal som vid köpavtal. Bengtsson är av den uppfattningen att analogier ska göras med försiktighet eftersom entreprenadavtal trots allt kan avvika från köpavtal, bland annat för att de ofta rör stora arbeten som har betydelse för fler parter än bara de avtalslutande.¹⁴³

En annan anledning till att inte alltför långtgående analogier ska göras, är att avtal om utförande av byggnad eller annan fast anläggning uttryckligen är undantaget från köplagens tillämpningsområde, enligt 2 § köplagen. Syftet med ett uttryckligt undantag för sådana avtal är att de rättsföljder som finns i köplagen inte är lämpliga för att reglera de avtalskonflikter som kan uppstå i anslutning till byggentreprenadavtalen.¹⁴⁴

Det område som utgör ett undantag från avsaknaden av lagregler är när offentlig verksamhet ska läggas ut på entreprenad. För detta finns de komplexa bestämmelserna om offentlig upphandling i LOU. Där regleras hur upphandling ska ske, vilket företag som ska vinna upphandlingen osv.

3.2.4 Terminologiska anmärkningar

Meningarna går isär i litteraturen angående hur begreppen outsourcing respektive entreprenad förhåller sig till varandra. Viss litteratur utgår från att begreppet entreprenad endast avser byggentreprenad.¹⁴⁵ Rättsfall från EU-domstolen har däremot beskrivit driften av ett sjukhuskök som att skötseln ligger ute på entreprenad.¹⁴⁶ Här är det klart att det inte är byggentreprenad som åsyftas. Utredningen om bemanningsdirektivets införlivande i svensk rätt utgår från att outsourcing är en form av entreprenad.¹⁴⁷ Den här uppsatsen utgår däremot från det omvända förhållandet, att entreprenad är en form av outsourcing.¹⁴⁸ Det ser inte ut att råda enighet i den juridiska litteraturen angående ställningen mellan begreppen.

Diskussionen om de olika begreppens förhållning till varandra kan visserligen vara relevant att föra, men det finns varken tid eller utrymme för detta vidare i uppsatsen. Därför kommer uppsatsens frågeställning att diskuteras utifrån en situation då en verksamhet överförs i någon annan form än just köp av en viss verksamhet. Oavsett om det rör sig om entreprenad eller outsourcing och oavsett hur dessa begrepp förhåller sig till varandra, syftar de

¹⁴³ Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper*, 2 uppl., 1976, PA Norstedt & Söners förlag, s. 104 f.

¹⁴⁴ Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal, särskilt om ändrade förhållanden*, 2011, Karnov Group, s. 49.

¹⁴⁵ Se exempelvis Samuelsson, 2011.

¹⁴⁶ C-340/01.

¹⁴⁷ SOU 2011:5, s. 56.

¹⁴⁸ Se avsnitt 1.5.

båda på en verksamhet som utförs av en utomstående aktör och inte inom företaget. Av denna anledning kommer uppsatsens frågeställning att utgå ifrån att en sådan verksamhet överläts. För enkelhetens skull kommer det vidare att talas om överlåtelse av entreprenad när problematiken diskuteras.

3.3 Särskilt om överlåtelse av entreprenad

När det tidigare har redogjorts för den allmänna situationen att en ospecificerad verksamhet överförs finns det anledning att titta närmare på den specifika situationen att en entreprenad överförs. Som läsaren ska se nedan rör det sig om tre skilda typsituationer där det kan talas om att det kan röra sig om en överlåtelse av en entreprenad.

3.3.1 Utläggande av verksamhet på entreprenad

Om ett företag vill lägga ut en viss del av verksamheten på entreprenad och vill undgå att hamna inom tillämpningsområdet för överlåtelsedirektivet är den yttersta lösningen att entreprenören inte tar över en enda tillgång eller en enda anställd från företaget.¹⁴⁹

Det danska rättsfallet *BR Rengøring* fastställer att ett arbete som har legat på verksamheten att själv utföra men som läggs ut på en entreprenör, omfattas av begreppet verksamhetsövergång.¹⁵⁰

I ett rättsfall från Arbetsdomstolen höjdes röster från arbetstagsidan som menade att ett utläggande av verksamhet på entreprenad borde bedömas annorlunda än när det är fråga om ett byte av entreprenör. Anledningen till detta uppgavs vara att det i det förstnämnda fallet rör sig om att en verksamhet läggs ned hos uppdragsgivaren. Arbetstagsidan fick dock inget gehör hos Arbetsdomstolen för denna typ av resonemang. Arbetsdomstolen menade att denna omständighet inte kan ha någon avgörande betydelse för helhetsbedömningen av huruvida det rör sig om en ekonomisk enhet. Även ändamålsskäl uppgavs av Arbetsdomstolen tala för att situationerna inte ska bedömas på olika sätt.¹⁵¹

Arbetsgivaren kan med hjälp av arbetsledningsrätten besluta att en verksamhet av någon eller några anledningar ska läggas ut på entreprenad. Att detta förfarande omfattas av överlåtelsedirektivet medför att arbetstagsarna som arbetade med uppgifterna inom företaget kan ha rätt att medfölja till den entreprenör som sedermera ska utföra uppgifterna. Det krävs dock att något mer än bara arbetsuppgifterna överförs. Om det rör sig om en personalintensiv verksamhet kan parterna undvika att det förs över någon anställd

¹⁴⁹ Schaumburg-Müller, Werlauff, 2011, s. 112.

¹⁵⁰ Dom af 2 december 1987 i sag nr 86.472, återgivet i Schaumburg-Müller, Werlauff, 2011, s. 136.

¹⁵¹ AD 1997 nr 81. Två av ledamöterna i Arbetsdomstolen var dock skiljaktiga och ville inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

överhuvudtaget och det innebär i sin tur att förutsättningarna för tillämpning av överlåtelsedirektivet inte är uppfyllda.

3.3.2 Byte av entreprenör

Som nämnts i inledningen kan ett byte av entreprenör ske på två olika sätt. Antingen tar uppdragsgivaren tillbaka verksamheten för att vid ett senare tillfälle lämna över den till en ny entreprenör, eller så sker överflyttandet av verksamheten direkt från den tidigare entreprenören till en ny entreprenör. Någon större skillnad i bedömningen av dessa två olika situationer ser inte ut att existera. Det räcker enligt överlåtelsedirektivet att överlåtelsen sker i en avtalsenlig kontext och det finns inget krav på ett direkt avtalsmässigt samband mellan de olika parterna.

För det fall att uppdragsgivaren byter entreprenör under pågående arbete kan målet *Rygaard*¹⁵² nämnas som vägledande. I detta fall blev det under arbetets gång beslutat att en del av entreprenaden skulle utföras av en annan entreprenör än den ursprungliga. Rygaard var anställd av den entreprenör som från början utförde arbetet och fick ett brev om uppsägning. Det angavs att han skulle övergå till och få lön av den nya entreprenören fram till dess att anställningen upphörde. Rygaard förde talan om uppsägning utan saklig grund.

Den danska domstolen ställde en tolkningsfråga till EU-domstolen. Den frågade om överlåtelsedirektivet skulle tillämpas för den situationen då en entreprenör övertar slutförandet av entreprenaden och tar över en del av den tidigare entreprenörens anställda samt materiel på byggplatsen. Den nya entreprenören hade tagit över två lärlingar och en anställd.

EU-domstolen uttalade att det avgörande kriteriet är om enheten som övergått har behållit sin identitet. Det krävs att det ska vara fråga om en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhets enda syfte inte är att färdigställa ett arbete.¹⁵³ Domstolen angav vidare att om överlåtelsedirektivet ska omfatta en situation som den förevarande, att en entreprenad överförs med syfte att färdigställa ett arbete, krävs att överlåtelsen följs av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som tillhandahåller en möjlighet att stadigvarande fortsätta med det överlåtande företags verksamhet.¹⁵⁴ Annorlunda uttryckt: det räcker inte att personal och materiel övergår för att endast det nuvarande arbetet ska kunna slutföras.

Ett andra fall från EU-domstolen som rörde byte av entreprenör är fallet *Liikenne*¹⁵⁵. Detta fall rörde ett bussbolag i Finland som övertog uppdraget att köra sju stadsbussrundor i en stad. Det företag som tidigare hade haft det uppdraget sade upp 45 anställda. Av dessa sökte – och fick – 33 personer

¹⁵² C-48/94.

¹⁵³ C-48/94, p. 20.

¹⁵⁴ C-48/94, p. 21.

¹⁵⁵ C-172/99.

anställning hos det nya bussbolaget, med sämre anställningsvillkor än tidigare. Inga fordon eller andra tillgångar övertogs av det nya bussbolaget.

