



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Silja Harnisch

Verksamhetsövergång vid personal- och materialintensiv verksamhet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: Period 1 VT2019

Innehåll

SUMMARY	5
SAMMANFATTNING	7
FÖRORD	9
FÖRKORTNINGAR	10
1 INLEDNING	11
1.1 Kort inledning till problematiken	11
1.2 Syfte och frågeställningar	13
1.3 Avgränsningar	14
1.4 Perspektiv	15
1.5 Metod och material	16
1.6 Forskningsläge	19
1.7 Disposition	19
2 VERKSAMHETENS ART	21
2.1 Inledning	21
2.2 Materialintensiv verksamhet	22
2.3 Personalintensiv verksamhet	23
2.4 Restaurangverksamhet - exempel på ett problematiskt fall	25
2.5 Sammanfattande kommentar	28
3 ÖVERLÅTELSEREGLERNA	30
3.1 Rådets direktiv 2001/23/EG	30
3.2 6 b § LAS	32
4 ALLMÄNNA BEDÖMNINGSGRUNDER	35
4.1 Spijkers mot Benedik C-24/85	35
4.2 Ekonomisk enhet med bevarad identitet	37
4.2.1 Ekonomisk enhet	38
4.2.1.1 Allmänt	38

4.2.1.2	Verksamhetstypens påverkan	41
4.2.2	Bevarad identitet	42
4.2.2.1	Allmänt	42
4.2.2.2	Verksamhetstypens påverkan	44
4.2.2.3	Mulders aktivitets-, fortsättnings- och likhetskriterium	46
4.2.3	Slutsats	47

5 RÄTTSPRAXIS AVSEENDE PERSONALINTENSIV VERKSAMHET 49

5.1	Ingen personal	49
5.1.1	Süzen C-13/95	49
5.1.2	AD 1997 nr 81	51
5.2	Mindre än majoriteten av de anställda	51
5.2.1	AD 2008 nr 64	52
5.2.2	AD 2014 nr 28	52
5.2.3	Temco C-51/00	53
5.3	Majoriteten av arbetskraften	54
5.3.1	AD 2010 nr 88	54
5.3.2	AD 2014 nr 14	55
5.3.3	Jouini C-458/05	56

6 RÄTTSPRAXIS AVSEENDE MATERIALINTENSIV VERKSAMHET 58

6.1	De flesta bedömningskriterierna har uppfyllts	58
6.1.1	AD 2014 nr 46	58
6.1.2	Eidesund-målet E-2/95	59
6.2	Några bedömningskriterier har uppfyllts	60
6.2.1	AD 2002 nr 63	60
6.2.2	AD 2014 nr 91	61
6.2.3	Allen m.fl. C-234/98	62
6.2.4	Abler m.fl. C-340/01	63
6.2.5	ADIF C-509/14	64
6.2.6	Sigüenza C-472/16	65
6.3	Uteslutande materiella tillgångar av betydelse går över eller inga materiella tillgångar alls går över	66
6.3.1	AD 1998 nr 146	66
6.3.2	Liikenne C-172/99	67
6.3.3	AD 1995 nr 96	68

7 ANALYS 69

7.1	Verksamhetstypens påverkan på bedömningsgrundernas viktning	69
7.1.1	Majoriteten av personal	70
7.1.2	Övertagande av materiella tillgångar	72
7.1.3	Övertagande av immateriella tillgångar	76
7.1.4	Resterande bedömningsgrunder	79
7.1.5	Slutsats	82
7.2	6 b § LAS:s tillämplighet	83

7.2.1	6 b § LAS:s tillämplighet vid personalintensiv verksamhet	84
7.2.2	6 b § LAS:s tillämplighet vid materialintensiv verksamhet	86
7.3	Perspektiv rättssäkerhet	88
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	91
	Litteratur	91
	Offentligt tryck	93
	Elektroniska källor	93
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	94
	EU- domstolen	94
	EFTA-domstolen	96
	Arbetsdomstolen	96

Summary

Section 6 b of the Employment Protection Act (Lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS)) states, that when a transfer of an undertaking, business, or part thereof occurs then the employee may choose to transfer to the new owner. If the employee chooses to do so, they as well as their employment contract, and employment relationships automatically transfers to the transferee of the business.

In order for section 6 b LAS to be applicable, the crucial requirement that has to be fulfilled is that the transfer must concern an economic entity that retains its identity. In some case law and doctrine the concept “economic entity” and “retained identity” are assessed separately. Usually though, the requirement is assessed in its entirety. Whether section 6 b LAS is applicable is determined by an overall assessment of various criteria. Inter alia, it is considered of particular importance, whether transactions have occurred of tangible and intangible assets, and/or of the majority of employees. The assessment is made difficult by various uncertainties in the law itself and case law. Those uncertainties are problematic from a legal security perspective, because they impair the predictability of the application of 6 b LAS. According to the Court of Justice of the European Union (CJEU), the type of the business influences the weighting of the assessment conditions. To which extent, however, remains unclear as CJEU and the Labor Court (Arbetsdomstol (AD)) only give partial guidance to the weighting of conditions depending on the type of business, spread over multiple cases. In addition, the lack of more detailed definitions of the types of businesses, and lack of general guidance on how to assign a business to a type, further complicates the assessment. These uncertainties, by extension, complicate the assessment of when section 6 b LAS is applicable. This work aims to create more clarity about these uncertainties.

In its case law, CJEU differentiates between activities that are essentially based on manpower and those that are essentially based on tangible assets. In this work those are called manpower intense businesses and tangible asset intense businesses. Case law indicates that it does not require much for equipment to be found of such importance to the business in question, that the business is classified as a tangible asset intense business. Only those businesses that are essentially based on manpower and do not require more than minimal tangible assets seem to be classified as manpower intense businesses.

The crucial difference concerning the weighting of criteria with respect to the business type, seems to be that the factor which the business is mainly based upon is given a crucial weight. Consequently, in order for section 6 b LAS to be applicable for manpower intense businesses, the majority of the labor force has to be transferred, whereas for tangible asset intense businesses assets necessary for the continuation of the undertaking have to

be transferred. Though, the crucial criterion is not given sufficient weight, that it singularly could lead to section 6 b LAS being applicable. Instead, an overall assessment must be performed.

Furthermore, it is uncertain whether the crucial weight is absolute. Whilst the CJEU in an earlier case pointed out that the protection of employees cannot be dependent on the fulfillment of a single criterion, the Court in later case law, when considering whether a transfer of business had occurred, gave crucial weight to the fulfillment of the criterion that the business is mainly based on. Regardless of whether the crucial weight is absolute or whether there may be occasional exceptions, recent case law has made it clear that the criterion that the business is mainly based on is given crucial weight, if not always then at least as a main rule. This development favors the predictability of the application of section 6 b LAS, and thereby strengthens the legal security. Though, this comes at the expense of the protection of employees in the case of a change of employer, since it simplifies the avoidance of the application of 6 b LAS for the transferee by way of purposefully not satisfying the crucial criterion.

Sammanfattning

I 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) stadgas arbetstagarnas rättighet att vid överlåtelse av verksamhet, företag eller en del verksamhet, tillsammans med rörelsen gå över till den nya ägaren. De anställda i den övertagna verksamheten samt rättigheter och skyldigheter enligt deras anställningsavtal och anställningsförhållanden följer automatiskt med till förvärvaren så länge de anställda inte väljer att stanna kvar hos överlåtaren.

För att 6 b § LAS ska bli tillämplig måste det avgörande kravet att övergången avser en ekonomisk enhet med bevarad identitet vara uppfyllt. I ett antal rättsfall och i viss doktrin har begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” bedömts separat. Kravet brukar dock i regel bedömas i sin helhet. För att fastställa om en verksamhetsövergång har skett görs en helhetsbedömning med beaktande av olika bedömningsgrunder där bland annat frågorna huruvida materiella och immateriella tillgångar gått över samt om majoriteten av anställda har följt med är av särskild betydelse. Bedömningen försvåras dock genom en rad otydligheter i lag och rättspraxis. Dessa osäkerhetsmoment är problematiska ur ett rättssäkerhetsperspektiv, då de försvårar förutsebarheten av när 6 b § LAS ska bli tillämplig. Enligt Europeiska unionens domstol (EUD) ska bedömningsgrunderna ges olika vikt beroende på vilken typ av verksamhet som övergången avser. Ett osäkerhetsmoment uppstår i samband därmed genom avsaknaden av tydligare definitioner av dessa verksamhetstyper och mer generell vägledning av vilka verksamheter som ska kategoriseras under vilken typ. Vidare har EUD och Arbetsdomstolen (AD) endast i begränsat omfång, fördelat över flera rättsfall, tagit ställning till på vilket sätt de olika bedömningskriterierna ska viktas beroende på verksamhetstypen. Dessa osäkerhetsmoment försvårar i förlängningen att avgöra när 6 b § LAS blir tillämplig. Detta arbete syftar till att skapa mer klarhet kring dessa osäkerhetsmoment.

EUD har tills nu i sina domar endast skiljt mellan verksamheter som huvudsakligen grundar sig på arbetskraft och verksamheter som huvudsakligen grundar sig på materiella tillgångar. I detta arbete benämns dessa verksamheter som personal- respektive materialintensiva. Rättspraxis tyder på att det inte krävas mycket för att utrustning som används för verksamhetens drift ska anses vara av sådan vikt att verksamheten klassas som materialintensiv verksamhet. Endast de verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft och inte kräver mer än minimala materiella tillgångar verkar klassificeras som personalintensiva verksamheter.

Den avgörande skillnaden i viktningen av bedömningsgrunderna verkar vara att den aspekt som verksamheten huvudsakligen bygger på ges avgörande vikt. Övertagandet av de för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar vid materialintensiv verksamhet respektive omständigheten att

majoriteten av anställda följer med vid personalintensiv verksamhet måste följaktligen ha skett för att 6 b § LAS ska bli tillämplig. Dessa bedömningsgrunder ges dock inte tillräcklig vikt att de i sig kan leda till att 6 b § LAS blir tillämplig utan det måste alltid göras en helhetsbedömning.

Vidare är det osäkert om den avgörande vikten är absolut. Medan EUD i ett tidigare mål har påpekat att arbetstagarnas skydd inte ska göras beroende av uppfyllnad av ett enskilt kriterium, har domstolen i senare rättspraxis lagt avgörande vikt vid att kriteriet som verksamheten huvudsakligen bygger på är uppfyllt för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga. Oavsett om den avgörande vikten är absolut eller om det kan finnas enstaka undantagsfall, har det dock genom den senare rättspraxis blivit tydligt att bedömningsgrunden som verksamheten huvudsakligen bygger på ges avgörande vikt, om inte alltid då åtminstone som huvudregel. Denna utveckling gynnar förutsebarheten gällande 6 b § LAS och därmed rättssäkerheten. Detta sker dock på bekostnad av arbetstagarnas skydd vid arbetsgivarbyte eftersom den underlättar för förvärvaren att aktivt undvika sin bundenhet av 6 b § LAS genom att inte uppfylla det avgörande kriteriet.

Förord

Tack så mycket Birgitta Nyström för din handledning, tålamod och stöd genom hela processen.

Danke Mamichen und Papa, dass ihr mir alles ermöglicht habt, mich immer unterstützt und mich so sehr liebt.

Tack så otroligt mycket min älskade man för att du har stöttat och älskat mig genom all dessa år. Jag älskar dig från Jorden till Saturnus och tillbaka igen.

Danke Rabea, dass du mich in meinen ängstlichsten Stunden immer wieder aufgebaut hast und wir uns zusammen durch unseren Abschluss kämpfen konnten. Asita ich bin mit ganzem Herzen bei deinem Endspurt dabei.

Tack så mycket Britt för att du genom hela min studietid har hjälpt och stöttat mig för att skriva rätt svenska. Tack Åke, också för ditt stöd.

Danke Edison, dass du den ganzen Tag bei mir gelegen hast und dich umarmen hast lassen und mich trotz der vielen Stunden Arbeit gezwungen hast mit dir raus zu gehen.

Tack Henrik och Nicole för att ni höll mig borta från distraktioner så att jag kunde lägga många fler arbetstimmar på mitt arbete.☺ Tack alla mina fina vänner, för att ni har stöttat och motiverat mig trots att ni själva haft så mycket att göra.

Diese Arbeit widme ich meiner liebsten Mamen, die liebste und coolste Oma der Welt. Leider durftest du diesen Moment und die 70 Jahre Luftbrücke nicht mehr erleben, aber du wirst immer in meinem Herzen bleiben.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
CJEU	Court of Justice of the European Union
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområde
EFTA	European Free Trade Association
EGD	Europeiska gemenskapernas domstol
EUD	Europeiska unionens domstol
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd

1 Inledning

1.1 Kort inledning till problematiken

Som följd av införlivandet av överlåtelsedirektivet 77/187/EEG¹ i svensk rätt trädde 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) i kraft den 1 januari 1995. I bestämmelsen stadgas arbetstagarnas rättighet att vid överlåtelse av verksamhet, företag eller en del verksamhet tillsammans med rörelsen gå över till den nya ägaren.² När 6 b § LAS blir tillämplig följer således de anställda i den övertagna verksamheten samt rättigheter och skyldigheter enligt deras anställningsavtal och anställningsförhållanden automatiskt med till förvärvaren³ så länge de anställda inte väljer att stanna kvar hos överlåtaren.⁴

6 b § LAS ska tolkas i enlighet med gällande överlåtelsedirektiv samt praxis från Europeiska unionens domstol⁵ (EUD).⁶ Följaktligen beaktar Arbetsdomstolen (AD) de sju så kallade Spijkerskriterierna, uppställda av EUD, i sin bedömning av huruvida en övergång enligt 6 b § LAS föreligger. Dessa kriterier är av särskild betydelse i helhetsbedömningen som ska göras för att avgöra huruvida en verksamhetsövergång har skett.⁷ Kort beskrivet ska enligt Spijkerskriterierna hänsyn tas till (1) verksamhetens respektive företags art, (2) övertagande av materiella och (3) immateriella tillgångar samt (4) kunder. Vidare ska tas i beaktande om (5) huvuddelen av anställda har gått över till förvärvaren, (6) om det har skett något uppehåll i verksamhetens drift samt (7) huruvida verksamheten är densamma före och efter övergången.⁸ Vilka aspekter som EUD och AD tar hänsyn till kan variera. Så beaktar domstolarna i vissa helhetsbedömningar ytterligare bedömningskriterier som exempelvis huruvida förvärvaren övertar arbetsledning och administration.⁹ Omständigheten att vilka aspekter som beaktas kan variera i domstolarnas bedömning försvårar för förvärvare av en

¹ Rådets direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter. Numera gäller istället rådets 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, se avsnitt 3.1.

² Lag (1994:1685) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd; Glavå & Hansson, s. 498-499; Bäckström, s. 89; Sevenius, s. 416.

³ Med undantag från de anställdas ålders-, invaliditets- och efterlevandeförmåner, se 6 b § 3 st. LAS; se avsnitt 3.2.

⁴ Bäckström, s. 89-90; Göransson & Garpe, s. 35; 6 b § 4 st. LAS.

⁵ EGD omdöptes till EUD år 2009, se <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolar-i-Europa/EU-domstolen/>. I arbetet används endast benämningen EUD.

⁶ AD 2011 nr 54; AD 2010 nr 88.

⁷ C-24/85, punkt 13 & 15; Glavå & Hansson, s. 501; se exempelvis AD 1997 nr 81; AD 2014 nr 28; AD 2016 nr 59.

⁸ C-24/85, punkt 13; Göransson & Garpe, s. 34-35.

⁹ Se exempelvis AD 2008 nr 64; AD 2014 nr 14; C-13/95, punkt 15.

verksamhet och verksamhetens anställda att avgöra huruvida 6 b § LAS blir tillämplig eller inte.

Bedömningen försvåras ytterligare genom att kriterierna enligt EUD ska ges olika vikt beroende på vilken typ av verksamhet som övergången avser.¹⁰ EUD skiljer i sina domar mellan verksamheter som huvudsakligen grundar sig på arbetskraft och verksamheter som huvudsakligen grundar sig på materiella tillgångar.¹¹ I detta arbete benämns dessa verksamheter som personal- respektive materialintensiva verksamheter. Domstolarna ger dock inte någon tydligare definition av dessa verksamhetstyper eller mer generell vägledning av vilka verksamheter som ska kategoriseras under vilken typ.¹²

Vidare har EUD och AD endast i begränsat omfattning, fördelat över flera rättsfall, tagit ställning till på vilket sätt de olika bedömningskriterierna ska viktas.¹³ Ofta har de olika kriteriernas viktning överhuvudtaget inte diskuterats i praxis utan vikten som domstolarna tillskriver kriterierna tar sig uteslutande uttryck i själva bedömningen.¹⁴ Följaktligen är det inte alltid tydligt när en övergång enligt 6 b § LAS kan anses föreligga. Otydligheten synliggörs då både EUD och AD, i ett flertal rättsfall, har behövt ta ställning till frågan om en verksamhetsövergång ägt rum i det enskilda fallet.¹⁵

Denna osäkerhet angående tillämpning av 6 b § LAS är problematiskt för såväl förvärvaren av en verksamhet som för de anställda som hör till den övertagna rörelsen. För arbetstagaren är det en trygghet att veta när denne och dennes rättigheter är skyddade av 6 b § LAS.¹⁶ Tillämpningen av denna bestämmelse medför ingripande följder för förvärvaren som därigenom får skyldigheten att ta över de anställda av den övertagna enheten som vill följa med.¹⁷ Utöver den ekonomiska aspekten gällande övertagande av befintlig personal innebär 6 b § LAS även en begränsning av den förvärvande arbetsgivarens fria anställningsrätt,¹⁸ vilken ger arbetsgivaren rätten att fritt välja vem som ska anställas samt vilka arbetsvillkor som ska gälla.¹⁹

I kommande avsnitt presenteras arbetets syfte och de frågeställningar som utarbetats utifrån ovan nämnd problematik.

¹⁰ Se exempelvis Mulder, s. 137-138; C-172/99, punkt 35-40; C-13/95, punkt 18; C-509/14, punkt 33-34.

¹¹ Mulder, s. 138; Lunning & Toijer, s. 287 & 289; se exempelvis C-340/01, punkt 37; C-13/95, punkt 12.

¹² Se närmare kapitel 2.

¹³ Se exempelvis C-472/16, punkt 32 & 35-36; AD 2014 nr 14; C-340/01, punkt 37.

¹⁴ Se exempelvis AD 2014 nr 91; AD 1997 nr 81; C-13/95.

¹⁵ Göransson & Garpe, s. 35; AD 2014 nr 28; AD 2014 nr 91; jfr Nyström (2017), s. 327-328.

¹⁶ Jfr rådets direktiv 2001/23/EG, ingress (3).

¹⁷ Sevenius, s. 416; 6 b § 1 & 4 st. LAS.

¹⁸ Adlercreutz & Mulder, s. 193; AD 1999 nr 36.

¹⁹ AD 1999 nr 36; Andersson, Edström & Zanderin, s. 82.

1.2 Syfte och frågeställningar

I både rättsfall och doktrin förklaras att de enstaka bedömningskriterierna för avgörandet om en övergång enligt 6 b § LAS föreligger ges olika vikt beroende på typ av verksamhet.²⁰ EUD har dock inte gett någon närmare vägledning angående skillnaden i viktningen av bedömningsgrunderna.²¹ Vidare finns i doktrin viss osäkerhet gällande hur bedömningskriteriernas viktning i praktiken påverkas av verksamhetstypen.²² För att skapa mer klarhet i denna fråga är arbetets syfte att undersöka verksamhetstypernas påverkan på viktningen av bedömningskriterierna. I samband därmed kommer följande fråga besvaras:

- Hur skiljer sig viktningen av bedömningsgrunderna beroende på om övergången avser material- respektive personalintensiv verksamhet?

Eftersom domstolarna varken ger någon tydlig definition av de olika verksamhetstyperna eller någon mer generell vägledning av vilka verksamheter som ska kategoriseras under vilken typ,²³ är ytterligare ett syfte i detta arbete att tydliggöra vad som avses med de olika typerna av verksamhet. I samband därmed görs en mindre och separat analys i andra kapitlet av arbetet som syftar till att undersöka vad som faller under begreppen material- respektive personalintensiv verksamhet. Denna analys måste göras i början av arbetet eftersom senare delar av arbetet bygger på denna uppdelning.

I förlängningen medför skillnaden i viktningen av kriterierna att, beroende på om övergången avser en personalintensiv eller materialintensiv verksamhet, olika omständigheter måste föreligga för att 6 b § LAS ska anses vara tillämplig.²⁴ Följaktligen ska arbetet vidare, med hänsyn till svaret på den första frågan, förtydliga för förvärvare av material- respektive personalintensiva verksamheter och arbetstagare som hör till den överlåtna rörelsen när de kan förvänta sig att 6 b § LAS bli tillämplig. Därför kommer ytterligare två frågor att besvaras:

- När anses 6 b § LAS bli tillämplig vid övergång av personalintensiv verksamhet?
- När anses 6 b § LAS bli tillämplig vid övergång av materialintensiv verksamhet?

Det avgörande kravet för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga är att övergången avser en ekonomisk enhet med bevarad identitet.²⁵ Kravet är följaktligen centralt för att kunna besvara arbetets andra och tredje fråga

²⁰ Jfr Lunning & Toijer, s. 287; C-13/95, punkt 18; jfr C-172/99, punkt 38-39.

²¹ Mulder, s. 137.

²² Se exempelvis Adlercreutz & Mulder, s. 247.

²³ Se avsnitt 1.1.

²⁴ Jfr exempelvis C-13/95 & C-172/99.

²⁵ C-24/85, punkt 11-12 & 15; Öman, s. 51-52.

angående 6 b § LAS:s tillämplighet. Åsikterna i doktrin och praxis skiljer sig dock om huruvida kravet ska bedömas i sin helhet eller om begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” ska bedömas var för sig. För att kunna applicera kravet på rätt sätt vid besvarandet av arbetets frågor görs en analys vars syfte är att utröna huruvida kravet ska bedömas i sin helhet eller om de två begreppen ska bedömas separat från varandra. Analysen görs i samband med att kravets begrepp undersöks närmare i fjärde kapitlet. Slutsatsen av denna analys lägger sedan grunden för kravets hantering vid besvarandet av uppsatsens frågor.

Genom arbetet ska sammanfattningsvis mer klarhet angående påverkan av verksamhetstyperna på viktningen av bedömningskriterierna skapas och i längden tillämpligheten av 6 b § LAS undersökas närmare.

1.3 Avgränsningar

I följande arbete undersöks verksamhetstypernas påverkan på bedömningskriteriernas viktning och därmed i förlängningen 6 b § LAS:s tillämplighet. I samband därmed riktas fokus mot övergångsbegreppet i 6 b § 1 st. 1 men. LAS och de motsvarande bestämmelserna i överlåtelsesdirektivet artikel 1.1.a och 1.1.b. Däremot kommer det inte diskuteras närmare vilka rättsföljder tillämpningen av 6 b § LAS medför.

Arbetet är koncentrerat på svensk rätt. Följaktligen är det uteslutande rättsfall från AD och inga rättsfall från andra länder som undersöks. Då 6 b § LAS ska tolkas i enlighet med överlåtelsesdirektivet samt utifrån EUD:s tillhörande praxis,²⁶ undersöks även rättsfall från EUD. På grund av utrymmesskäl kommer vidare inte gränsöverskridande företagsöverlåtelser undersökas utan arbetets fokus ligger på verksamhetsöverlåtelser som sker inom Sverige.²⁷

De rättsfall som undersöks i arbetet har olika typer av övergångar som bakgrund. Exempelvis avser många rättsfall som har tagits upp av AD entreprenadsbyte²⁸ men även överlåtelse genom inkråm eller arrendatorsbyte ligger till grund för några rättsfall.²⁹ Arbetet går inte närmare in på dessa olika sorters övergångar. Därför beaktas endast vägledning angående 6 b § LAS:s tillämplighet och viktning av de bedömningskriterier som enligt min uppfattning är ledande oberoende av övergångstypen. Underlaget begränsar sig vidare till de delar i rättsfallen som är relevanta för arbetets frågor och syfte. Som relevanta delar anses de avsnitt vara där domstolen diskuterar om en övergång har skett och i samband därmed resonerar kring de olika bedömningsrekvisiternas uppfyllnad och viktning.

²⁶ AD 2011 nr 54; AD 2010 nr 88; AD 2008 nr 51; AD 2001 nr 101; Adlercreutz & Mulder, s. 244.

²⁷ Jfr Källström & Malmberg, s. 293.

²⁸ AD 1997 nr 81; AD 2008 nr 64; AD 2010 nr 88.

²⁹ Se exempelvis AD 1998 nr 146 & AD 2002 nr 63.

Såsom det har antytts i avsnitt 1.1 ska en helhetsbedömning göras vid avgörande om en verksamhetsövergång har skett.³⁰ Det är Spijkerskriterierna men också andra aspekter som domstolen tar hänsyn till i sin bedömning. De vanligaste aspekter som beaktas bredvid Spijkerskriterierna är arbetsledning och administration, som har flera gånger diskuterats i rättsfall både avseende personal- och materialintensiv verksamhet.³¹ Arbetet begränsas till att utöver Spijkerskriterierna undersöka viktningen av dessa två kriterier. Omständigheter som endast har tagits hänsyn till i ett enskilt rättsfall, som exempelvis huruvida verksamheten kan identifieras i räkenskaperna hos den nya uppdragstagaren, analyseras däremot inte. Detta eftersom det inte kan göras en djupgående analys av hur viktningen av omständigheten skiljer sig beroende på verksamhetstypen när den endast har tagits upp en gång.

I avsnitt 4.2 undersöks det avgörande kravet att övergången ska avse en ekonomisk enhet med bevarad identitet som måste vara uppfyllt för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.³² Det råder oenighet i praxis och doktrin avseende innebörden av begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet”.³³ Arbetets omfång rymmer inte en analys avseende vilka av de olika beskrivningar av begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” som verkar vara den mer korrekta. Däremot har jag uppfattat det som behövt att ta ställning till huruvida jag kommer att hantera det avgörande kravet vid besvarande av mina frågor i sin helhet eller i två delar. Därför begränsar sig analysen i avsnitt 4.2 till denna aspekt.³⁴

1.4 Perspektiv

Arbetet granskas ur ett rättssäkerhetsperspektiv³⁵ där fokus ligger på aspekten förutsebarhet³⁶. Förutsebarhet är ett avgörande instrument för att skapa rättssäkerhet.³⁷ Den utgör rättssäkerhetens grundelement och kärna.³⁸ Rättstillämpningen ska vara förutsägbar i den meningen att rättsläget i den utsträckning det går ska kunna bedömas säkert.⁴⁰ Detta perspektiv är relevant med tanke på att det finns otydligheter i lagstiftning och rättspraxis

³⁰ C-24/85, punkt 13.

³¹ Se exempelvis AD 1995 nr 163; AD 2008 nr 64; C-234/98, punkt 34; jfr kapitel 5-6.

³² C-24/85, punkt 11.

³³ Se avsnitt 4.2; 4.2.1.1; 4.2.2.1 och de tillhörande fotnoterna.

³⁴ Se avsnitt 1.2.

³⁵ Innebörden av begreppet ”rättssäkerhet” är inte klar definierat. Det finns såväl bredare som snävare beskrivningar av dess innehåll, se Zila, s. 284-285.

³⁶ I doktrin används både begreppen ”förutsebarhet” och ”förutsägbarhet”.

³⁷ Jfr Petersson, s. 23.

³⁸ Bernitz & Kjellgren, s. 168; Segerstedt, s. 52; Sveriges advokatsamfund, s. 3; Zila, s. 284 & 288.

³⁹ Även andra aspekter ryms under begreppet rättssäkerhet som exempelvis medborgarnas likhet inför lagen, se Zila, s. 286, och objektivitetsprincipen, se Petersson, s. 23; Sveriges advokatsamfund, s. 4.

⁴⁰ Bernitz & Kjellgren, s. 168.

som försvårar förutsebarheten avseende 6 b § LAS:s tillämplighet. Exempel på sådana oklarheter är att det inte finns tydlig vägledning i lag och praxis om vilken verksamhet som ska klassificeras till vilken verksamhetstyp och hur bedömningskriterierna ska viktas beroende på verksamhetstyp.⁴¹

Det är av betydande vikt för förvärvaren och de anställda att kunna veta när 6 b § LAS blir tillämplig. Dels medför bestämmelsen trygghet för de anställda och dels medför den ingripande följderna för förvärvaren som blir ålagd att ta över den övertagna enhetens anställda som vill följa med samt deras gällande anställningsavtal.⁴² Utöver den ekonomiska aspekten som denna skyldighet medför för förvärvaren innebär detta även en begränsning av arbetsgivarens fria anställningsrätt⁴³, som ger denne rätten att fritt välja vem som ska anställas samt vilka arbetsvillkor som ska gälla.⁴⁴

I arbetet uppmärksammas otydligheter som finns i lagen och rättspraxis vilka försvårar förutsägbarheten kring 6 b § LAS:s tillämplighet. På detta sätt läggs grunden för en mer ingående diskussion kring rättssäkerhet i förhållande till tidigare delar av arbetet i analysen.

1.5 Metod och material

I följande arbete används den rättsdogmatiska metoden. Rättsdogmatiken avser fastställandet av gällande rätt vilket görs genom att gällande rätt beskrivs, tolkas och systematiseras. Att gällande rätt systematiseras innebär att exempelvis likheter eller samband identifieras.⁴⁵ Vid den rättsdogmatiska metoden begränsar sig antalet undersökta källor till lagstiftning, förarbeten, domstolspraxis samt doktrin.⁴⁶ De rättskällor som används i detta arbete är närmare bestämt svensk lagstiftning, direktiv från EU, förarbeten gällande 6 b § LAS, domstolspraxis från AD, EUD och EFTA-domstolen^{47 48} såväl som doktrin.⁴⁹ Med hänsyn till att en del av de använda rättskällorna utgör EU-rättsliga källor används i detta arbete även den EU-rättsliga metoden.⁵⁰ Metoden inriktar sig på EU-rättsliga rättskällors tolkning och tillämpning.⁵¹

Direktiven hör såsom förordningar och beslut till EU-rättens sekundärrätt vilket innebär att de inte får strida mot EU-rättens primärrätt, det vill säga fördragen, rättighetsstadgan och allmänna rättsprinciper. Direktiven är såsom förordningar bindande, men är till skillnad från förordningar inte

⁴¹ Se avsnitt 1.1.

⁴² Sevenius, s. 416; 6 b § 1 & 4 st. LAS; Nyström (2001), s. 218; Bäckström, s. 89.

⁴³ Adlercreutz & Mulder, s. 193; AD 1999 nr 36.

⁴⁴ AD 1999 nr 36; Andersson, Edström & Zanderin, s. 82.

⁴⁵ Sandgren, s. 43; Mulder s. 34.

⁴⁶ Sandgren, s. 43; jfr Kleineman, s. 21, 26 & 28.

⁴⁷ EFTA står för European Free Trade Association, se Nyström (2017), s. 25.

⁴⁸ Se närmare förklaring angående EFTA-domstolen nedan.

⁴⁹ Se Kleineman, s. 21, 26 & 28; Lundberg, s. 39, 44-47 & 50-51; jfr Papadopoulou & Skarp, s. 71-72 & 76.

⁵⁰ Reichel, s. 109; Hettne & Otken Eriksson, s. 8, 40-41, 45 & 49.

⁵¹ Papadopoulou & Skarp, s. 138.

direkt tillämpliga i medlemsstaterna, utan måste implementeras av varje medlemsstat i dess nationella rätt.⁵² EU-direktiv brukar i regel inte ha någon motsvarighet till de svenska lagförarbetena. Syftet och ledning för tolkning samt bakgrunden till direktivet finns dock vanligtvis i direktivets ingress.⁵³ EU:s rättsregler har den högsta positionen i den svenska normhierarkin, och är därmed överordnad nationell lagstiftning så som LAS.⁵⁴ Nationell lagstiftning i sin tur befinner sig över förarbeten och domstolspraxis från AD i rättskällehierarkin.⁵⁵

För besvarandet av arbetets frågor är det rättspraxis på området som ger en särskilt bra insyn i bedömningen av om en övergång enligt överlåtelsedirektivet respektive 6 b § LAS föreligger och hur bedömningskriterierna viktas beroende på verksamhetstypen. En betydande del av arbetet ägnas följaktligen åt genomgång och analys av olika rättsfall. De rättsfall som undersöks är fall från EUD och AD som ingående diskuterar om en övergång enligt överlåtelsedirektivet respektive 6 b § LAS föreligger. EUD:s rättspraxis kan beskrivas som rättsskapande och befinner sig i EU:s normhierarki under primär- och sekundärrätt.⁵⁶ Den nationella rätten är underordnad EUD:s praxis eftersom EUD genom EU:s primärrätt har fått suverän tolkningsrätt.⁵⁷ Prejudikaten från EUD ska således följas och är därmed bindande.⁵⁸ 6 b § LAS ska följaktligen tolkas i enlighet med överlåtelsedirektivet samt den från EUD tillhörande praxis.⁵⁹

Om en övergång enligt överlåtelsedirektivet föreligger så föreligger även en övergång enligt 6 b § LAS⁶⁰, vilket innebär att rättsfallen i denna uppsats inte behandlas skilda från varandra utan tas upp gemensamt i kapitlen fem och sex.⁶¹ Till skillnad från AD ger EUD dock inte något konkret svar om en verksamhetsövergång i det specifika fallet har skett. De håller sina svar mer allmänt och ger de nationella domstolarna uppgiften att bedöma i det enskilda fallet.⁶²

Det finns även mål från EFTA-domstolen gällande överlåtelsedirektivet som undersöks i arbetet.⁶³ EFTA (European Free Trade Association) är ett

⁵² Bernitz & Kjellgren, s. 50, 56 & 58; Papadopoulou & Skarp, s. 46-47 & 72; Lundberg, s. 50-51; Viklund & Wästfelt, s. 31-32; Hettne & Otken Eriksson, s. 42.

⁵³ Sigeman & Sjödin, s. 54; Viklund & Wästfelt, s. 32.

⁵⁴ Som förarbeten har dock numera de så kallade vit- och grönböcker etablerat sig som innehåller förberedande utredningar av kommissionen, Hettne & Otken Eriksson, s. 113.

⁵⁵ Se regeringsformen 10 § 1 kap. & 6 § 10 kap.; Papadopoulou & Skarp, s. 98; Viklund & Wästfelt, s. 20; Bernitz & Kjellgren, s. 101 & 107-108.

⁵⁶ Jfr Viklund & Wästfelt, s. 19, 22 & 30; jfr Papadopoulou & Skarp, s. 71-73.

⁵⁷ Papadopoulou & Skarp, s. 80 & 98-99

⁵⁸ Lundberg, s. 52; artikel 19 punkt 1 Fördraget om Europeiska unionen; jfr Hettne & Otken Eriksson, s. 49.

⁵⁹ Lundberg, s. 51; Hettne & Otken Eriksson, s. 40.

⁶⁰ AD 2011 nr 54; AD 2010 nr 88; AD 2008 nr 51; AD 2001 nr 101.

⁶¹ Bäckström, s. 92; se även 2014 nr 14.

⁶² Se avsnitt 1.5; kapitel 5-6.

⁶³ C-13/95, punkt 22-23; jfr Nielsen (2013), s. 439; se exempelvis C-172/99, punkt 44; C-51/00, punkt 33.

⁶⁴ Se exempelvis avsnitt 6.1.2; se även Nyström (2017), s. 296.

europiskt frihandelsområde till vilket bland annat Norge och Island hör.⁶⁵ Genom EES-avtalet (Europeiska ekonomiska samarbetsområdet) stadgas bland annat EFTA-ländernas tillhörighet i EU:s inre marknad. Vidare tog EFTA-länderna genom avtalet över omfattande delar av Europeiska gemenskapernas, numera EU:s, materiella regler, bland annat överlåtelsedirektivet.⁶⁶ Det är EFTA-domstolen som för EFTA-länderna handhar rättstvister avseende sådana regler.⁶⁷ Det ska påpekas att EFTA-domstolen endast ger rådgivande yttranden som till skillnad från avgöranden från EUD inte är formellt sett bindande, dock som följs i praktiken.⁶⁸ EES-avtalet stadgar att EFTA-staterna måste ta hänsyn till EUD-praxis när det gäller bestämmelser som har en motsvarighet inom EU-rätten.⁶⁹ I målen från EFTA-domstolen finns följaktligen förtydligande vägledning angående överlåtelsedirektivet och tillhörande praxis från EUD. I relevant doktrin har det hämtats vägledning från EFTA-domar⁷⁰ och även EUD har hänvisat till rådgivande yttranden av EFTA-domstolen.⁷¹

Av flertalet rättsfall som tar ställning till huruvida en verksamhetsövergång föreligger⁷² undersöks närmare de rättsfall som diskuterar bedömningskriterierna och typen av verksamheten på ett vägledande sätt. Mer ingående undersöks även rättsfall där domstolen inte direkt har tagit ställning till om verksamheten är material- eller personalintensiv, men som är intressanta på grund av den bedömning som görs med beaktande av de uppfyllda respektive icke-uppfyllda bedömningskriterierna. Vissa slutsatser och vägledningar i dessa rättsfall stöds eller ges mer bredd genom att kortfattat referera till ytterligare rättsfall. Det ska kort påpekas att AD:s ställningstagande om en övergång enligt 6 b § LAS föreligger i mål gällande personalintensiv verksamhet alltid har besvarats nekande. För att ändå ge ett exempel på när verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS vid denna verksamhetstyp har ansetts skett har det även tagits med ett mål⁷³ där utgångspunkten var att 6 b § LAS var tillämplig. Nackdelen med detta fall är dock att det inte lika ingående diskuteras vad som har gått över och varför en övergång enligt 6 b § kan anses ha skett. Genom urvalet av rättsfall är målet att ta fram ett underlag för att kunna besvara de i avsnitt 1.2 ställda frågorna.

Slutligen har förarbeten och doktrin används för att få en djupare inblick i och vägledning angående de relevanta regelverken och rättspraxis som inte alltid är tydliga i sina formuleringar.⁷⁴ Det är också genom doktrinen, vilken befinner sig i rättskällehierarkin under lagstiftning, förarbeten och

⁶⁵ Nyström (2017), s. 25 & 33; Bernitz & Kjellgren, s. 27.

⁶⁶ Bernitz & Kjellgren, s. 27; E-10/14, s. 3; E-02/04, punkt 15; E-02/95, s. 1-3; Nyström (2017), s. 25 & 33.

⁶⁷ Jfr Bernitz & Kjellgren, s. 269; se exempelvis E-02/95.

⁶⁸ Bernitz, s. 70; Bernitz & Kjellgren, s. 269; se exempelvis E-02/95.

⁶⁹ Nyström (2017), s. 25 & 33.

⁷⁰ Jfr Nyström (2017), s. 303; Mulder, s. 185.

⁷¹ C-13/95, punkt 10; Baudenbacher, s. 688.

⁷² Jfr Göransson & Garpe, s. 35.

⁷³ AD 2013 nr 47; se avsnitt 5.3.3.

⁷⁴ Se närmare kapitel 4.

rättspraxis⁷⁵, som otydligheten i rättspraxis och regelverken särskilt kan påpekas eftersom denna ger olika tolkningar av rättspraxis och lagstiftning.⁷⁶

1.6 Forskningsläge

Arbetets område har tidigare utforskats av bland annat Bernard Johann Mulder som i sin doktorsavhandling från 2004, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, ingående undersökte anställning vid verksamhetsövergång och i samband därmed bland annat närmare granskade uppfyllandet av kravet på behållen identitet som ställts upp i Spijkers-målet⁷⁷.⁷⁸ Utöver detta finns det ett brett urval av litteratur som ingående diskuterar 6 b § LAS såsom exempelvis Magnus Bäckström m.fl. i sin bok från 2014, *Anställningsskyddslagen-med kommentar* och Mats Glavå och Mikael Hansson i sin bok från 2016, *ARBETSRÄTT*.

Den europeiska och svenska sidan av rättsområdet har vidare undersökts ingående av Birgitta Nyström i sin bok från 2017, *EU och arbetsrätten*. I boken *EU Labour Law* från 2013 ger Ruth Nielsen en djupare inblick i överlåtelsedirektivets bestämmelser och EUD:s rättspraxis på området.⁷⁹ I sin artikel "*Light acquired on acquired rights: examining developments in employment rights on transfers of undertakings*" från 2005 har Gavin Barrett något närmare undersökt EUD:s uppdelning mellan de två verksamhetstyperna och i samband därmed nämner han även att de två verksamhetstyperna har olika kriterier som grundförutsättning för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.⁸⁰ Däremot verkar det inte finnas material som fokuserar på att ingående undersöka hur de olika kriterierna viktas beroende på verksamhetens typ.

1.7 Disposition

Efter det inledande kapitlet kommer det i andra kapitlet göras en kortare analys av vad som avses med material- respektive personalintensiva verksamheter. Tredje kapitlet ägnas åt en genomgång av det relevanta regelverket. I fjärde kapitlet redogörs för det så kallade Spijkers-målet⁸¹ som lägger grunden för bedömningen om 6 b § LAS blir tillämplig.⁸² I samma kapitel förklaras närmare de, i rättsfallet uppkomna, begreppen "ekonomisk

⁷⁵ Jfr Papadopoulou & Skarp, s. 71, 73-74 & 96-98; jfr Hettne & Otken Eriksson, s. 121; jfr Kleineman, s. 28.

⁷⁶ Se exempelvis Glavå & Hansson, s. 502 & Nyström (2017), s. 295 angående artikel 1.1.b i rådets direktiv 2001/23/EG; se närmare kapitel 4.2.

⁷⁷ C-24/85.

⁷⁸ Mulder, s. 255-271, jfr C-24/85, punkt 11.

⁷⁹ Nielsen (2013), s. 432-453.

⁸⁰ Barrett, s. 1059-1061.

⁸¹ C-24/85.

⁸² Öman, s. 52-53; Mulder, s. 131.

enhet” och ”bevarad identitet” som hör till det avgörande kravet att övergången ska avse en ekonomisk enhet med bevarad identitet.⁸³ I samband med det görs en kortare analys av huruvida begreppen ska bedömas var för sig eller om kravet ska bedömas i sin helhet.

I femte och sjätte kapitlet presenteras rättsfallen som avser personal- respektive materialintensiva intensiva verksamheter. Dessa delas upp mellan de två kapitlen för att, på ett överskådligt sätt, kunna undersöka vilka kriterier som det har tagits hänsyn till i domstolarnas bedömning och hur viktningen av de olika kriterierna skiljer sig åt beroende på om övergången avser en material- respektive personalintensiv verksamhet. För att göra genomgången av rättsfallen ännu överskådligare har rättsfallen i de två kapitlen vidare delats upp. Uppdelningen skiljer sig mellan kapitlen för att understryka vissa tendenser. Vid personalintensiv verksamhet är tendensen att domstolarna oftast kommer fram till att ingen verksamhetsövergång föreligger.⁸⁴ För att förtydliga denna tendens delas rättsfallen upp i fall där ingen personal överhuvudtaget har gått över, fall där delar, dock inte majoriteten i antal och kompetens, av anställda går över och slutligen fall där majoriteten av arbetskraften följer med. Vid rättsfall angående materialintensiva verksamheter har däremot i de flesta fall domstolarna kommit fram till att en verksamhetsövergång har skett. För att visa denna tendens har jag istället valt att börja med de rättsfallen där de flesta kriterierna är uppfyllda för att sedan övergå till fall där färre kriterier är uppfyllda. Kapitlet avslutas med rättspraxis där domstolarna kommer fram till att ingen verksamhetsövergång föreligger.

Det är min förhoppning att denna organisering och uppdelning av rättsfallen bidrar till att visa de ovan nämnda tendenserna samt förtydliga brytpunkten för att en verksamhetsövergång beroende på verksamhetstyp ska anses föreligga. Slutligen, i sjunde kapitlet, analyseras det tidigare upptagna materialet för att kunna besvara de i avsnitt 1.2 ställda frågorna.

⁸³ C-24/85, punkt 11; Källström & Malmberg, s. 280-281.

⁸⁴ Se kapitel 5.

2 Verksamhetens art

2.1 Inledning

Vid helhetsbedömningen som görs för att avgöra om en verksamhetsövergång ska anses föreligga är typen av verksamhet respektive företag av avgörande betydelse.⁸⁵ Närmare bestämt är det verksamheten som drivs och produktions- eller driftmetoder som påverkar viktningen av de olika bedömningskriterierna.⁸⁶

Domstolarna ger varken någon tydlig definition av de olika verksamhetstyperna eller någon mer generell vägledning av vilka verksamheter som ska kategoriseras under vilken typ. Inte heller har domstolarna explicit gett de båda verksamhetstyperna ett bestämt namn. De har endast skilt mellan å ena sidan verksamhet som huvudsakligen grundar sig på personal och å andra sidan verksamhet som i huvudsak inte bygger på personal eftersom driften kräver omfattande material, utrustning och anläggningar, det vill säga betydande materiella tillgångar, för dess drift.⁸⁷ I följande arbete benämns den första typen av verksamhet som personalintensiv verksamhet och den andra typen som materialintensiv verksamhet.⁸⁸ Dessa begrepp utgör dock inga juridiska termer som återfinns i lagtext eller förarbeten. I kommande två avsnitt ges en närmare beskrivning av vad som avses med begreppen material- och personalintensiv verksamhet. Det förtydligas vilka egenskaper som definierar dessa två verksamhetstyper och det ges exempel på vilken sorts verksamhet som kategoriseras under vilken verksamhetstyp.

För att avgöra om det föreligger en personal- eller materialintensiv verksamhet verkar det inledningsvis kunna undersökas om föreliggande verksamhet främst grundar sig på materiella tillgångar eller anställda.⁸⁹ Denna uppdelning i två typer av verksamheter som EUD skiljer mellan⁹⁰ är dock inte alltid entydig. Det finns verksamheter som inte tydligt huvudsakligen bygger på materiella tillgångar eller anställda och följaktligen inte uppenbart kan kategoriseras till den ena eller andra verksamhetstypen.⁹¹ Därför kommer i tredje delen av kapitlet uppdelningen problematiseras med hjälp av restaurangverksamhet som exempel för fall där det inte är entydigt till vilken verksamhetstyp de hör till.

⁸⁵ C-13/95, punkt 18.

⁸⁶ C-13/95, punkt 18; C-51/00, punkt 25; Adlercreutz & Mulder, s. 247.

⁸⁷ Se exempelvis C-234/98, punkt 29-30; C-472/16, punkt 36; AD 2014 nr 14; Barnard, s. 596; Lunning & Toijer, s. 287 & 289; Mulder, s. 138; Barrett, s. 1059-1061.

⁸⁸ Mulder har också använt begreppet personalintensiv verksamhet, se Mulder, s.138.

⁸⁹ Jfr Lunning & Toijer, s. 289; Barrett, s. 1060; Mulder, s. 143.

⁹⁰ Lunning & Toijer, s. 289.

⁹¹ Jfr exempelvis Barrett, s. 1061 angående C-340/01.

2.2 Materialintensiv verksamhet

Med materialintensiv verksamhet avses verksamheter som i huvudsak bygger på materiella tillgångar som exempelvis omfattande utrustning och anläggningar.⁹² Vid denna verksamhetstyp är materiella tillgångar den avgörande faktorn för verksamhetens drift och övergången av sådana tillgångar ges stor betydelse i helhetsbedömningen.⁹³

Under materialintensiv verksamhet faller busstrafik, storköksverksamhet, musikskoleverksamhet, hantering av intermodala transportenheter samt grävning av gruvtunnlar.⁹⁴ EUD förklarade angående storköksverksamhet, som i den engelska versionen beskrivs som cateringverksamhet,⁹⁵ att den inte utgör en verksamhet som huvudsakligen grundar sig på personal utan istället i huvudsak bygger på utrustning. Detta motiverades av EUD med verksamhetens behov av omfattande utrustning som exempelvis diskmaskiner och fast utrustning som krävs för förberedandet av maten.⁹⁶

Vidare har domstolen ansett att en musikskola inte utgör en personalintensiv verksamhet med förklaringen att det krävs viktig utrustning för dess drift, närmare sagt materiella tillgångar i form av musikinstrument, lokaler samt inredning. Verksamheten ansågs därmed inte grunda sig i huvudsak på anställda.⁹⁷ Busstrafikverksamhet såväl som verksamhet som avser grävning av gruvtunnlar grundar sig enligt EUD inte heller huvudsakligen på personal då det krävs såväl anläggningar som betydande material för verksamheternas drift.⁹⁸ Vidare bygger, enligt EUD, inte en verksamhet avseende intermodala transportenheters hantering i huvudsak på personal då den kräver betydande anläggningar i form av lyftkran och lokaler.⁹⁹

Rättsfallen från AD gällande skolor, blomsteraffärer samt verksamhet som avser förvaring av människor som väntar på sitt avvisnings- eller utvisningsbeslut har med hänsyn till detta, i det här arbetet, kategoriserats som rättsfall avseende materialintensiv verksamhet. Detta då samtliga av dessa verksamheter har gemensamt att det krävs betydande utrustning och lokaler för verksamhetens drift.¹⁰⁰

Definitionen av materialintensiv verksamhet verkar eventuellt kunna utvidgas vidare. Enligt Barrett skiljer EUD mellan de verksamheter som huvudsakligen bygger på personal och tillgångsbaserade verksamheter. Till den senare verksamhetstypen hör enligt Barrett alla verksamheter så länge

⁹² Mulder, s. 138; C-340/01, punkt 37; C-234/98, punkt 30; jfr Öman, s. 53.

⁹³ Se Lunning & Toijer, s. 284 & 287; C-172/99, punkt 42; Barrett, s. 1060; se närmare avsnitt 4.2.2.2; 7.1.2.

⁹⁴ Jfr Öman, s. 53 & Barrett, s. 1060-1061; C-172/99; C-340/01; C-234/98.

⁹⁵ C-340/01, punkt 36.

⁹⁶ C-340/01, punkt 36-37; Barrett, s. 1061.

⁹⁷ Jfr C-472/16, punkt 35-36 & avsnitt 2.3.

⁹⁸ Jfr C-172/99, punkt 39; C-234/98, punkt 30; Barrett, s. 1058-1059.

⁹⁹ C-509/14, punkt 35-37.

¹⁰⁰ Se kapitel 6.

de inte utgör verksamheter där det varken krävs betydande materiella eller immateriella tillgångar för enhetens funktion och där personal är den väsentliga faktorn som den ekonomiska enhetens aktivitet grundar sig på. Barrett skiljer inte närmare på huruvida verksamheten för sin drift kräver betydande materiella eller immateriella tillgångar.¹⁰¹ Mulder, Barrett och även AD i AD 2014 nr 1 verkar utvidga den materialbaserade verksamhetstypen i den tudelning som görs av EUD, genom att endast skilja mellan å ena sidan verksamheter som i huvudsak bygger på arbetskraft och å andra sidan sådana verksamheter som kräver betydande materiella eller immateriella tillgångar för deras drift.¹⁰² ¹⁰³På grund av detta uppstår frågan om EUD:s andra verksamhetstyp som i detta arbete kallas materialintensiv verksamhet även ska omfattas sådana verksamheter som huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar.

EUD har hittills inte behövt ta ställning i denna fråga. Då inga av de i arbetet genomgångna rättsfallen avser en verksamhet som i huvudsak bygger på immateriella tillgångar och denna aspekt bättre kan tas ställning till med hjälp av materialet i kapitel fyra till sex, diskuteras denna aspekt istället i samband med analysen i avsnitt 7.1.3. Där diskuteras skillnaden i viktningen av kriteriet angående värdet av övertagna immateriella tillgångar. I samband med att det undersöks vilken vikt denna bedömningsgrund har beroende på verksamhetstyp blir det också tydligare hur verksamheter som huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar borde klassas.

Tills dess kommer det i arbetet, såsom EUD hittills har gjort, skiljas endast mellan sådana verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft, som i arbetet kallas personalintensiva verksamheter, och sådana verksamheter som huvudsakligen bygger på materiella tillgångar, som i arbetet kallas materialintensiva verksamheter.

2.3 Personalintensiv verksamhet

Som personalintensiv verksamhet klassas verksamheter där arbetskraft utgör den huvudsakliga komponenten.¹⁰⁴ Vid denna verksamhetstyp är behovet av tillgångar ofta litet¹⁰⁵ och arbetskraft utgör den mest betydande aspekten för verksamhetens drift.¹⁰⁶ Barrett klassificerar med hänvisning till praxis från EUD de verksamheter som personalintensiva där personal är den väsentliga faktorn på vilken den ekonomiska enhetens aktivitet grundar sig och där det varken krävs betydande materiella eller immateriella tillgångar för enhetens drift.¹⁰⁷

¹⁰¹ Barrett, s. 1059 & 1061-1064.

¹⁰² Barrett, s. 1059, 1061 & 1064; Mulder, s. 138; AD 2014 nr 1.

¹⁰³ Mulder skriver ”personalbaserad [...] baserad på materiella eller immateriella tillgångar”, se Mulder, s. 138.

¹⁰⁴ Lunning & Toijer, s. 287; C-60/17, punkt 35.

¹⁰⁵ C-458/05, punkt 32; Öman, s. 52.

¹⁰⁶ C-472/16, punkt 32.

¹⁰⁷ Barrett, s. 1059; jfr C-172/99, punkt 38-39.

Som verksamheter vilka huvudsakligen bygger på arbetskraft har EUD klassat bevaknings¹⁰⁸- och städverksamheter¹⁰⁹ såväl som personaluthyrningsverksamheter^{110, 111}. Exempelvis har EUD beskrivit städsektorn som en sektor där verksamheten huvudsakligen grundar sig på de anställda och där de tillgångarna som krävs för verksamhetens drift ofta är minimala.¹¹² Personaluthyrningsverksamhet har beskrivits som sådan verksamhet för vilkens drift det krävs administration, know-how och personal men inga ytterligare betydande tillgångar.¹¹³ I ett fall gällande städning och underhåll av lokal motiverade EUD verksamhetens klassificering som verksamhet som huvudsakligen bygger på arbetskraft med att det inte krävdes betydande materiella eller immateriella tillgångar för verksamheternas drift.¹¹⁴ Adlercreutz och Mulder nämner vidare konsultbolag som exempel på personalintensiv verksamhet.¹¹⁵

Med hänsyn till det ovan sagda har även ett rättsfall från AD avseende personlig assistans i det här arbetet kategoriserats under rättsfall avseende personalintensiv verksamhet. Detta då personalen vid sådan verksamhet utgör den väsentliga faktorn och det inte krävs betydande tillgångar för driften.¹¹⁶ Kategoriseringen kan stödjas av att EUD i ett mål gällande assistans inom hemtjänsten också verkar ha klassat verksamheten som personalintensiv.¹¹⁷ Utöver detta har i arbetet även verksamhet som avser servicearbete på skrivare klassats under personalintensiv verksamhet, då AD beskrev denna som en verksamhet vilken i väsentlig del utgörs av den erfarenhet och den tekniska kompetens som de anställda besitter. Med hänsyn till detta ansåg AD omständigheten att ett entydigt flertal av de anställda hade övergått till förvärvaren som ett särskilt indicium för att en verksamhetsövergång enligt 6 b LAS skulle kunna anses föreligga.¹¹⁸

Även om EUD verkar i regel klassa bevakningsverksamhet under personalintensiva verksamheter¹¹⁹ blir det vid denna verksamhet tydligt att det ändå måste göras en bedömning i varje enskilt fall. I målet C-60/17 förklarades det tydligt att verksamheten som sköter bevakning av en anläggning utgjorde en verksamhet som huvudsakligen bygger på

¹⁰⁸ Dock inte alltid, jfr C-60/17 & C-200/16; se närmare längre ner i detta avsnitt.

¹⁰⁹ Se exempelvis förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97; förenade målen C-173/96 och C-247/96, punkt 12 & 26; C-108/10; C-51/00; C-13/95; C-60/17; Barnard, s. 596; Lunning & Toijer, s. 287; Öman, s. 52; Barrett, s. 1061 & 1064-1067.

¹¹⁰ Jfr C-458/05, punkt 32-33.

¹¹¹ Jfr Barrett, s. 1061 & C-458/05, punkt 32-33.

¹¹² Jfr förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 27.

¹¹³ C-458/05, punkt 35.

¹¹⁴ C-108/10, punkt 12 & 49-50; jfr C-60/17, punkt 35;

¹¹⁵ Adlercreutz & Mulder, s. 247.

¹¹⁶ Jfr AD 2014 nr 14; jfr C-13/95 punkt 18 & 21.

¹¹⁷ Jfr AD 2014 nr 14; jfr C-173/96 ur förenade målen C-173/96 och C-247/96, punkt 5 & 26-33; jfr C-13/95, punkt 18 & 21; jfr avsnitt 4.2.1.2 & 4.2.2.2.

¹¹⁸ AD 2010 nr 88.

¹¹⁹ Se C-247/96 ur förenade målen C-173/96 och C-247/96; C-60/17; Barrett, s. 1061.

arbetskraft då inte några särskilda materiella tillgångar krävdes för verksamhetens drift.¹²⁰

I ett annat mål av EUD som avsåg bevaknings- och säkerhetstjänst där det för arbetet krävdes videoövervakningsutrustning, radioutrustning och uniformer verkade EUD utgå från att verksamheten inte huvudsakligen grundade sig på arbetskraft.¹²¹ Domstolen förklarade att det vid verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft krävs att majoriteten av anställda följer med till förvärvaren. Sedan, efter en närmare diskussion kring övertagande av materiella tillgångar, kom domstolen fram till att överlåtelsesdirektivet i detta fall kunde bli tillämpligt trots att inga anställda hade tagits över förutsatt att de för tjänstens tillhandahållande nödvändiga tillgångar tas över.¹²² I detta fall klassades bevaknings- och säkerhetsverksamheten följaktligen som materialintensiv verksamhet.¹²³ Det kan således inte utgå ifrån att en bestämd verksamhet alltid klassas som en bestämd verksamhetstyp. Istället måste hänsyn tas till vilken aspekt den specifika verksamhet huvudsakligen bygger på, vilket dock inte alltid är entydigt som det ovan nämnda exemplet redan har antytt. Problematiken att det inte alltid är klart vilken verksamhetstyp en verksamhet tillhör diskuteras mer ingående i nästa avsnitt.

2.4 Restaurangverksamhet - exempel på ett problematiskt fall

Som det i början av detta kapitel har förklarats verkar det kunna inledningsvis undersökas om verksamheten som övergången avser främst grundar sig på materiella tillgångar eller anställda, för att avgöra om det föreligger en personal- eller materialintensiv verksamhet.¹²⁴ Vid vissa verksamheter är det dock inte helt uppenbart vilken faktor verksamheten främst grundar sig på, eftersom den inte entydigt i huvudsak bygger på personal eller materiella tillgångar, utan båda faktorer är ungefär lika betydande för verksamhetens drift. Som exempel på detta kan restaurangbranschen nämnas.¹²⁵

I AD 2002 nr 63 förklarade domstolen att övertagandet av personal är av särskild betydelse för att identiteten ska anses vara bevarad när det gäller konferens- och restaurangbranschen. Detta tyder på att AD ansåg verksamheten vara personalintensiv då omständigheten att majoriteten av anställda följer med är en grundförutsättning¹²⁶ och följaktligen av särskild

¹²⁰ C-60/17, punkt 24 & 35.

¹²¹ C-200/16, punkt 10.

¹²² C-200/16, punkt 29 & 32-34; jfr avsnitt 4.2.2.2.

¹²³ Jfr avsnitt 2.2.

¹²⁴ Jfr Lunning & Toijer, s. 289; Barrett, s. 1060; Mulder, s. 143.

¹²⁵ Se Adlercreutz & Mulder, s. 247.

¹²⁶ Barrett, s. 1059; se avsnitt 2.3; C-200/16, punkt 29; se närmare avsnitt 4.2.2.2.

vikt för att avgöra om en verksamhetsövergång har skett när det gäller personalintensiv verksamhet.^{127 128} Med detta i åtanke talar dock domsluten i AD 2002 nr 63 och AD 2014 nr 91 emot att dessa restaurangverksamheter utgör personalintensiva verksamheter. Detta då AD i båda fallen kom fram till att en övergång hade skett trots att majoriteten av anställda inte hade följt med.¹²⁹

Att restaurangrörelser är svåra att kategoriserar antyds också i doktrin. Adlercreutz och Mulder verkar exempelvis inte kategorisera restaurangverksamhet under personalintensiv verksamhet. De skriver att vid personalintensiva verksamheter som exempelvis konsultbolag, ges kriteriet att majoriteten av de anställda följer med kanske störst vikt medan kriterierna vid restaurangverksamhet möjligtvis viktas mer likt.¹³⁰ Sigeman skriver om AD 2002 nr 63 att den verksamhetsenhet som hade gått över tillhörde tillverkningsindustrin och omständigheten att en stor maskinutrustning följde med följaktligen torde vara ett starkt indicium för att en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS förelåg.¹³¹ Vidare har domstolen själv i AD 2002 nr 63 förklarat att ”materiella tillgångar av stor betydelse”¹³² hade tagits över.¹³³ Utsagorna i doktrinen samt omständigheten att det fanns tillgångar av stor betydelse i den verksamheten kan tas som indikatorer för att verksamheten i målet utgjorde en materialintensiv verksamhet.¹³⁴ AD förklarade i en annan dom att lokaler kan utgöra en nödvändig faktor för verksamhetens drift när det gäller restaurangverksamhet, vilket vidare indikerar att en restaurang kan utgöra en materialintensiv verksamhet.¹³⁵

Som konstaterats i avsnitt 2.2, har EUD ansett att en musikskola inte utgör en personalintensiv verksamhet med förklaringen att det krävs viktig utrustning för dess drift, närmare sagt materiella tillgångar i form av musikinstrument, lokaler och inredning.¹³⁶ I liknelse med skolverksamhet utgör inredning och lokaler nödvändiga faktorer för restaurangverksamhet. Utöver detta krävs vid båda verksamheter vidare utrustning, i musikskoleverksamhetens fall musikinstrument och vid restaurangverksamhet köksutrustning.¹³⁷ Vidare har EUD inte kategoriserat storköksverksamheter som personalintensiva verksamheter med förklaringen att det krävs betydande mängd utrustning för dess drift som exempelvis diskmaskiner och fast utrustning som krävs för förberedandet av

¹²⁷ Barrett, s. 1059; Glavå & Hansson, s. 502; jfr C-51/00, punkt 33; C-472/16, punkt 32; Lunning & Toijer, s. 287; se avsnitt 2.3.

¹²⁸ Se närmare avsnitt 4.2.2.2.

¹²⁹ AD 2002 nr 63; AD 2014 nr 91.

¹³⁰ Adlercreutz & Mulder, s. 247.

¹³¹ Sigeman & Sjödin, s. 204.

¹³² AD 2002 nr 63.

¹³³ AD 2002 nr 63.

¹³⁴ Jfr avsnitt 2.2 & 2.3; se närmare 4.2.2.2.

¹³⁵ AD 2014 nr 28; se avsnitt 2.2.

¹³⁶ Jfr C-472/16, punkt 35-36 & avsnitt 2.3.

¹³⁷ Jfr exempelvis C-472/16 & AD 2014 nr 91.

maten.¹³⁸ Sådana tillgångar brukar också krävas i en vanlig restaurangverksamhet. Med tanke på behov av lokaler, inredning samt hela utrustningen i köket som är nödvändig för verksamhetens drift kan följaktligen inte i sådant fall hävdas att det inte krävs betydande materiella tillgångar.¹³⁹ I restaurangbranschen krävs det således betydligt mer materiella tillgångar för verksamhetens drift än vid städverksamhet eller verksamhet som avser personlig assistans, vilka utgör typiska personalintensiva verksamheter. Sammanfattat är dessa faktorer starka indikatorer för att restaurangverksamhet, liksom musikskole- och storköksverksamhet, borde klassas som materialintensiv verksamhet. Följaktligen kategoriseras i uppsatsen rättsfall som avser restaurangverksamhet som denna verksamhetstyp och AD:s förklaring angående personal i AD 2002 nr 63 kommer att betraktas med försiktighet.