EU-domstolen konstaterade att i vissa sektorer där personalen i stort bildar själva verksamheten, kan en grupp anställda som permanent jobbar med en gemensam aktivitet, vara att anse som en ekonomisk enhet och således omfattas av överlåtelsedirektivet. Däremot gick EU-domstolen vidare och fastslog att busstransporten inte är en sektor som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft och därför räcker det inte som kriterium att de anställda har tagits över för att det ska vara fråga om en verksamhetsövergång i överlåtelsedirektivets mening. För att bedriva bussverksamhet krävs betydande utrustning (framför allt bussar!) och anläggning för förvaring av verksamhetens utrustning.

Svårigheten som kan uppkomma med detta resonemang är att komma fram till om en verksamhet är personalbaserad eller baserar sig på de tillgångar som finns i verksamheten.¹⁵⁶ En lösning propagerades för i just detta mål. Både kommissionen och generaladvokaten ville att det skulle utvärderas huruvida personalen utgjorde en ”nyckel-” eller ”essentiell” del av verksamheten. Problemet var bara att kommissionen kom till den lösningen att personalen utgjorde huvuddelen av verksamheten, medan generaladvokaten ansåg att så inte var fallet.¹⁵⁷ EU-domstolen gjorde bedömningen att det var fråga om en materialintensiv verksamhet. Vidare konstaterades det att när det är fråga om en verksamhet där tillgångarna utgör en signifikant del av verksamheten innebär en frånvaro av övertagande av dessa tillgångar att enheten helt enkelt inte har behållit sin identitet och tillämpningen av överlåtelsedirektivet undanröjs således.¹⁵⁸

Ett problem ur arbetstagarnas synvinkel med utgången i *Liikenne*-målet har angetts som att det är lätt för alla verksamheter förutom de som är helt baserade på arbetskraft att kringgå överlåtelsedirektivets tillämpning genom att den nya entreprenören inte tar över några materiella tillgångar från den föregående entreprenören. Om inga tillgångar överförs när det rör sig om en verksamhet baserad på de materiella tillgångarna uppkommer en situation där det är ganska enkelt att kringgå tillämpningen av överlåtelsedirektivet.¹⁵⁹ Däremot har EU-domstolen resonerat kring denna fråga i fallet *All-en*.¹⁶⁰ Där rörde det sig om överlåtelse av gruvdrift. Verksamheten konstaterades vara materialintensiv eftersom det krävs betydande materiella tillgångar för att bedriva gruvverksamhet. Inga materiella tillgångar hade överförts i och med överlåtelsen av driften. EU-domstolen konstaterade dock att det var vanligt inom branschen att ägaren av gruvan generellt tillhandahöll de materiella tillgångarna för utförande av verksamheten. Av denna anled-

¹⁵⁶ Barrett, Gavin, *Light acquired on acquired rights: examining developments in employment rights on transfers of undertakings*, Common Market Law Review, nr 42 2005, ämne 4, s. 1053-1105, på s. 1059 f.

¹⁵⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-172/99, p. 67 samt 69.

¹⁵⁸ C-172/99, p. 42.

¹⁵⁹ Barrett, 2005, s. 1061.

¹⁶⁰ C-234/98.

ning fick det inte någon avgörande betydelse att det inte hade skett en överföring av några materiella tillgångar.¹⁶¹ Jämförelsen med *Liikenne* haltar något då det i *Allen* inte fanns något behov av överlåtelse av några materiella tillgångar eftersom dessa tillhandahölls och ägdes av uppdragsgivaren. Slutsatsen kan dock dras att det inte går att undkomma en tillämpning av överlåtelsedirektivet i materialintensiva verksamheter med anledning av att det är kutym att uppdragsgivaren tillhandahåller de materiella tillgångarna och uppdragstagaren således inte behöver befatta sig med den frågan. En utveckling av resonemanget om övergång av materiella tillgångar gjordes i målet *Abler*¹⁶² där situationen liknade den i *Allen*. Det var driften av ett sjukhuskök som överfördes och sjukhuset tillhandahöll de nödvändiga lokalerna och utrustningen som krävdes för utförande av uppdragsavtalet. EU-domstolen konstaterade att det inte har någon betydelse om äganderätten till tillgångarna har överförts. Den nya uppdragstagaren använde utrustningen och lokalerna och bara för att denne vägrade överta de anställda betyder inte det att överlåtelsedirektivet inte ska tillämpas på situationen.¹⁶³

Arbetstagarna får med ledning av ovan förda resonemang anses åtnjuta ett tillfredsställande skydd av överlåtelsedirektivet. Det visar nämligen att det inte går att organisera verksamheten så att uppdragsgivaren tillhandahåller nödvändigt material för att arbetsuppgifterna ska kunna utföras för att det inte ska vara fråga om en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet. Eftersom det inte är tillräckligt att det sker en överlåtelse av arbetsuppgifterna ska dock inte följderna överdrivas. För att arbetstagarna ska skyddas av överlåtelsedirektivet krävs något ytterligare; det måste som bekant röra sig om en stabilt organiserad ekonomisk enhet. En bedömning görs i varje enskilt fall för att utröna om det rör sig om en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet. Ett otillbörligt försök från arbetsgivarens sida att undkomma överlåtelsedirektivets tillämpning ska givetvis inte tillåtas när det sker på arbetstagarnas bekostnad.

Ytterligare ett mål från EU-domstolen rörande byte av entreprenör är det tidigare nämnda *Temco*-målet.¹⁶⁴ Där var det fråga om att entreprenadavtalet sades upp varav verksamheten togs tillbaka till uppdragsgivaren för att sedan lämnas ut till en ny entreprenör. Volkswagen hade lagt ut städningen på entreprenad till företaget BMV. Denna entreprenör anlidade i sin tur en underentreprenör, GMC, vars enda verksamhet var just denna städning. När Volkswagen sade upp avtalet fick GMC säga upp sina anställda, förutom de som åtnjöt anställningsskydd eftersom de var fackliga representanter. Ingen verksamhet bedrevs i fortsättningen av GMC. Uppdraget att städa Volkswagens lokaler gick vidare till Temco Services.

Temco hade en skyldighet enligt kollektivavtalet att förhöra sig hos den tidigare entreprenören om hur många anställda som fanns i verksamheten och även att ta över 75 procent av de anställda. Vissa återanställdes av Tem-

¹⁶¹ C-234/98, p. 30.

¹⁶² C-340/01.

¹⁶³ C-340/01, p. 41-42.

¹⁶⁴ C-51/00.

co och GMC försökte säga upp de kvarvarande fyra personerna som var fackliga representanter med stöd av tekniska och ekonomiska skäl, men fick avslag. En lägre nationell domstol ansåg att kollektivavtalet var rättsstridigt eftersom det endast förelåg en skyldighet att överta 75 procent av de anställda.¹⁶⁵ Direktivet föreskriver som bekant att arbetstagarnas anställningsförhållanden automatiskt ska gå över; det räcker inte att bara ta över en del av de anställda.

Arbetsdomstolen i Bryssel ställde två tolkningsfrågor till EU-domstolen för att få klarhet i fallet. För det första ville domstolen veta vad det innebär att GMC var en underentreprenör till BMW. Den andra frågan rörde de omständigheterna att GMC fortsatte att existera i flera år efter att verksamheten hos Volkswagen upphört. Domstolen frågade om det finns någon möjlighet för företaget att behålla de fyra arbetstagarna i anställning där.¹⁶⁶

EU-domstolen undersökte först om det hade skett en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet. Det spelar ingen roll för denna fråga att företaget fortsätter att existera efter övergången eftersom det som har gått över till den nya entreprenaden utgör en ekonomisk enhet.¹⁶⁷ Domstolen uttalade vidare att det förhållande att GMC endast var en underentreprenör utan något direkt avtalsförhållande med Temco, inte spelar någon roll eftersom det för överlåtelsedirektivets tillämpning är tillräckligt att övergången sker inom ramen för avtalsförhållanden. Det räcker således med ett indirekt avtalsförhållande. Det skapas dessutom en direkt anknytning mellan uppdragsgivare och underentreprenör. Denna anknytning kan antingen vara rättslig, genom att betalning sker direkt till underentreprenören, eller åtminstone faktisk, genom att uppdragsgivaren utövar en daglig kontroll av arbetets utförande.¹⁶⁸

Den första frågan besvarades således så att överlåtelsedirektivet är tillämpligt när en uppdragsgivare säger upp ett avtal som träffats med en entreprenör, där denne i sin tur anlitar en underentreprenör, och träffar ett nytt avtal med en annan entreprenör, vilken inte övertar några materiella eller immateriella tillgångar, men väl en del av underentreprenörens personalstyrka. Denna del av personalstyrkan ska avse huvuddelen – i förhållande till antal och kompetens – av de anställda som är tänkta att utföra entreprenadarbetet.¹⁶⁹

Den andra frågan besvarar EU-domstolen som så att artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet inte utgör hinder mot att arbetstagaren stannar kvar i anställning hos överlåtaren, om arbetstagaren motsätter sig att anställningsavtalet ska gå över. När arbetstagaren motsätter sig en sådan överflyttning förlorar denne

¹⁶⁵ C-51/00, p. 15.