Även rättsfallet AD 1998 nr 146, som också avsåg restaurangverksamhet, har klassats som materialintensiv verksamhet trots att en övergång inte ansågs föreligga fastän samtliga materiella tillgångar hade gått över. Domen talar inte mot denna klassificering då AD:s slutsats i detta fall säger mindre om själva verksamhetstypen utan kan ledas tillbaka till att själva övertagandet av materiella tillgångar i sig inte är tillräckligt för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga utan det alltid måste göras en helhetsbedömning.¹⁴⁰ Att AD inte ansåg att verksamheten var en personalintensiv verksamhet kan även i detta fall stödjas av att AD i domen påtalade att tillämpningen av 6 b § LAS inte var utesluten, trots att avtal hade gjorts om att ingen personal skulle tas över.¹⁴¹

En restaurangverksamhet borde dock även kunna vara en personalintensiv verksamhet. Ett exempel kan vara när verksamheten huvudsakligen grundas på det arbete som görs av en känd kock. I så fall borde verksamhetens identitet kunna vara särskilt kopplat till kocken som utgör nyckelpersonen som är nödvändig för verksamhetens drift.¹⁴² Inget i de tre rättsfallen som avser restaurangverksamhet, AD 2002 nr 63, AD 2014 nr 91 eller AD 1998 nr 146, tyder dock på att sådan omständighet föreligger.¹⁴³

Slutligen vill jag kort påpeka ett annat problematiskt exempel som inte entydigt kan kategoriseras under personal- eller materialintensiv verksamhet. Såsom det redan har antytts angående restaurangverksamhet av Adlercreutz och Mulder kan det exempelvis finnas verksamheter som behöver material och personal i samma utsträckning.¹⁴⁴ Detta blir tydligt i ett av EFTA-domstolens avgöranden, där övergången avsåg en städ- och cateringverksamhet.¹⁴⁵

¹³⁸ C-340/01, punkt 36; jfr Barrett s. 1061.

¹³⁹ Jfr avsnitt 2.3.

¹⁴⁰ AD 1998 nr 146; se avsnitt 4.1; 7.1.2.

¹⁴¹ AD 1998 nr 146; jfr andra avsats i detta avsnitt.

¹⁴² Jfr avsnitt 2.1 & 2.3; Lunning & Toijer, s. 287; se avsnitt 4.2.2.2.

¹⁴³ Se AD 2002 nr 63, AD 2014 nr 91; AD 1998 nr 146.

¹⁴⁴ Jfr Adlercreutz & Mulder, s. 247.

¹⁴⁵ E-02/95, punkt 6.

Som ovan redan förklarats har EUD kategoriserat städverksamhet under personalintensiv verksamhet medan cateringverksamhet anses vara en materialintensiv verksamhet.¹⁴⁶ I EFTA-domstolens avgörande ges intrycket att städ- och cateringverksamheten ansågs vara en enda verksamhet och domstolen verkar i sin bedömning i målet gett övertagandet av materiella tillgångar och omständigheten att anställda följde med lika mycket betydelse.¹⁴⁷ Med utgångspunkt att det handlade om en enda verksamhet och med hänsyn till att cateringverksamheten medförde ett behov av betydande materiella tillgångar för verksamhetens drift¹⁴⁸ har jag följaktligen valt att undersöka rättsfallet närmare i kapitel sex gällande domstolspraxis avseende materialintensiv verksamhet.

Lunning och Toijer kritiserar att EUD endast delar upp verksamheter i två olika typer. De påtalar att det framöver kommer finnas ett behov av fler kategorier för att ta hänsyn till näringslivets utveckling.¹⁴⁹ Då EUD dock ännu inte har tagit ställning till huruvida ytterligare en typ av verksamhet ska beaktas, bibehålls i detta arbete uppdelningen i personal- respektive materialintensiv verksamhet, även om, som ovan visat, denna uppdelning inte alltid är oproblematiske.

2.5 Sammanfattande kommentar

Vid genomgången av det tidigare anförda har det blivit tydligt att EUD endast ger begränsad ledning angående verksamhetstyperna och att det inte finns någon entydig och generell definition av de båda verksamhetstyperna som EUD skiljer emellan.¹⁵⁰ Även efter analysen i detta kapitel kan det endast i begränsat omfattning med viss säkerhet sägas under vilken av de två verksamhetstyperna domstolarna skulle klassificera en specifik verksamhet.

Det har blivit tydligt att det måste göras en bedömning från fall till fall för att avgöra under vilken verksamhetstyp en verksamhet i det specifika fallet ska klassificeras. Vägledning borde i bedömningen kunna tas från vilken aspekt verksamheten huvudsakligen bygger på.¹⁵¹ Som materialintensiva verksamheter klassas följaktligen de verksamheter som huvudsakligen bygger på materiella tillgångar¹⁵² och till de personalintensiva verksamheter hör de verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft. Vid den senare verksamhetstypen verkar det även kunna räcka med att det inte krävs betydande materiella eller immateriella tillgångar för verksamhetens drift för att en verksamhet ska klassificeras som personalintensiv verksamhet.¹⁵³ Uppdelningen i två verksamhetstyper verkar dock inte alltid problemlöst

¹⁴⁶ Se avsnitt 2.2-2.3.

¹⁴⁷ E-02/95, punkt 39-45.

¹⁴⁸ Jfr avsnitt 2.2.

¹⁴⁹ Lunning & Toijer, s. 289.

¹⁵⁰ Se avsnitt 2.1.

¹⁵¹ Se avsnitt 2.2; 2.3.

¹⁵² Se avsnitt 2.2.

¹⁵³ Se avsnitt 2.3.

kunna appliceras på det komplexa omfång av olika verksamheter som finns i näringslivet. Som visats i avsnitt 2.4 är det exempelvis inte alltid entydigt på vilken aspekt en verksamhet huvudsakligen bygger på.¹⁵⁴ Vidare har antytts i avsnitt 2.2 att omfattningen av verksamhetstypen avseende materiella tillgångar är något oklart då osäkerhet kvarstår om den även inbegriper verksamheter som huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar. Den sista otydligheten kommer att diskuteras närmare i analysen angående viktningen av kriteriet avseende övertaget värde i form av immateriella tillgångar.¹⁵⁵

Ovissheten som kvarstår är problematisk ur ett rättssäkerhetsperspektiv med tanke på att verksamhetstypen påverkar viktningen av bedömningskriterierna. Detta innebär i förlängningen en osäkerhet för såväl förvärvare som för de anställda av den övertagna rörelsen kring när en övergång kan anses föreligga.¹⁵⁶ Det är en problematik som läsaren behöver vara medveten om och bära med sig vid fortsatt läsning av detta arbete.

¹⁵⁴ Se avsnitt 2.4.

¹⁵⁵ Se avsnitt 2.2; 7.1.3.

¹⁵⁶ Se avsnitt 1.4; 7.3.

3 Överlåtelsereglerna

Inom EU harmoniseras arbetsrätten framför allt genom direktiv.¹⁵⁷ Detta sker genom att direktiven införlivas i nationell rätt.¹⁵⁸ 6 b § LAS är en produkt av sådan implementering som grundar sig på överlåtelsedirektivet från 1977.¹⁵⁹ I kommande kapitel undersöks överlåtelseregeln i numera gällande överlåtelsedirektiv, rådets direktiv 2001/23/EG, såväl som 6 b § LAS. Första avsnittet ägnas åt de för arbetet relevanta delar i rådets direktiv 2001/23/EG och i andra avsnittet belyses 6 b § LAS.

3.1 Rådets direktiv 2001/23/EG

Det första överlåtelsedirektivet, rådets direktiv 77/187/EEG trädde i kraft 1977 med syfte att skydda arbetstagarna och deras rättigheter när ett byte av arbetsgivaren sker. Ett ytterligare syfte var att göra skyddet i de olika medlemsstaterna mer likt varandra.¹⁶⁰ Överlåtelsedirektivet fick senare en ny lydelse genom det så kallade ändringsdirektivet 98/50/EG¹⁶¹,¹⁶² vars syfte bland annat var att förtydliga överlåtelsebegreppet i ljuset av EUD:s praxis.¹⁶³ Ändringsdirektivets tillkomst ansågs vara nödvändig ur ett rättssäkerhets- och förutsebarhetsperspektiv,¹⁶⁴ ändrade dock inte det tidigare överlåtelsedirektivets räckvidd.¹⁶⁵

Genom tillkomsten av rådets direktiv 2001/23/EG byttes överlåtelsedirektivet 77/187/EEG och ändringsdirektivet 98/50/EG ut och de två äldre direktivens bestämmelser förenades i det nya överlåtelsedirektivet. Det nya direktivet medförde dock endast en ändring i formen och inte i innehållet.¹⁶⁶ Följaktligen kvarstår det prejudicerande värdet av tidigare tillkommen rättspraxis kopplad till direktivet 77/187/EEG.¹⁶⁷ Det nya överlåtelsedirektivet har samma syfte som det tidigare överlåtelsedirektivet,¹⁶⁸ samt syfta till att göra regleringen tydligare och mer överskådlig på direktivets område.¹⁶⁹

¹⁵⁷ Sigeman & Sjödin, s. 50.

¹⁵⁸ Se exempelvis artikel 9 i rådets direktiv 2001/23/EG; Sigeman & Sjödin, s. 50.

¹⁵⁹ Prop. 1994/95:102, s. 7-8 & 23-24; lag (1994:1685) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd; Bäckström, s. 89; Glavå & Hansson, s. 498-499; rådets direktiv 77/187/EEG, s. 1.

¹⁶⁰ Rådets direktiv 77/187/EEG, s. 1; Mulder, s. 115.

¹⁶¹ Rådets direktiv 98/50/EG om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

¹⁶² Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 12.

¹⁶³ Rådets direktiv 98/50/EG, ingress (3)-(4).

¹⁶⁴ C-466/07, punkt 4; rådets direktiv 2001/23/EG, ingress (7)-(8).

¹⁶⁵ AD 2001 nr 101.

¹⁶⁶ Mulder, s. 161; Nyström (2017), s. 295.

¹⁶⁷ AD 2001 nr 101; AD 2008 nr 51.

¹⁶⁸ Jfr rådets direktiv 77/187/EEG, s. 1 & rådets direktiv 2001/23/EG, ingress (3)-(4).

¹⁶⁹ Rådets direktiv 2001/23/EG, ingress (1).

Direktivet appliceras enligt dess artikel 1.1.a på fall där en överlåtelse av företag, verksamhet eller en del av någon av dessa sker till en annan arbetsgivare genom en lagenlig överlåtelse eller fusion.¹⁷⁰ Med begreppet ”verksamhet” avses i överlåtelsedirektivet närmast en affärsrörelse och inte arbetsuppgifter.¹⁷¹ Direktivet är tillämpligt på både privata och offentliga företag som bedriver ekonomisk verksamhet. Det spelar ingen roll om den ekonomiska verksamheten drivs med vinstsyfte eller inte.¹⁷²

Med begreppet överlåtelse avses i direktivet enligt dess artikel 1.1.b sådana överlåtelser som beträffar en ekonomisk enhet med bevarad identitet, vilket specificeras vidare som en organiserad gruppering av tillgångar vilkas syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet. Det kan handla om både en huvud- eller sidoverksamhet. Med ekonomisk verksamhet avses enligt EUD varje verksamhet som erbjuder ”[...] varor eller tjänster på en viss marknad”¹⁷³. Det har inte preciserats vidare vad som avses med en organiserad gruppering av tillgångar.¹⁷⁴ Av EUD:s rättspraxis framgår dock att en enda anställd kan utgöra en sådan gruppering.¹⁷⁵ I C-466/07 har EUD förtydligt överlåtelsedirektivets artikel 1.1 a och b. Domstolen förklarade att när de produktionsfaktorer som går över infogas i en annan organisationsstruktur och därmed den övertagna enhetens självständighet inte bevaras ur ett organisatoriskt perspektiv, kan direktivet fortfarande vara tillämpligt så länge det funktionella sambandet som finns mellan de övertagna produktionsfaktorerna består. Utöver detta krävs att samma eller liknande ekonomisk verksamhet kan fortsättas av förvärvaren med dessa produktionsfaktorer.¹⁷⁶

Rättsföljden vid uppfyllelse av den ovan nämnda rättsfaktan är enligt artikel 3.1 att överlåtarens rättigheter och skyldigheter, som grundar sig i anställningsavtal eller arbetsförhållanden som var giltiga vid överlåtelsetidpunkten, går över på förvärvaren.¹⁷⁷ Överlåtelsetidpunkten är enligt EUD ”[...] den tidpunkt då ställningen som ansvarig arbetsgivare för driften av den enhet som övergången avser överförs från överlåtaren till förvärvaren”^{178, 179}. Det är vid denna tidpunkt anställningsförhållanden och anställningsavtal som går över.¹⁸⁰ Det är dock uteslutande de till den övertagna rörelsen knutna anställningsförhållandena som går över.¹⁸¹

¹⁷⁰ Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 1.1.a.

¹⁷¹ AD 1995 nr 163.

¹⁷² Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 1.1.c; Nielsen (2013), s. 442; Adlercreutz & Mulder, s. 245.

¹⁷³ C-108/10, punkt 43.

¹⁷⁴ Nyström (2017), s. 295.

¹⁷⁵ C-392/92, punkt 20; Barnard, s. 581.

¹⁷⁶ C-466/07, punkt 45, 48 & 53.

¹⁷⁷ Selberg, s. 121; jfr Dahlman, s. 25-26.

¹⁷⁸ C-478/03, punkt 44.

¹⁷⁹ C-478/03, punkt 44; jfr Nyström (2017), s. 296.

¹⁸⁰ C-478/03, punkt 44; Nyström (2017), s. 296.

¹⁸¹ Selberg, s. 126.

Både överlåtaren och förvärvaren definieras i artikel 2. Med överlåtaren avses juridiska eller fysiska personer som på grund av överlåtelse enligt artikel 1.1. slutar att vara arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av någon av dessa.¹⁸² Förvärvaren är de juridiska eller fysiska personer som med anledning av överlåtelsen enligt artikel 1.1 blir arbetsgivare i företaget, verksamhet eller en del av någon av dessa.¹⁸³ Även begreppet arbetstagare definieras i artikel 2 som ”varje person som i den berörda medlemsstaten åtnjuter skydd som arbetstagare enligt den nationella lagstiftningen rörande anställningsförhållandet.”¹⁸⁴

3.2 6 b § LAS

Till följd av EES-avtalet ålades Sverige att införliva överlåtelsedirektivet 77/187/EEG i svensk rätt.¹⁸⁵ I samband med det trädde 6 b § LAS i kraft den första januari 1995.¹⁸⁶ Paragrafen ska tolkas i enlighet med överlåtelsedirektivet samt den från EUD tillhörande praxis.¹⁸⁸ Om en övergång enligt överlåtelsedirektivet föreligger så föreligger följaktligen även en övergång enligt 6 b § LAS.¹⁸⁹ ¹⁹⁰

Enligt 6 b § LAS ska de rättigheter och skyldigheter som grundar sig i anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången, med undantag från ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner, övergå till den nya arbetsgivaren när en övergång av företag, verksamhet eller del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan föreligger.¹⁹¹ En sådan övergång medför följaktligen att personalen av den överlåtna verksamheten eller företaget med sina anställningsavtal och anställningsvillkoren automatiskt följer med rörelsen till förvärvaren.¹⁹² Förvärvaren får därmed direkt och automatiskt ansvar för de medföljande anställdas anställningsförhållanden som de hade med överlåtaren.¹⁹³ 6 b § LAS utgör således en begränsning av arbetsgivarens fria anställningsrätt¹⁹⁴

¹⁸² Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 2.1.a.

¹⁸³ Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 2.1.b.

¹⁸⁴ Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 2.1.d.

¹⁸⁵ Prop. 1994/95:102, s. 23, Glavå & Hansson, s. 498-499.

¹⁸⁶ Lag (1994:1685) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd; Bäckström, s. 89; Glavå & Hansson, s. 499.

¹⁸⁷ Införlivandet av direktivet ledde även till ändringar i 28 § i lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och till ett nytt andra stycke i 7 § LAS, se Nyström (2017), s. 323 & 325.

¹⁸⁸ AD 2011 nr 54; AD 2010 nr 88; AD 2008 nr 51; AD 2001 nr 101; Adlercreutz & Mulder, s. 244.

¹⁸⁹ Mulder, s. 259; AD 2014 nr 14.

¹⁹⁰ När dock 6 b § LAS blir tillämplig kan inte alltid utgå ifrån att överlåtelsedirektivet blir tillämpligt då 6 b § LAS omfattar fler fall inom den offentliga sektorn, jfr Sigeman & Sjödin, s. 201; se nedan.

¹⁹¹ 6 b § 1 & 3 st. LAS; Göransson & Garpe, s. 91.

¹⁹² Bäckström, s. 89; Sevenius, s. 416; Nyström, Edström & Malmberg, s. 13.

¹⁹³ Adlercreutz & Mulder, s. 247.

¹⁹⁴ Adlercreutz & Mulder, s. 193; AD 1999 nr 36.

vilken innebär att denna fritt får välja vem han eller hon vill anställa samt vilka arbetsvillkor som ska gälla.¹⁹⁵ Förvärvaren har dock rätt att ändra villkoren på samma sätt som överlåtaren tidigare hade.¹⁹⁶ Själva övergången ska däremot inte vara orsaken för förändringen.¹⁹⁷ Vidare finns ett solidariskt ansvar mellan överlåtare och förvärvare avseende de ekonomiska förpliktelser som härstammar från tiden före övergången enligt paragrafens första stycke.¹⁹⁸

När en del av verksamhet går över, är det uteslutande den personal som hör till den övertagna delen som omfattas av 6 b § LAS.¹⁹⁹ Vidare är paragrafen inte tillämplig vid konkurs, däremot är den tillämplig både på den privata och den offentliga sektorn.²⁰⁰ I den sista punkten skiljer sig 6 b § LAS från överlåtelsedirektivet som inte är mer än partiellt tillämpligt på förhållanden i den offentliga sektorn.²⁰¹ I överlåtelsedirektivets tillämpningsområde faller inte de fall där offentliga organ överför förvaltningsuppgifter mellan varandra.²⁰² När administrativa funktioner förs över från en offentlig förvaltningsmyndighet till en annan eller när det sker en administrativ omorganisation av sådana myndigheter föreligger ingen övergång enligt överlåtelsedirektivet.²⁰³ 6 b § LAS är dock tillämplig på de offentliganställda som arbetar i verksamheter med förvaltningskaraktär. Paragrafens tillämplighet görs inte beroende på den offentliga verksamhetens natur, det vill säga om den är av förvaltande eller ekonomisk natur.²⁰⁴ De övertagna arbetsuppgifterna får följaktligen vara av såväl ekonomisk som myndighetsutövande karaktär.²⁰⁵

Kravet på arbetsgivarbytet i paragrafens första stycke innebär att paragrafen inte blir tillämplig vid aktieförvärv.²⁰⁶ Entreprenads- och arrendatorsbyte²⁰⁷ kan omfattas av paragrafen²⁰⁸ då det har ansetts vara tillräckligt när övergången sker i sammanhang med en avtalsmässig relation. Det krävs följaktligen inte att förvärvare och överlåtare har ett avtalsförhållande med varandra. Att avtalsförhållandet saknas kan dock indikera att ingen övergång

¹⁹⁵ AD 1999 nr 36; Andersson, Edström & Zanderin, s. 82.

¹⁹⁶ Sigeman & Sjödin, s. 206.

¹⁹⁷ Nyström (2017), s. 313.

¹⁹⁸ 6 b § 1 st. LAS; Adlercreutz & Mulder, s. 248.

¹⁹⁹ Bäckström, s. 94; AD 2013 nr 47.

²⁰⁰ 6 b § 1-2 st. LAS; AD 1999 nr 21; Adlercreutz & Mulder, s. 245-246; Bäckström, s. 89; Göransson & Garpe, s. 35.

²⁰¹ Sigeman & Sjödin, s. 201.

²⁰² C-298/94, punkt 18; Lunning & Toijer, s. 289.

²⁰³ Rådets direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.c; C-298/94, punkt 14; Lunning & Toijer, s. 289.

²⁰⁴ Lunning & Toijer, s. 301-302; Nyström (2001), s. 232.

²⁰⁵ Nyström (2001), s. 230.

²⁰⁶ Adlercreutz & Mulder, s. 245; Bäckström, s. 91; Bylund & Hedlund, s. 96; Sevenius, s. 416; Selberg, s. 124-125; Nyström (2017), s. 295.

²⁰⁷ Se exempelvis C-324/86, punkt 10-11; AD 2002 nr 63.

²⁰⁸ I AD 2011 nr 54 som gällde köpet av en restaurang och dess vidare utarrendering till annat företag för verksamhetens drift, förklarade AD dock att den som köpte restaurangverksamheten inte var den som egentligen drev verksamheten och ansåg därmed att det inte hade skett en övergång enligt 6 b § LAS mellan dessa båda företag, se AD 2011 nr 54.

enligt överlåtelsedirektivet föreligger.²⁰⁹ Arbetstagarna har enligt paragrafens fjärde stycke reservationsrätt, vilket innebär att de kan välja att inte gå över till den nye arbetsgivaren utan istället stanna kvar hos sin tidigare arbetsgivare.²¹⁰

Slutligen ska nämnas att 6 b § LAS är en bestämmelse som är semidispositiv med EU-spärr i den meningen att den uteslutande får ändras genom kollektivavtal när ändringen inte medför en oförmånligare reglering av arbetstagarens rättigheter än det som stadgas enligt EU-rätten.²¹¹ Det är inte möjligt för parterna att avtala om att ingen övergång enligt 6 b § LAS föreligger.²¹² Bryter förvärvaren mot sin förpliktelse i 6 b § LAS uppstår enligt 38 § LAS ett anspråk på allmänt skadestånd.²¹³

²⁰⁹ C-13/95, punkt 11; Sigeman & Sjödin, s. 202; Åhnberg, s. 161; Adlercreutz & Mulder, s. 246; jfr E-02/95, punkt 30.

²¹⁰ 6 b § 4 st. LAS; Bäckström, s. 89, Adlercreutz & Mulder, s. 248.

²¹¹ Göransson & Garpe, s. 59; Sigeman & Sjödin, s. 42 & 205.

²¹² AD 2014 nr 46.

²¹³ Jfr Andersson, Edström & Zanderin, s. 86.

4 Allmänna bedömningsgrunder

I detta kapitel tas de allmänna bedömningskriterier upp som AD utgår ifrån vid bedömningen av om en verksamhetsövergång föreligger. Kapitlet inleds med en genomgång av Spijkers-målet som lägger grunden för bedömningen av 6 b § LAS:s tillämplighet.²¹⁴ I målet formulerades det avgörande kravet för att en verksamhetsövergång kan anses ha skett, nämligen att övergången avser en ekonomisk enhet med bevarad identitet.²¹⁵ Vidare har de så kallade Spijkerskriterierna för bedömningen om identiteten av den ekonomiska enheten har bevarats sitt ursprung i detta mål.²¹⁶ AD tar i sin helhetsbedömning särskilt hänsyn till dessa kriterier för att avgöra om det föreligger en övergång enligt 6 b § LAS.²¹⁷ I andra delen av kapitlet undersöks kravet ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” närmare.

4.1 Spijkers mot Benedik C-24/85

Bakgrunden till Spijkers-målet var att Gebroeders Benedik Abattoir CV hade köpt ett slakteri, inklusive fastighet, byggnader och viss lös egendom. Förutom Spijkers och en annan arbetstagare togs samtliga arbetstagare i målbolaget över. Kunderna hade inte förts över och målbolagets goodwill saknade värde. Vid tidpunkten för köpet var verksamheten inte längre i drift. Verksamheten återupptogs igen efter köpet för Alfred Benedik en Zonen BVs och förvärvarens räkning och antogs vara oförändrad jämfört med den verksamhet som fanns före köpet.²¹⁸

EUD skulle ta ställning till om en övergång enligt överlåtelsedirektivet föreligger när en förvärvare fortsätter en liknande verksamhet i de köpta byggnaderna efter att ha tagit över byggnader och inventarier som gör det möjligt att fortsätta samma verksamhet. Utöver detta skulle EUD avgöra om de omständigheterna att en verksamhet låg nere före köpet, att inga kunder hade tagits över och att verksamhetens goodwill var utan värde talar emot att en sådan verksamhetsövergång föreligger.²¹⁹

Enligt EUD leder själva omständigheten att materiella tillgångar tas över inte till att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.²²⁰ Så som domstolen i ett senare mål uttryckte det, är denna omständighet inte

²¹⁴ Se exempelvis AD 2001 nr 101; AD 2010 nr 88; AD 2016 nr 59.

²¹⁵ C-24/85, punkt 11.

²¹⁶ Öman, s. 52.

²¹⁷ AD 1997 nr 81; AD 2008 nr 51; AD 2010 nr 25.

²¹⁸ C-24/85, punkt 3.

²¹⁹ C-24/85, punkt 5.

²²⁰ C-24/85, punkt 12.

avgörande i sig själv.²²¹ EUD förklarade i Spijkers-målet vidare att det avgörande för frågan om en övergång enligt överlåtelsedirektivet föreligger, är om den ekonomiska enheten i fråga har bibehållit sin identitet. Övergången ska avse en bestående ekonomisk enhet, en så kallad ”going concern”.²²² En indikator för detta är bland annat att den nya arbetsgivaren fortsätter eller återupptar verksamheten med samma eller liknande aktivitet.²²³ Domstolen ställde upp sju kriterier, de så kallade Spijkers-kriterierna, som ska beaktas vid bedömningen av om den ekonomiska enheten i fråga har bibehållit sin identitet²²⁴:

1. *arten av företag eller verksamhet,*
2. *frågan om företagets materiella tillgångar, såsom byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte,*
3. *värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelsepunkten,*
4. *om majoriteten av de anställda har tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte*²²⁵,
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.*²²⁶

Dessa kriterier är följaktligen av särskild vikt när det ska bedömas om det har skett en verksamhetsövergång till en ny arbetsgivare.²²⁷ Kriterierna ska inte bedömas isolerade från varandra utan är delasppekter av den helhetsbedömning som ska göras.²²⁸ Således kan även andra aspekter tas i beaktande, som exempelvis övergång av administration och arbetsledning.²²⁹

Genom helhetsbedömningen som ska göras i det enskilda fallet motverkas risken att bundenheten av implementeringsreglerna undviks genom att vissa tillgångar inte tas över av förvärvaren.²³⁰ För själva avgörandet om en

²²¹ C-392/92, punkt 16.

²²² C-24/85, punkt 11-12 & 15; Åhnberg, s. 162; Sigeman & Sjödin, s. 203.

²²³ C-24/85, punkt 11-12 & 15; jfr AD 1995 nr 96; jfr E-02/95, punkt 31; E-02/96, punkt 27.

²²⁴ C-24/85, punkt 13 & 15, Öman, s. 52.

²²⁵ Detta kriterium har kritiserats i doktrinen för att vara ett cirkelresonemang då omständigheten att inte huvuddelen av anställda har tagits över tas in i bedömningen av huruvida en verksamhetsövergång föreligger som medför skyldigheten att ta över personal. Detta gäller särskilt angående personalintensiv verksamhet, se Glavå & Hansson, s. 501; Barrett, s. 1065.

²²⁶ AD 2011 nr 54; jfr C-24/85, punkt 13; jfr Nyström (2017), s. 299; jfr E-03/01, punkt 20.

²²⁷ C-24/85, punkt 15; Glavå & Hansson, s. 501.

²²⁸ C-24/85, punkt 13.

²²⁹ Adlercreutz & Mulder s. 247; se exempelvis AD 2014 nr 14.

²³⁰ Se Mulder, s. 137 & 139.

övergång enligt överlåtelsedirektivet har skett i det specifika fallet hänvisade EUD till den nationella domstolen.²³¹

4.2 Ekonomisk enhet med bevarad identitet

För att en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS ska föreligga krävs att den ekonomiska enheten i fråga har bibehållit sin identitet.²³² Uppfattningarna angående det centrala kravet ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” verkar skilja sig i doktrin och domstolarna. För det första skiljer sig åsikterna kring innebörden av ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” inom både doktrin och praxis.²³³ Dessa olika åsikter kommer presenteras i kommande avsnitt av arbetet. Arbetets omfattning tillåter däremot inte en analys kring vilka av de olika uppfattningarna angående begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” som kan anses vara mer rätt. Den kvarstående osäkerheten kring begreppens innebörd bör läsaren ha med sig vid fortsatt läsning.

För det andra råder vidare oenighet inom både praxis och doktrin om huruvida kravet ska bedömas i sin helhet eller om kravets begrepp ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” ska bedömas var för sig. För att få en tydligare bild av hur kravet ska hanteras vid besvarandet av arbetets frågor görs i denna del av arbetet en mindre analys av huruvida det centrala kravet ska hanteras i sin helhet eller om begreppen ska bedömas separerade från varandra. Analysen görs i samband med att begreppen av kravet undersöks närmare i de kommande två avsnitten.²³⁴ Inledningsvis kan dock oenigheten kortfattat presenteras som följande:

Mulder argumenterar för att kravets begrepp ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” ska bedömas var för sig.²³⁵ Nyström skiljer däremot inte begreppen utan behandlar kravet ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” i sin helhet.²³⁶ AD verkar i rättsfall från 2014 ha skilt på de två begreppen och diskuterat dessa separerade från varandra.²³⁷ I ett av dessa rättsfall AD 2014 nr 28, men även i AD 2016 nr 59, förklarade domstolen dock att bedömningen om en ekonomisk enhet med bevarad identitet föreligger vanligtvis avgörs gemensamt och med hänsyn till Spijkerskriterierna.²³⁸ I målet från 2016 diskuterade AD inte heller längre begreppen var för sig som det har tidigare gjorts i målen från 2014.²³⁹

²³¹ C-24/85, punkt 14.

²³² Jfr C-24/85, punkt 11 & avsnitt 3.2.

²³³ Se avsnitt 4.2.1; 4.2.2.

²³⁴ Jfr rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 1.1.b.

²³⁵ Mulder, s. 256; se att även Nielsen skiljer dessa begrepp, se Nielsen (2006), s. 277-279.

²³⁶ Nyström (2017), s. 299.

²³⁷ Se AD 2014 nr 14, AD 2014 nr 28; AD 2014 nr 46.

²³⁸ AD 2014 nr 28; AD 2016 nr 59.

²³⁹ AD 2016 nr 59.

I enstaka mål verkar EUD ha gjort bedömningen av begreppen skilda från varandra.²⁴⁰ Vidare ger domstolen viss explicit ledning för ett av begreppen.²⁴¹ Vanligtvis verkar EUD dock inte undersöka begreppens uppfyllnad separat från varandra utan behandla kravet i sin helhet.²⁴² Så skriver EUD exempelvis i Süzen-målet²⁴³:

”Att den tjänst som tillhandahölls av den tidigare och av den nye innehavaren av avtalet är av samma slag kan, [...], i sig inte leda till slutsatsen att det rör sig om överlåtelse av en ekonomisk enhet. En enhet kan nämligen inte reduceras till att innebära den verksamhet som den bedriver. Dess identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftsmetoder och, i förekommande fall, det driftkapital som den förfogar över.”²⁴⁴

²⁴⁵

Denna formulering har tagits över av AD i ett flertal fall.²⁴⁶

Med beaktande av det ovan sagda och med hänsyn till de två kommande avsnitt 4.2.1 och 4.2.2 där begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” undersöks separerade från varandra, tas i avsnitt 4.2.3 ställning till huruvida kravet ska hanteras i sin helhet eller om dess begrepp ska bedömas var för sig. Det ska påpekas att uppdelningen att begreppen presenteras i två olika avsnitt inte görs för att det anses som mer rätt att bedöma begreppen var för sig. Uppdelningen görs endast för att ge en tydligare översikt.

4.2.1 Ekonomisk enhet

I följande avsnitt undersöks begreppet ”ekonomisk enhet”. I första delen presenteras allmänt olika definitioner och vägledningar kring begreppet. I andra delen av avsnittet undersöks begreppets innebörd beroende på verksamhetstyp.

4.2.1.1 Allmänt

För att en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS ska anses föreligga krävs att övergången avser en ekonomisk enhet med bevarad identitet.²⁴⁷ Det råder

²⁴⁰ Förenade målen C-173/96 och C-247/96, punkt 28-29; C-60/17, punkt 35-39.

²⁴¹ C-458/05, punkt 34; C-13/95, punkt 13.

²⁴² Jfr AD 2014 nr 28; se exempelvis C-13/95, punkt 15; förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 30; C-472/16; C-48/94, punkt 21.