¹⁶⁶ C-51/00, p. 19.

¹⁶⁷ C-51/00, p. 29.

¹⁶⁸ C-51/00, p. 32.

¹⁶⁹ C-51/00, p. 33.

det skydd som överlåtelsedirektivet bereder och får förlita sig på det nationella systemet.¹⁷⁰

Arbetsdomstolen avgjorde 2010 ett fall, vilket rörde huruvida ett byte av entreprenör skulle vara att anse som en verksamhetsövergång.¹⁷¹ Manpower hade haft som uppdrag att ha hand om skötseln av Xerox' skrivare. Genom ett avtal gick skötseln över till Xerox och detta företag anställde 25 av de 35 anställda hos Manpower. Arbetsuppgifterna före och efter övergången var desamma. Visst material och vissa verktyg övertogs av Xerox. Själva uppdragsavtalet var i stort sett detsamma före och efter övergången.

Med tanke på att en tydlig majoritet av de anställda arbetade för bolaget efter övergången och med tanke på att verksamheten i stort bestod av de anställdas tekniska kompetens och erfarenhet, talade detta för att det skulle vara fråga om en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet, enligt Arbetsdomstolen.

Arbetsdomstolen konstaterade att arbetsuppgifterna som sådana togs över av Xerox. Ingen arbetsledning hade dock övertagits och de tidigare anställda hos Manpower hade fått breddad kompetens vilket innebar att de utförde mer kvalificerade arbetsuppgifter. Den bedömning som gjordes av Arbetsdomstolen utmynnade i att det inte var visat att det hade skett en verksamhetsövergång. Således kunde inte de anställda som inte hade tagits över av det övertagande bolaget skyddas av överlåtelsedirektivet.

Resonemanget från Arbetsdomstolens sida rör främst att det i första hand var själva uppdragsavtalet och därmed arbetsuppgifterna som togs över. Det räcker som bekant inte att arbetsuppgifterna har överförts för att det ska vara fråga om en verksamhetsövergång.

3.3.3 Tillbakatagande av verksamhet i egen regi

Denna situation har bedömts av EU-domstolen i målen *Hernández Vidal m.fl.*¹⁷² Dessa mål rörde fråga om överlåtelse av personalintensiva verksamheter, dvs. verksamhet som i huvudsak baserar sig på arbetskraft. De nationella domstolarna ställde tolkningsfrågor för att bringa klarhet i vad som omfattas av överlåtelse av del av verksamhet. Det rörde sig om städning på entreprenad där avtalet sades upp för att istället utföras i egen regi. EU-domstolen konstaterade, med hänvisning till sin egen dom i målet *Merckx*¹⁷³, att överlåtelsedirektivet är tillämpligt på de fall då det i ett avtalsförhållande sker ett reellt byte av den fysiska eller juridiska person som har arbetsgivaransvar över de anställda. EU-domstolen fastställde vidare att överlåtelsedirektivet äger tillämpning när ett företag väljer att säga upp ett

¹⁷⁰ C-51/00, p. 36-37.

¹⁷¹ AD 2010 nr 88.

¹⁷² Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97.

¹⁷³ Förenade målen C-171/94 och C-172/94.

entreprenadavtal för att utföra arbetet i egen regi.¹⁷⁴ Vidare fördes en diskussion om att det krävs att det rör sig om en varaktigt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte begränsar sig till att utföra ett visst arbete. EU-domstolen betonade att enbart den omständigheten att lokalvården som utfördes före och efter uppsägningen av avtalet inte kan leda till slutsatsen att det rör sig om en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet.

Arbetsdomstolen har gått in på frågan om tillbakatagande av verksamhet i egen regi i AD 2001 nr 101. Målet rörde ett upphörande av ett samarbete angående utgivning av ett TV-magasin som såldes som bilaga till en tidning. Samarbetet sades upp med företaget som skötte den redaktionella delen och huvudföretaget skulle istället själv arbeta med att göra TV-magasinet. Förutom själva arbetsuppgifterna var det bara några av samarbetsföretagets anställda som överfördes till huvudföretaget. Av denna anledning kunde det inte anses vara en situation som omfattas av överlåtelsedirektivet och därmed skyddsregeln i 6 b § LAS.

I mål C-463/09 prövade EU-domstolen ett mål där städningen av kommunens lokaler utfördes av ett privat företag mot bakgrund av ett avtal med kommunen. Senare hade kommunen för avsikt att utföra städningen på egen hand och sade upp avtalet. Egen personal anställdes för ändamålet. En anställd i det privata företaget blev uppsagd och väckte talan med anledning av att denne ansåg att det var fråga om en verksamhetsövergång. EU-domstolen konstaterar att det rent principiellt kan vara fråga om en verksamhetsövergång i sådana här fall. Det kan inte automatiskt uteslutas att det rör sig om en överlåtelse i överensstämmelse med överlåtelsedirektivet för att det inte har träffats något avtal om att städuppdraget skulle upphöra. Det var kommunen som ensidigt sade upp avtalet, men om detta skulle medföra att överlåtelsedirektivet inte var tillämpligt skulle skyddssyftet gå förlorat. Begreppet övergång till följd av avtal är något som ska ges en flexibel tolkning.¹⁷⁵

Det som blev föremål för diskussion i rättsfallet blev vidare om det som hade överförts avsåg en ekonomisk enhet med bibehållen identitet. Eftersom varken materiella tillgångar, immateriella tillgångar eller personal hade tagits över av kommunen, förelåg det endast identitet mellan själva verksamheten före och efter övergången. Som bekant kan inte en enhet reduceras till enbart den verksamhet som bedrivs. Det måste tas hänsyn till andra faktorer, som personal, arbetsledning, arbetets organisation, driftsmetoder och eventuella verksamhetstillgångar.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, p. 25.

¹⁷⁵ C-463/09, p. 29.

¹⁷⁶ C-463/09, p. 41.

4 Vilken inverkan på arbetsledningsrätten har överlåtelsedirektivet?

4.1 Arbetsledningsrätten – en förhandlingsfråga?

Denna uppsats balanserar på gränsen mellan två olika ämnesområden. Det kan inte sägas att uppsatsen endast är arbetsrättslig, inte heller att den endast behandlar entreprenadjuridiken. Istället försöker den bidra till en ökad förståelse för de båda juridiska ämnesområdena och binda samman de två. Vid en diskussion angående entreprenadjuridiken kommer arbetsrätten förr eller senare in. Entreprenören ska följa den arbetsrättsliga reglering som finns. Anställningsskyddet ska iakttas, men arbetsgivaren ska även kunna utöva sin arbetsledningsrätt.

När det gäller arbetsgivarens arbetsledningsrätt kan det konstateras att när det sker en verksamhetsövergång förs även denna över till den nya arbetsgivaren. Förvärvaren kan således utöva arbetsledningsrätt över de övertagna arbetstagarna på samma sätt som överlåtaren kunde.¹⁷⁷ Det finns inte anledning att fördjupa sig något mer i denna sak då det faller sig naturligt att när de anställda får en ny arbetsgivare ska de följa den arbetsgivarens anvisningar och instruktioner för arbetet. Arbetsledningsrätten är en av de element som pekar ut vem som är arbetsgivare och då det sker ett arbetsgivarbyte vid en verksamhetsövergång får detta som konsekvens att arbetsledningsrätten placeras på den nya parten.

Arbetsledningsrätten ska dock vidare diskuteras ur en annan infallsvinkel. Innan det aktuella arbetsgivarbytet sker kan en diskussion föras om den tidigare arbetsgivaren kan åberopa sin arbetsledningsrätt som grund för eventuella förändringar i verksamheten. Avseende verksamhetsövergång i allmänhet kan det föras en diskussion om vilka möjligheter arbetsgivaren har att själv lägga upp förfarandet för att kunna förutse hur situationen kan komma att bedömas av en domstol.

En möjlighet som är relevant att diskutera är om arbetsgivaren kan träffa överenskommelser med de enskilda arbetstagarna om den förestående verksamhetsövergångens konsekvenser. Som läsaren kanske förstår är detta som utgångspunkt ingen bra lösning eftersom överlåtelsedirektivet syftar att skydda arbetstagarna vid en verksamhetsövergång. EFTA-domstolen diskuterade i målet *Langeland*¹⁷⁸ att det inte är tillåtet att träffa enskilda över-

¹⁷⁷ Lunning, Toijer, 2010, s. 312.

¹⁷⁸ Rådgivande uttalande E-3/95.

enskommelser med de anställda i nära anslutning till verksamhetsövergången.

Vid ett norskt företag var de anställda täckta av kollektiva pensions- och personalförsäkringar. Arbetsgivaren betalade premierna. Sedan en verksamhetsövergång skett erbjöds arbetstagarna anställning hos det nya företaget, vilket Langeland accepterade. Den nya arbetsgivaren fortsatte dock inte att betala premierna och Langeland väckte då talan mot arbetsgivaren.

Den nationella domstolen ställde två frågor till EFTA-domstolen. Den första frågan rörde om undantagsbestämmelsen i artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet¹⁷⁹ omfattar en arbetstagares rätt att få premiebetalningar till icke lagfästa pensionsordningar täckta av arbetsgivaren, eller om undantaget endast gäller lagfästa pensionsordningar. Vidare frågade den nationella domstolen om artikel 3.1 överlåtelsedirektivet är tvingande så till vida att en arbetstagare inte kan ingå ett avtal om en ofördelaktig ändring av anställningsavtalet, när denna ändring har sin grund i överlåtelsen.

Den första frågan prövade EFTA-domstolen utifrån ordalydelsen i artikel 3.3 och huvudprincipen i artikel 3.1 och kom fram till att alla rättigheter och förpliktelser avseende ålders-, invaliditets- och efterlevandeförmåner inte omfattas av den generella överföringen av rättigheter och förpliktelser för förvärvaren.¹⁸⁰

För att besvara den andra frågan hänvisade EFTA-domstolen till EU-domstolens dom i målet *Daddy's Dance Hall*.¹⁸¹ Det konstaterades att överlåtelsedirektivets skyddssyfte utesluter att arbetstagaren kan träffa en bindande överenskommelse om inskränkning av dennes rättigheter enligt detta direktiv. Det gäller oavsett om det finns motsvarande fördelar som väger upp nackdelarna för arbetstagaren.¹⁸² EFTA-domstolen uttalade dock vidare att överlåtelsedirektivet inte syftar till en fullständig harmonisering av de nationella rättssystemen. Om den nationella lagstiftningen godkänner att arbetstagaren träffar individuella avtal om avkall på sina rättigheter är det tillåtet så länge det inte träffas i samband med just verksamhetsövergång.¹⁸³

Om överenskommelser träffas utan att samband med en verksamhetsövergång föreligger kan det således vara tillåtet. Frågan är vad det skulle kunna vara för överenskommelse. En generell avtalsbestämmelse där arbetstagaren avsäger sig sina rättigheter enligt överlåtelsedirektivet för en odefinierad, icke uppkommen övergångssituation borde medföra att arbetstagarens rättigheter likväl har åsidosatts. Det kan diskuteras om en domstol skulle godkänna ett sådant avtal med tanke på överlåtelsedirektivets skyddssyfte. Lagstiftningen kan dock se olika ut i de olika medlemsländerna och det kan in-

¹⁷⁹ I det då gällande överlåtelsedirektivet, dir. 77/187. Idag motsvaras bestämmelsen av artikel 3.4 i överlåtelsedirektivet.

¹⁸⁰ E-3/95, p. 32.

¹⁸¹ C-324/86.

¹⁸² E-3/95, p. 43.

¹⁸³ E-3/95, p. 45.

nebära att arbetstagarens avkall på sina rättigheter kan anses som tillåten. Då överlåtelsedirektivet endast ”lyfter ut” det inhemska arbetstagar skyddet för att gälla även i en överlåtelsesituation är det ytterst den nationella rätten som avgör hur långt skyddet sträcker sig. Målet *Langeland* är endast ett rådgivande uttalande och är således inte prejudicerande. Dock är resonemanget utförligt och domen kan anses tillföra något till rättsområdet. Tolkningsverksamheten ser ut att gå till ungefär som i EU-domstolen och EFTA-domstolen hänvisar som sagt till mål från EU-domstolen.

Ett liknande resonemang som användes av EFTA-domstolen i målet *Langeland* kan föras genom ett studerande av rättsfallet ovan om en kommuns val att återta städverksamheten i egen regi.¹⁸⁴ Av det kan konstateras att EU-domstolen inte är villig att låta ett förfarande hamna inom överlåtelsedirektivets tillämplighet när det endast rör sig om en överlåtelse av arbetsuppgifter. Med detta rättsfall som stöd kan det påstås att det finns relativt goda möjligheter för en arbetsgivare som har lagt ut viss verksamhet på entreprenad att planera sin verksamhet. Om arbetsgivaren vill utföra arbetet inom företaget har denne möjlighet att säga upp entreprenadavtalet för att sedan själv sköta allt från nyanställning till inköp av de eventuella tillgångar som behövs. I denna situation innebär inte överlåtelsedirektivet att arbetsgivarens arbetsledningsrätt påverkas i nämnvärd omfattning.

Entreprenadavtal kan generellt sett anses innehålla framför allt arbetsuppgifter och eftersom en övergång av endast dessa inte medför tillämpning av överlåtelsedirektivet bör det finnas goda möjligheter för arbetsgivaren att överlåta entreprenadavtalet till en ny tjänsteleverantör. Om en sådan överlåtelse sker med eller utan uppdragsgivaren som mellanhand får anses ha begränsad betydelse då överlåtelsedirektivet endast kräver att det rör sig om en överlåtelse i avtalsenlig kontext, vilket innebär att det inte krävs att det föreligger ett direkt avtalsförhållande.

Vid ett anbuds förfarande som sker när ett företag ska anlita en entreprenör kan det finnas möjligheter för entreprenören att redan i detta skede ta hänsyn till hur arbetstagsituationen kan komma att se ut för det fall att entreprenören får uppdraget. Det norska rättsfallet *Olderdalen Ambulanse*¹⁸⁵ kan för detta område vara relevant att nämna. Där uttalas det att när det ska ske ett anbuds förfarande är det möjligt för anbudsgivaren att i anbudet bestämma om de anställda respektive materiel ska övertas eller inte. På så vis kan anbudsgivaren styra över om det ska anses vara fråga om en verksamhetsövergång. Anbudet kan då anpassas efter dessa kostnader. Ett övertagande av personal prisas således in i anbudet så att det inte uppkommer någon oväntad kostnad senare i förfarandet om det visar sig att de anställda ska tas över. Detta kan ske eftersom EU-domstolen har uttalat i bland annat *Süzen*-målet, att hänsyn ska tas till samtliga faktiska omständigheter vid verksamhetsövergången. Anbudsgivaren kan konkurrera efter sina egna förutsättningar

¹⁸⁴ C-463/09.

¹⁸⁵ Rt. 2001 s. 248, återgivet i Sveeas, Kjersti, *Virksomhetsoverdragelse i anbudssituasjoner – særlig om forhold relatert til prisfastsettelse*, Arbeidsrett nr 3 2004, s. 186-199, s. 189.

genom att bestämma om anställda eller materiel ska övertas, eftersom denne inte behöver prisa in övertagandet av de anställda i ett anbud.¹⁸⁶

Av resonemanget ovan följer att om en anbudsgivare erbjuder sig att ta över endast själva arbetsuppgifterna, blir det troligtvis inte fråga om en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet. Det ska dock förtydligas att parterna inte får missbruka möjligheten för att undkomma en tillämpning av överlåtelsedirektivet. Uppdragstagaren måste räkna med att en överlåtelse kan komma att omfattas av överlåtelsedirektivet oavsett hur anbudsförandet ser ut. EU-domstolen har dock som sagt uttalat att det inte räcker med en överlåtelse av endast arbetsuppgifter för att en ekonomisk enhet ska anses ha behållit sin identitet.

Arbetsdomstolen bedömde frågan om uppsägningar i samband med ett byte av entreprenör i ett interimistiskt beslut. Ett företag, Reform Städ, som utförde städning på entreprenad blev av med uppdraget hos Huddinge sjukhus genom att landstinget sade upp entreprenadavtalet. Ungefär sex månader innan entreprenadavtalet löpte ut sade Reform Städ upp de arbetstagare som hade utfört städningen på sjukhuset. Bolaget åberopade som grund för uppsägningarna arbetsbrist. Ca tre månader innan entreprenadavtalet löpte ut fick Reform Städ beskedet att det inte skulle förlängas. En annan entreprenör skulle istället ta över städuppdraget. Arbetsdomstolen menade att det vid tidpunkten för uppsägningarna inte gick att överblicka om det över huvud taget skulle ske en verksamhetsövergång i framtiden. Redan av denna anledning ansåg Arbetsdomstolen att det inte kunde vara fråga om uppsägningar som skett på grund av övergång av verksamhet.¹⁸⁷

Av detta beslut kan slutsatsen dras att om en arbetsgivare bedriver verksamhet på entreprenad för andras räkning kan denne säga upp arbetstagare innan entreprenadavtalet går ut om det är oklart om vidare entreprenaduppdrag kommer att erhållas för uppdragsgivarens räkning. Arbetsdomstolen tar i beslutet inte ställning till hur saken hade bedömts om det skulle anses vara fråga om en verksamhetsövergång.¹⁸⁸

För det fall att entreprenörens uppdragsgivare genomför en överlåtelse av entreprenaden, exempelvis genom att en ny entreprenör anlitas, kan entreprenörens anställda som sagt träffas av rättigheterna i överlåtelsedirektivet. En förutsättning för detta är dock att det inte bara är slutförandet av entreprenaden som överförs.¹⁸⁹ Det krävs något mer, nämligen tillräckliga förutsättningar för att en stadigvarande verksamhet ska kunna bedrivas. Den första entreprenören kan påverkas negativt av att dennes arbetstagare får en rätt att följa med till den nya entreprenören. Entreprenören kanske förlorar sina viktigaste anställda! Frågan är om skyddet som arbetstagarna erhåller uppväger den skada som arbetsgivaren kan komma att stå inför. Resonemanget

¹⁸⁶ Sveeas, 2004, s. 192 f.