²⁴³ C-13/95.

²⁴⁴ C-13/95, punkt 15.

²⁴⁵ I ett senare fall har EUD förtydligat att det med begreppet ”enhet” i andra meningen avses den ekonomiska enheten, jfr C-13/95, punkt 15 & C-234/98, punkt 27; se även Glavå & Hansson, s. 501.

²⁴⁶ Se AD 1997 nr 81; AD 2008 nr 64; AD 2010 nr 88.

²⁴⁷ Källström & Malmberg, s. 281.

oenighet och osäkerhet om innebörden av begreppet ”ekonomisk enhet”. Detta beror bland annat på en tvetydig formulering av artikel 1.1.b i överlåtelsedirektivet, där det stadgas att med överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet avses en ” [...] överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet.”²⁴⁸

I en del doktrin har artikeln tolkats som att den preciserar den ekonomiska enheten till en organiserad gruppering av tillgångar med syfte att bedriva ekonomisk verksamhet.²⁴⁹ Denna tolkning kan stödjas med att AD i både AD 2014 nr 14 och AD 2014 nr 28 delar denna uppfattning.²⁵⁰

I annan doktrin tolkas artikeln på ett sådant sätt, att preciseringen inte endast avser ekonomisk enhet, utan definierar närmare vad som avses med en ekonomisk enhet som har bevarat sin identitet.²⁵¹ Denna tolkning kan stödjas av att den tyska formuleringen av artikel 1.1.b inte gör en uppdelning mellan ekonomisk enhet och bevarad identitet, utan bokstavligen översatt formuleras så att det med övergång avses en sin identitet bevarande ekonomisk enhet i den meningen av en organiserad gruppering av tillgångar.^{252 253}

Huruvida preciseringen i artikel 1.1.b i överlåtelsedirektivet avser ”ekonomiska enheten” eller ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” blir inte heller tydligare vid undersökning av målet C-466/07. Där förklarade EUD i punkt 39: ”Med förbehåll för att de ovannämnda villkoren är uppfyllda för att direktiv 2001/23 ska vara tillämpligt, krävs dock att övergången även uppfyller de villkor som föreskrivs i artikel 1.1 b i samma direktiv, nämligen att det rör sig om en ekonomisk enhet, varmed förstås ”en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”, som behåller sin ”identitet” efter övergången.”²⁵⁴ Genom att EUD på följande sätt har ändrat ordföljden vid återgivandet av artikel 1.1.b ges intrycket av att domstolen tillskriver preciseringen i artikel 1.1.b begreppet ekonomisk enhet.

I punkt 45 förklarade dock EUD vidare: ”I artikel 1.1 b i direktiv 2001/23 definieras för övrigt en ekonomisk enhets identitet med hänvisning till en ”organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”.”²⁵⁵ I denna punkt hävdade EUD istället att preciseringen avser identiteten av den ekonomiska enheten, vilket blir särskilt tydligt i den tyska och engelska

²⁴⁸ Rådets direktiv 2001/23/EG, artikel 1.1.b.

²⁴⁹ Barnard, s. 581; Glavå & Hansson, s. 502; Källström & Malmberg, s. 281.

²⁵⁰ Se AD 2014 nr 14; AD 2014 nr 28.

²⁵¹ Nyström (2017), s. 295 & 299.

²⁵² Se tyska versionen av artikel 1.1.b i rådets direktiv 2001/23/EG.

²⁵³ Detta är en bokstavig översättning av tyska texten.

²⁵⁴ C-466/07, punkt 39.

²⁵⁵ C-466/07, punkt 45.

versionen av överlåtelsedirektivet.²⁵⁶ Detta är ett bra exempel på hur otydlig såväl lagtexten som rättspraxisen är på detta område och är därmed en förklaring till varför det finns så skilda åsikter i doktrin. Detta fall visar vidare att uppdelningen mellan begreppen inte alltid är tydlig och följaktligen kan medföra svårigheter om de ska bedömas var för sig.²⁵⁷

EUD bidrar inte heller i andra mål till att begreppet ”ekonomisk enhet” blir tydligare då den ger denne sin egen definition. Enligt domstolen är en ekonomisk enhet en ”organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas”²⁵⁸. Denna definition liknar preciseringen i artikel 1.1.b. Dock skiljer den sig vid en betydande punkt i och med tillägget av kravet att ett särskilt syfte ska eftersträvas med den ekonomiska verksamheten.²⁵⁹ Ett exempel på särskilt syfte kan vara tillhandahållandet av tjänster.²⁶⁰ EUD förklarade i ett annat mål, i samband med denna definition, att det krävs att den ekonomiska enheten är oberoende och tillräckligt strukturerad.²⁶¹

I Jouini-målet²⁶² gav EUD explicit vägledning avseende begreppet ”ekonomisk enhet”. I målet förklarade domstolen att i bedömningen om en ekonomisk enhet enligt artikel 1.1 i överlåtelsedirektivet föreligger, ska det undersökas om de tillgångar som tagits över från den tidigare arbetsgivaren hos denne kunde beskrivas som en enhet som kunde erbjuda de för den ekonomiska verksamheten typiska tjänster. Detta utan att ytterligare delar av företaget eller betydande tillgångar behövdes.²⁶³

EUD har i sina domar förtydligat att omständigheterna att arbetsuppgiften eller den utövade verksamheten är liknande respektive att samma sorts tjänst tillhandahålls, inte i sig är tillräckliga för slutsatsen att övergången avser en ekonomisk enhet.²⁶⁴ Det ska påpekas att Mulder verka tillskriva denna aspekt frågan om huruvida identiteten har bevarats.²⁶⁵ Han hänvisar till ett fall där EUD förklarade att omständigheten att arbetsuppgiften som i detta fall avsåg lokalvård är liknande, inte är tillräcklig för slutsatsen att övergången avser en ekonomisk enhet. När Mulder refererar för målet skriver han istället för ekonomisk enhet, bibehållen identitet.²⁶⁶

AD förklarade i ett av sina mål att en ekonomisk enhet måste utgöras av mer än endast ett visst arbetes utförande. Det ska vara fråga om en varaktig

²⁵⁶ C-466/07, punkt 39 & 45; se även den tyska och engelska versionen av C-466/07.

²⁵⁷ Se avsnitt 4.2.

²⁵⁸ C-234/98, punkt 39; C-458/05, punkt 31; C-13/95, punkt 13; C-340/01, punkt 30; Nielsen (2006), s. 277.

²⁵⁹ Jfr artikel 1.1.b, rådets direktiv 2001/23/EG.

²⁶⁰ C-458/05, punkt 37.

²⁶¹ Öman, s. 52; förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 27.

²⁶² C-458/05, se närmare avsnitt 5.3.3.

²⁶³ C-458/05, punkt 34; avsnitt 4.2.2.1.

²⁶⁴ Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 30; C-463/09, punkt 41; C-13/95, punkt 15.

²⁶⁵ Mulder, s. 269.

²⁶⁶ Jfr Mulder, s. 269 & förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 30.

organiserad enhet.²⁶⁷ Det ska påpekas att Mulder och Adlercreutz hänför detta krav till frågan huruvida identiteten är bevarad.²⁶⁸ Kravet har sitt ursprung i Rygaard-målet från EUD, där kravet nämns allmänt angående direktivets tillämplighet och inte specifikt angående ekonomisk enhet eller bevarad identitet.²⁶⁹ Detta kan tas som indicium för att kravet refererar till ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” i sin helhet.²⁷⁰

4.2.1.2 Verksamhetstypens påverkan

Att avgöra om övergången avser en ekonomisk enhet försvåras vidare genom att det är själva arten av verksamheten som påverkar vad som utgör en ekonomisk enhet.²⁷¹ Vid en personalintensiv verksamhet krävs inte att betydande materiella eller immateriella tillgångar föreligger för att det ska vara fråga om en ekonomisk enhet.²⁷² EUD har förtydligat att i sådana ekonomiska sektorer som huvudsakligen grundar sig på anställda och där tillgångarna vanligen är försumbara, kan en ekonomisk enhet ”i brist på andra produktionsfaktorer”²⁷³ bestå av ”en organiserad grupp arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag”²⁷⁴.²⁷⁵

I ett tidigare mål har EUD på liknande sätt avseende denna typ av verksamhet förklarat att en ekonomisk enhet kan bestå av ett kollektiv av arbetstagare som permanent har sammanförts i en gemensam verksamhet.²⁷⁶ Detta förutsätter dock att kollektivet är tillräckligt självständigt i den meningen att gruppens arbete, förhållandevis oberoende och fritt, kan organiseras av gruppens ansvariga. Ansvariga ska kunna ge instruktioner, order och uppgiftsfördelning till sin underställda personal tillhörande till enheten, utan att ytterligare organisationsstrukturer från arbetsgivaren direkt invecklas.²⁷⁷ Så länge verksamheten kan drivas och organiseras av gruppen med ett visst mått av frihet anses gruppen vara tillräckligt självständig trots att arbetsgivaren ger denna tydliga skyldigheter och därmed starkt påverkar gruppens verksamhet.²⁷⁸

Det verkar inte finnas liknande vägledning avseende ekonomisk enhet vid materialintensiv verksamhet. Enligt Mulder blir de faktorerna, som typiskt sett krävs för att rörelsen som har gått över ska kunna fortsätta, av betydelse i bedömningen om en ekonomisk enhet föreligger, vilket skiljer sig med

²⁶⁷ AD 2014 nr 28; jfr C-151/09; C-48/94, punkt 21-22.

²⁶⁸ Adlercreutz & Mulder, s. 246; se för samma krav angående bevarad identitet avsnitt 4.2.2.1.

²⁶⁹ C-48/94, punkt 21-22; jfr Adlercreutz & Mulder, s. 246.

²⁷⁰ Se avsnitt 4.2.

²⁷¹ Jfr Mulder, s. 143.

²⁷² C-108/10, punkt 49; förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97, punkt 27.

²⁷³ Förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97, punkt 27.

²⁷⁴ Förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97, punkt 27.

²⁷⁵ Förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97, punkt 27.

²⁷⁶ C-13/95, punkt 21; se även C-108/10, punkt 49; Lunning & Toijer, s. 287; Barnard, s. 596; Mulder, s. 143; jfr med förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 27.

²⁷⁷ C-108/10, punkt 48 & 51; AD 2014 nr 14; Glavå & Hansson, s. 502.

²⁷⁸ C-108/10, punkt 48 & 51.

hänsyn till om verksamheten är personal- eller materialintensiv.²⁷⁹ Mulder skiljer inte mellan de verksamheter som huvudsakligen bygger på materiella tillgångar och de verksamheter som huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar utan verka klassificera dessa under samma verksamhetstyp.²⁸⁰ Enligt honom bygger den ekonomiska enheten vid sådan verksamhetstyp, på materiella eller immateriella tillgångar. För att en ekonomisk enhet vid denna verksamhetstyp ska anses föreligga, är det enligt honom centralt att det övertagna är essentiellt för verksamhetens fortsättning och att enheten är tämligen självständig.²⁸¹ I detta sammanhang ska påpekas att Lunning och Toijer såväl som EUD i Liikenne-målet²⁸² nämner kravet på övergång av nödvändiga tillgångar istället i samband med bevarad identitet.²⁸³ Detta är ett ytterligare exempel som visar att uppdelningen mellan ekonomisk enhet och bevarad identitet inte alltid är tydlig och följaktligen kan medföra svårigheter om begreppen ska bedömas var för sig.²⁸⁴

4.2.2 Bevarad identitet

I följande avsnitt undersöks innebörden av begreppet ”bevarad identitet” närmare. Liksom i övre delen avseende ekonomisk enhet presenteras i detta avsnitt i första delen allmänt olika definitioner och vägledningar kring begreppet och i andra delen undersöks begreppets innebörd beroende på verksamhetstyp. I en tredje avsnitt diskuteras tre kriterier som Mulder explicit har definierat för bedömningen om huruvida identiteten är bevarad.

4.2.2.1 Allmänt

Såsom det har påpekats av EUD i Spijkers-målet ska den ekonomiska enheten i fråga bibehålla sin identitet för att direktivet ska kunna bli tillämpligt.²⁸⁵ Att identiteten är bevarad innebär att verksamheten före och efter överlåtelsen är densamma eller i det närmaste densamma.²⁸⁶ AD beskriver det som att det ska finnas identitet mellan enheten före och enheten efter överlåtelsen.²⁸⁷

Identiteten kan anses vara bevarad när övergången avser en bestående ekonomisk enhet²⁸⁸, vilket indikeras enligt EUD bland annat av omständigheterna att samma respektive liknande verksamhet fortsätter eller återupptas efter övergången.²⁸⁹ EUD har i sina mål upprepade gånger förklarat att det är återupptagandet eller fortsättningen av verksamhetens

²⁷⁹ Mulder, s. 143.

²⁸⁰ Mulder, s. 138; avsnitt 2.2.

²⁸¹ Mulder, s. 138 & 143; se även Barnard, s. 596.

²⁸² C-172/99.

²⁸³ Se exempelvis C-172/99, punkt 42; Lunning & Toijer, s. 287; se vidare i avsnitt 4.2.2.

²⁸⁴ Se avsnitt 4.2.

²⁸⁵ C-24/85, punkt 11 & 15.

²⁸⁶ Bäckström, s. 92; Adlercreutz & Mulder, s. 246.

²⁸⁷ AD 2014 nr 14; 2014 nr 28.

²⁸⁸ Adlercreutz & Mulder, s. 246; jfr C-24/85, punkt 11-12.

²⁸⁹ C-24/85, punkt 11-12.

drift som särskilt indikerar att den ekonomiska enhetens identitet är bevarad.²⁹⁰ Adlercreutz och Mulder skriver i samband med bevarad identitet att verksamheten ska varaktigt fortsätta, i den meningen att den inte endast ska existera för att slutföra visst arbete.²⁹¹ Om det skett ett uppehåll ska detta vara tillfälligt innan verksamheten fortsätter varaktigt.²⁹²

Den ekonomiska enhetens identitet formas av faktorer såsom organisation av arbetet, personal, arbetsledning, driftmetoder och om det finns, driftskapital som förfogas över.²⁹³ Vid bedömningen huruvida identiteten är bevarad ska vidare samtliga Spijkerskriterierna beaktas.²⁹⁴ De två sista Spijkerskriterierna verkar dock, som ovan redan antytts, vara av central betydelse för att avgöra om identiteten har bibehållits. Det vill säga i vilket mått verksamheten före och efter övergången är liknande samt huruvida verksamhetens drift fortsätter eller i fall den återupptas, hur långt uppehållet var.²⁹⁵

Enligt AD, kan vid bedömningen av huruvida identiteten är bevarad, en ledande fråga vara, om typiska tjänster för den ekonomiska verksamheten fortsatt kan erbjudas med de tillgångarna som har gått över. Detta utan att det krävs ytterligare delar av företaget eller ytterligare betydande tillgångar.²⁹⁶ AD hänvisade i samband med detta till Jouini-målet där EUD nämnde denna ledande fråga som ett krav för att överlåtelsedirektivet i en situation som den i Jouini-målet ska bli tillämpligt. EUD säger dock inte explicit att kravet endast gäller den bevarade identiteten.²⁹⁷ AD:s slutsats att kravet avser uteslutande ”bevarad identitet” kan förklaras med att EUD tidigare i domen påpekade att i bedömningen av om en ekonomisk enhet enligt artikel 1.1 överlåtelsedirektivet föreligger, ska undersökas om de tillgångar som tagits över från den tidigare arbetsgivaren, hos denne kunde beskrivas som en enhet som kunde erbjuda de för den ekonomiska verksamheten typiska tjänster. Detta utan ytterligare delar eller betydande tillgångar av företaget.²⁹⁸ Därmed kan målet tolkas som att bedömningen huruvida en ekonomisk enhet föreligger ska göras separat. EUD har dock inte explicit skrivit detta. Utöver detta har domstolen i sin slutsats endast förklarat att tjänsten fortsatt ska kunna erbjudas för att direktivet ska bli tillämpligt, utan att kräva vidare uppfyllnad av kravet avseende ekonomisk enhet. Enligt min uppfattning är det följaktligen inte helt tydligt om den ledande frågan endast gäller ”bevarad identitet” eller kravet ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” i sin helhet.

²⁹⁰ C-340/01, punkt 29; C-29/91, punkt 23; C-458/05, punkt 23; C-472/16, punkt 29; C-13/95, punkt 10.

²⁹¹ Adlercreutz & Mulder, s. 246; jfr dock med C-48/94, punkt 18-20 och motsvarande resonemang i avsnitt 4.2.1.1.

²⁹² Adlercreutz & Mulder, s. 246.

²⁹³ C-13/95, punkt 15; Nyström (2017), s. 309.

²⁹⁴ C-24/85, punkt 13; Bäckström, s. 92-93; Nyström (2017), s. 309; Nielsen (2006), 279.

²⁹⁵ C-392/92, punkt 17; Mulder, s. 143-144; C-24/85, punkt 15.

²⁹⁶ AD 2014 nr 14; AD 2014 nr 28.

²⁹⁷ C-458/05, punkt 38.

²⁹⁸ C-458/05, punkt 34; avsnitt 4.2.2.1.

4.2.2.2 Verksamhetstypens påverkan

I bedömningen om den ekonomiska enheten har bevarat sin identitet, tas hänsyn till om övergången avser en personal- eller materialintensiv verksamhet.²⁹⁹

Vid personalintensiva verksamheter är identiteten huvudsakligen länkad till personalstyrkan.³⁰⁰ Vid denna typ av verksamhet har EUD förklarat att övertagandet av majoriteten av arbetskraften utgör en förutsättning för att identiteten överhuvudtaget kan anses vara bevarad.³⁰¹ Närmare bestämt är det majoriteten i kompetens och antal av de anställda som måste gå över.³⁰² Anledningen till att kompetens ges sådan vikt vid övertagande är att det kan finnas anställda vilka som nyckelpersoner är avgörande för verksamhetens varaktigt fortsatta drift och deras övertagande är därmed av betydelse för en bevarad identitet.³⁰³ Kravet gällande övertagen majoritet av anställda som av Barrett har beskrivits som en grundförutsättning,³⁰⁴ är därmed vid personalintensiv verksamhet av särskild betydelse för bevarandet av identiteten och i förlängningen för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.³⁰⁵ Det ska kort påpekas att uppfyllandet av en grundförutsättning i sig dock inte är tillräckligt för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga, utan en helhetsbedömning måste göras.³⁰⁶

Vid övergång av personalintensiv verksamhet kan identiteten anses vara bevarad trots att materiella och immateriella tillgångar inte har gått över.³⁰⁷ EUD förklarade att den bevarade identiteten inte är beroende av omständigheten huruvida materiella och immateriella tillgångar har följt med. Detta när det gäller en ekonomisk enhet i sådan sektor där det varken krävs betydande materiella eller immateriella tillgångar för enhetens drift.³⁰⁸

Även en ekonomisk enhet bestående av ett kollektiv av arbetstagare kan följaktligen anses ha bevarat sin identitet. Detta förutsätter att arbetstagarna bestående har förts samman i gemensam verksamhet och att verksamheten fortsätts bedrivas av förvärvaren, samt att majoriteten i kompetens och antal av de tidigare till arbetsuppgiften tilldelade anställda har gått över.³⁰⁹

²⁹⁹ Adlercreutz & Mulder, s. 246; AD 2014 nr 14; Glavå & Hansson, s. 502.

³⁰⁰ Lunning & Toijer, s. 287.

³⁰¹ C-472/16, punkt 32; C-509/14, punkt 35.

³⁰² Barnard, s. 596-597; Lunning & Toijer, s. 287; Glavå & Hansson, s. 502; Barrett, s. 1059; jfr C-51/00, punkt 33; C-13/95, punkt 21; AD 2014 nr 14; AD 2014 nr 28.

³⁰³ Lunning & Toijer, s. 287.

³⁰⁴ Barrett, s. 1059.

³⁰⁵ Glavå & Hansson, s. 502; jfr C-51/00, punkt 33; C-472/16, punkt 32; Lunning & Toijer, s. 287.

³⁰⁶ Barrett, s. 1059; jfr C-24/85, punkt 12-13.

³⁰⁷ C-13/95, punkt 18; C-463/09, punkt 35.

³⁰⁸ C-13/95, punkt 18; C-463/09, punkt 35; Barnard, s. 596; Glavå & Hansson, s. 502; jfr C-51/00, punkt 33; jfr avsnitt 2.3.

³⁰⁹ C-13/95, punkt 21; AD 2014 nr 14; AD 2014 nr 28; jfr Barnard, s. 596; jfr Glavå & Hansson, s. 502.

Förvärvet avser därmed en organisatorisk helhet av sådana beståndsdelar som krävs för att stabilt kunna fortsätta den överlåtna verksamheten.³¹⁰

Vid övergång av en materialintensiv verksamhet är frågan om och i vilken omfattning materiella tillgångar har gått över av stor vikt för att identitet kan anses vara bevarad.³¹¹ Det är tillräckligt att övertagandet av tillgångar sker med förfoganderätt.³¹² För att den ekonomiska enhetens identitet ska anses vara bevarad, förklarade EUD i Liikenne-målet att det krävs att betydande mängd av de för verksamhetens drift absolut³¹³ nödvändiga tillgångar följer med när det gäller verksamheter där materiella tillgångar är av stor betydelse för verksamhetens drift.³¹⁴ ³¹⁵ I ett senare mål gällande materialintensiv verksamhet förklarade EUD att omständigheten att de för driften nödvändiga tillgångarna hade gått över i detta fall varit tillräcklig för att en ekonomisk enhet kunde anses ha gått över.³¹⁶

Vid första anblick verkar EUD motsäga sig då den först nämner kravet i samband med bevarad identitet och senare med ekonomisk enhet. Vid genomläsning av resonemangen i domen ges dock intrycket av att EUD inte menade att omständigheten explicit är hänförlig till antingen begreppet ekonomisk enhet eller begreppet bevarad identitet, utan snarare avsåg kravet att övergången ska avse en ekonomisk enhet med bevarad identitet i sin helhet.³¹⁷ Detta kan stödjas av att Barrett med hänvisning till Liikenne-målet beskriver kravet gällande övertagande av tillgångar mer allmänt som en grundförutsättning för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.³¹⁸ Det kan kort påpekas att han i samband därmed kritiserar att när ett kriterium utgör en grundförutsättning för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga, möjliggörs det att direktivets tillämpning kan undvikas genom att kriteriet inte uppfylls.³¹⁹

I AD 2014 nr 1, som citeras av Glavå och Hansson, verkar domstolen gett både materiella och immateriella tillgångar betydande vikt vid bedömningen om identiteten är bevarad vid materialintensiv verksamhet. Detta beror på att AD i sin dom skiljde mellan verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft och sådana som kräver betydande materiella eller immateriella tillgångar för deras drift. Angående den senare verksamhetstypen förklarade domstolen med hänvisning till Allen-målet att övergång av sådana tillgångar är av betydande vikt för bedömningen om identiteten är bevarad.³²⁰ I

³¹⁰ C-151/09, punkt 29; AD 2014 nr 14; C-48/94, punkt 21.

³¹¹ Glavå & Hansson, s. 502; Lunning & Toijer, s. 287.

³¹² Öman, s. 53.

³¹³ Ordet "absolut" används i C-172/99, punkt 42; i senare mål har EUD inte längre tagit med ordet när den talar om att de för driften essentiella tillgångar har gått över, s. C-340/01, punkt 36; C-472/16, punkt 35, 37 & 39.

³¹⁴ C-172/99, punkt 42; Öman, s. 53.

³¹⁵ Mulder för liknande resonemang i samband med frågan om en ekonomisk enhet föreligger, se Mulder, s. 138, 143 & avsnitt 4.2.1.2.

³¹⁶ C-340/01, punkt 36; jfr avsnitt 6.2.4.

³¹⁷ C-340/01, punkt 31-37; C-172/99, punkt 11, 34 & 43-44.

³¹⁸ Barrett, s. 1059; jfr C-172/99, punkt 42.

³¹⁹ Barrett, s. 1061 & 1064.

³²⁰ AD 2014 nr 1; Glavå & Hansson, s. 501-502.

samband därmed vill jag påpeka att det inte finnas något i Allen-målet som kan stödja utsagan angående vikten av immateriella tillgångar.³²¹

4.2.2.3 Mulders aktivitets-, fortsättnings- och likhetskriterium

Mulder har definierat tre viktiga kriterier, som enligt honom, måste vara uppfyllda för att en ekonomisk enhet kan anses ha bevarat sin identitet. Dessa är aktivitetskriteriet, fortsättningskriteriet och likhetskriteriet.³²²

Aktivitetskriteriet innebär att övergången ska avse en ”going concern”, det vill säga en ännu pågående enhet. Det ska finnas aktivitet i verksamheten.³²³ Det krävs att verksamheten pågår före, vid, samt efter övergången. Tillfälliga uppehåll över jul- och nyårshelgerna eller omständigheten att verksamheten återupptas av förvärvaren en månad efter att överlåtaren hade nedlagt denna, medför inte i sig att inte längre en ännu bestående ekonomisk enhet kan anses föreligga och överlåtelsedirektivet följaktligen inte blir tillämpligt. Detsamma gäller omständigheten att den ekonomiska enheten som övergången avser inte har någon personal vid övergångstidpunkten.³²⁴

Ett avbrott i driften vid övergången medför följaktligen inte per se att aktivitetskriteriet inte uppfylls. Däremot utgör denna omständighet en indikator på att en övergång enligt överlåtelsedirektivet inte föreligger. Omständigheten att arbetet fortsätter utan avbrott utgör vidare en indikator för att överlåtelsedirektivet blir tillämpligt. Övergången ska avse en stabil organiserad ekonomisk enhet och verksamheten ska kunna drivas kontinuerligt.³²⁵

Enligt fortsättningskriteriet måste verksamheten fortsätta efter överlåtelsen. Endast syftet att fortsätta verksamheten är inte tillräckligt utan den överlåtna enheten måste faktiskt fortsättas av förvärvaren för att identiteten kan anses vara bibehållen.³²⁶ Fortsättningen av verksamheten ska vara tämligen varaktig i den meningen att den övertagna enheten ska inbegripa sådana beståndsdelar som möjliggör en stadigvarande fortsättning av enheten.³²⁷ Verksamhetens identitet kan dock bestå trots tillfälliga nedläggningar som exempelvis en månads uppehåll innan verksamhetens drift återupptas av förvärvaren.³²⁸

Enligt likhetskriteriet ska den verksamhet som fortsätter efter övergången vara densamma eller likna den överförda verksamheten.³²⁹ Det är dock inte

³²¹ C-234/98.

³²² Mulder, s. 255-271.

³²³ Mulder, s. 256 & 260.

³²⁴ Mulder, s. 257-258.

³²⁵ Mulder, s. 256-257.

³²⁶ Mulder, s. 259-261; C-29/91, punkt 23 & 31.

³²⁷ Mulder, s. 262.

³²⁸ Mulder, s. 263.

³²⁹ Mulder, s. 268-269.

tillräckligt i sig att arbetsuppgiften är liknande för att identiteten kan anses vara bevarad. Även om det läggs stor vikt på likhetsgraden i bedömningen av huruvida identiteten är bevarad måste ändå en helhetsbedömning med beaktande av Spijkerskriterierna göras för att bestämma huruvida identiteten är bibehållen.³³⁰

När texten i domarna undersöks blir det tydligt att Mulders uppställning av de tre kriterierna inte stämmer överens med EU-domarna. EUD förklarade i Spijkers-målet och senare mål att för att avgöra huruvida den ekonomiska enheten har bevarat sin identitet och därmed om överlåtelsedirektivet blir tillämpligt, ska genom en helhetsbedömning avgöras om övergången avser en bestående ekonomisk enhet. Huruvida en sådan ”going concern” har gått över, vilket Mulder benämner aktivitetskriterium, indikeras enligt EUD av bland annat att samma respektive en liknande verksamhet fortsätter eller återupptas efter övergången. De omständigheter EUD lyfte fram får ses utgöra Mulders fortsättnings- och likhetskriterium.³³¹ Följaktligen är det fortsättnings- och likhetskriteriet som indikerar att aktivitetskriteriet är uppfyllt vilken i sin tur, genom sin uppfyllelse, medför att den ekonomiska enhetens identitet kan anses vara bevarad.

Kritiken mot Mulders uppdelning kan styrkas av att det vid jämförelse av Mulders beskrivning av aktivitets- och fortsättningskriteriet i båda fallen tas upp såväl att tillfälliga uppehåll inte hindrar att identiteten är bevarad och att det inbegriper ett krav på varaktighet i fortsättningen.³³² Dessa tre kriterier är därmed inte parallella, fristående kriterier som måste uppfyllas utan likhets- och fortsättningskriteriet utgör uteslutande indikatorer för att aktivitetskriteriet är uppfyllt.

4.2.3 Slutsats

I detta kapitel har det synliggjorts att det föreligger osäkerhet angående det i Spijkers-målet uppställda kravet på att identiteten av den ekonomiska enheten ska vara bevarad. Detta återspeglar sig i såväl rättspraxis som doktrin vilka ger olika förklaringar angående innebörden av kravets begrepp samt delvis bedömer kravet i sin helhet och delvis i två steg. Denna diskrepans kan leda tillbaka till tvetydighet i lagtexten och otydlighet i rättspraxis gällande kravet. Otydligheterna kan anses vara problematiska ur ett rättssäkerhetsperspektiv med tanke på att oklarheter kring det centrala kravet försvårar för de involverade parterna att förutse när en verksamhetsövergång ska anses föreligga.³³³

Det har i 4.2.1 och 4.2.2 blivit tydligt att Mulders uppdelning av kravets bedömning gällande begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet”

³³⁰ Mulder, s. 269.

³³¹ Jfr C-24/85, punkt 11, 12 & 15; C-287/86, punkt 18 och Mulder, s. 144-145, 256, 259 & 268-269.

³³² Se Mulder, s. 258-259 & 262-263.

³³³ Se avsnitt 1.4; 4.2; 7.3.

inte alltid fungerar eftersom olika bedömningsgrunder och indikatorer, beroende på vilken dom och doktrin som används, tillskrivs antingen ”ekonomisk enhet”, ”bevarad identitet” eller kravet i sin helhet.³³⁴ Begreppen verkar därmed inte alltid kunna problemlöst betraktas skilda från varandra.³³⁵ Några aspekter i EUD-domar, som exempelvis EUD: s definition av ekonomisk enhet, gäller dock explicit begreppet ”ekonomisk enhet” och inte dennes bevarade identitet.³³⁶

AD 2014 nr 28 ger enligt min uppfattning en bra återspeglning av hur kravet ”ekonomisk enhet med bevarad identitet” kan förstås. Att AD i fallet, trots att ekonomisk enhet och bevarad identitet har diskuterats var för sig, förklarade att bedömningen om en ekonomisk enhet med bevarad identitet föreligger vanligen avgörs gemensamt och med hänsyn till Spijkerskriterierna tyder på att såväl Nyström som Mulder i viss omfattning har rätt. Även om begreppen åtminstone till viss del verkar kunna betraktas skilda från varandra borde enligt min uppfattning kravet som huvudregel bedömas i sin helhet.³³⁷ Detta kan stödjas av att AD i senare rättsfallet AD 2016 nr 59 inte längre diskuterade begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet” skilda från varandra till skillnad från 2014 års fall. Som utgångspunkt kommer jag följaktligen i fortsättningen av arbetet i likhet med Nyström, betrakta kravet i sin helhet.³³⁸

³³⁴ Se avsnitt 4.2.1.1; 4.2.1.2; 4.2.2.1.

³³⁵ Se avsnitt 4.2.1; 4.2.2.

³³⁶ Se avsnitt 4.2.1.1.

³³⁷ Se avsnitt 4.2.

³³⁸ Jfr avsnitt 4.2.

5 Rättspraxis avseende personalintensiv verksamhet

I detta kapitel kommer olika rättsfall att undersökas närmare. Den gemensamma nämnaren för dessa fall är att de avser en personalintensiv verksamhet. I flertalet fall har domstolen diskuterat mer ingående om det har skett en övergång av verksamhet enligt 6 b § LAS respektive överlåtelsedirektivet. EUD ger i sina domar dock inga konkreta svar i frågan utan ger den nationella domstolen uppgiften att bedöma i det enskilda fallet. Rättsfallen har delats upp i tre delar där första delen undersöker rättsfall där ingen personal har gått över. Andra delen avser rättsfall där några men färre än majoriteten i antal och kompetens av anställda har följt med. Tredje och sista delen ägnas åt de rättsfall där majoriteten i antal och kompetens av de anställda har gått över.

5.1 Ingen personal

I de två kommande avsnitten presenteras rättsfall som har det gemensamma att inte någon arbetskraft har gått över. Första rättsfallet, det så kallade Süzen-målet, är av särskilt intresse då EUD i detta mål har gett flera vägledningar i frågan om en verksamhetsövergång föreligger. Exempelvis förklarade EUD i detta mål att verksamhetstypen påverkar viktningen.³³⁹ Det andra rättsfallet där liknande omständigheter som i Süzen-målet förelåg är intressant då det visar hur AD i sin bedömning följer EUD:s linje.³⁴⁰

5.1.1 Süzen C-13/95

I följande mål hade Ayse Süzen och ytterligare sju anställda avskedats från den städfirma för vilken de städade på en skola. Skolan hade sagt upp uppdraget med städfirman för att ge städuppdraget till ett annat företag.³⁴¹ EUD tog i målet ställning till om överlåtelsedirektivet var tillämpligt i föreliggande fall, där varken anställda, materiella eller immateriella tillgångar hade gått över till den nya entreprenören.³⁴²

EUD förklarade att en enhet inte endast består av den bedrivna verksamheten och därför är omständigheten att det är samma typ av tjänst som tillhandahålls före och efter övergången inte är tillräcklig för att en ekonomisk enhet ska anses ha gått över. Identiteten av den ekonomiska enheten utgörs, utöver driften av verksamheten, även av organisation av arbetet, personal, arbetsledning, driftmetoder och om befintligt, driftskapital

³³⁹ C-13/95, punkt 18.

³⁴⁰ AD 1997 nr 81.

³⁴¹ C-13/95, punkt 3 & 4; Nyström (2017), s. 301.

³⁴² C-13/95, punkt 4, 6 & 9.

som förfogas över.³⁴³ Den övertagna ekonomiska enheten ska vara stabilt organiserad och dess verksamhet avse mer än endast utförande av ett bestämt arbete som exempelvis slutförande av ett uppdrag.³⁴⁴

Vid helhetsbedömningen om en verksamhetsövergång föreligger ska enligt EUD särskilt läggas märke till typen av företag eller verksamhet som övergången avser. Verksamhetstypen såväl som produktions- eller driftmetoder påverkar nämligen de olika kriteriernas viktning.³⁴⁵ Domstolen förklarade att vid de ekonomiska enheter som kan drivas utan att betydande materiella eller immateriella tillgångar krävs, ska bevarandet av identiteten inte göras beroende av att sådana tillgångar har gått över.³⁴⁶ Denna linje togs också över av EFTA-domstolen som förklarade angående ekonomiska enheter med mindre behov av materiella och immateriella tillgångar att själva omständigheten att sådana tillgångar inte tas över, inte är något hinder för överlåtelsedirektivets tillämplighet.³⁴⁷

EUD hänvisade i Süzen-målet till det tidigare Schmidt-målet som också avsåg en verksamhet inom städsektorn.³⁴⁸ I detta mål tydliggjorde EUD att själva omständigheten att inga materiella tillgångar hade följt med inte i sig var tillräcklig för att utesluta att en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet förelåg. Detta förklarades med att överlåtelsedirektivets syfte, att skydda arbetstagarnas rättigheter, inte ska göras beroende av ett specifikt kriterium som avgör om en övergång enligt direktivet föreligger eller inte. Istället påminde domstolen om att en helhetsbedömning måste göras.³⁴⁹

I Süzen-målet tydliggjorde EUD vidare att vid verksamheter där arbetskraft utgör den huvudsakliga komponenten kan en ekonomisk enhet anses föreligga när ett kollektiv av arbetstagare bestående har förts samman i en gemensam verksamhet. Vidare förklarade EUD att identiteten av en sådan ekonomisk enhet kan anses vara bevarad när verksamheten fortsätts av förvärvaren och majoriteten både i antal och kompetens av de anställda som tidigare utförde uppgiften följer med.³⁵⁰ Förvärvet skulle därmed avse en organisatorisk helhet av sådana beståndsdelar som krävs för att stabilt kunna fortsätta den överlåtna verksamheten.³⁵¹

Slutligen förklarade EUD att för att överlåtelsedirektivet i en situation som den föreliggande ska vara tillämpligt så krävs det antingen att betydande materiella eller immateriella tillgångar eller majoriteten gällande antal och

³⁴³ C-13/95, punkt 15; se avsnitt 4.2.2.1; AD 1997 nr 81.

³⁴⁴ C-13/95, punkt 13; C-48/94, punkt 20-21; se även C-51/00, punkt 23.

³⁴⁵ C-13/95, punkt 18; se även C-172/99, punkt 35; förenade målen C-173/96 och C-247/96, punkt 31; förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 31.

³⁴⁶ C-13/95, punkt 18; se även C-172/99, punkt 37; förenade målen C-173/96 och C-247/96, punkt 31; förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, punkt 31.

³⁴⁷ E-02/04, punkt 38.

³⁴⁸ C-13/95, punkt 17; C-392/92, punkt 3; jfr avsnitt 2.3.

³⁴⁹ C-392/92, punkt 16.

³⁵⁰ C-13/95, punkt 21; se även C-51/00, punkt 26.

³⁵¹ C-13/95, punkt 21; C-48/94, punkt 21.

kompetens av den personal som före övergången utförde entreprenörens uppdrag går över.³⁵²

5.1.2 AD 1997 nr 81

AD följde EUD:s linje när de i målet AD 1997 nr 81 kom fram till att ingen verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS hade skett. Bakgrunden i målet var att två personer som skötte och städade ett bostadsområde åt ett företag inom fastighetsbranschen ersattes av en entreprenör som fick uppdraget att ta hand om arbetsuppgifterna i fråga.

Enligt AD:s bedömning hade inga materiella tillgångar av någon betydelse övergått till entreprenören. Endast viss utrustning såsom hinkar, torkmaterial och moppar hade tagits över. Kompressor och högtrycksprutor som ägdes av uppdragsgivaren användes utöver detta av entreprenören. Liksom i Süzen-målet hade utöver detta ingen personal, inga kunder och inga immateriella tillgångar tagits över. AD la inte särskild vikt vid omständigheterna att verksamheten hade fortsatt utan något uppehåll, att verksamhetens art var i stort sett den samma samt att arbetsuppgifternas utförande före och efter övergången i stor utsträckning liknade varandra. Detta motiverades med att dessa omständigheter snarare kunde leda tillbaka till de utförda arbetsuppgifterna och inte till själva rörelsen som drevs.

I sitt domskäl hänvisar AD till EUD:s slutsats i Süzen-målet att övergången skulle avse betydande materiella eller immateriella tillgångar alternativt majoriteten av personal med hänsyn till såväl kompetens som antal för att överlåtelsedirektivet skulle bli tillämpligt i det fallet. Med detta i beaktande kom AD fram till att en övergång enligt 6 b § LAS inte förelåg då själva faktumet att arbetsuppgifterna tas över inte är tillräckligt för att en övergång av verksamhet ska anses föreligga.³⁵³

I ett annat mål, gällande ett entreprenadsbyte angående drift av en beställningscentral för färdtjänst och sjukresor, kom AD fram till samma slutsats, att det är otillräckligt för 6 b § LAS:s tillämpning om endast arbetsuppgiften går över.³⁵⁴

5.2 Mindre än majoriteten av de anställda

De kommande tre mål som tas upp liknar varandra i den aspekten att en del av de anställda har gått över. Vid de två första rättsfallen är det mindre än majoriteten som har följt med medan det vid det tredje målet, Temco-målet, inte är säker huruvida majoriteten har gått över eller inte. De tre målen är

³⁵² C-13/95, punkt 23; jfr E-03/96, punkt 30.

³⁵³ Se även AD 2010 nr 88; jfr C-13/95, punkt 15.

³⁵⁴ AD 1997 nr 67.

intressanta då de indikerar att det inte läggs särskilt stor vikt vid att några anställda har gått över utan att majoriteten av anställda måste följa med för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.

5.2.1 AD 2008 nr 64

I detta mål behövde AD ta ställning till om en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS mellan två städentreprenörer hade skett, där först den ena och sedan den andra entreprenören hade uppdraget att städa ett hotell. Den nya städentreprenören använde, i likhet med den tidigare entreprenören, de av hotellet tillhandahållna linnevagnarna men vidare togs inga materiella tillgångar över av den tidigare entreprenören. AD förklarade följaktligen att inga materiella tillgångar av betydelse hade förts över mellan de båda städentreprenörerna.

Två anställda hade gått över till den nya entreprenören för att fortsätta städa hotellet. För att avgöra om majoriteten av de anställda gick över tog AD inte bara hänsyn till de tre anställda som vid tidpunkten av entreprenadsbytet var tilldelade att städa hotellet, utan även till en anställd som just innan entreprenörsbytet blivit uppsagd. Utöver detta tog AD i beaktande andra anställda hos första entreprenören som vid behov hjälpte till vid städningen av hotellet. AD kom slutligen, med beaktande av samtliga relevanta anställdas antal och olika sysselsättningsgrad, fram till att majoriteten inte hade tagits över. Varken arbetsledning eller administration hade följt med.

Liksom i AD 1997 nr 81 tillskrev AD i föreliggande fall, AD 2008 nr 64, omständigheterna att inget uppehåll hade skett, att sättet hur uppgifterna utfördes före och efter övergången var mycket likartad och att det i stort sett handlade om samma art av verksamhet som drevs, mer till själva arbetsuppgiften än till verksamheten.³⁵⁵ Med hänvisning till Sützen-målet förklarade AD vidare att själva övergången av arbetsuppgiften inte i sig är tillräcklig för att en verksamhetsövergång ska anses ha skett.³⁵⁶ Följaktligen kom AD fram till att, med beaktande av dessa omständigheter, ingen ekonomisk enhet i form av en organisation av arbetstagare hade gått över. Då ingen övergång av en ”going concern” förelåg hade inte heller en övergång enligt 6 b § LAS skett i detta fall.

5.2.2 AD 2014 nr 28

I följande mål hade SJ genom insourcing tagit över en verksamhet som avsåg städning av tåg. Bolaget ansvarade därmed för samma arbetsuppgift som tidigare hade utförts av en entreprenör. I samband med insourcingen hade dock inte skett något uppehåll i verksamheten.

³⁵⁵ Se 1997 nr 81.

³⁵⁶ Se avsnitt 5.1.1.

Några lokaler som exempelvis vissa omklädnings- samt uppehållsrum hade övertagits. AD förklarade att omständigheten att lokaler tas över, inom vissa sektorer, kan vara av betydande vikt för identiteten av verksamheten och för att verksamhetens drift ska kunna fortsätta. Lokaler kan exempelvis utgöra en nödvändig faktor för verksamhetens drift när det gäller butiks- eller restaurangverksamhet. I föreliggande mål ansågs de övertagna lokalerna inte vara av sådan betydelse för verksamhetens identitet, att det skulle läggas någon beaktansvärd vikt vid deras övertagande i bedömningen om en verksamhetsövergång enligt 6 b § har skett.

Avgörande för att en övergång föreligger ansågs istället vara om majoriteten av anställda i antal och kompetens hade följt med.³⁵⁷ SJ hade tagit över personal och ledning, dock inte i tillräcklig omfattning för att de kunde anses vara majoriteten av anställda i antal och kompetens. AD kom följaktligen fram till att identiteten inte var bevarad och därmed att en övergång enligt 6 b § LAS inte hade skett.

5.2.3 Temco C-51/00

I Temco-målet liknade omständigheterna de i Süzen-målet. Det gällde ett städentreprenadsavtal mellan uppdragsgivare och ett bolag. Avtalet sades upp och gavs till en ny städfirma. Det var fråga om samma tjänst där samma arbetsuppgifter utfördes.³⁵⁸ Skillnaden mot Süzen-målet var att den verksamheten som övergången avsåg var en underentreprenör till det första företaget som slöt städentreprenadsavtalet med uppdragsgivaren. Denna skillnad gav EUD dock ingen betydelse i diskussionen kring övergångsbegreppet.³⁵⁹

Utöver detta hade, till skillnad från Süzen-målet, en del av de anställda gått över till det nya städbolaget. I målet tog EUD emellertid inte närmare ställning till huruvida delen utgjorde majoriteten i både antal och kompetens eller inte.³⁶⁰ Liksom i Süzen-målet hade varken materiella- eller immateriella tillgångar gått över. EUD hänvisade till Hernández-målet³⁶¹ där EUD, i samband med att den förklarade att det finns ekonomiska sektorer som exempelvis städverksamheter som huvudsakligen bygger på anställda och där tillgångarna brukar vara försumbara, tydliggjorde att: ”En organiserad grupp av arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag kan [...], i brist på andra produktionsfaktorer, utgöra en ekonomisk enhet”^{362, 363}.

³⁵⁷ Se även Åhnberg, s. 178.

³⁵⁸ C-51/00, punkt 8-9.

³⁵⁹ C-51/00, punkt 2, 20 & 32, jfr C-13/95, punkt 3 & 4.

³⁶⁰ C-51/00, punkt 11.

³⁶¹ Förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97.

³⁶² Förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97, punkt 27.

³⁶³ Förenade målen C-127/96, C.229/96 och C-74/97, punkt 27; C-51/00, punkt 26; C-458/05, punkt 32.

EUD kom fram till att det i en situation som den föreliggande, där inga materiella eller immateriella tillgångar men en del av de anställda från underentreprenaden har gått över, en övergång enligt direktivet kan anses föreligga förutsatt att den personal som har följt med utgör majoriteten i både antal och kompetens av de anställda som utförde underentreprenaden.³⁶⁴

5.3 Majoriteten av arbetskraften

I följande avsnitt undersöks närmare de rättsfall gällande personalintensiv verksamhet där majoriteten av de anställda i antal och kompetens har följt med. Rättsfallen är av särskilt intresse då de visar att själva omständigheten att majoriteten har gått över inte i sig är tillräckligt för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga. Det sista refererade målet, Jouini-målet, är av särskilt intresse då EUD, utan att ställa ytterligare krav som gjordes i Süzen- eller Temco-målen, förklarade att överlåtelsesdirektivet blir tillämpligt i en situation som den i målet.

5.3.1 AD 2010 nr 88

I AD 2010 nr 88 hade ett entreprenadsbyte skett där uppdraget gällde servicearbete på skrivare. AD skulle ta ställning till om en verksamhetsövergång, från den första till den andra uppdragstagaren, enligt 6 b § LAS hade skett.

En tydlig majoritet, 25 av de 35 serviceteknikerna, hade gått över till den nya uppdragstagaren. Dessa servicetekniker fick såväl nya medarbetare som chefer. De utförde preliminärt samma arbetsuppgifter som före övergången, dock blev de i efterhand vidareutbildade och kunde därefter även ta sig an andra arbetsuppgifter. Omständigheten att ett entydigt flertal av anställda hade gått över lade AD i sin bedömning särskild vikt vid som indicium för att en övergången enligt 6 b § LAS hade skett. Detta motiverades med att verksamheten i väsentlig grad utgjordes av den erfarenheten och tekniska kompetensen som de anställda bar på.

I ett tidigare mål förklarade EFTA-domstolen att om verksamheten för sin drift behöver mycket sakkunskap kan, beroende på i vilket mått de anställda är betydande för identiteten och vilken typ av enhet som föreligger, omständigheten att en stor andel av anställda går över och fortsätter med verksamheten vara en indikator för att verksamheten fortsätter och identiteten är bevarad.³⁶⁵ När det exempelvis gäller verksamheter som huvudsakligen utgörs av en stabil grupp av arbetstagare som driver verksamheten och om dessa anställda efter övergången fortsätter därmed kan denna omständighet i sig leda till att direktivet blir tillämpligt.³⁶⁶ EFTA-

³⁶⁴ C-51/00, punkt 33.

³⁶⁵ E-02/95, punkt 43; E-03/96, punkt 29.

³⁶⁶ E-03/96, punkt 29.

domstolen förklarade vidare att omständigheten att personal följer med ska ges mindre vikt som indikator för verksamhetens identitet när det inte krävs någon specifik kunskap eller expertis för verksamhetens drift.³⁶⁷ Även EUD tar hänsyn till de anställdas kompetens i och med att domstolen har uppställt kravet att majoriteten av anställda i antal och kompetens ska gå över.³⁶⁸

Tillbaka till AD 2010 nr 88, där varken materiella tillgångar, immateriella tillgångar, föregångares avtal för att kunna använda viss utrustning eller arbetsledning hade tagits över. Den övertagna verksamheten kunde inte identifieras i den nya uppdragstagarens räkenskaper och dess organisation blev inte bevarad hos den nya arbetsgivaren. Efter en helhetsbedömning och påminnelse om att identiteten följer av mer än bara den verksamheten som bedrivs, kom AD fram till att ingen övergång enligt 6 b § LAS förelåg då ingen bestående ekonomisk enhet hade överlåtits.

5.3.2 AD 2014 nr 14

Bakgrunden i målet var att Malmö stad tog över ansvaret för en individs personliga assistans som tidigare utfördes av ett bolag där missförhållanden uppvisades. AD skulle avgöra om en övergång enligt 6 b § LAS hade skett. I fallet utfördes samma arbetsuppgifter. Inga materiella tillgångar, arbetsledningen eller administrationen hade gått över. Omständigheten att kunden och lokalen var densamma tillskrev AD i målet snarare själva arbetsuppgiften och inte rörelsen. Utöver detta lade AD på grund av verksamhetens art inte särskild vikt vid att verksamheten fortsatt utan uppehåll.

AD påminde med hänvisning till tidigare EUD-praxis att det vid personalintensiv verksamhet varken krävs att betydande materiella eller immateriella tillgångar går över.³⁶⁹ Detta beror på att arbetstagare som är förenade i ett strukturerat och tillräckligt självständigt kollektiv kan bilda en sådan varaktigt organiserad ekonomisk enhet som krävs för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.³⁷⁰ I målet hade majoriteten av arbetstagarna, närmare bestämt tre av fyra personliga assistenter, tagits över av Malmö stad för att fortsätta med samma uppgift att assistera individen. Senare anställdes fler personer för denna uppgift. AD fann att de övertagna anställda inte utgjorde en tillräckligt självständig grupp och därmed inte kunde betraktas vara en ekonomisk enhet. AD kom i sin helhetsbedömning fram till att ingen övergång av en bestående ekonomisk enhet hade skett och således var inte överlåtelsedirektivet och följaktligen inte heller 6 b § LAS tillämplig.

³⁶⁷ E-02/95, punkt 43.

³⁶⁸ C-13/95, punkt 21; C-51/00, punkt 26; Lunning & Toijer, s. 293.

³⁶⁹ Jfr C-108/10, punkt 49.

³⁷⁰ Jfr C-458/05, punkt 31; avsnitt 4.2.1.2.

I Hermo-målet³⁷¹ från EUD avseende bevakningsverksamhet där uppdragstagaren byttes, hade också majoriteten av anställda följt med utan att materiella eller immateriella tillgångar hade tagits över.³⁷² EUD förklarade att kollektivet av arbetstagarna kunde utgöra en ekonomisk enhet om den varaktigt sammanförts i gemensam övervakningsverksamhet.³⁷³ Vidare förklarade EUD att den ekonomiska enhetens identitet kunde anses vara bevarad i detta fall om majoriteten av anställda hade följt med.³⁷⁴ Överlåtelsedirektivet är enligt domstolen tillämpligt i en situation som denna, förutsatt att det är fråga om en ekonomisk enhet som går över.³⁷⁵

5.3.3 Jouini C-458/05

I föreliggande mål hade arbetskraft från ett till ett annat bemanningsföretag tagits över. EUD skulle ta ställning till huruvida överlåtelsedirektivet var tillämpligt i detta mål.³⁷⁶ Ledningen och den drivna verksamheten samt kundkretsen var densamma. Försäljningschefen, en filialchef och tidigare VD som i nya företaget intog ställning som industrichef gick över.³⁷⁷ Verksamheten drevs i avsevärt omfattning av den tidigare hos första bemanningsföretaget anställda arbetskraften.³⁷⁸ Domstolen förklarade att övergången i föreliggande fall gällde en del av verksamheten och inte företaget i sin helhet. Detta motiverades med att inte mer än en tredjedel av uthyrningspersonalen och endast några av den administrativa personalen hade gått över.³⁷⁹

EUD förklarade att i bedömningen om en ekonomisk enhet enligt artikel 1.1 överlåtelsedirektivet föreligger ska undersökas om de tillgångar som tagits över från den tidigare arbetsgivaren, hos denne kunde beskrivas som en enhet som kunde erbjuda de för den ekonomiska verksamheten, typiska tjänster utan ytterligare delar av företaget eller betydande tillgångar.³⁸⁰ Med förutsättning att för den ekonomiska verksamheten typiska tjänster fortsatt kan erbjudas med de tillgångar som har gått över och detta kan göras utan ytterligare delar av företaget eller betydande tillgångar förklarade EUD att överlåtelsedirektivet ska vara tillämpligt i en situation som i Jouini-målet. Även om EUD slutligen hänvisade till nationell domstol för att göra denna bedömning, förklarade EUD dock att kravet kunde vara uppfyllt i målet då övergången avsåg en enhet som sammansattes av en tredjedel av den uthyrda personalen, kundrådgivare, en kontorsanställd och en filialchef samt ledning med know-how.³⁸¹

³⁷¹ C-60/17.

³⁷² C-60/17, punkt 12, 35-36 & 39.

³⁷³ C-60/17, punkt 35.

³⁷⁴ C-60/17, punkt 37.

³⁷⁵ C-60/17, punkt 39.

³⁷⁶ C-458/05, punkt 21.

³⁷⁷ C-458/05, punkt 10, 12 & 26.

³⁷⁸ C-458/05, punkt 26.

³⁷⁹ C-458/05, punkt 28-30.

³⁸⁰ C-458/05, punkt 34; avsnitt 4.2.2.1.

³⁸¹ C-458/05, punkt 37-38; se även AD 2014 nr 14; Nyström (2017), s. 302.

I målet AD 2008 nr 51 som gällde byte av bemanningsföretag hänvisade AD till Jouini-målet och förklarade att EUD i detta mål hade lagt betydelse på att administration av det första företaget i viss omfattning hade följt med.³⁸² Vidare tydliggjordes i målet från AD den vikt som övertagandet av administration och arbetsledning kan få i bedömningen. I målet förde AD en ingående diskussion kring vem som utförde arbetsledning för att avgöra om det företaget som tillhandahöll personal för truckverksamheten kunde anses vara underentreprenör eller om det handlade om ren personaluthyrning. Då företaget inte utförde arbetsledning ansågs det andra alternativet föreligga. Med hänvisning till Jouini-målet ansågs att verksamhetsövergång ändå kunde anses ha skett. Detta förutsatte dock att omständigheter likt i Jouini-målet skulle föreligga, exempelvis att delar av de administrativa funktionerna följde med.³⁸³ Detta hade inte skett och AD kom fram till att 6 b § LAS inte var tillämplig.³⁸⁴

Slutligen ska påminnas om att AD inte i något rättsfall, gällande frågan om en verksamhetsövergång vid personalintensiv verksamhet föreligger, har kommit fram till att 6 b § LAS blir tillämplig. Dock kan AD 2013 nr 47 nämnas, där det gällde entreprenadsbyte angående städverksamhet. Här hade parterna som utgångspunkt varit överens om att en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS förelåg med följderna att AD inte tog ställning i den frågan. I målet ges inte mer information om övergången än att samtliga anställda av första entreprenören som arbetade i städverksamheten erbjöds att gå över till entreprenören som tog över städuppdraget. Av dessa följde 170 anställda erbjudandet vilket AD ansåg utgjorde en stor del av första entreprenörens anställda.³⁸⁵

³⁸² AD 2008 nr 51.

³⁸³ Jfr C-458/05, punkt 29 & 38.

³⁸⁴ AD 2008 nr 51.

³⁸⁵ AD 2013 nr 47.

6 Rättspraxis avseende materialintensiv verksamhet

Följande kapitel ägnas åt att presentera olika rättsfall avseende materialintensiva verksamheter där domstolarna tar ställning till huruvida en verksamhetsövergång har skett. I de flesta av dessa rättsfall har en sådan övergång ansetts föreligga. För att visa denna tendens har jag valt att börja med de rättsfall där de flesta kriterier är uppfyllda och därmed domstolarnas slutsats, att en verksamhetsövergång föreligger, inte är särskilt överraskande.

I andra avsnittet återfinns de rättsfall där endast några bedömningskriterier har uppfyllts. Rättsfallen i första och andra avsnittet har gemensamt att de för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar har gått över, vilket redan antytts i avsnitt 2.2 och 4.2.2.2 är av särskild betydelse i bedömningen när det gäller materialintensiv verksamhet.³⁸⁶ I kapitlets avslutande del presenteras rättspraxis där endast materiella tillgångar av betydelse eller inga materiella tillgångar alls har gått över. Det är min förhoppning att denna uppdelning av rättsfallen bidrar till att förtydliga var brytpunkten är för att en verksamhetsövergång inte längre kan anses föreligga.

6.1 De flesta bedömningskriterierna har uppfyllts

I följande avsnitt presenteras rättsfall där bland annat både för verksamhetens drift nödvändiga tillgångar och majoriteten av anställda har gått över. Särskilt det första fallet utmärker sig genom att nästintill samtliga bedömningskriterier har uppfyllts. Det andra rättsfallet är från EFTA-domstolen. Utöver att ett flertal kriterier har uppfyllts i detta mål ges även viss vägledning gällande bedömningen om en verksamhetsövergång föreligger.

6.1.1 AD 2014 nr 46

Bakgrunden i målet var att en skolverksamhet för grundläggande vuxenutbildning, som tidigare hade skötts av ett företag genom uppdrag, via insourcing togs över av kommunen. Verksamheten utfördes i samma lokaler och dess inriktning bevarades. Det var fråga om samma huvudman och samma målgrupp. Även rektorn och inventarierna, som exempelvis skolbänkarna, togs över.

³⁸⁶ Se närmare avsnitt 2.2; 4.2.2.2; 7.1.2; C-172/99, punkt 39 & 42; Lunning & Toijer, s. 287.

AD ansåg att ett inte obetydligt goodwillvärde hade gått över då skolan behöll sitt välrenommerade namn som hade en icke oansenlig goodwill hos målgruppen. Domstolen förklarade att såväl vid övertagande av materiella som immateriella tillgångar krävs det inte att de tas över direkt från överlåtaren utan det räcker att verksamheten fortsätter med dessa tillgångar efter övergången.

Tre av fem lärare samt eleverna följde med och inget uppehåll i verksamheten hade skett. Verksamheten före och efter övergången ansågs vara väldigt lik. Slutligen kom AD fram till att en övergång enligt 6 b § LAS förelåg då skolan kunde beskrivas som en ekonomisk enhet samt då dess identitet efter övergången var bevarad.

6.1.2 Eidesund-målet E-2/95

Följande mål avsåg ett entreprenörsbyte angående ett uppdrag att på en oljeborrplattform utöva viss städnings- och cateringverksamhet³⁸⁷. 14 av 19 anställda, bland dessa Eidesund, hade gått över till den nye entreprenören. Arbetsledningen hade däremot inte tagits över.³⁸⁸ EFTA-domstolen förklarade att syftet med övertagandet av arbetskraften ska beaktas, d.v.s. om personalen tas över på grund av att verksamheten planeras att fortsättas eller endast på grund av pragmatiska skäl då det nya uppdraget medför att fler anställda krävs.³⁸⁹

Verksamheterna drevs vidare med huvudsakligen av uppdragsgivarens tillhandahållna tillgångar. Domstolen ansåg att omständigheten att det var fråga om samma tillgångar före och efter övergången var en indikator på att samma verksamhet fortsatte efter övergången.³⁹⁰ EFTA-domstolen la däremot inte mycket vikt vid omständigheten att rengöringsmedel och att livsmedelslagret gick över till den nya entreprenören med förklaringen att detta var praktiskt men inte nödvändigt för att verksamheten skulle kunna fortsätta att drivas.³⁹¹ Vilka tillgångar som är av betydelse förtydligades vidare i ett senare fall från EUD, där domstolen förklarade att det är övergången av de tillgångar som används för tillhandahållandet av tjänsten, som exempelvis maskiner, anläggningar och utrustning, och inte de tillgångar som tjänsten gäller som exempelvis park eller skolbyggnader, som är av betydelse för bedömningen.³⁹²

Enligt EFTA-domstolen har övertagandet av materiella och immateriella tillgångar, beroende på verksamhetens typ, en viktig om inte avgörande

³⁸⁷ Se avsnitt 2.4 för förklaring till varför denna verksamhet har placerats under materialintensiv verksamhet.

³⁸⁸ E-02/95, punkt 6, 17 & 45.

³⁸⁹ E-02/95, punkt 44.

³⁹⁰ E-02/95, punkt 40.

³⁹¹ E-02/95, punkt 42.

³⁹² C-151/09, punkt 31; C-200/16, punkt 33.

betydelse i bedömningen.³⁹³ Som domstolen i ett senare avgörande tydliggjorde får omständigheten att materiella och immateriella tillgångar går över olika stor betydelse med hänsyn till hur mycket den ekonomiska enheten är beroende av dessa tillgångar.³⁹⁴ I sådana fall där verksamhetens drift förutsätter maskiner och utrustning kan omständigheten att dessa tillgångar går över och används vidare i den övertagna verksamheten indikera att identiteten är bevarad och övergången avser en bestående ekonomisk enhet.³⁹⁵ Domstolen förklarade utöver detta i ett annat mål att även om ett kriterium, som övertagandet av materiell tillgångar, som generellt sett är av stor betydelse inte är uppfyllt, kan en verksamhetsövergång anses föreligga förutsatt att helhetsbedömningen talar för det.³⁹⁶ Slutligen hänvisade domstolen i Eidesund-målet för bedömningen i det specifika fallet till den nationella domstolen.³⁹⁷

6.2 Några bedömningskriterier har uppfyllts

I följande avsnitt görs en genomgång av olika rättsfall som har gemensamt att de för driften nödvändiga tillgångar har gått över. Till skillnad från rättsfallen i förra avsnittet har dock inte någon majoritet av de anställda följt med. I de första tre rättsfallen har en del men mindre än majoriteten av de anställda följt med och i de sista två rättsfallen har inte någon arbetskraft överhuvudtaget gått över. Samtliga rättsfall i detta avsnitt har gemensamt att det föreligger andra aspekter som talar för att en verksamhetsövergång har skett som exempelvis övergång av goodwillvärde, majoritet av kunder, elever, leverantör eller företagens ledning. Rättsfallen ger en bra inblick i hur domstolarna har resonerat i sina helhetsbedömningar och att de har tagit in olika aspekter som stöd för sin slutsats att en verksamhetsövergång föreligger. Vidare tydliggör rättsfallen i detta avsnitt att omständigheten att inga eller mindre än majoriteten av de anställda har gått över inte utgör ett hinder för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga när det gäller materialintensiv verksamhet.

6.2.1 AD 2002 nr 63

I föreliggande mål hade en konferens- och restaurangverksamhet bedrivits genom arrendeavtal av först ett företag och senare av ett annat företag. Frågan AD skulle ta ställning till var om en övergång hade skett mellan dessa två företag.

³⁹³ E-02/95, punkt 39; E-02/96, punkt 33; E-02/04, punkt 38.

³⁹⁴ Jfr E-03/96, punkt 25.

³⁹⁵ E-02/95, punkt 39; se även E-03/96, punkt 26.

³⁹⁶ Se E-02/96, punkt 23 & 33.

³⁹⁷ E-02/95, punkt 46.

AD förklarade att kriteriet angående övertagen personal är av särskild betydelse för att identiteten kan anses vara bevarad när det gäller konferens- och restaurangbranschen.³⁹⁸ I föreliggande fall hade inte huvuddelen av personalen gått över till det nya företaget då endast en av de fem anställda, varav två var visstidsanställda, gick över. Kunderna hade inte följt med, dock hade AD ansett att det tidigare företags goodwill hade gått över till det nya företaget.