¹⁸⁷ Interimistiskt beslut den 15 april 1997 i målen A 35 och 37/97 återgivet i Nordström i festskrift till Hans Stark, s. 204.

¹⁸⁸ Nordström i Festskrift till Hans Stark, 2001, s. 204.

¹⁸⁹ C-48/84.

som generaladvokaten för i *Temco*-målet bör inte tas alltför lätt på.¹⁹⁰ EU-domstolen gick visserligen emot det konkurrensmässiga argumentet och ansåg att arbetstagarnas intresse helt enkelt väger tyngre. Det måste å ena sidan anses problematiskt om entreprenörer slutar att konkurrera om entreprenadavtalen med rädsla för att tvingas ta över anställda när rätt kompetens redan finns inom företaget. Å andra sidan kan en större förutsebarhet skapas om den nya entreprenören är medveten om att anställda hos den föregående entreprenören kan hävda sin rätt till övergång. Då kan denna omständighet prisas in i anbudet som entreprenören lämnar angående arbetet.

Generaladvokaten verkar i sitt yttrande i målet *Temco* utgå från att avtal om tjänsteentreprenad är relativt obeständiga och att företagen ofta byter entreprenör.¹⁹¹ Med anledning av relativt korta avtalstider och en hög personalomsättning borde inte överlåtelsesdirektivet tolkas alltför flexibelt. Det skulle enligt generaladvokaten kunna leda till att marknaden stannar av, eftersom en skyldighet att ta över föregående entreprenörs anställda skulle minska benägenheten att konkurrera på marknaden.¹⁹² Om inga företag konkurrerar om att ta över ett utgående entreprenadkontrakt drivs inte marknaden framåt. Det är alltså generaladvokatens åsikt att mer hänsyn bör tas till ekonomiska aspekter på tjänsteentreprenader och mindre hänsyn till anställningstryggheten på detta område. Dessa marknadsekonomiska argument förefaller rimliga och trots att överlåtelsesdirektivet har ett uttalat skyddssyfte för arbetstagarna bör det inte helt utelämnas möjligheten att göra en bedömning av entreprenörbytet ur ett företagsekonomiskt och marknadsekonomiskt perspektiv. Att tvingas ta över arbetstagare vars utförande av uppdraget inte varit tillfredsställande för uppdragsgivaren leder inte till att uppdragsgivaren får tillgång till ett bättre utförande av tjänsterna. Det kan visserligen ifrågasättas hur pass obeständiga entreprenadavtalen egentligen är. När en uppdragsgivare önskar lägga ut städningen av sina lokaler på entreprenad kan det finnas ett intresse av att låta avtalet löpa under en längre period så länge uppdragsgivaren är nöjd med städningens kvalitet. Om det skulle röra sig om mindre beständiga, kortsiktiga avtal finns risken att uppdragstagaren får problem med det som från början skulle undvikas med användande av städentreprenad. Då skulle uppdragstagaren få lägga stora resurser på att få fram en ny entreprenör för uppdraget. Det skulle skapas mer administrationskostnader och mer energi skulle behöva läggas på verksamheten som läggs ut på entreprenad, trots att syftet med användande av entreprenad är att uppnå en större effektivitet. Av denna anledning bör uppdragsavtalen vara relativt långsiktiga, även om möjligheten bör finnas att byta entreprenör när uppdragsgivaren inte är nöjd med kvaliteten på arbetet.

Den övertagande arbetsgivarens arbetsledningsrätt ska vidare diskuteras. När det sker en verksamhetsövergång i ett entreprenadförhållande kan det bli fråga om att den nya entreprenören måste ta över den förra entreprenörens anställda. Som bekant krävs det inte något direkt rättsligt samband mel-

¹⁹⁰ Se generaladvokatens förslag till avgörande i C-51/00, p. 38.

¹⁹¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-51/00, p. 35.

¹⁹² Generaladvokatens förslag till avgörande i C-51/00, p. 38.

lan de båda entreprenörerna, utan det räcker att överlåtelsen sker inom ramen för en avtalsenlig kontext. Det blir dock som regel inte fråga om en verksamhetsövergång bara för att entreprenadavtalet hamnar hos en ny entreprenör. En verksamhet som bedrivs kan inte reduceras till de arbetsuppgifter som utförs och då uppfylls inte kravet på att det ska röra sig om en ekonomisk enhet. Förvärvarens arbetsledningsrätt blir relevant att diskutera först sedan verksamhetsövergången faktiskt har skett då den innan denna tidpunkt finns kvar i överlåtarens händer. När förvärvaren har övertagit entreprenadavtalet och situationen ska bedömas som en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet gäller samma begränsning som för överlåtaren, att uppsägningar inte får ske som grundar sig i övergången som sådan. Så länge som omplaceringar begärs inom ramen för arbetstagarnas arbetskyldighet är dessa dock giltiga och de anställda måste finna sig i sin nya arbetsgivares omstrukturering av verksamheten. Det kan även vara fråga om att arbetsgivaren kan åberopa ETO-skälen för att rättfärdiga uppsägningar som behövs göras inom ramen för förändringarna.

Den övertagande arbetsgivaren kan vara intresserad av att bedriva entreprenadverksamheten med egen personal som kanske ska anställas för just det aktuella ändamålet. Det kan dock uppkomma en mer kostsam situation om arbetsgivaren inom ramen för överlåtelsedirektivet tvingas överta arbetstagare från den tidigare arbetsgivaren. Dessa arbetstagare kan ha en längre anställningstid som ger dem en mer fördelaktig situation utifrån ett löneperspektiv än vad de egna arbetstagarna innehar.¹⁹³ Detta bör uppdragstagaren beakta vid ett övertagande av ett entreprenadavtal.

På senare tid har EU varit relativt återhållsam med att anta nya direktiv inom arbetsrätten. Generaladvokatens förslag till avgörande i *Temco*-domen¹⁹⁴ visar att konflikter kan uppstå mellan de ekonomiska friheterna och skyddet för arbetstagarna. Spänningarna mellan dessa rättsområden är större nu än förr.¹⁹⁵ Malmberg är av den uppfattningen att tyngdpunkten nu inte ligger på att harmonisera nationell lagstiftning för att uppnå bättre skydd för arbetstagarna, utan istället handlar det om att få fram rättspraxis som ser till att den nationella arbetsrätten inte hindrar den ekonomiska rörligheten.¹⁹⁶ Detta kan tala för att en arbetsgivare eventuellt skulle kunna få mer gehör för sina ekonomiska argument i framtiden, dock utan att arbetstagskyddet förringas.

¹⁹³ Sveeas, Kjersti, 2004, s. 193 f.

¹⁹⁴ C-51/00.

¹⁹⁵ Malmberg, Jonas, *Arbetsrätten efter EU-inträdet*, SvJT 2011 s. 430, s. 435.

¹⁹⁶ Malmberg, SvJT 2011 s. 430, s. 439.

4.2 Omplacering – särskilt om förhållandet mellan omplaceringsrätten och omplaceringsskyldigheten

Överlåtelsedirektivet saknar tillämpning på omplaceringar som sker mellan olika driftsenheter i samma företag.¹⁹⁷ Detta innebär alltså att själva omplaceringen inte är att se som en verksamhetsövergång. Det är en annan fråga om arbetsgivaren kan stödja sig på arbetsledningsrätten för att genomföra omplaceringar i syfte att dessa arbetstagare inte ska omfattas av en kommande verksamhetsövergång. Då det inte har sagts något om denna möjlighet från EU-domstolens sida kan det inte med säkerhet hävdas att det är tillåtet eller förbjudet. En omplacering som sker enligt 7 § 2 st. LAS ska ses som en rättighet för arbetstagarna. Dessa har en rätt att bli omplacerade, inom eller utom anställningsavtalets ramar, för att slippa bli uppsagda.¹⁹⁸

Om alternativet till en omplacering är att arbetstagarna sägs upp på grund av arbetsbrist, vore det att gå emot överlåtelsedirektivets skyddssyfte att inte tillåta en sådan omplacering. Arbetsgivaren driver en verksamhet som ska vara så effektiv som möjligt, men det hindrar inte att denne i en överlåtelse-situation vill ge sina arbetstagare en möjlighet att arbeta kvar på företaget. Det kan röra sig om nyckelpersoner som arbetsgivaren vill ha kvar i verksamheten. Det finns dock även en risk med att ge arbetsgivaren möjligheten att omplacera i en överlåtelsesituation om syftet är att den kvarvarande verksamheten efter övergången ska läggas ned. Då kan arbetsgivaren gå förvärvarens ärende genom att flytta på de arbetstagare som förvärvaren inte vill ta över. De olika omplaceringarna får prövas utifrån varje enskilt anställningsavtal, för att komma fram till om arbetstagaren är skyldig att underkasta sig just den aktuella omplaceringen. När det kommer till utläggande av verksamhet på entreprenad kan situationen uppkomma att arbetsgivaren inte har behov av den personal som är anställd för just det uppdrag som i fortsättningen ska utföras av entreprenören. Det kan i så fall uppkomma arbetsbrist hos uppdragsgivaren och uppsägningar kan ske av den egna personalen med återopande av detta.