Samma art av verksamhet har drivits före och efter övergången och själva verksamhetens drift var i det väsentliga densamma, en omständighet som gavs stor betydelse av AD i sin bedömning angående bevarad identitet. Däremot la AD inte mycket vikt vid att verksamheten låg nere några månader för genomförande av reparationer innan tillträdet av det nya företaget, då det ansågs vara en naturlig förklaring för uppehållet.

Angående övergången av materiella tillgångar förklarade AD att kriteriet omfattar även sådana fall där betydande tillgångar överförs genom nyttjanderätt. Det avgörande för kriteriet är i stort sett att de materiella tillgångarna med vilka verksamheten bedrivs är de samma, för att de ska anses ha gått över. I föreliggande fall hade båda företagen efter varandra genom avtal med sin arrendator förfogat över såväl fastigheten som inredningen med följd att AD ansåg att det nya företaget hade tagit över materiella tillgångar av omfattande betydelse.

I sin helhetsbedömning kom AD fram till att, med undantag från personal- och kundkriteriet, resterande omständigheter tydde på att verksamheten hade bibehållit sin identitet. Följaktligen förklarade AD att det hade skett en övergång enligt 6 b § LAS.

6.2.2 AD 2014 nr 91

I målet hade två arbetstagare sagts upp på grund av nedläggning av den restaurangverksamhet de var anställda i. Därpå öppnade ett annat företag en restaurangverksamhet i samma lokaler. AD skulle ta ställning till om en övergång enligt 6 b § LAS hade skett.

En av de fyra anställda vid det tidigare företaget hade tagits över för att arbeta som VD i det nya företaget. Utöver detta hade även en annan anställd följt med för att arbeta när behov uppkom. Även om den första övertagna personen officiellt hade ansvar för restaurangverksamheten, var det den icke-övertagna restaurangchefen som i praktiken var ansvarig för verksamheten. Denna omständighet lät AD komma till slutsatsen att majoriteten av de anställda i antal och kompetens inte hade gått över. Inte heller majoriteten av arbetsledning ansågs ha följt med.

³⁹⁸ Se avsnitt 2.4 som förklarar varför denna utsaga betraktas med försiktighet i arbetet.

Varken goodwill, samarbetsavtal, varulager eller underleverantörskontrakt hade gått över och ungefär en veckas långt uppehåll av verksamheten hade skett. Dryckesleverantören var den samma. Ett leasingavtal av diskmaskin hade gått över till det nya bolaget som också använde samma tallrikar, bord och stolar. Fasta inventarier såsom bänkar, spis, ugn och frys vilka ägdes av fastighetsägaren brukades först av det tidigare företaget och sedan av det senare företaget. AD förklarade med hänvisning till AD 2002 nr 63 att, vid bedömning av övertagna materiella tillgångar, den avgörande frågan är att samma materiella tillgångar används för verksamhetens drift. Domstolen kom följaktligen fram till att materiella tillgångar av betydelse för verksamheten hade följt med i föreliggande fall, även om huvuddelen av tillgångarna ägdes av fastighetsägaren.

Verksamhetens art ändrades inte utan fortsatte att vara en restaurangverksamhet. Utöver detta bedrevs verksamheten huvudsakligen på samma sätt. Med de ovannämnda omständigheterna i åtanke drog AD slutsatsen att en övergång enligt 6 b § LAS hade skett.

I målet AD 1999 nr 21 där verksamheten avsåg förvaring av människor som väntade på sitt utvisnings- eller avvísingsbeslut, ansågs inte heller omständigheten att inte majoriteten av anställda hade gått över som ett hinder mot att 6 b § LAS kunde anses vara tillämplig. Det hade inte skett något uppehåll i verksamhetens drift och huvuddelen av inventarierna hade tagits över i det målet. Verksamheterna ansågs i stor del vara lika varandra och AD kom fram till att en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS hade skett.³⁹⁹

6.2.3 Allen m.fl. C-234/98

Målet handlade om övergång mellan två till en koncern hörande dotterbolag. Lokaler, ledning, ägare samt arbetsuppgifter, nämligen utförande av grävningsarbete i stenkolsgruvor, var desamma för båda dotterbolagen. Det första bolaget utförde arbetet som entreprenör och lämnade sedan över entreprenaden till det andra dotterbolaget som agerade som underentreprenör.⁴⁰⁰

Anställda togs över från entreprenören till underentreprenören, dock sägs inget närmare om huruvida de utgjorde majoriteten i antal och kompetens.⁴⁰¹ I föreliggande fall hade underentreprenören fått förfogande över samtliga materiella tillgångar som tidigare tillhandahållits av uppdragsgivaren till entreprenören. Detta inkluderade anläggningar och utrustning såsom personalmatsalar och utrustning för att gräva under jorden.⁴⁰² Omständigheten att det inte hade skett en överlåtelse av tillgångar mellan

³⁹⁹ AD 1999 nr 21.

⁴⁰⁰ Mulder, s. 177 & 275; C-234/98, punkt 4, 27 & 31.

⁴⁰¹ C-234/98, punkt 6 & 32.

⁴⁰² C-234/98, punkt 8.

företagen då de för arbetet nödvändiga tillgångarna ägdes av uppdragsgivaren, gav EUD inte någon avgörande betydelse.⁴⁰³

Domstolen konstaterade vidare att omständigheten att kunder går eller inte går över inte är mer än ett av de olika kriterierna som det ska tas hänsyn till i bedömningen.⁴⁰⁴ EUD förklarade utöver detta att det faktum att arbetet kontinuerligt verkställs på det sätt att det inte sker något uppehåll eller någon förändring i arbetets genomförande utgör ett av de vanligaste indicier för att en övergång enligt direktivet föreligger. Tillfälliga uppehåll utesluter dock inte i sig att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.⁴⁰⁵

Omständigheterna att lokalerna och ledningen för entreprenören och underentreprenören var densamma och att ingen chef hade gått över ansågs inte vara något hinder, så länge övergången avsåg en ekonomisk enhet.⁴⁰⁶ Att endast ett visst grävningsarbete hade lämnats över till underentreprenören uteslöt enligt EUD inte tillämpningen av direktivet så länge den organisation av medlen som krävdes för att grävningsverksamhet kunde drivas varaktigt hade gått över.⁴⁰⁷ För bedömningen i själva målet hänvisade EUD till nationella domstolen.⁴⁰⁸

6.2.4 Abler m.fl. C-340/01

Bakgrunden i följande mål var ett entreprenadsbyte.⁴⁰⁹ En cateringverksamhet inom storköksbranschen hade genom avtal fått uppgiften att driva ett sjukhus storkök, vilket tidigare sköttes av ett annat storköksföretag.⁴¹⁰ EUD skulle ta ställning till huruvida överlåtelsesdirektivet var tillämpligt i detta fall.⁴¹¹

EUD påminde om att övergången ska avse en varaktigt organiserad ekonomisk enhet vilkas verksamhet avser mer än att uteslutande genomföra ett visst arbete⁴¹² samt att typen av verksamheten måste beaktas vid bedömningen av kriterierna då kriterierna viktas olika beroende på den verksamheten som drivs såväl som på de produktions- eller driftsmetoder som tillämpas.⁴¹³

Den nya entreprenören hade tagit över de av uppdragsgivaren tillhandahållna lokalerna och den utrustning som tidigare hade använts av det andra storköksföretaget och som utgjorde nödvändiga materiella tillgångar för att kunna driva verksamheten. Denna omständighet ansåg

⁴⁰³ C-234/98, punkt 30.

⁴⁰⁴ C-234/98, punkt 31.

⁴⁰⁵ C-234/98, punkt 33.

⁴⁰⁶ C-234/98, punkt 4, 6 & 34.

⁴⁰⁷ C-234/98, punkt 37.

⁴⁰⁸ C-234/98, punkt 38.

⁴⁰⁹ C-340/01, punkt 27.

⁴¹⁰ C-340/01, punkt 2 & 43; se även punkterna i engelska versionen.

⁴¹¹ C-340/01, punkt 26.

⁴¹² C-340/01, punkt 30; C-48/94, punkt 20.

⁴¹³ C-340/01, punkt 35; jfr C-13/95, punkt 18.

EUD vara tillräcklig i föreliggande situation för att övergången skulle avse en ekonomisk enhet.⁴¹⁴ EUD tydliggjorde att det faktum att de övertagna materiella tillgångarna tillhandahålls av beställaren inte utesluter överlåtelsedirektivets tillämplighet.⁴¹⁵ Liknande resonemang fördes av EFTA-domstolen som förklarade att övertagandet av tillgångarnas äganderätt är oviktig så länge tillgångarna kan användas av det nya företaget så att det är kapabelt att fortsätta verksamhetens drift.⁴¹⁶ I ett senare mål förklarade AD att detta gäller även övertagandet av immateriella tillgångar.⁴¹⁷

Majoriteten av kunderna, som var patienter och sjukhuspersonal, ansågs ha gått över, då dessa inte hade möjlighet att välja annat.⁴¹⁸ Den nya entreprenören hade inte tagit över några anställda.⁴¹⁹ Domstolen förklarade att själva omständigheten att inte majoriteten av de för uppgiften tilldelade anställda i både antal och kompetens hade gått över, vid denna typ av verksamhet som grundar sig i huvudsak på utrustning, inte är tillräcklig för att kunna utesluta att överlåtelsen avser en enhet med bevarad identitet enligt överlåtelsedirektivet.⁴²⁰

Slutligen kom EUD fram till att direktivet vid situationer som den föreliggande blir tillämpligt, trots att den nya entreprenören inte planerar att ta över någon personal av tidigare entreprenör, förutsatt att de materiella tillgångar som tillhandahålls av beställaren och som tidigare har använts av den första entreprenören, i stora delar nyttjas av den nya entreprenören.⁴²¹

6.2.5 ADIF C-509/14

Målet gällde en verksamhet avseende intermodala transportenheters hantering.⁴²² Företaget ADIF hade lagt ut tjänsten på ett annat företag och i samband med detta tillhandahållit det andra företaget både lokaler och lyftkranar vilka krävdes för att kunna driva verksamheten.⁴²³ Det bedrevs samma verksamhet⁴²⁴ och tjänsten fortsatte utföras för samma kund.⁴²⁵ Däremot hade ingen personal gått över.⁴²⁶

EUD förklarade att det vid personalintensiva verksamheter krävs att huvuddelen av de till enheten hörande anställda går över för att identiteten

⁴¹⁴ C-340/01, punkt 27 & 36.

⁴¹⁵ C-340/01, punkt 42; se även förenade målen C-232/04 och C-233/04, punkt 38.

⁴¹⁶ E-02/04, punkt 39.

⁴¹⁷ AD 2014 nr 46.

⁴¹⁸ C-340/01, punkt 36.

⁴¹⁹ C-340/01, punkt 27.

⁴²⁰ C-340/01, punkt 37.

⁴²¹ C-340/01, punkt 43.

⁴²² C-509/14, punkt 10.

⁴²³ C-509/14, punkt 11 & 37.

⁴²⁴ C-509/14, punkt 44.

⁴²⁵ C-509/14, punkt 18.

⁴²⁶ C-509/14, punkt 41.

kan anses vara bevarad.⁴²⁷ Verksamheten var dock i huvudsak baserad på anläggningar och inte på arbetskraft. Följaktligen påminde EUD om att omständigheten att inte majoriteten av arbetstagare i antal och kompetens har gått över i sådant fall inte kan leda till slutsatsen att ingen övergång enligt överlåtelsedirektivet föreligger.⁴²⁸ Domstolen kom till slutsatsen att överlåtelsedirektivet var tillämpligt i en situation som i detta fall.⁴²⁹

I ett tidigare mål gällande materialintensiv verksamhet⁴³⁰ från AD där ett bolag tog över en blomsteraffär hade inte heller någon personal följt med. Ändå ansåg AD att en övergång enligt 6 b § LAS förelåg då verksamheten i stora delar var densamma, hyresrätten till lokalen togs över, inventarierna köptes av det nya bolaget och då det inte hade skett något uppehåll av verksamheten. En del kunder hade enligt AD i varje fall initialt följt med. Vidare kom AD fram till att övergången avsåg en etablerad blomsteraffär och då verksamheten fortsatte efter övergången utan större förändringar ansågs ett goodwillvärde ha gått över. AD förklarade att hyresrätten av lokalen såväl som inventarier i föreliggande fall utgjorde materiella tillgångar av betydelse.⁴³¹

6.2.6 Sigüenza C-472/16

I följande mål hade ett företag slutat driva en musikskola åt kommunen och i samband med det sagt upp alla dess anställda, bland dessa Colino Sigüenza. Till följd av detta anställde kommunen för kommande läsår ett nytt företag för samma uppgift. Kommunen tillhandahöll först åt det ena och sedan åt det andra företaget de materiella tillgångar som var nödvändiga för verksamhetens drift.⁴³² EUD skulle ta ställning till huruvida överlåtelsedirektivet var tillämpligt på ett fall som det föreliggande, vilket de besvarade jakande.⁴³³

Det nya företaget fortsatte med samma musikskoleverksamhet.⁴³⁴ Domstolen tydliggjorde att själva det förhållandet att företaget vid övergången var tillfälligt stängd och i samband därmed inte hade någon arbetskraft kvar, inte var ett hinder för att en ekonomisk enhet med bevarad identitet, och därmed en övergång enligt överlåtelsedirektivet, kunde anses föreligga. Däremot skulle dessa omständigheter tas hänsyn till vid avgörandet huruvida en ”going concern” hade gått över.⁴³⁵

⁴²⁷ C-509/14, punkt 35; se C-200/16, punkt 29 & C-472/16, punkt 32 som förtydligar att med ordet ”tillgångar” i C-509/14, punkt 35 menas de till enheten hörande anställda.

⁴²⁸ C-509/14, punkt 41, se även C-200/16, punkt 30; C-340/01, punkt 37.

⁴²⁹ C-509/14, punkt 44.

⁴³⁰ Se avsnitt 2.2.

⁴³¹ AD 1998 nr 144.

⁴³² C-472/16, punkt 13, 17 & 27.

⁴³³ C-472/16, punkt 46.

⁴³⁴ C-472/16, punkt 40.

⁴³⁵ C-472/16, punkt 41-42 & 44.

Vidare fann EUD att omständigheterna att eleverna togs över av det nya företaget och att det nya företaget började med verksamheten fem månader, varav tre var skollov, efter att det första företaget hade slutat därmed, talade för att en övergång enligt överlåtelsedirektivet hade skett.⁴³⁶

Domstolen förklarade att det vid en verksamhet där anställda utgör den mest betydande faktorn för driften krävs att majoriteten av anställda som hör till enheten följer med för att identiteten kan anses vara bevarad.⁴³⁷ Att inga anställda följer med hindrar däremot inte att en ekonomisk enhet med bevarad identitet, och därmed en övergången enligt överlåtelsedirektivet, kan anses föreligga när övergången, som i detta mål, gäller verksamhet där utrustning utgör den för driften mest betydande faktorn.⁴³⁸

6.3 Uteslutande materiella tillgångar av betydelse går över eller inga materiella tillgångar alls går över

I de sista rättsfallen visas exempel där både EUD och AD vid materialintensiv verksamhet har kommit fram till att ingen verksamhetsövergång föreligger. Första rättsfallet är av särskilt intresse då det visar var gränsen verkar gå från att verksamhetsövergång föreligger till att det inte föreligger. I det första fallet har nämligen till skillnad från de rättsfallen i förra avsnittet inget annat kriterium uppfyllts än att samtliga materiella tillgångar har tagits över. De två sista rättsfallen har gemensamt att inga materiella tillgångar av betydelse har gått över. Dessa fall visar tydliga exempel avseende materialintensiva verksamheter där ingen verksamhetsövergång föreligger.

6.3.1 AD 1998 nr 146

I AD 1998 nr 146 hade en restaurangverksamhet köpts upp av ett företag vars verksamhet avsåg köp av restauranger, deras förädling och vidare utarrendering till annan för drift av själva restaurangverksamheten. Varken kunder, personal, administration eller immateriella tillgångar hade gått över i målet. Däremot hade samtliga materiella tillgångar tagits över genom inkråmsförvärv. AD förklarade att omständigheten att det avtalats mellan två företag att personalen inte ska gå över, inte i sig kan utesluta att 6 b § LAS ska bli tillämplig.

AD kom dock ändå fram till att ingen övergång enligt 6 b § LAS förelåg med förklaringen att själva omständigheten att samtliga materiella tillgångar

⁴³⁶ C-472/16, punkt 20, 40 & 43.

⁴³⁷ C-472/16, punkt 32.

⁴³⁸ C-472/16, punkt 33, 35-36 & 44; jfr C-509/14, punkt 41.

tas över, inte i sig är tillräcklig för att en bestående ekonomisk enhet i helhetsbedömningen kan anses föreligga.⁴³⁹

6.3.2 Liikenne C-172/99

I följande mål hade ett bussföretag genom offentlig upphandling tagit över uppdraget att driva sju busslinjer från ett annat bussföretag. Frågan var om detta innebar att en verksamhetsövergång mellan dessa företag hade skett.⁴⁴⁰ 33 av de 45 anställda togs över av det nya bussföretaget.⁴⁴¹ Inga fordon eller andra materiella tillgångar hade gått över, med undantag från några uniformer som de övertagna anställda hade haft på sig hos sin tidigare arbetsgivare.⁴⁴² Det hade inte gått över några immateriella tillgångar av värde.⁴⁴³ Kunderna ansågs dock ha följt med.⁴⁴⁴

Omständigheten att majoriteten av de tidigare, för uppgiften tilldelade, arbetstagarna med hänsyn till antal och kompetens hade gått över var inte tillräckligt och avgörande för att en verksamhetsövergång kunde anses föreligga. Detta motiverades med att busstrafik som verksamhet inte huvudsakligen bygger på arbetskraft utan den kräver anläggningar och material i betydande omfattning.⁴⁴⁵

När övergående verksamhet, såsom busskollektivtrafik, hör till en sektor där materiella tillgångar är väsentliga för verksamhetens drift, förklarade EUD att en ekonomisk enhet inte bibehåller sin identitet när inga betydande mängder av materiella tillgångar som är absolut essentiella för en välfungerande enhet följer med.⁴⁴⁶ Vid övergång av sådan verksamhet ska det i bedömningen följaktligen tas hänsyn till när inga av de materiella tillgångar som krävs för driften har gått över.⁴⁴⁷ Slutligen kom EUD fram till att en övergång av betydande materiella tillgångar i en situation som den föreliggande krävs för att överlåtelsesdirektivet ska bli tillämpligt.⁴⁴⁸ Det kan nämnas att Barrett förklarade att EUD därmed i Liikenne-målet hade tydliggjort att kravet på övergång av majoriteten av anställda eller betydande materiella eller immateriella tillgångar som har uppställts i Süzen-målet inte kan tillämpas alternativt till varandra vid båda typer av verksamhet.⁴⁴⁹

⁴³⁹ Se även Nyström (2001), s. 213; Nielsen (2013), s. 439.

⁴⁴⁰ C-172/99, punkt 8, 14 & 25.

⁴⁴¹ C-172/99, punkt 9.

⁴⁴² C-172/99, punkt 10.

⁴⁴³ C-172/99, punkt 40.

⁴⁴⁴ C-172/99, punkt 41.

⁴⁴⁵ C-172/99, punkt 36-39.

⁴⁴⁶ C-172/99, punkt 42.

⁴⁴⁷ C-172/99, punkt 39.

⁴⁴⁸ C-172/99, punkt 43-44.

⁴⁴⁹ Barrett, s. 1058-1059; jfr C-13/95, punkt 23 och C-172/99, punkt 44.

6.3.3 AD 1995 nr 96

I följande mål tog AD ställning till tre olika fall där ett entreprenadsbyte angående drift av linjetrafik hade skett. Verksamhetens art var i fallen före och efter övergången densamma, det gällde driften av samma linjetrafik. Varken administration eller arbetsledning hade tagits över. I två fall hade varken tillgångar eller personal följt med. I tredje fallet hade några anställda och ett litet antal bussar tagits över.

AD påminde om att själva omständigheten att tillgångar säljs inte är tillräcklig för att en verksamhetsövergång har skett, utan verksamhetens identitet måste vara bibehållen.⁴⁵⁰ Vidare tydliggjorde AD att vid avgörandet huruvida identiteten är bevarad så är omständigheten att arbetsuppgiften är densamma inte av lika stor betydelse som omständigheten att maskinell utrustning, lokaler och andra produktionsresurser mer eller mindre är desamma. Domstolen förklarade att även faktorer såsom övertagna anställda, arbetsledning, kunder samt affärsrelationer är av betydelse.

I målet ansåg AD att arbetsledningen, anställda och produktionsresurserna inte var desamma som hos den tidigare entreprenören. I båda fall där varken personal eller tillgångar hade gått över, kunde inte verksamhetens identitet anses vara bevarad. Inte heller i det tredje fallet där några materiella tillgångar och anställda hade följt med, ansåg AD att det var tillräckligt för att identiteten kunde anses vara bevarad. Följaktligen kom domstolen fram till att ingen verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS hade skett i något av de tre fallen.

I ett annat mål, AD 1995 nr 163, som också avsåg entreprenadsbyte gällande linjetrafik med buss, kom AD fram till samma slutsats. Där hade inte heller personal, administration eller materiella tillgångar följt med. Att arbetsuppgiften var liknande gavs inte heller i detta fall avgörande betydelse. Omständigheten att tjänsten gällde samma kunder i samma område tillskrevs snarare arbetsuppgiften än rörelsen. Att inget uppehåll hade skett gavs inte någon självständig betydelse.

⁴⁵⁰ Jfr C-24/85, punkt 11-12.

7 Analys

I kommande kapitel görs en analys med hjälp av det i tidigare kapitlen anförda materialet. Avsnitt 7.1 ägnas åt att besvara arbetets första fråga gällande skillnaden i viktningen av bedömningsgrunderna beroende på om övergången avser en personal- eller materialintensiv verksamhet. I avsnitt 7.2 besvaras arbetets andra och tredje fråga avseende 6 b § LAS:s tillämplighet vid övergång av personal- respektive materialintensiv verksamhet. Slutligen kommer, i sista avsnittet 7.3, tidigare delar av arbetet att diskuteras ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

7.1 Verksamhetstypens påverkan på bedömningsgrundernas viktning

Den första frågan att besvara i detta arbete är hur viktningen av bedömningsgrunderna skiljer sig åt beroende på om övergången avser material- respektive personalintensiv verksamhet. Det verkar vara särskilt två kriterier som viktas olika beroende på verksamhetstypen, nämligen övertagandet av materiella tillgångar och huruvida majoriteten av arbetskraften har gått över. Dessa faktorer har i rättspraxis upprepade gånger getts olika vikt beroende på verksamhetstypen.⁴⁵¹ De båda kriterierna kommer diskuteras i skilda avsnitt.

Även skillnaden i viktningen av kriteriet avseende värdet av övertagna immateriella tillgångar undersöks mer omfattande i ett separat avsnitt. Detta beror på att viss AD-praxis och doktrin inte verkar skilja mellan övertagande av materiella tillgångar och immateriella tillgångar när det gäller materialintensiv verksamhet, vilket kan ge intrycket att denna bedömningsgrund ges mer vikt vid materialintensiv verksamhet.⁴⁵² Då det dock endast görs i viss doktrin och AD-praxis, måste kriteriet undersökas mer ingående för att skapa klarhet kring viktningen. I samband med att viktningen av kriteriet analyseras, ifrågasätts också den uppdelningen som numera finns i de två verksamhetstyperna.

Huruvida viktningen av de resterande bedömningskriterierna skiljer sig beroende på verksamhetstypen kräver inte en lika omfattande analys, då deras viktning är mer tydlig.⁴⁵³ Följaktligen behandlas dessa gemensamt i fjärde avsnittet i denna del av analysen. I femte avsnittet ger jag en sammanfattande slutsats avseende uppsatsens första fråga.

⁴⁵¹ Se exempelvis avsnitt 5.2.2; 5.2.3; 6.2.4; 6.1.2.

⁴⁵² Se avsnitt 4.2.2.2.

⁴⁵³ Se avsnitt 7.1.4.

7.1.1 Majoriteten av personal

När det gäller materialintensiv verksamhet verkar det inte ges någon avgörande vikt åt omständigheten att majoriteten i antal och kompetens av anställda har tagits över. Detta tydliggjordes i de rättsfall avseende materialintensiv verksamhet där en verksamhetsövergång kunde anses föreligga trots att inte majoriteten av anställda hade följt med.⁴⁵⁴ EUD förklarade i de rättsfall där ingen eller åtminstone inte majoriteten av anställda hade gått över, att detta vid denna typ av verksamhet inte hindrar att en övergång enligt överlåtelsesdirektivet föreligger.⁴⁵⁵ Inte heller AD ansåg i sin bedömning att omständigheten att inte majoriteten av anställda har gått över utgör ett hinder för att förklara att en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS har skett.⁴⁵⁶ Vidare har omständigheten att ingen personal fanns kvar i verksamheten vid övergången av denna verksamhetstyp inte ansetts utgöra något hinder för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.⁴⁵⁷

Slutsatsen att kriteriet, att majoriteten i både antal och kompetens av anställda följer med, inte ges någon avgörande vikt vid övergång av materialintensiv verksamhet kan förklaras med att materialintensiva verksamheter inte huvudsakligen grundar sig på arbetskraft utan på materiella tillgångar som utrustning och anläggningar. Identiteten vid denna verksamhetstyp är följaktligen huvudsakligen kopplad till sådana tillgångar. Detta medför att det inte är tillräckligt att majoriteten i antal och kompetens av den anställda följer med för att identiteten av den ekonomiska enheten ska anses vara bevarad.⁴⁵⁸ Även om det inte läggs mycket vikt vid att den bedömningsgrunden inte har uppfyllts verkar kriteriets uppfyllande ändå ha stödande effekt för slutsatsen att en verksamhetsövergång föreligger.⁴⁵⁹

När det gäller personalintensiv verksamhet verkar kriteriet istället ges avgörande vikt. Enligt Barrett utgör övertagandet av majoriteten av anställda en grundförutsättning vid denna verksamhetstyp och EUD har tydliggjort att det krävs att majoriteten av de anställda i både antal och kompetens ska följa med för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.⁴⁶⁰ Vidare verkar majoriteten av anställda ha gått över i målet från AD där utgångspunkten var att en verksamhetsövergång hade skett.⁴⁶¹

Vid första anblicken ger Jouini-målet intryck att gå emot att kriteriet ges avgörande vikt, då en övergång enligt EUD kunde anses föreligga trots att inte mer än en tredjedel av uthyrningspersonalen och några av administrativa personalen hade gått över. EUD tog inte ställning i målet

⁴⁵⁴ Se avsnitt 6.2.1-6.2.6; jfr avsnitt 6.3.2.

⁴⁵⁵ Se avsnitt 6.3.2; 6.2.5; 6.2.6.

⁴⁵⁶ Se avsnitt 6.3.2; 6.2.5; 6.2.6.

⁴⁵⁷ Se avsnitt 6.2.5.

⁴⁵⁸ Se avsnitt 2.2; 4.2.2.2; 6.3.2.

⁴⁵⁹ Se avsnitt 6.1.1; 6.1.2; 7.4.

⁴⁶⁰ Se avsnitt 2.4; 4.2.2.2; 5.2.3; 6.2.5; 6.2.6.

⁴⁶¹ Se avsnitt 5.3.3.

huruvida dessa övertagna anställda utgjorde majoriteten i antal och kompetens. Jag vill dock påminna om att EUD i Jouini-målet ansåg att det var en del av verksamheten som hade gått över. Den övertagna enheten sammansattes av en tredjedel av den uthyrda personalen, kundrådgivare, en kontorsanställd och en filialchef samt ledning med know-how.⁴⁶² I Sigüenza-målet förklarades att huvuddelen av de anställda ska avse den övertagna enheten. Då den övertagna enheten i Jouini-målet utgjordes av de anställda som följde med, borde följaktligen majoriteten av de anställda i detta fall anses ha gått över. Detta förklarar varför EUD ansåg att en verksamhetsövergång kunde anses ha skett i målet.⁴⁶³ När övergången avser en del av verksamheten är det följaktligen inte majoriteten av anställda av hela företaget, utan majoriteten av den övertagna delen av verksamheten som ska gå över.

Resonemanget ligger i linje med att EUD i ett mål angående entreprenad förklarade att det är majoriteten i antal och kompetens av de anställda som tidigare har avdelats för arbetsuppgiften som ska gå över.⁴⁶⁴ Med tanke på att det bara är de anställda som hör till den övertagna delen som skyddas av 6 b § LAS vore det utöver detta märkligt om ändå majoriteten av de anställda i hela företaget måste gå över.⁴⁶⁵

Som tidigare påpekats har EUD i senare rättsfall gett avgörande vikt åt bedömningsgrunden avseende övertagande av majoriteten av anställda vid övergång av personalintensiv verksamhet. Detta då uppfyllandet av kriteriet krävs för att den ekonomiska enhetens identitet kan anses vara bevarad.⁴⁶⁶ Jag vill dock påminna om att det alltid ska göras en helhetsbedömning. Enligt Mulder är det genom denna helhetsbedömning som risken ska motverkas att bundenheten av implementeringsreglerna undviks genom att vissa tillgångar inte tas över.⁴⁶⁷ Om en verksamhetsövergång alltid kunde uteslutas direkt när ett visst kriterium inte är uppfyllt, skulle inte längre en helhetsbedömning vara nödvändig så snart kriteriet inte är uppfyllt. Vidare vill jag påminna om att EUD även i Schmidt-målet från 1992 har pekat ut problematiken kring att arbetstagarnas skydd inte ska göras beroende på uppfyllandet av ett specifikt kriterium.⁴⁶⁸

I inget av de nämnda rättsfallen gällande personalintensiv verksamhet har det ansetts att en verksamhetsövergång föreligger när mindre än majoriteten av anställda gått över.⁴⁶⁹ Med hänsyn till det ovan sagda kan jag dock inte med total säkerhet utesluta att domstolarna skulle kunna komma fram till att övergången avser en ekonomisk enhet med bevarad identitet så snart kriteriet inte har uppfyllts. Detta gäller särskilt när samtliga aspekter i helhetsbedömningen tyder på att en verksamhetsövergång föreligger, med

⁴⁶² Se avsnitt 5.3.3.

⁴⁶³ Se avsnitt 5.3.3; 6.2.5.

⁴⁶⁴ Se avsnitt 5.1.1.

⁴⁶⁵ Se avsnitt 3.2.

⁴⁶⁶ Se avsnitt 6.2.5; 6.2.6.

⁴⁶⁷ Se avsnitt 4.1.

⁴⁶⁸ Se avsnitt 5.1.1.

⁴⁶⁹ Se avsnitt 5.1.2; 5.2.1; 5.2.2.

undantag från kriteriet som brukar ges avgörande vikt. Ett exempel på ett sådant undantagsfall kunde följaktligen vara när nästan majoriteten i antal och kompetens av anställda följer med, bland dessa viss arbetsledning och administrativ personal samt kunderna, materiella tillgångar såväl som namnet på företaget vilket är väletablerat på marknaden och därmed har betydande goodwillvärde tas över och slutligen att samma verksamhet fortsätts utan uppehåll. Ett fall som det ovan beskrivna verkar dock ännu inte ha prövats av EUD eller AD och det åligger framtida rättsfall att vederlägga eller styrka denna slutsats. Till dess kvarstår en osäkerhet om utsagan i Schmidt-målet är obsolet och därmed huruvida den avgörande vikten kan vara absolut eller om den endast utgör en huvudregel.

Även om kriteriet gällande majoriteten av anställda ges avgörande vikt i den mening att det måste vara uppfyllt för att en verksamhetsövergång ska anses ha skett, ges dock kriteriets uppfyllnad inte tillräcklig vikt i sig för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga. I stället har det i rättsfallen ställts ytterligare krav på att även andra kriterier ska vara uppfyllda respektive att de övertagna anställda ska vara förenade i ett strukturerat och tillräckligt självständigt kollektiv.⁴⁷⁰

Sammanfattningsvis kommer jag fram till att kriteriet avseende majoriteten av anställda inte ges någon avgörande vikt vid övergång av materialintensiv verksamhet. Däremot är kriteriet vid personalintensiv verksamhet av avgörande vikt i den mening att dess uppfyllnad krävs för att den ekonomiska enhetens identitet ska kunna anses vara bevarad, med förbehåll att den avgörande vikten eventuellt inte är absolut. Dock ges uppfyllandet av kriteriet inte tillräcklig vikt vid personalintensiv verksamhet för att den i sig kan leda till slutsatsen att en verksamhetsövergång föreligger, utan det måste alltid göras en helhetsbedömning.⁴⁷¹

7.1.2 Övertagande av materiella tillgångar

När det gäller kriteriet huruvida materiella tillgångar har gått över blir det tydligt vid genomgång av de rättsfall som avser materialintensiva verksamheter att bedömningsgrunden vid denna verksamhetstyp ges avgörande vikt. Såsom Barrett förklarar utgör uppfyllandet av denna bedömningsgrund en grundförutsättning för att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.⁴⁷² Närmare bestämt är det övergången av de tillgångarna som är nödvändiga för verksamhetens drift som det läggs betydande vikt vid.⁴⁷³ Viktningen kan förklaras med att denna verksamhetstyp huvudsakligen bygger på utrustning och lokaler med följden att övergången måste avse betydande mängder av de för driften nödvändiga tillgångar för att identiteten av den ekonomiska enheten kan anses vara bevarad.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Se avsnitt 4.2.2.2; 5.3.1; 5.3.2.

⁴⁷¹ Jfr avsnitt 4.1; 4.2.2.2.

⁴⁷² Se avsnitt 4.2.2.2.

⁴⁷³ Se avsnitt 6.2.3; 6.2.4; 6.2.5; 6.3.2; se närmare avsnitt 7.1.3.

⁴⁷⁴ Se avsnitt 2.2; 4.1; 4.2.2.2; 6.3.2.

Jag vill dock med hänvisning till resonemanget i 7.1.1 och Schmidt-målet reservera mig för att kriteriet gällande materiella tillgångar vid övergång av materialintensiv verksamhet möjligtvis inte är av absolut avgörande vikt. Absolut avgörande vikt i den mening, att det med säkerhet kan uteslutas att en verksamhetsövergång föreligger så snart kriteriet inte är uppfyllt.⁴⁷⁵ Denna tankegång kan stödjas av EFTA-domstolens förklaring att även om ett kriterium, som övertagandet av materiell tillgångar, som generellt sett är av stor betydelse inte är uppfyllt, kan en verksamhetsövergång anses föreligga förutsatt att helhetsbedömningen talar för det.⁴⁷⁶ När alla andra bedömningskriterier talar för att en verksamhetsövergång har skett och några, men inte betydande mängder av de för driften nödvändiga tillgångarna går över, kan jag följaktligen inte med säkerhet utesluta att en verksamhetsövergång skulle kunna anses föreligga. Såsom redan påpekats i avsnitt 7.1.1. kvarstår därmed en osäkerhet om den avgörande vikt är absolut eller endast utgör en huvudregel.

Liksom kriteriet angående majoriteten av anställda vid personalintensiv verksamhet, ges kriteriet att de nödvändiga materiella tillgångarna ska gå över inte heller tillräcklig vikt i sig för att en verksamhetsövergång ska anses ha skett.⁴⁷⁷ Det ska vara fråga om en bestående ekonomisk enhet som går över, vilket måste avgöras genom en helhetsbedömning där kriterierna inte betraktas isolerade från varandra.⁴⁷⁸

Vid jämförelse med vikten som ges kriteriet kring övertagande av materiella tillgångar vid övergång av personalintensiv verksamhet blir skillnaden i viktningen beroende på verksamhetens typ även här tydlig. EUD har förklarat att det inte krävs att materiella tillgångar följer med för att den ekonomiska enhetens identitet ska anses vara bevarad.⁴⁷⁹ Utöver detta har tydliggjorts att det vid en personalintensiv verksamhet kan vara tillräckligt att ett kollektiv av arbetstagare går över för att en ekonomisk enhet kan anses föreligga. I så fall kan identitet anses vara bevarad utan att materiella tillgångar har gått över förutsatt att kollektivet av arbetstagarna bestående har förts samman i gemensam verksamhet samt förvärvaren fortsätter verksamheten och att majoriteten i både antal och kompetens av de anställda som tidigare utförde arbetsuppgiften följer med.⁴⁸⁰ Detta tyder på att det inte läggs någon särskild vikt vid bedömningsgrunden avseende övertagna materiella tillgångar vid personalintensiv verksamhet.

EUD:s förklaring i Süzen-målet att övergången måste avse betydande materiella eller immateriella tillgångar alternativt majoriteten av anställda i både antal och kompetens för att en verksamhetsövergång i målet föreligger, ger däremot intrycket att övertagandet av materiella tillgångar även vid

⁴⁷⁵ Se avsnitt 5.1.1; 7.1.1.

⁴⁷⁶ Se avsnitt 6.1.2.

⁴⁷⁷ Se avsnitt 4.1; 4.2.2.2; 6.3.1; 7.1.1.

⁴⁷⁸ Se avsnitt 4.1.

⁴⁷⁹ Se avsnitt 2.3; 5.1.1.

⁴⁸⁰ Se avsnitt 2.3; 5.1.1; 5.2.3.

personalintensiv verksamhet är av avgörande och betydande vikt. Förklaringen måste dock enligt min uppfattning läsas och tolkas med försiktighet. Det måste hållas i minnet att domen har skrivits för mer än två decennier sedan och att en betydande mängd mål har tillkommit sedan dess.⁴⁸¹

Hur bedömningen skiljer sig åt mellan verksamhetstyperna har förtydligats i senare mål som exempelvis Liikenne-målet. Barrett förklarade uteslutande med Liikenne-målet som stöd, att EUD i detta mål hade tydliggjort att kravet på övergång av majoriteten av anställda eller betydande materiella eller immateriella tillgångar som har uppställts i Süzen-målet inte kan tillämpas alternativt till varandra vid båda typer av verksamhet. Vid närmare undersökning blir det dock tydligt att EUD i Liikenne-målet endast klargjorde att kriteriet angående övertagna anställda inte är tillräckligt och avgörande vid materialintensiva verksamheter.⁴⁸² Detta borde dock även gälla i motsatt riktning i likhet med Barretts utsaga, nämligen att övertagandet av betydande materiella tillgångar inte är av avgörande vikt för att en personalintensiv verksamhet ska anses ha gått över.

För att betydande materiella tillgångar kan gå över är den grundläggande förutsättningen att det finns sådana betydande materiella tillgångar i verksamheten. Süzen-målet gällde en typisk personalintensiv verksamhet, nämligen städverksamhet.⁴⁸³ EUD har beskrivit städsektorn som en sektor där verksamheten huvudsakligen grundar sig på de anställda och där de tillgångarna som krävs för verksamhetens drift ofta är minimala.⁴⁸⁴ Ordet ”ofta” implicerar att det ibland i en sådan bransch kan krävas mer än endast minimala tillgångar. I sådant fall borde dock enligt min uppfattning verksamheten inte längre klassificeras som en personalintensiv verksamhet. Enligt Barretts uppfattning har EUD i praktiken endast klassat de verksamheter som personalintensiva som huvudsakligen bygger på arbetskraft och där det varken krävs betydande materiella eller immateriella tillgångar.⁴⁸⁵ Enligt min uppfattning borde denna utsaga eventuellt kunna dras ännu längre.

EUD har kategoriserat uteslutande städverksamheter, personaluthyrningsverksamhet samt verksamheter avseende bevakning där det inte krävdes radio- och videoövervakningsutrustning som personalintensiva verksamheter. Dessa har gemensamt att det inte krävs mer än minimala tillgångar för verksamhetens drift.⁴⁸⁶ Omständigheten att det användes radio- och videoövervakningsutrustningen i en bevakningsverksamhets drift verkar dock varit tillräcklig för EUD att anse att verksamheten inte byggde i huvudsak på arbetskraft.⁴⁸⁷ Gränsen för när

⁴⁸¹ Jfr kapitel 5-6.

⁴⁸² Se avsnitt 6.3.2.

⁴⁸³ Se avsnitt 2.3.

⁴⁸⁴ Se avsnitt 2.3.

⁴⁸⁵ Se avsnitt 2.3.

⁴⁸⁶ Se avsnitt 2.3; 5.1; 5.2; 5.3.3.

⁴⁸⁷ Se avsnitt 2.3.

utrustning ska anses vara av betydelse och viktig för verksamhetens drift verkar följaktligen ligga på en ganska låg nivå.⁴⁸⁸ Med detta i åtanke verkar EUD endast ha klassificerat de verksamheter som personalintensiva som kräver minimala materiella tillgångar för dess drift och som materialintensiva så snart verksamheten behövt mer än endast minimala materiella tillgångar för dess drift.

Med det föreliggande underlaget går det inte att ge en mer precis gräns för när de i verksamhetens drift använda materiella tillgångar anses vara minimala eller viktiga. Utrustning som exempelvis linnevagnar, hinkar och moppar som har använts i de presenterade rättsfallen gällande städverksamhet verkar ansetts vara minimala och inte tillräckliga för att verksamheterna ska klassas som materialintensiva.⁴⁸⁹ Vidare verkar det med hänsyn till rättsfallet gällande bevakningsverksamhet inte krävas mer än något dyrare utrustning för att den anses vara så viktig för verksamhetens drift att verksamheten inte ska anses vara personalintensiv.⁴⁹⁰ Gränsen verkar följaktligen ligga någonstans mellan radio- och videoövervakning och den ovannämnda utrustningen i städverksamhet.

Enligt min uppfattning krävs det således inte mycket för att EUD ska anse att viktiga och betydande materiella tillgångar är behövliga i en verksamhet och att verksamheten därmed inte är personalintensiv. Ovan nämnda rättsfall angående bevakningsverksamhet tyder på att EUD, så snart det krävs mer än enbart minimala materiella tillgångar, skulle kunna komma fram till att verksamheten inte i huvudsak bygger på arbetskraft utan istället på materiella tillgångar. Oavsett om en personalintensiv verksamhet inte ska anses föreligga så snart det krävs mer än minimala tillgångar för verksamhetens drift eller om, som Barrett förklarar, endast de verksamheter som bygger huvudsakligen på arbetskraft och som varken kräver betydande materiella eller immateriella tillgångar klassas som personalintensiva verksamheter, kan slutsatsen dras att det i personalintensiva verksamheter inte borde finnas några betydande materiella tillgångar som kan gå över. Om sådana betydande materiella tillgångar skulle krävas för verksamhetens drift borde verksamheten nämligen inte anses vara personalintensiv. Med det ovan sagda kan jag ge underlag åt Barretts påstående gällande Süzen-målet i den riktningen att övergången av betydande materiella tillgångar inte utgör något alternativ till övertagandet av majoriteten av anställda när det gäller personalintensiv verksamhet. I slutändan har dock EUD och AD ännu inte direkt tagits ställning i denna fråga och det återstår framtida rättsfall att vederlägga eller bekräfta denna slutsats.

Viss rättspraxis från EUD kan dock ändå styrka slutsatsen att övertagandet av materiella tillgångar inte ges samma avgörande vikt vid personalintensiv verksamhet som vid materialintensiv verksamhet och därmed inte utgör ett alternativ till omständigheten att majoriteten av anställda följer med vid personalintensiv verksamhet. I de nyare målen, ADIF- och Sigüenza-målet,

⁴⁸⁸ Se avsnitt 2.2.

⁴⁸⁹ Se avsnitt 5.1.2; 5.2.1.

⁴⁹⁰ Se avsnitt 2.3.

tydliggjorde EUD att det krävs att majoriteten av de anställda följer med vid denna verksamhetstyp.⁴⁹¹ Angående övertagandet av materiella tillgångar har inget motsvarande påpekats utan även förklarats att omständigheten att inga materiella tillgångar har gått över inte utesluter att en verksamhetsövergång kan anses föreligga.⁴⁹²

Slutligen kommer jag fram till att det vid materialintensiv verksamhet ges avgörande vikt åt kriteriet att de för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar går över, om inte alltid då åtminstone som huvudregel. Kriteriet ges vidare inte tillräcklig vikt för att den i sig kan leda till att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.⁴⁹³ Vid personalintensiv verksamhet borde bedömningsgrunden däremot inte ges någon avgörande vikt. Tvärtom verkar det getts knappt någon betydelse alls åt att vissa lokaler eller viss utrustning har gått över.⁴⁹⁴ Ändå verkar dock kriteriet ha stödjande effekt i helhetsbedömningen för att en verksamhetsövergång vid personalintensiv verksamhet har skett.⁴⁹⁵

7.1.3 Övertagande av immateriella tillgångar

Gällande övertagandet av värde i form av immateriella tillgångar vid materialintensiv verksamhet kan vid en första anblick intrycket uppstå att kriteriet ges avgörande eller åtminstone särskild vikt vid denna verksamhetstyp. Detta beror på att i viss rättspraxis och doktrin materiella och immateriella tillgångar behandlas ihop. Så förklarades i Süzen-målet att majoriteten av de anställda alternativt betydande materiella eller immateriella tillgångar måste gå över för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.⁴⁹⁶ Barrett och Mulder verkar endast skilja mellan å ena sidan verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft och å andra sidan sådana verksamheter som kräver betydande materiella eller immateriella tillgångar för deras drift.⁴⁹⁷ Denna uppdelning nämns även av Glavå och Hansson samt i AD 2014 nr 1 där det även vidare förklaras att det vid verksamheter som kräver materiella eller immateriella tillgångar för verksamhetens drift är av betydande vikt att sådana tillgångar går över.⁴⁹⁸ Även Barrett förklarar att övertagande av tillgångar vid denna verksamhetstyp utgör en grundförutsättning för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga utan att han närmare skiljer mellan materiella och immateriella tillgångar.⁴⁹⁹ Det ovan anförda kan ge intrycket av att verksamheter som bygger på materiella eller immateriella tillgångar hör till samma verksamhetstyp och att övergång av både materiella och

⁴⁹¹ Se avsnitt 6.2.5; 6.2.6.

⁴⁹² Se avsnitt 5.1.1.

⁴⁹³ Se avsnitt 4.2.2.2.

⁴⁹⁴ Se avsnitt 5.2.1; 5.2.2.

⁴⁹⁵ Se avsnitt 5.3.1.

⁴⁹⁶ Se avsnitt 5.1.1.

⁴⁹⁷ Se avsnitt 2.2.

⁴⁹⁸ Se avsnitt 2.2; 4.2.2.2.

⁴⁹⁹ Se avsnitt 2.2; 4.2.2.2.

immateriella tillgångar är av betydande vikt vid materialintensiv verksamhet.

Vid närmare undersökning av rättsfallen gällande materialintensiv verksamhet blir det utan explicit förklaring av domstolarna dock tydligt att vid denna verksamhetstyp övertagande av immateriella tillgångar inte ges någon avgörande vikt. Av de rättsfall där en verksamhetsövergång ansågs föreligga är det nämligen endast i AD 1998 nr 144, AD 2002 nr 63 och AD 2014 nr 46 som det förklarades att immateriella tillgångar hade gått över.⁵⁰⁰ I andra rättsfall som AD 2014 nr 91 och ADIF-målet ansågs det inte vara ett hinder att inga immateriella tillgångar hade gått över för att en verksamhetsövergång kunde anses föreligga.⁵⁰¹ Istället har det, som det redan förklarats i avsnitt 7.1.2, i de fallen som avser materialintensiv verksamhet, lagts avgörande vikt vid att de för driften nödvändiga materiella tillgångarna går över, vilket explicit har tydliggjorts av EUD.⁵⁰² Något liknande har inte påpekats av EUD angående övertagandet av immateriella tillgångar.⁵⁰³

Detta kan förklaras med att samtliga rättsfall som har undersökts avseende materialintensiv verksamhet har det gemensamt att de faktiskt bygger på materiella tillgångar såsom utrustning, anläggningar och lokaler och inte på immateriella tillgångar.⁵⁰⁴ Det verkar följaktligen vara den aspekt som verksamheten huvudsakligen bygger på som ges avgörande vikt. Så blir övertagandet av majoriteten av anställda av avgörande vikt vid personalintensiv verksamhet och övertagandet av materiella tillgångar av avgörande vikt vid materialintensiv verksamhet.⁵⁰⁵

Slutsatsen att det är den aspekt som verksamheten huvudsakligen bygger på som ges avgörande vikt överensstämmer med att AD i AD 2010 nr 88 la särskild vikt vid att majoriteten av anställda följde med, med motiveringen att företaget i väsentlig grad utgjordes av de anställdas kompetens och erfarenhet.⁵⁰⁶ Vidare ligger slutsatsen i linje med att identiteten vid personalintensiv verksamhet huvudsakligen är länkad till arbetskraft samt att övertagandet av materiella tillgångar är av stor vikt för identitets bevarande vid materialintensiv verksamhet.⁵⁰⁷ Med tanke på att den ekonomiska enhetens identitet ska vara bevarad för att en verksamhetsövergång ska föreligga är det inte överraskande att det läggs avgörande vikt åt uppfyllandet av det kriteriet som är mest betydelsefullt för identitetens bevarande.⁵⁰⁸ Med hänsyn till att det följaktligen verkar vara den aspekten som verksamheten huvudsakligen bygger på som ges avgörande vikt blir det tydligt att övertagandet av immateriella tillgångar

⁵⁰⁰ Se avsnitt 6.1.1, 6.2.1; 6.2.5.

⁵⁰¹ Se avsnitt 6.2.2; 6.2.5.

⁵⁰² Se avsnitt 6.3.2; 7.1.2.

⁵⁰³ Se kapitel 6.

⁵⁰⁴ Se kapitel 6.

⁵⁰⁵ Se avsnitt 2.2; 2.3; 7.1.1; 7.1.2.

⁵⁰⁶ Se avsnitt 5.3.1.

⁵⁰⁷ Se avsnitt 4.2.2.2.

⁵⁰⁸ Se avsnitt 4.1; 4.2.2.2.

inte ges någon avgörande vikt vid materialintensiva verksamheter, då dessa inte huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar.

Inte heller vid personalintensiv verksamhet läggs avgörande vikt vid övertaget värde i form av immateriella tillgångar. EUD har explicit förklarat att bevarandet av den ekonomiska enhetens identitet vid denna verksamhetstyp inte kan göras beroende på att immateriella tillgångar följer med.⁵⁰⁹ I inget av de nämnda rättsfallen avseende personalintensiv verksamhet har det heller diskuterats huruvida ett värde i form av immateriell tillgång har gått över.⁵¹⁰ Med hänsyn till detta och att det verkar vara den bedömningsgrunden som verksamheten huvudsakligen bygger på som ges avgörande vikt blir tydligt att liksom övertagandet av materiella tillgångar, inte heller övertagande av betydande immateriella tillgångar utgör ett alternativ för övertagande av majoriteten av anställda vid personalintensiv verksamhet såsom EUD:s formulering i Süzen-målet kan ge intryck. Detta beror på att en sådan verksamhet inte huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar.^{511 512}

Slutligen kommer jag fram till att det varken vid personal- eller materialintensiv verksamhet ges avgörande vikt åt övertagande av immateriella tillgångar. Bedömningsgrunden avseende övertaget värde i form av immateriella tillgångar verkar istället ges vid båda verksamhetstyper mindre vikt i den meningen att avsaknad av kriteriets uppfyllande inte utgör ett hinder för att en verksamhetsövergång ska anse föreligga och om immateriella tillgångar går över till förvärvaren utgör det ett stödande faktum för att en verksamhetsövergång har skett.⁵¹³ Slutsatsen kan stödjas av att det, till skillnad från frågan om materiella tillgångar har gått över och om majoriteten av anställda har följt med, inte alltid i rättsfallen tas ställning till kriteriet avseende övertaget värde i form av immateriella tillgångar.⁵¹⁴ Det faktum att domstolarna inte alltid har känt sig tvungna att diskutera bedömningsgrunden närmare, stödjer resonemanget att det vid båda de två undersökta verksamhetstyperna inte läggs någon avgörande vikt vid denna. Att det inte finns någon skillnad i viktningen av detta kriterium beroende på verksamhetstyp är logiskt med tanke på att det inte borde finnas någon anledning för att ett goodwillvärde av en väletablerad personalintensiv verksamhet, exempelvis ett städföretag, skulle ges mer eller mindre vikt än goodwillvärdet av en väletablerad materialintensiv verksamhet, exempelvis en blomsteraffär.⁵¹⁵

⁵⁰⁹ Se avsnitt 2.3; 5.1.1; 5.2.3.

⁵¹⁰ Se kapitel 5.

⁵¹¹ Se avsnitt 2.3; 5.1.1; 7.1.2.

⁵¹² Märk väl att det sagda kan ge underlag åt Barretts påstående i avsnitt 7.1.2 gällande Süzen-målet i den riktningen att övergången av betydande immateriella tillgångar inte utgör något alternativ till övertagandet av majoriteten av anställda när det gäller personalintensiv verksamhet, se avsnitt 7.1.2.

⁵¹³ Se exempelvis avsnitt 5.3.3; 6.1.1; 6.2.1; 6.2.5.

⁵¹⁴ Se avsnitt 5.2.1; 5.3.3; 6.2.3; 6.3.3.

⁵¹⁵ Jfr avsnitt 6.2.5.

I samband med det ovan sagda blir det enligt min uppfattning tydligt att det kan finnas behov av en tredje verksamhetstyp, en immaterialintensiv verksamhet där verksamheten huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar. Det kan exempelvis vara ett skivbolag eller ett bolag som huvudsakligen bygger på de patent de äger.⁵¹⁶ Då dessa verksamheter huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar är det i ett sådant fall de immateriella tillgångarna som borde bli av avgörande vikt. Enligt min uppfattning borde följaktligen i praxis och doktrin verksamheter som huvudsakligen bygger på materiella tillgångar tydligt skiljas från verksamheter som i huvudsak bygger på immateriella tillgångar då viktningen även borde skilja sig de emellan. Det måste vara tydligt att övertagandet av immateriella tillgångar inte utgör något alternativ för övertagandet av materiella tillgångar vid materialintensiv verksamhet och för övertagandet av majoriteten av anställda vid personalintensiv verksamhet.

EUD har tills nu inte än skilt mellan fler verksamhetstyper än verksamheter som huvudsakligen bygger på arbetskraft och sådana som inte gör det eftersom det krävs omfattande material, utrustning och/eller anläggningar.⁵¹⁷ Att skilja mellan fler typer verkar inte än ha behövts, då de rättsfall som domstolarna har tagit ställning till uteslutande huvudsakligen baserat sig på arbetskraft eller materiella tillgångar såsom utrustning, material och/eller lokaler.⁵¹⁸ Det åligger följaktligen EUD och AD att i framtida rättsfall vederlägga eller styrka slutsatsen avseende immaterialintensiva verksamheter som tredje verksamhetstyp.

7.1.4 Resterande bedömningsgrunder

Utöver kriterierna avseende övertagande av materiella och immateriella tillgångar samt majoriteten av anställda tar domstolarna även hänsyn till andra bedömningsgrunder så som uppehåll i verksamheten, övertagande av kunder, arbetsledning och administration och hur mycket verksamheterna innan och efter övergången liknar varandra.⁵¹⁹

När det gäller övertagandet av kunder verkar det inte finnas någon skillnad i viktningen mellan personal- och materialintensiv verksamhet. Oavsett verksamhetstypen verkar kriteriet inte ges någon vikt av särskild betydelse. Omständigheten att kunder har tagits över kan oavsett verksamhetstyp stödja bilden av att en övergång föreligger,⁵²⁰ medan dess avsaknad inte hindrar att en övergång kan anses ha skett.⁵²¹ Att övertagandet av kunden i

⁵¹⁶ Jfr avsnitt 2.2.

⁵¹⁷ Se avsnitt 2.1.

⁵¹⁸ Se kapitel 5-6.

⁵¹⁹ Se kapitel 5-6.

⁵²⁰ Se avsnitt 5.3.3; 6.2.4.

⁵²¹ Se avsnitt 5.2.3; 6.2.1; 6.2.3.

AD 2014 nr 14 gällande personlig assistans inte gavs något nämnvärd vikt berodde inte på verksamhetstypen utan på att omständigheten tillskrevs själva arbetsuppgiften och inte rörelsen.⁵²²

När det gäller bedömningsgrunderna att verksamheten är den samma eller liknande före och efter övergången och fortsätter efter övergången, borde dessa ges samma vikt oberoende av verksamhetstyp. Dessa två bedömningsgrunder, som av Mulder har kallats likhetskriterium och fortsättningskriterium, har av EUD generellt utpekats som indikatorer för att övergången avser en bestående ekonomisk enhet.⁵²³ I synnerhet bedömningsgrunden att verksamhetens drift fortsätter eller återupptas efter övergången har i både rättsfallen avseende material- och personalintensiv verksamhet av EUD utpekats som en omständighet som särskilt indikerar att den ekonomiska enhetens identitet är bevarad.⁵²⁴ Varken omständigheten att verksamheten fortsätter eller är liknande respektive densamma är dock i sig tillräckliga för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga, utan utgör endast en aspekt i helhetsbedömningen.⁵²⁵

Bland de rättsfall som avser personalintensiv verksamhet har AD i tre fall inte lagt särskild vikt vid att verksamheten var samma och det inte hade skett något uppehåll med förklaringen att det snarare var hänförlig till arbetsuppgiften och inte själva verksamheten.⁵²⁶ Liksom påpekats ovan angående övertagande av kunder kan denna viktning följaktligen inte leda tillbaka till själva verksamhetstypen utan till den specifika arbetsuppgiften. Med detta i åtanke borde det inte göras en skillnad i viktningen av dessa båda bedömningsgrunder beroende på om övergången avser en personal- eller materialintensiv verksamhet. Denna slutsats stöds vidare av att dessa kriterier i andra fall avseende både personal- och materialintensiv verksamhet har tagits som stöd för att en verksamhetsövergång har skett.⁵²⁷

En annan fråga är om det vid en av de båda verksamhetstyperna snarare finns sådana arbetsuppgifter som medför att det inte ges vikt av betydelse åt att samma verksamhet fortsatte utan uppehåll. De ovan nämnda fallen från AD avsåg två gånger städverksamhet och en gång personlig assistans. Utan att AD mer generellt har förklarat vilka arbetsuppgifter som medför denna förminskade viktning kan jag tänka mig att det är sådana uppgifter som måste utföras varje dag för ”ordningens skull”. I detta fall borde dock också materialintensiva verksamheter såsom buss- och tåglinjetrafik kunna falla under sådan bedömning. Då dock AD inte närmare har förklarat sin motivation angående de tre fallen finns det inget säkert underlag för denna tankegång. Det avgörande är att det inte verkar ges olika vikt åt dessa två kriterierna med själva verksamhetstypen som motivering.

⁵²² Se avsnitt 5.3.2.

⁵²³ Se avsnitt 4.1; 4.2.2.3; jfr avsnitt 6.2.3.

⁵²⁴ Se avsnitt 4.2.2.1; jfr kapitel 5-6.

⁵²⁵ Se avsnitt 4.2.2.3; 5.1.1; 6.3.3.

⁵²⁶ Se avsnitt 5.1.2; 5.2.1; 5.3.2.

⁵²⁷ Se exempelvis avsnitt 5.2.2; 6.2.1; 6.2.2.

När det gäller övertagande av arbetsledning och administration tar domstolarna såväl i rättsfall angående material- som personalintensiva verksamheter hänsyn till dessa bedömningsgrunder.⁵²⁸ Domstolarna tycks i regel vikta dessa kriterier lika oberoende på om övergången avser en personal- eller materialintensiv verksamhet.⁵²⁹

Jouini-målet kan dock ge intrycket att det vid personalintensiv verksamhet kan ges betydande vikt åt att arbetsledning och administrativ personal går över. Övertagandet av arbetsledning och administrativ personal utgjorde nämligen en tydlig skillnad mellan Jouini-målet och AD 2014 nr 14. I Jouini-målet där majoriteten av anställda som hade följt med till viss del bestod av arbetsledning och administrativ personal kunde en verksamhetsövergång anses föreligga. Detta till skillnad från AD 2014 nr 14 där ingen bestående ekonomisk enhet kunde anses föreligga och därmed inte heller en verksamhetsövergång ansetts ha skett trots att majoriteten av anställda hade gått över.⁵³⁰ AD utpekade även i AD 2008 nr 51 att EUD i Jouini-målet hade lagt betydelse på att administration till viss del hade gått över. I samma mål från AD motiverades att ingen verksamhetsövergång förelåg då till skillnad från Jouini-målet exempelvis delar av de administrativa funktionerna inte hade följt med.⁵³¹ Denna omständighet kan tolkas på sådant sätt att när endast arbetstagare går över vid personalintensiv verksamhet, så blir övertagandet av arbetsledning och administration av något större intresse.⁵³²

Mot detta talar dock Temco-målet, där en del av de anställda hade följt med men inga materiella eller immateriella tillgångar hade gått över. EUD tog i målet inte närmare hänsyn till huruvida administration eller arbetsledningen hade gått över. Domstolen förklarade endast, att direktivet är tillämpligt i en situation som den föreliggande förutsatt att den personal som har följt med utgör majoriteten i både antal och kompetens av de anställda som utförde underentreprenaden.⁵³³ Inte heller i Hermo-målet, där majoriteten av anställda hade följt med och inga materiella- eller immateriella tillgångar tagits över, diskuterade EUD närmare huruvida administration och arbetsledning hade tagits över.⁵³⁴

Det verkar inte finnas mer underlag som ger vägledning huruvida övertagandet av arbetsledning och administration viktas olika beroende på om övergången avser en personal- eller materialintensiv verksamhet. EUD verkar inte ännu tagit ställning till om någon skillnad i viktningen föreligger. På grund av det svaga underlaget kan det följaktligen inte med säkerhet fastställas att det finns någon skillnad i viktningen beroende på verksamhetstyp. Med detta i åtanke samt att resterande rättsfall, som ovan

⁵²⁸ Se avsnitt 5.2.1; 5.3.2; 5.3.3; 6.1.1; 6.3.1; 6.3.3.

⁵²⁹ Jfr avsnitt 5.2.1; 5.2.2; 5.3.1; 6.2.1; 6.2.2; 6.3.3.

⁵³⁰ Se avsnitt 5.3.2; 5.3.3.

⁵³¹ Se avsnitt 5.3.3.

⁵³² Se avsnitt 4.2.1.2; 5.3.2; 5.3.3.

⁵³³ Se avsnitt 5.2.3.

⁵³⁴ Se avsnitt 5.3.2.

redan antytts, snarare indikerar att det inte finns någon skillnad i viktningen beroende på verksamhetstyp avseende övertagande av arbetsledning och administration utgår jag från att sådan skillnad generellt inte föreligger.

7.1.5 Slutsats

Skillnaden i viktningen av bedömningskriterierna beroende på om verksamheten är personal- eller materialintensiv verkar koncentrera sig på att kriteriet som verksamhetstyperna i huvudsak bygger på ges avgörande vikt. Så blir övertagandet av majoriteten av anställda i antal och kompetens av avgörande vikt vid personalintensiv verksamhet och övertagandet av materiella tillgångar av avgörande vikt vid materialintensiv verksamhet. Övertagande av materiella tillgångar vid personalintensiv verksamhet och omständigheten att majoriteten av anställda följer med vid materialintensiv verksamhet ges inte avgörande vikt i den meningen att det inte utgör ett hinder för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga när bedömningsgrunderna inte är uppfyllda. Dock kan uppfyllnad av kriterierna ändå stödja slutsatsen att en verksamhetsövergång har skett.⁵³⁵

Med tanke på helhetsbedömningen och att det i Schmidt-målet förklarats att slutsatsen om en verksamhetsövergång föreligger inte ska göras beroende av ett specifikt kriterium, kan det inte med säkerhet dras slutsatsen att den avgörande vikten som ges bedömningsgrunden som verksamheten huvudsakligen bygger på är absolut, trots att senare mål ger detta intryck. Det kvarstår därmed en osäkerhet om huruvida den avgörande vikten är absolut eller om det kan finnas enstaka undantag från den. Den avgörande vikten är vidare inte tillräcklig i den meningen att uppfyllnad av bedömningsgrunden i sig kan leda till att en verksamhetsövergång ska anses föreligga.⁵³⁶

I rättspraxis verkar domstolarna följaktligen fortfarande hålla sig vid idén att ett enda kriterium inte ska avgöra om en verksamhetsövergång föreligger. Detta dock endast i positiv riktning i den mening att uppfyllandet av ett enda kriterium inte i sig är tillräckligt för att 6 b § LAS ska anses föreligga. Däremot verkar idén i senare rättspraxis inte följas i negativ riktning i den mening att en verksamhetsövergång kan uteslutas när det kriteriet som verksamheten huvudsakligen bygger på inte uppfylls. Detta då kriteriet ges avgörande vikt, om inte alltid åtminstone som huvudregel.⁵³⁷

Med tanke på att det är den aspekt som verksamheten i huvudsak bygger på som får avgörande vikt blir det tydligt att övertagandet av värde i form av immateriella tillgångar inte utgör något alternativ för övertagandet av materiella tillgångar vid materialintensiv verksamhet och omständigheten att majoriteten av anställda följer med vid personalintensiva verksamheter. Det verkar inte finnas någon skillnad i viktningen av övertagande av immateriella tillgångar mellan personal- och materialintensiv verksamhet.