Även om inte omplaceringen ligger inom ramen för vad som är tillåtet kan inte arbetstagaren motsätta sig den, utan måste finna sig i att följa arbetsgivarens order. Arbetstagaren får i så fall utkräva kompensation i efterhand, men med tanke på arbetsgivarens tolkningsföreträde kan arbetstagaren inte påverka något just när han eller hon beordras till en annan del av verksamheten. Om omplaceringen bedöms utgöra en ogiltig uppsägning kan den angripas med 34-35 §§ LAS, med skadeståndskrav enligt 38 § LAS.

En närmare diskussion om förhållandet mellan arbetsgivarens *rätt* att omplacera anställda och *skyldigheten* att utreda om en arbetstagare kan ompla-

¹⁹⁷ Se ovan avsnitt 3.1.2.5.

¹⁹⁸ Danhard, Ny Juridik 2:04, s. 7-56, s. 8.

ceras till annat arbete inom verksamheten kan vara relevant att föra inom ramen för arbetsledningsrätten. Av utrymmesskäl sker endast en övergripande genomgång för att visa på hur saken bedöms. Arbetsgivarens omplaceringsrätt ligger inom ramen för dennes arbetsledningsrätt. Det finns dock även en skyldighet att undersöka möjligheten att omplacera en arbetstagare innan denne får sägas upp, enligt 7 § 2 st. LAS. En underlåtenhet att göra detta innebär att uppsägningen inte är sakligt grundad. När ett företag ska lägga ut verksamhet på entreprenad kan det medföra att de arbetstagare som utförde arbetsuppgifterna internt inte längre behövs inom företaget. Arbetsgivaren har då en skyldighet att försöka omplacera den eller de arbetstagarna till andra funktioner inom företaget.

Arbetsdomstolen har bedömt frågan om ett nedläggande av entreprenadverksamheten i ett VVS-bolag.¹⁹⁹ Istället skulle serviceverksamhet fortsättningsvis bedrivas. Eftersom omstruktureringar genomfördes fick två arbetstagare erbjudande om omplacering, vilket de dock avböjde. Detta fick till följd att dessa arbetstagare blev uppsagda på grund av arbetsbrist trots att det fanns arbetstagare med kortare anställningstid som enligt turordningsreglerna skulle sägas upp i första hand. Rättsfallet gav upphov till en diskussion i den juridiska litteraturen.²⁰⁰ Arbetstagersidan var av den uppfattningen att omplaceringserbjudandena skulle erbjudas i turordning. Denna inställning godtogs dock inte av Arbetsdomstolen. Arbetsgivaren har en rätt att erbjuda andra anställningar till sina arbetstagare enligt 7 § 2 st. LAS utan att det måste ske i någon särskild ordning. Omplaceringar enligt denna bestämmelse måste kunna ske på det sätt arbetsgivaren önskar eftersom det är en del av arbetsgivarens arbetsledningsrätt att omplacera sina arbetstagare, med iakttagande av den begränsning som ligger i gränsen för arbetstagarnas arbetsskyldighet.²⁰¹

De bestämmelser som främst skapar spänning mellan omplaceringsrätten och omplaceringsskyldigheten är 7 § 2 st. LAS samt 22 § LAS. I den sistnämnda bestämmelsen gäller som förutsättning för att en arbetstagare ska ha förtur enligt turordningsreglerna att denne innehar tillräckliga kvalifikationer för den tjänst som erbjuds. En förutsättning för bestämmelsens tillämpning är således att en turordningslista har upprättats.

Det har förelegat ett förslag om att det skulle upprättas en turordningslista först och att eventuella omplaceringar skulle prövas och erbjudas arbetstagare i enlighet med denna lista.²⁰² Det har dock inte skett någon förändring av rättsläget enligt denna uppfattning. Arbetsdomstolen menar också i rättsfallet att turordningen enligt 22 § LAS endast gäller rätten att inte bli uppsagd. Om en arbetstagare bereds ett annat arbete inom verksamheten, men väljer att tacka nej till det erbjudandet, kan denne bli uppsagd trots att han

¹⁹⁹ AD 2009 nr 50.

²⁰⁰ Se Numhauser-Henning, Ann, Rönmar, Mia, *Det flexibla anställningsskyddet*, JT 2010-11, s. 382-411.

²⁰¹ Det ges uttryck för denna uppfattning av Numhauser-Henning, Rönmar i JT 2010-11, s. 390 f.

²⁰² SOU 1993:32 s. 503 f.

eller hon har längre anställningstid än en arbetstagare med sämre läge på turordningslistan. Omplaceringar enligt 7 § 2 st. LAS ska göras innan arbetsgivaren har en skyldighet att pröva frågan om omplaceringar enligt 22 § LAS.²⁰³

Arbetsdomstolen hänvisar i domen till sitt eget tidigare avgjorda mål, AD 1996 nr 144. Där betonade Arbetsdomstolen att det inte går att dra en slutsats om 7 § LAS som innebär att det alltid finns en absolut rätt för en övertalig arbetstagare att få erbjudande om en liknande tjänst hos sin arbetsgivare. Även syftet med LAS framhölls, eftersom det inte rör sig om ett långtgående skydd för arbetstagarens befattning, utan snarare ett skydd mot att bli uppsagd. Det är i praktiken tämligen ointressant inom vilken bestämmelse arbetsgivaren erbjuder omplacering och om det således sker innan eller efter en turordningslistas upprättande. Det som är intressant är om omplaceringserbjudandet är skäligt. Arbetsgivaren får själv hantera frågan om omplacering inom ramen för arbetsledningsrätten.²⁰⁴

Eftersom arbetsgivaren kan stödja sig på sin arbetsledningsrätt kan denne utöva omplaceringsrätten innan en verksamhetsförändring ska ske, exempelvis innan en verksamhet ska läggas ut på entreprenad. Det får anses som att arbetsgivaren har relativt långtgående möjligheter att planera sin verksamhet och kan använda sig av omplaceringsrätten för att göra detta. Om en arbetstagare vägrar att gå med på en omplacering som ligger inom dennes arbetsskyldighet får det anses medföra att saklig grund för uppsägning föreligger. Arbetsgivaren kan säga upp arbetstagaren med återopande av dennes vägran att finna sig i omplaceringen. Ett upprättande av turordningslista behöver inte göras förrän det kan anses vara fråga om en arbetsbristsituation. Detta innebär således även att arbetsgivaren har relativt goda möjligheter att planera sin verksamhet så att de arbetstagare som särskilt behövs i organisationen kan omplaceras och behållas trots att det kan finnas arbetstagare som enligt en turordningslista skulle ha företrädesrätt.

AD 2009 nr 50 har följts upp av en senare dom, AD 2011 nr 30. Detta mål rörde även det en omstrukturering av en verksamhet där arbetsgivaren hade erbjudit vissa anställda omplacering utan att ta hänsyn till turordningsreglerna. Arbetsdomstolen beaktade den litteratur som diskuterade det tidigare fallet och menade att det rörde sig om liknande omständigheter som i det rättsfallet. Arbetsdomstolen konstaterade att arbetsgivaren inom ramen för sin arbetsledningsrätt kan välja att omplacera arbetstagare på det sätt som är mest lämpligt för verksamheten i fråga. Det behövs alltså ingen turordningslista innan arbetsgivaren vidtar de omplaceringar som denne finner passar bäst för sin verksamhet. Arbetsdomstolen förtydligar vidare att arbetsgivarens dispositioner av omplaceringarna givetvis inte är tillbörliga om de sker i strid med god sed på arbetsmarknaden eller i övrigt är avsedda att kringgå anställningsskyddet.

²⁰³ Numhauser-Henning, Rönnmar, JT 2010-11, s. 396

²⁰⁴ Numhauser-Henning, Rönnmar, JT 2010-11, s. 395.

Två av Arbetsdomstolens ledamöter var dock skiljaktiga i domen från 2011 och de argumenterade utifrån 6 b § LAS om företagsöverlåtelser. Enligt dessa skulle det ha varit fråga om en övergång enligt 6 b § LAS om verksamheten hade bedrivits på de två driftställena i form av systerbolag eller dotter- och moderbolag. I så fall skulle de anställda ha haft en rätt att följa med till den nya arbetsgivaren, allt enligt reglerna om anställningsavtalens övergång. Vidare hade 22 § LAS blivit aktuell för det nya driftstället att ta hänsyn till. Om arbetsbrist hade uppkommit skulle då arbetsgivaren vara skyldig att beakta anställningstiden som arbetstagarna hade haft på det tidigare driftstället. En turordningslista hade således behövt upprättas, vilket inte hade gjorts av bolaget när det erbjöd de anställda omplacering enligt 7 § 2 st. LAS. De skiljaktiga ledamöterna menade vidare att skälighetsbedömningen som görs i 7 § LAS bör göras i ljuset av regleringen om företagsöverlåtelser i 6 b § LAS, för att inte den ska tappa sin betydelse på arbetsmarknaden. Detta skulle få som konsekvens att en arbetsgivare som äger två driftsenheter skulle vara skyldig att beakta de anställdas anställningstid inom ramen för en turordningslista när denne erbjuder omplacering. Detta bör, enligt ledamöterna, gälla åtminstone när arbetstagarna som alternativ till omplacering blir arbetslösa.

Det kan hävdas att arbetsgivaren i princip har obegränsade möjligheter att lösa en övertalighetssituation på det sätt denne finner lämpligt åtminstone när det inte behöver ske uppsägningar. Då kan omplaceringserbjudanden ges till de anställda som således måste acceptera dessa så länge det inte går över gränsen för vad som får anses stridande mot god sed på arbetsmarknaden eller i strid med diskrimineringslagstiftningen.²⁰⁵

4.3 Arbetsledningsrätten i bemanningsföretag

Ren personaluthyrning kan med ledning av *Spijkers*-kriterierna inte falla under begreppet verksamhetsövergång. Om bemanningsföretaget endast har ansvar för tillhandahållande av arbetskraft och utövande av arbetsledning över de anställda blir bedömningen att det inte är fråga om någon verksamhetsövergång. Däremot kan omständigheterna värderas annorlunda om bemanningsföretaget tagit på sig ett mer omfattande ansvar för kvaliteten på de utförda arbetsuppgifterna, eller om överlåtelserna innefattar övergång av en del av överlåtarens administrativa funktioner.²⁰⁶ Om bemanningsföretaget tar på sig ett större kvalitetsansvar leder det till att förfarandet närmar sig entreprenadsituationen. Där är det fråga om att ett visst arbete ska utföras, med ett önskat resultat som följd, men hur det ska ske lämnas över till entreprenören. Gränsdragningen mellan vad som är ren personaluthyrning och entreprenadverksamhet är inte helt problemfri att göra. Idag är det inte ovanligt att bemanningsföretagen bedriver både personaluthyrning och åtar sig arbete på entreprenad.²⁰⁷ Det är dock icke oviktigt att en avgränsning görs,

²⁰⁵ Numhauser-Henning, Rönmar, JT 2010-11, s. 408.

²⁰⁶ Lindberg, Kahn, Krouthén, 2009, s. 169.

²⁰⁷ SOU 2011:5, s. 152.

för att få reda på var arbetsledningsrätten ska vara placerad. Om en arbetsgivare väljer att ta in bemanningspersonal för utförande av vissa uppgifter kan han eller hon i kraft av arbetsledningsrätten använda sig av omplacering för att inte bemanningspersonalen ska sitta i en verksamhet, vilken kan bli föremål för en överlåtelse inom en inte alltför avlägsen framtid. Om det däremot görs bedömningen att arbetsgivaren har använt sig av entreprenad för att utföra ett arbete, ligger arbetsledningsrätten kvar hos entreprenören.

Även överlåtelsedirektivets tillämplighet påverkas av hur arbetet karakteriseras. Om det rör sig om överlåtelse av entreprenad ska överlåtelsedirektivet tillämpas, vilket inte är fallet om det rör sig om ren personaluthyrning, enligt ovan. Därför kan det vara relevant att fundera över frågan om en eventuell tillämpning av överlåtelsedirektivet i de fall där det handlar om något mer än bara personaluthyrning från bemanningsföretagets sida.

Ett exempel på ett fall där överlåtelsedirektivets tillämpningsområde har utsträckts är *Heineken*-målet från EU-domstolen.²⁰⁸ Heineken hade där lagt upp verksamheten så att ett av bolagen i koncernen utgjorde officiell motpart i anställningsförhållandena. En person var alltså anställd av ett av koncernbolagen men kunde utföra sitt arbete för ett annat koncernbolags räkning. Så var fallet för en arbetstagare som arbetade i Heineken BV (men var anställd av ett annat bolag). Heineken BV överläts till Albron Catering BV och arbetstagaren fick inte följa med till den nye arbetsgivaren. EU-domstolen uttalade att den som i och med övergången upphör att vara arbetsgivare ska ses som en överlåtare enligt överlåtelsedirektivet. Heineken BV var således en icke avtalsbunden arbetsgivare som upphörde att vara detta i och med övergången.²⁰⁹ Av detta rättsfall dras slutsatsen att en arbetstagare inte behöver vara formellt anställd av överlåtaren för att kunna skyddas av överlåtelsedirektivet. Rättsfallet får anses utvidga anställningsskyddet eftersom ett företag som inte är den anställdes arbetsgivare kan ha en skyldighet att iakttä detta skydd ändå.

Detta resonemang kan få påverkan på hur bedömningen sker när det är fråga om en överlåtelse av ett företag som har haft personal inhyrd från ett bemanningsföretag för utförande av arbetsuppgifterna. Om en överlåtelse sker och de inhyrda arbetstagarna vill följa med det överlåtna företaget är det inte omöjligt att den bedömningen görs att de får följa med till förvärvaren. Avgörande för utfallet av en sådan bedömning torde bli om de inhyrda arbetstagarna kan anses som arbetstagare hos överlåtaren. Formellt är bemanningspersonalen anställd av bemanningsföretaget men denna omständighet är inte tillräcklig för att utesluta att en domstol skulle bedöma att det inhyrande företaget anses som en icke avtalsbunden arbetsgivare.

Konsekvensen kan således bli att bemanningspersonalen vid en överlåtelse-situation likställs med den egna personalen och således också ska ses som arbetstagare med en rätt att följa med till förvärvaren. Klart är åtminstone att bemanningspersonalen skyddas om deras formella arbetsgivare, beman-

²⁰⁸ C-242/09.

²⁰⁹ C-242/09 p. 30.

ningsföretaget, utför en verksamhetsövergång i enlighet med överlåtelsedirektivet. Om *Heineken*-domen får nu nämnda effekt innebär det således att bemanningspersonalens anställningar skyddas i två olika företag. EU-domstolen har inte diskuterat frågan om arbetstagaren ska anses ha två olika arbetsgivare eller om det i en överlåtelsesituation blir aktuellt att pröva vem som ska anses som arbetsgivare i just den situationen och under de aktuella omständigheterna. Eftersom EU-domstolen anger att det ena företaget är en icke avtalsbunden arbetsgivare antyder det att det finns ytterligare en arbetsgivare, nämligen den avtalsbundne arbetsgivaren.

Överlåtelsedirektivet har som bekant ett skyddssyfte att tillgodose, vilket kanske bäst tillvaratas genom att varje överlåtelsesituation prövas utifrån arbetstagarens perspektiv. En sådan lösning kan däremot medföra att förutsebarheten minskar. I *Heineken*-domen hade arbetstagaren endast arbetat i det ena företaget och inte i det företaget där han formellt hade anställning. Frågan är var gränsen går för att arbetstagaren ska skyddas i en sådan situation. Det bör vara mer komplicerat att bedöma situationen om arbetstagaren parallellt utför arbete för två arbetsgivares räkning. Ju fler arbetsgivare en arbetstagare kan tänkas ha, desto svårare blir bedömningen av vem som ska anses vara arbetsgivare vid bedömning av överlåtelsedirektivets tillämplighet. Det torde inte vara orimligt att det inom koncerner finns liknande arbetsituationer, att ett koncernbolag officiellt står som motpart i anställningsförhållandet, men att arbetet i realiteten utförs för något annat eller några andra koncernbolags räkning. Kanske har flera koncernbolag samma lokaler och delvis samma utrustning. Då kan det vålla ännu större svårigheter att fastslå för vems räkning en arbetstagare utför arbetet. Även ur ett arbetstagarperspektiv är det relevant att veta hur anställningsförhållandet ser ut, för att veta vad som skulle anses gälla i en överlåtelsesituation.