⁵³⁵ Se avsnitt 7.1.1; 7.1.2.

⁵³⁶ Se avsnitt 7.1.1; 7.1.2.

⁵³⁷ Se avsnitt 4.1; 4.2.2.2; 5.1.1; 6.2.5; 6.3.2.

Istället blir det enligt min uppfattning tydligt att det borde finnas en tredje verksamhetstyp, nämligen immaterialintensiva verksamheter där verksamheten huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar. Endast vid denna verksamhetstyp borde övertagande av immateriella tillgångar få en avgörande vikt. Med detta i åtanke är det för tydlighetens skull viktigt att doktrin och praxis klart skiljer mellan materialintensiva och immaterialintensiva verksamheter då det även mellan dessa borde finnas en skillnad i viktningen av bedömningsgrunderna.⁵³⁸

Vad som gäller de resterande bedömningskriterierna som har undersökts i denna del av analysen, kommer jag fram till att det inte finns någon skillnad mellan material- och personalintensiv verksamhet i viktningen av kriteriet gällande övertagande av kunder. Omständigheterna att det är fråga om samma eller liknande verksamhet samt att verksamheten fortsätter eller återupptas verkar också ges samma vikt oberoende på verksamhetstypen. När det gäller övertagandet av arbetsledningen och administration tyder vissa rättsfall på att dessa aspekter kan få något mer betydande vikt vid personalintensiv verksamhet. Då dock underlaget är svagt för denna slutsats och resterande rättsfall snarare indikerar att det inte finns någon skillnad i viktningen av dessa bedömningsgrunder beroende på verksamhetstyp, utgår jag från att en sådan skillnad i regel inte föreligger.⁵³⁹

7.2 6 b § LAS:s tillämplighet

I denna del av analysen kommer arbetets andra och tredje fråga avseende när 6 b § LAS blir tillämplig vid personal- respektive materialintensiv verksamhet besvaras. Det ska alltid göras en helhetsbedömning i det enstaka fallet⁵⁴⁰ och generellt borde det kunna sägas att ju fler kriterier som är uppfyllda desto mer sannolikt blir det att 6 b § LAS blir tillämplig. I så fall blir det nämligen mer sannolikt att helhetsbedömningen tyder på att sådan övergång har skett.

Som redan påpekats i avsnitt 1.1 och som det även har visat sig i kapitlen avseende rättspraxis, försvåras besvarandet av andra och tredje frågan av att aspekterna som domstolarna tar hänsyn i sin bedömning kan variera. AD har delvis i sin bedömning tagit hänsyn till omständigheter som tidigare inte beaktats. Ett exempel är AD 2010 nr 88 där domstolen tog i beaktande om verksamheten kunde identifieras i räkenskaperna hos den nya uppdragsgivaren.⁵⁴¹ Då det därmed alltid kan finnas okända faktorer som domstolen kan ge betydelse i sin helhetsbedömning, måste slutsatserna i denna del av analysen dras med försiktighet. Absoluta slutsatser kan inte alltid dras på grund av osäkerheten som helhetsbedömningen medför.

⁵³⁸ Se avsnitt 7.1.3.

⁵³⁹ Se avsnitt 7.1.4.

⁵⁴⁰ Se avsnitt 4.1.

⁵⁴¹ Se avsnitt 5.3.1.

Med hänsyn till domsluten i kapitel fem och sex ska det slutligen påpekas att AD, vid sin bedömning av huruvida 6 b § LAS ska bli tillämplig, verkar vara betydligt mer benägen att vid övergång av materialintensiv verksamhet komma fram till att en verksamhetsövergång faktiskt föreligger. Detta i jämförelse med de mål avseende personalintensiv verksamhet där i inget av fallen 6 b § LAS ansågs vara tillämplig.⁵⁴²

7.2.1 6 b § LAS:s tillämplighet vid personalintensiv verksamhet

Som det har tydliggjorts i avsnitt 7.1.1 är övertagandet av anställda i antal och kompetens av avgörande vikt vid personalintensiv verksamhet.⁵⁴³ Detta kan härledas till att denna typ av verksamhet i huvudsak bygger på personal och dess identitet huvudsakligen är länkad till personalstyrkan.⁵⁴⁴ När ingen personal tas över borde följaktligen den ekonomiska enhetens identitet inte vara bevarad och därmed 6 b § LAS inte bli tillämplig.⁵⁴⁵ Denna slutsats kan stödjas av att AD respektive EUD har uteslutit att en verksamhetsövergång har skett i de båda rättsfallen avseende personalintensiv verksamhet där ingen personal hade gått över.⁵⁴⁶ I samband med detta vill jag hänvisa till min analys i avsnitt 7.1.2 och 7.1.3 och påminna om att övertagandet av betydande materiella och immateriella tillgångar vid personalintensiv verksamhet inte borde vara ett alternativ till att majoriteten av anställda går över, i motsats till vad EUD:s formulering i Süzen-målet kan ge intryck av.⁵⁴⁷ Övertagandet av dessa tillgångar ges inte någon särskild vikt vid personalintensiv verksamhet⁵⁴⁸ och följaktligen borde 6 b § LAS inte bli tillämplig vid en övergång som endast avser materiella och/eller immateriella tillgångar och där inga anställda följer med.

Med tanke på att det läggs avgörande vikt vid att majoriteten av de anställda i antal och kompetens följer med, borde inte heller 6 b § LAS bli tillämplig när en del, men mindre än majoriteten i antal och kompetens av de anställda följer med.⁵⁴⁹ Att det krävs att majoriteten går över och det inte läggs särskild vikt vid omständigheten att anställda följer med när de utgör mindre än majoriteten, har gjorts tydligt i rättsfallen i avsnitt 5.2. Detta särskilt i Temco-målet där EUD förklarade att en verksamhetsövergång i en situation som den i målet kunde anses ha skett dock endast med förutsättningen att majoriteten av anställda hade gått över.⁵⁵⁰ Ändå vill jag påminna om resonemanget i 7.1.1, att den avgörande vikten som ges övertagandet av majoriteten av anställda vid personalintensiv verksamhet eventuell inte är

⁵⁴² Se avsnitt 1.7; jfr avsnitt 5.1.2; 5.2.1; 5.2.2; 5.3.1; 5.3.2 med avsnitt 6.1.1; 6.2.2; 6.2.1.

⁵⁴³ Se avsnitt 7.1.1.

⁵⁴⁴ Se avsnitt 2.3; 4.2.2.2; 7.1.1.

⁵⁴⁵ Se avsnitt 4.2.2.2.

⁵⁴⁶ Se avsnitt 5.1.1; 5.1.2.

⁵⁴⁷ Se avsnitt 5.1.1; 7.1.2; 7.1.3.

⁵⁴⁸ Se avsnitt 7.1.2; 7.1.3; jfr avsnitt 4.2.2.2.

⁵⁴⁹ Se avsnitt 7.1.1.

⁵⁵⁰ Se avsnitt 5.2.1; 5.2.2; 5.2.3.

absolut.⁵⁵¹ När en förvärvare av en personalintensiv verksamhet tar över kunder, materiella tillgångar och goodwill av betydande värde samt fortsätter direkt med samma verksamhet, men endast något mindre än hälften av anställda följer med, bland dessa viss arbetsledning och administrativ personal, borde förvärvaren enligt det resonemanget inte med säkerhet kunna utesluta sin bundenhet av 6 b § LAS. Helhetsbedömningen kunde i sådant fall tala för att bestämmelsen ska bli tillämplig.

Som utgångspunkt krävs det dock att majoriteten av anställda går över för att identiteten vid personalintensiv verksamhet ska anses vara bevarad och därmed 6 b § LAS bli tillämplig. Att detta utgör en förutsättning har EUD förtydligat i senare mål.⁵⁵² När majoriteten i antal och kompetens av anställda går över medför omständigheten i sig dock inte att 6 b § LAS blir tillämplig. Att kriteriet inte ges tillräcklig vikt för att det i sig kan leda till slutsatsen att 6 b § LAS blir tillämplig har redan tydliggjorts i avsnitt 7.1.1, AD 2014 nr 14 och AD 2010 nr 88.⁵⁵³

För att en bestående ekonomisk enhet ska anses ha gått över verkar det krävas att inte bara majoriteten av anställda följer med utan att även andra tillgångar går över som exempelvis materiella eller immateriella tillgångar och/eller arbetsledning.⁵⁵⁴ Ju fler kriterier som har uppfyllts desto större borde sannolikheten vara att 6 b § LAS blir tillämplig. Följaktligen borde en förvärvare bli bunden av 6 b § LAS när samma eller liknande verksamhet fortsätter efter övergången och, utöver att majoriteten av de anställda följer med, även materiella och/eller immateriella tillgångar samt arbetsledning och administration går över. När även dessa tillgångar tas över borde förvärvaren utan ytterligare delar av företaget eller betydande tillgångar kunna erbjuda de för den ekonomiska verksamheten typiska tjänster och 6 b § LAS borde således bli tillämplig.⁵⁵⁵

Men även när inga materiella eller immateriella tillgångar tas över av förvärvaren är det vid denna verksamhetstyp inte uteslutet att 6 b § LAS ändå kan bli tillämplig.⁵⁵⁶ Kravet att övergången ska avse en ekonomisk enhet med bevarad identitet kan uppfyllas om verksamheten fortsätts av förvärvaren och majoriteten i antal och kompetens av de tidigare till övertagna arbetsuppgiften tilldelade anställda följer med.⁵⁵⁷ I sådant fall måste det dock vara fråga om ett tillräckligt självständigt kollektiv av arbetstagare som permanent har sammanförts i en gemensam verksamhet. Om övergången avser en tillräckligt självständig gruppering av anställda och följaktligen förvärvaren och de till den övertagna rörelsen hörande arbetstagare kan räkna med att 6 b § LAS blir tillämplig, visar sig genom att

⁵⁵¹ Se avsnitt 7.1.1.

⁵⁵² Se avsnitt 4.2.2.2; 5.1.1; 6.2.5; 6.2.6.

⁵⁵³ Se avsnitt 5.3.1; 5.3.2; 7.1.1; se även avsnitt 4.2.2.2.

⁵⁵⁴ Se avsnitt 5.3.1.

⁵⁵⁵ Se avsnitt 4.2.2.1; 5.3.3.

⁵⁵⁶ Se avsnitt 4.2.1.2; jfr 5.2.3.

⁵⁵⁷ Se avsnitt 4.2.2.2; jfr 5.3.2.

gruppens arbete förhållandevis oberoende och fritt kan organiseras av gruppens ansvariga.⁵⁵⁸

7.2.2 6 b § LAS:s tillämplighet vid materialintensiv verksamhet

Vid övergång av materialintensiv verksamhet måste de för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar övertas för att en ekonomisk enhet med bevarad identitet kan anses ha gått över och därmed 6 b § LAS ska anses vara tillämplig. Som förklarats i avsnitt 7.1.2, ges nämligen denna bedömningsgrund avgörande vikt vid materialintensiva verksamheter.⁵⁵⁹

När inga för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar tas över borde följaktligen vid materialintensiv verksamhet en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS vara utesluten.⁵⁶⁰ Detta kan stödjas av att det i samtliga rättsfall avseende materialintensiv verksamhet där en verksamhetsövergång har ansetts föreligga, de för driften nödvändiga tillgångar har gått över⁵⁶¹ och i de målen där kriteriet inte har uppfyllts ingen verksamhetsövergång har ansetts föreligga.⁵⁶²

Ändå vill jag med hänvisning till resonemanget i avsnitt 7.1.2 påpeka att det inte med absolut säkerhet borde kunna uteslutas att 6 b § LAS blir tillämplig så snart inte betydande mängder av de för driften nödvändiga tillgångar följer med. Med hänsyn till resonemanget i 7.1.1 och 7.1.2, att den avgörande vikten som ges det faktum som verksamheten huvudsakligen bygger på eventuellt inte är absolut, borde enligt min uppfattning 6 b § LAS:s tillämpning inte med total säkerhet kunna uteslutas om alla bedömningskriterier inklusive övertagandet av administration och arbetsledning vore uppfyllda med undantag att endast några för verksamhetens drift nödvändiga tillgångar går över.⁵⁶³ Det ska alltid göras en helhetsbedömning och sannolikheten att 6 b § LAS blir tillämplig borde följaktligen öka ju mer av de nödvändiga tillgångarna som går över och ju fler av andra bedömningskriterierna som är uppfyllda.⁵⁶⁴

Vid en närmare undersökning av kriteriet avseende övertagande av materiella tillgångar blir det tydligt att det inte är övertagandet av vilka tillgångar som helst som är av intresse utan det ska vara de som är absolut nödvändiga för verksamhetens drift.⁵⁶⁵ En avgörande fråga för att kunna säga när 6 b § LAS blir tillämplig är följaktligen vad som egentligen utgör sådana materiella tillgångar som är essentiella för verksamhetens drift.

⁵⁵⁸ Se avsnitt 4.2.1.2.

⁵⁵⁹ Se avsnitt 4.1; 4.2.2.1; 4.2.2.2; 6.2.6; 6.3.2; 7.1.2.

⁵⁶⁰ Se avsnitt 6.3.2; 6.3.3.

⁵⁶¹ Se exempelvis avsnitt 6.1.1; 6.2.2; 6.2.3; 6.2.4.

⁵⁶² Se avsnitt 6.3.2; 6.3.3.

⁵⁶³ Se avsnitt 7.1.1; 7.1.2.

⁵⁶⁴ Jfr avsnitt 4.1.

⁵⁶⁵ Se avsnitt 6.3.2.

Med ledning av EFTA-domstolens praxis verkar inte sådana tillgångar som endast är praktiska men inte nödvändiga för att driva verksamheten som exempelvis övertagande av rengöringsmedel eller livsmedelslagret räknas till dessa. Dessa verkar inte utgöra betydande materiella tillgångar. Istället är det lokaler och utrustning som i målen från EUD har ansetts utgöra sådana för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar. När det gäller tillhandahållandet av en tjänst är det vidare inte övergången av tillgångar som tjänsten gäller, exempelvis park eller skolbyggnad, utan övergången av de tillgångar som krävs för att utföra tjänsten, som exempelvis maskiner och utrustning, som är av betydelse för bedömningen.⁵⁶⁶ Vidare har det förtydligats i rättspraxis att det inte krävs att de materiella tillgångarna köps från förvärvaren av överlåtaren. Det är tillräckligt att de tillhandahålls av tredje part, först till överlåtaren och sedan till förvärvaren. Det avgörande är att verksamheten faktiskt fortsätter med samma tillgångar.⁵⁶⁷

När det gäller frågan hur mycket av de för verksamhetens drift nödvändiga materiella tillgångar som måste gå över, ges det inte särskilt mycket ledning i rättspraxis. I Liikenne-målet förklarade EUD endast att det ska vara betydande mängder av de för driften essentiella tillgångar. I AD 1995 nr 96 blev det vidare tydligt att det inte räcker att enstaka för verksamhetens drift nödvändiga tillgångar går över, då AD i detta mål inte ansåg att det var tillräckligt att ett litet antal bussar hade tagits över.⁵⁶⁸

För att 6 b § LAS ska bli tillämplig är det inte tillräckligt att förvärvaren uteslutande tar över de för verksamhetens drift essentiella tillgångarna. Detta då det inte ges tillräcklig vikt åt kriteriet i sig för att komma fram till att en bestående ekonomisk enhet har gått över.⁵⁶⁹ Även andra omständigheter i helhetsbedömningen måste tala för att en verksamhetsövergång har skett. Detta har redan gjorts tydligt i Spijkers-målet och vidare styrkts i det senare målet AD 1998 nr 146.⁵⁷⁰ En förvärvare som endast köper samtliga materiella tillgångar av ett annat företag men inte fortsätter samma eller liknande verksamhet med de övertagna tillgångarna och inte tar över några anställda, kunder eller värde i form av immateriella tillgångar, kan följaktligen utgå från att 6 b § LAS inte blir tillämplig.

Om däremot de för driften nödvändiga materiella tillgångarna tas över och samma eller liknande verksamhet fortsätts med dessa, borde 6 b § LAS kunna bli tillämplig. Detta gäller särskilt när ett ytterligare bedömningskriterium är uppfyllt såsom övertagande av kund eller goodwillvärde.⁵⁷¹ Varje tillkommande uppfyllt kriterium gör det ännu tydligare att 6 b § LAS blir tillämplig.

⁵⁶⁶ Se avsnitt 6.1.2; 6.2.1; 6.2.3; 6.2.4.

⁵⁶⁷ Se avsnitt 6.2.3; 6.2.4.

⁵⁶⁸ Se avsnitt 6.3.2; 6.3.3.

⁵⁶⁹ Se avsnitt 4.1; 4.2.2.2; 6.3.1; 7.1.2.

⁵⁷⁰ Se avsnitt 4.1; 6.3.1.

⁵⁷¹ Se avsnitt 6.2; 7.1.3.

7.3 Perspektiv rättssäkerhet

I detta avsnitt diskuteras de tidigare delarna av arbetet ur ett rättssäkerhetsperspektiv. I arbetet har otydligheter inom lag, praxis och doktrin påpekats, som försvårar för de involverade parterna av en verksamhetsövergång att förutse när 6 b § LAS blir tillämplig.⁵⁷²

Otydligheten börjar med att formuleringen i artikel 1.1.b i överlåtelsesdirektivet är tvetydig och inte heller EUD i sin praxis bidrar till att tydliggöra denna oklarhet. Detta blir särskilt tydligt i C-466/07 där EUD i sin dom först tillskriver preciseringen i artikel 1.1.b i överlåtelsesdirektivet begreppet ”ekonomisk enhet” och senare begreppet ”identitet”.⁵⁷³ Som det har förtydligats i avsnitt 4.2 är innebörden inte heller klar av begreppen ”ekonomisk enhet” och ”bevarad identitet”, som hör till det avgörande kravet att övergången ska avse en ekonomisk enhet med bevarad identitet. Vidare är det inte tydligt huruvida kravet ska beaktas i sin helhet eller bedömas i två steg.⁵⁷⁴ Dessa oklarheter är problematiska ur ett rättssäkerhetsperspektiv, med tanke på att kravet är av avgörande betydelse för att en verksamhetsövergång ska anses föreligga. Oklarheterna försvårar därmed för de involverade parterna att förutse när 6 b § LAS ska bli tillämplig.

Även oklarheterna som råder kring verksamhetstyperna är allvarliga ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Såsom påpekats i avsnitt 4.2.2.2 har i viss AD-praxis och doktrin inte gjorts en tydlig distinktion mellan verksamheter som huvudsakligen bygger på materiella tillgångar och sådana verksamheter som huvudsakligen bygger på immateriella tillgångar. Utöver detta kan formuleringen i AD 2014 nr 1 förstås som att även immateriella tillgångar är av betydande vikt vid materialintensiva verksamheter.⁵⁷⁵ Såsom det har förklarats i avsnitt 7.1.3 är så dock inte fallet, då det endast verkar vara den tillgången som verksamheten huvudsakligen bygger på som ges avgörande vikt i bedömningen. I fallet av materialintensiv verksamhet är det följaktligen övertagandet av materiella tillgångar och inte immateriella tillgångar som är av särskild betydelse.⁵⁷⁶ Otydligheten kan därmed ge de involverade parterna en felaktig bild av vilket kriterium som är av avgörande vikt i bedömningen, vilket försvårar för dem att förutse när 6 b § LAS blir tillämplig.

Även själva uppdelningen mellan verksamhetstyperna kan anses vara problematisk ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Som det har påpekats i avsnitt 2.4 är det inte alltid entydigt till vilken verksamhetstyp en verksamhet kan klassas då den inte helt entydigt bygger på exempelvis personal eller material. Klassificeringen som EUD gör kan vara överraskande. Detta blir

⁵⁷² Se avsnitt 1.4.

⁵⁷³ Se avsnitt 4.2.1.1.

⁵⁷⁴ Se avsnitt 4.2.

⁵⁷⁵ Se avsnitt 4.2.2.2; 7.1.3.

⁵⁷⁶ Se avsnitt 7.1.2; 7.1.3.

tydligt vid kategorisering av bevakningsverksamheter. Även om EUD verkar klassificera sådana verksamheter som personalintensiva, ansåg domstolen i ett fall där det krävdes radio- och videoövervakningsutrustning att detta var tillräckligt för att verksamheten var materialintensiv. Det verkar följaktligen alltid behöva göras en bedömning i det enskilda fallet.⁵⁷⁷ Detta utgör ett osäkerhetsmoment kring vilken verksamhetstyp som en specifik verksamhet skulle klassificeras som.

Det är viktigt att det är klart för de involverade parterna av en verksamhetsövergång under vilken verksamhetstyp den övertagna verksamheten klassificeras. Detta med tanke på att viktningen av bedömningsgrunderna skiljer sig åt beroende på verksamhetstyp.⁵⁷⁸ Om det är oklart till vilken verksamhetstyp den övertagna verksamheten tillhör försvårar detta därmed för de involverade parterna att förutse huruvida 6 b § LAS blir tillämplig.

Den sista otydligheten som jag vill lyfta fram och som har försvårat besvarandet av arbetets frågor är osäkerheten huruvida den avgörande vikten som ges bedömningsgrunden som verksamheten huvudsakligen bygger på är absolut. Detta beror på att övertagandet av denna bedömningsgrund har getts avgörande vikt i senare mål av EUD vilket går emot förklaringen i tidigare Schmidt-målet, att arbetstagarnas skydd inte ska vara beroende av ett enda kriterium. Som det redan har förklarats i 7.1.1 skulle utöver detta, givet att den avgörande vikten är absolut, den obligatoriska helhetsbedömningen bli överflödigt så snart det avgörande kriteriet inte är uppfyllt. Det är inte klart om utsagan i Schmidt-målet är obsolet och den avgörande vikten är absolut eller om det kan finnas fall där inte det kriteriet som ges avgörande vikt uppfylls, men en verksamhetsövergång med hänsyn till helhetsbedömningen ändå ska anses föreligga.⁵⁷⁹ Denna osäkerhet som kvarstår försvårar förutsebarheten avseende när 6 b § LAS ska bli tillämplig och är därmed problematisk ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Slutligen vill jag påpeka att senare rättspraxis, trots den ovan nämnda kvarstående osäkerheten, ändå verkar ha förbättrat förutsebarheten när 6 b § LAS blir tillämplig. Det har blivit tydligt att bedömningsgrunden som verksamheten huvudsakligen bygger på ges avgörande vikt, om inte alltid så åtminstone som huvudregel.⁵⁸⁰ Denna utveckling stärker förutsebarheten gällande 6 b § LAS:s tillämplighet då en förvärvare numera alltid eller åtminstone med hög sannolikhet borde kunna utgå ifrån att paragrafen inte blir tillämplig så snart det avgörande kriteriet inte uppfylls. Att förutsebarheten har stärkts är i förlängningen positivt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Slutligen måste dock betänkas att denna utveckling sker på bekostnad av arbetstagarnas skydd vid arbetsgivarbyte. Deras skydd försvagas genom att utvecklingen underlättar för förvärvaren

⁵⁷⁷ Se avsnitt 2.3; 2.4; 7.1.2.

⁵⁷⁸ Se avsnitt 7.1.5.

⁵⁷⁹ Se avsnitt 4.1; 5.1.1; 6.2.5; 6.2.6; 6.3.2; 7.1.1; 7.1.2.

⁵⁸⁰ Se avsnitt 6.2.5; 6.2.6; 6.3.2; 7.1.1.

att aktiv undvika att bli bunden av 6 b § LAS, genom att inte uppfylla det kriteriet som det läggs avgörande vikt vid.⁵⁸¹

⁵⁸¹ Jfr avsnitt 1.4; 3.1; 4.1; 4.2.2.2; 5.1.1; 7.1.1.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 14., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Andersson, Anderz, Edström, Örjan & Zanderin, Lars, *Arbetsrätt*, 6., [rev.] uppl., Liber, Malmö, 2013.

Barnard, Catherine, *EC employment law*, 4. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2012.

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

Baudenbacher, Carl, "The EFTA Court's Contribution to the Realisation of a Single Market", *Common Market Law Review*, 2018, Vol. 29, s. 671-690, 2018.

Bernitz, Ulf, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 14. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2018.

Bylund, Bo & Hedlund, Helena, *Anställningsskyddslagen: med kommentar*, 11., [rev.] uppl., Norstedt, Stockholm, 2011.

Bäckström, Magnus, *Anställningsskyddslagen: med kommentar*, 12., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.

Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, 3., [uppdaterade] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2016.

Göransson, Håkan Gabinus & Garpe, Bengt, *Arbetsrätten: en introduktion*, 7. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod", i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21-46.

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

Lundberg, Konrad, *Juridik: civilrätt, straffrätt, processrätt*, 2., [uppdaterade] uppl., Sanoma utbildning, Stockholm, 2013.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd: en lagkommentar*, 10., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

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

Nielsen, Ruth, *EU-arbejdsret*, 4. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006.

Nielsen, Ruth, *EU labour law*, 2. uppl., DJØF Publishing, Copenhagen, 2013.

Nyström, Birgitta: "Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet", i: Eklund, Ronnie (red.), *Festskrift till Hans Stark*, 1. uppl., Jure [distributör], Stockholm, 2001.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 5. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Nyström, Birgitta, Edström, Örjan & Malmberg, Jonas (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2012.

Papadopoulou, Frantzeska & Skarp, Björn, *Juridikens nycklar: introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*, 1. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Petersson, Olof, *Rättsstaten: frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik*, 1. uppl., Publica, Stockholm, 1996.

Reichel, Jane: 'Eu-rättslig metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2. uppl., Studentlitteratur, Lund 2018, s. 109-142.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Segerstedt, Torgny T., *Rättssäkerhet och demokrati*, Ratio, Stockholm, 1985.

Selberg, Niklas, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: en studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*, Lunds Universitet, Juridiska fakulteten, Lund, 2017.

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv: en introduktion*, 2., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011.

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, 7. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Sveriges advokatsamfund, *Sveriges advokatsamfunds rättssäkerhetsprogram.*, Samf., Stockholm, 1988.

Viklund, Lars & Wästfelt, Martin, *Arbetsrätt i praktiken: en handbok*, 19. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2017.

Zila, Josef, "Om rättssäkerhet", *Svensk Juristtidning*, 1990, häfte 4, s. 284-305, 1990.

Åhnberg, Lars, *LAS-handboken: lagtext, kommentarer, AD-domar*, 8., [uppdaterade] uppl., Lars Åhnberg AB, Stockholm, 2017.

Öman, Sören, *Lagen om anställningsskydd: en kommentar*, 2. uppl., Karnov Group, Stockholm, 2017.

Offentligt tryck

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

Elektroniska källor

Sveriges Domstolar, *EU-domstolen*, <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolar-i-Europa/EU-domstolen/>, besökt 2019-02-06.

Rättsfallsförteckning

EU- domstolen

Mål C-24/85 *Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV och Alfred Benedik en Zonen BV*, EU:C:1986:127

Mål C-287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mot Ny Mølle Kro*, EU:C:1987:573

Mål C-324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Daddy's Dance Hall A/S*, EU:C:1988:72

Mål C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol m.fl.*, EU:C:1992:220

Mål C-392/92 *Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, EU:C:1994:134

Mål C-48/94 *Ole Rygaard mot Dansk Arbejdsgiverforening*, EU:C:1995:290

Mål C-298/94 *Annette Henke mot Gemeinde Schierke och Verwaltungsgemeinschaft "Broeken"*, EU:C:1996:382

Mål C-13/95 *Ayse Sützen mot Zehnacker Gebäudereinung GmbH Krankenhausservice*, EU:C:1997:141

Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez och Contratas Limpiezas SL, m.fl.*, EU:C:1998:594

Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser, Sociedad Cooperativa Minerva och Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn Sicherheitsdienst*, EU:C:1998:595

Mål C-173/96 *Francisca Sánchez Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser, Sociedad Cooperativa Minerva* ur förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser, Sociedad Cooperativa Minerva och Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn Sicherheitsdienst*, EU:C:1998:595

Mål C-247/96 *Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn Sicherheitsdienst* ur förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser, Sociedad*

Cooperativa Minerva och Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn Sicherheitsdienst, EU:C:1998:595

Mål C-234/98 *G. C. Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd.*, EU:C:1999:594

Mål C-172/99 *Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi och Pentti Juntunen*, EU:C:2001:59

Mål C-51/00 *Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen m.fl.*, EU:C:2002:48

Mål C-340/01 *Carlito Abler m.fl. mot Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH*, EU:C:2003:692

Mål C-478/03 *Celtec Ltd mot John Astley m.fl.*, EU:C:2005:321

Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir mot Securicor Aviation (Germany) Ltd och Kotter Aviation Security GmbH & Co. KG*, EU:C:2005:778

Mål C-458/05 *Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH (PPS)*, EU:C:2007:512

Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg mot Ferrotron Technologies GmbH*, EU:C:2009:85

Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) mot Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe och Ministerio Fiscal*, EU:C:2010:452

Mål C-463/09 *CLECE SA mot Maria Socorro, Martin Valor och Ayuntamiento de Cobisa*, EU:C:2011:24

Mål C-108/10 *Ivana Scattolon mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, EU:C:2011:542

Mål C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) mot Luis Aira Pascual m.fl.*, EU:C:2015:781

Mål C-200/16 *Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança SA mot ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA, Arthur George Resendes m.fl.*, EU:C:2017:780

Mål C-472/16 *Jorge Luís Colino Sigüenza mot Ayuntamiento de Valladolid, In-Pulso Musical SC, Miguel del Real Llorente, Administrador Concursal de Músicos y Escuela SL, Músicos y Escuela SL, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, EU:C:2018:646

Mål C-60/17 *Ángel Somoza Hermo, Ilusión Seguridad SA mot Esabe Vigilancia SA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, EU:C:2018:559

EFTA-domstolen

Mål E-02/95 *Eidesund*, 1995/1996 EFTA Court Report 1, dom den 25 september 1996

Mål E-03/95 *Langeland*, 1995/1996 EFTA Court Report 36, dom den 25 september 1996

Mål E-02/96 *Ulstein och Roiseng*, 1995/1996 EFTA Court Report 65, dom den 19 december 1996

Mål E-03/96 *Ask m.fl.*, 1997 EFTA Court Report 1, dom den 14 mars 1997

Mål E-03/01 *Islandspóstur*, 2002 EFTA Court Report 202, dom den 22 mars 2002

Mål E-02/04 *Rasmussen, Rossavik och Kåldman*, 2004 EFTA Court Report 57, dom den 10 december 2004

Mål E-10/14 *Enes Deveci m.fl.*, 2014 EFTA Court Report 1364, dom den 18 december 2014

Arbetsdomstolen

AD 1995 nr 96 *Swebus I*

AD 1995 nr 163 *Swebus III*

AD 1997 nr 81 *Finfast*

AD 1997 nr 67 *Segersta*

AD 1998 nr 144 *Jolantas Blommor*

AD 1998 nr 146 *Copperdeli*

AD 1999 nr 21 *SIV*

AD 1999 nr 36 *ISS Sverige AB*

AD 2001 nr 101 *TV-magasinet*

AD 2002 nr 63 *LNB Catering*

AD 2008 nr 51 *SCA Timber AB*

AD 2008 nr 64 *Ekonomistäd*

AD 2010 nr 25 *OMAB*

AD 2010 nr 88 *InfoCare Service AB*

AD 2011 nr 54 *DHX Invest AB*

AD 2013 nr 47 *ChoHSMG*

AD 2014 nr 1 *ISS Facility Services AB*

AD 2014 nr 14 *Malmö stad*

AD 2014 nr 28 *SJ AB*

AD 2014 nr 46 *IRIS-skolan*

AD 2014 nr 91 *Folkets hus*

AD 2016 nr 59 *Försvarmakten*