5 Avslutande synpunkter

Avseende en entreprenadöverlåtelses inverkan på arbetsledningsrätten kan följande nämnas. Vid en undersökning av rättspraxis verkar bedömningen av överlåtelse av entreprenad se ungefär likadan ut oavsett om det rör sig om utläggande av verksamhet på entreprenad, byte av entreprenör eller tillbakatagande av verksamhet för utförande i egen regi. Entreprenadavtal avser en tjänst som uppdragsgivaren vill få utförd. Om en överlåtelse av entreprenad avser endast arbetsuppgifterna blir det troligtvis inte ens fråga om en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet och i så fall får det ingen inverkan på arbetsledningsrätten. Om det däremot bedöms som en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet kan arbetsledningsrätten påverkas på så sätt att uppsägningar inte får ske på grund av överlåtelsen. Kan arbetsgivaren påvisa ETO-skäl kan dock uppsägningarna genomföras i alla fall. Möjligheterna för arbetsgivaren att genomföra omplaceringar innan verksamhetsövergången är enligt ovan förda resonemang inte begränsade av överlåtelsedirektivet. De dispositioner som arbetsgivaren gör som är otillbörliga eller annars drabbar arbetstagarna negativt ska givetvis inte tillåtas och det är dessa dispositioner som överlåtelsedirektivet ska fånga upp.

Företag som använder sig av inhyrd arbetskraft istället för att anställa egna arbetstagare skulle kunna anses utgöra arbetsgivare för den inhyrda personalen, då denna situation liknar den i *Heineken*. Det bör dock påpekas att det inte var bemanningsföretag i det fallet, utan det rörde sig som sagt om flera koncernbolag. Ur arbetsrättslig synpunkt liknar dock situationerna varandra då arbetstagaren är anställd av ett annat företag än det som han eller hon utför sitt arbete för. Framtida rättspraxis får visa om arbetstagskyddet enligt överlåtelsedirektivet kommer att utsträckas till att omfatta en sådan situation med inhyrd personal.

Vid en tillbakablick på det i inledningen nämnda typexemplet där arbetsgivaren utnyttjar sin omplaceringsrätt för att inte förlora en värdefull arbetstagare, kan följande analys göras. Överlåtelsedirektivet är som bekant ett direktiv som ska skydda arbetstagare från att hamna i en sämre situation när det sker en verksamhetsövergång. Arbetstagaren har rätt att följa med till en ny arbetsgivare och överlåtaren får inte säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning. I det angivna exemplet är situationen den omvända. Båda parter är intresserade av att ha arbetstagaren i sin egen verksamhet. Vid en arbetsrättslig analys av överlåtarens förfarande kan inte något hinder upptäckas. Arbetstagaren är anställd av sin ursprungliga arbetsgivare fram till dess att själva överlåtelsen faktiskt sker. Eftersom arbetstagaren är anställd ligger arbetsledningsrätten kvar hos arbetsgivaren. Med åberopande av denna kan arbetsgivaren utnyttja omplaceringsrätten så länge omplaceringen inte är otillåten på andra grunder. Vid överlåtelseögonblicket är inte arbetstagaren verksam i den del av verksamheten som överläts och han eller hon träffas då inte heller av överlåtelsedirektivets rättsföljder. Arbetstagarens

situation behöver inget speciellt skydd av överlåtelsedirektivet då det inte blir fråga om att en för denne ofördelaktig situation uppkommer.

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt är således inte begränsad ur ett arbetsrättsligt perspektiv vid överlåtelse av verksamhet så länge den utövas med iakttagande av aktuella begränsningar. Istället kommer problematiken att flyttas över till den allmänna avtalsrätten. Om parterna har ingått ett överlåtelseavtal där den aktuella arbetstagaren ska ingå i transaktionen kan det istället bli tal om ett avtalsbrott parterna emellan. I så fall kommer ett nytt juridiskt område in i bilden och konsekvenserna av ett sådant avtalsbrott kan bli föremål för ett annat uppsatsämne.

Käll- och litteraturförteckning

Offentliga publikationer

Prop. 1970:166, *Förslag till lag om ändring i lagen (1935:113) med vissa bestämmelser om arbetsförmedling*

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

Prop. 2008/09:205, *En ny Luganokonvention*

SOU 1993:32, *Ny anställningsskyddslag*

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

SOU 1994:141, *Arbetsrättsliga utredningar*

SOU 2011:5, *Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige*

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Arbetstagarbegreppet: om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt*, 1964, Norstedt

Andersen, Lars Svenning, Vejby, Bjarke och Jørgensen, Jeppe Høyer, *Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse*, 5 uppl., 2009, Jurist- og økonomforbundets forlag

Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper*, 2 uppl., 1976, PA Norstedt & Söners förlag

Danhard, Erik, *Arbetskyldighetens gränser*, Ny juridik 2:04, s. 7-56

Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 121, 2/2008

Hansen, Lone L., *Medarbejdernes retsstilling ved grænsoverskridende overtagelse og fusion*, 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Hansson, Mikael, *Kollektivavtalsrätten*, 2010, Iustus Förlag

Hasselbalch, Ole, *Den danske arbejdsret, Bind II, Ansættelsesretten*, 2009, Jurist- og økonomforbundets förlag

Hasselbalch, Ole, *Saglighedskravet ved ledelsesrettens udøvelse i nordisk perspektiv*, Arbejdsrett, volym 2 nr 1 2005, s. 28-42

- Holmlund, Staffan, *En ny konstitution för Europa*, Ny Juridik 4:03, s. 29
- Kristiansen, Jens, *Den kollektive arbejdsret*, 2004, Jurist- og økonomforbundets forlag
- Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2 uppl. 2009, Iustus förlag
- Lewis, Amanda, Paisner, Berwin, Leighton, *Outsourcing Contracts – a Practical Guide*, 2 uppl. 2006, City & Financial Publishing
- Lindberg, Agne, Kahn, Johan, Krouthén, Björn, *IT-avtal – särskilt om outsourcing*, 2009, Norstedts Juridik
- Lunning, Lars, Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd – en lagkommentar*, 10 uppl., 2010, Norstedts Juridik
- Malmberg, Jonas, *Arbetsrätten efter EU-inträdet*, SvJT 2011 s. 430
- Malmberg, Jonas, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter*, Working paper 2010:9, Uppsala faculty of law
- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, 2004, Juristförlaget
- Nielsen, Ruth, *Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning*, 1992, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Nordström, Anders, *Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet*, i Eklund, Ronnie, m.fl., red., *Festskrift till Hans Stark*, 2001, Jure Förlag, s. 197-210.
- Numhauser-Henning, Ann, Rönnmar, Mia, *Det flexibla anställningsskyddet*, JT 2010-11, s. 382-411.
- Nyström, Birgitta, *EU & arbetsrätten*, 4 uppl., 2011, Norstedts Juridik
- Paulsen, Jens, Ramskov, Bent, Nielsen, Søren Ole, *Personalejura. Praktisk arbejdsret*, 3 uppl., 2010, Academica
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249-272.
- Rönnmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, 2004, Juristförlaget
- Rönnmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – om kvalitativ flexibilitet i arbetslivet*, JT 2005-06, s. 45-64.

Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal, särskilt om ändrade förhållanden*, 2011, Karnov Group

Schaumburg-Müller, Peer och Werlauff, Erik, *Udlicitering og medarbejdere – ret og pligt i forhold til lønmodtagere ved offentlig udlicitering og privat outsourcing*, 5 uppl., 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Schmidt, Folke m.fl., *Facklig arbetsrätt*, uppl. 4:7, 1997, Norstedts Juridik

Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, uppl. 3:5, 1994, Norstedts Juridik

Strandman Ullrich, Christina, *Compliance – Roll, organisation, ansvar, oppgifter*, 2011, Jure Förlag

Sveeaaas, Kjersti, *Virksomhetsoverdragelse i anbudssituasjoner – særlig om forhold relatert til prisfastsettelse*, *Arbeidsrett* nr 3 2004, s. 186-199

Elektroniska källor

<http://www.fsa.gov.uk/>

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1978 nr 89

AD 1985 nr 35

AD 1995 nr 60

AD 1995 nr 101

AD 1996 nr 144

Interimistiskt beslut den 15 april 1997 i målen A 35 och 37/97

AD 1997 nr 81

AD 2008 nr 51

AD 2008 nr 61

AD 2009 nr 50

AD 2009 nr 55

AD 2010 nr 88

AD 2011 nr 30

EFTA-domstolen

E-2/95

E-3/95

E-2/96

EU-domstolen

C-186/83

C-48/84

C-24/85

C-287/86

C-324/86

C-101/87

Förenade målen C-144/87 och C-145/87

Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91

C-382/92

C-392/92

C-48/94

Förenade målen C-171/94 och C-172/94

C-305/94

C-13/95

C-28/95

Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97

C-234/98

C-343/98

C-172/99

C-51/00

C-340/01

C-458/05

C-242/09

C-463/09

C-108/10

Högsta domstolen

NJA 1949 s. 768