



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Alexander Lindkvist

Individuella avtalsvillkor vid verksamhetsövergång

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin: VT 2023

Innehållsförteckning

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord	6
Förkortningar	7
1 Inledning	8
1.1 Bakgrund.....	8
1.2 Syfte och frågeställningar.....	10
1.3 Metod, material och forskningsläge.....	10
1.3.1 Metod.....	10
1.3.2 Material.....	14
1.3.3 Forskningsläge.....	14
1.4 Avgränsningar.....	15
1.5 Disposition.....	16
2 Introduktion till ämnet	17
2.1 Överlåtelsedirektivet 2001/23/EG.....	17
2.2 Verksamhetsövergång.....	22
2.2.1 Inledning.....	22
2.2.2 Rekvisiten i överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS.....	23
2.2.3 Helhetsbedömningen.....	26
3 Svensk implementering och tillämpning	32
3.1 Inledning och personkrets.....	32
3.2 Solidariskt ansvar.....	33
3.3 Uppsägningsförbud.....	33
3.4 Väsentlig förändring av arbetsvillkor.....	34
3.5 Arbetstagares rätt att stanna kvar.....	35
3.6 Kollektivavtal och anställningsvillkor.....	36
3.6.1 Inledning.....	36
3.6.2 Ettårsregeln.....	37
3.6.3 Individuellt avtalade villkor.....	38
3.6.4 Övergång av kollektivavtal.....	39
3.6.5 Några tankar om kollektivavtalsövergång.....	42
3.7 Svensk rätt i förhållande till direktivet.....	43
4 Individuella avtalsvillkor	45
4.1 Inledning.....	45
4.2 Det individuella avtalet.....	46
4.3 Arbetstagares rättighetseftergift.....	50
4.4 Ensidigt reglerade villkor.....	53
4.5 Hänvisningsklausuler – dynamiska och statiska.....	55

4.5.1 Inledning.....	55
4.5.2 Mål C-499/04 Werhof.....	56
4.5.3 Mål C-426/11 Alemo-Herron.....	58
4.5.4 Förenade målen C-680/15 och C-681/15 Asklepios Kliniken	59
4.5.5 Sammanfattning, tillämpning och tankar	60
<i>4.6 Lojalitet och konkurrensklausuler</i>	<i>64</i>
4.6.1 Inledning.....	64
4.6.2 Konkurrensklausuler – rättslig översikt	65
4.6.3 Konkurrensklausuler och verksamhetsövergång.....	68
4.6.4 Några tankar om konkurrensklausuler	71
5 Sammanfattande diskussion	75
Käll- och litteraturförteckning	79
Rättsfallsförteckning	82

Summary

The purpose of this essay is to examine individual employment conditions in relation to the rules on transfer of undertakings in 6 b § Employment Protection Act (LAS). The overall questions are to what extent individual conditions are transferred and to what extent these conditions are protected. In addition, the border against the collectively agreed terms and conditions and when the terms of the collective agreement take precedence in a transfer situation are investigated. Non-competition clauses and incorporation clauses, the latter meaning a clause in the individual employment agreement that refers to a collective agreement, are dealt with in particular.

The main rule in the transfer of undertaking regulations is that all rights and obligations arising from the employment relationship are transferred from transferor to transferee at the time of transfer. The rules, however, do not aim to give the employee a stronger protection and the transferee can change the individual agreement the same way the transferor could under national law.

The main questions in the transfer of undertaking system are: when is there a transfer of undertaking and what applies when such a transfer is at hand. The essay provides an overview of both the transfer and the effects of the transfer. The system can be said to constitute a two-level protection. On the one hand, the employment as such is protected, on the other hand the employment conditions that applied immediately before the transfer are protected. The two levels overlap, but it is the protection of employment conditions that is the focus of the investigation.

The existence of a collective agreement and the organizational status of the workers affect the protection of the individual employment conditions. In addition, the aftereffect of the collective agreement as well as incorporation clauses in the individual agreement could mean that collectively agreed terms are either considered to constitute individual terms or take precedence over individual terms. The protection of employment conditions differs depending on whether it is a condition arising from a collective or an individual agreement that transfers. This becomes important in regard to the transferees possibilities to change the conditions but also regarding the time period within which changes may not be made.

In addition to the protection of the employment conditions, the employee's right to not transfer and completely waive the protection provided by the transfer rules as well as the extent to which she can waive her rights arising from a transfer are examined. The main rule is that the employee who does not want to transfer can choose to resign from the transferor or remain employed by the transferor. Waiver of rights in relation to the transferee is not permitted, the regulations are mandatory for both employers and employees.

The overall conclusion of is that the multifaceted protection in the transfer rules means that an assessment of which conditions are protected and transferred must be made in each individual case. Something that is made more difficult by the fact that the factors that affect the assessment of both the transfer and the protection of employment conditions are constantly shifted in the courts.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att undersöka individuella anställningsvillkor i förhållande till reglerna om verksamhetsövergång i 6 b § LAS. De övergripande frågorna är i vilken utsträckning individuella villkor övergår och hur skyddet för villkoren ser ut. Därtill behandlas gränsen mot de kollektivavtalade villkoren och när kollektivavtalets villkor får företräde vid en övergångssituation. Särskilt behandlas konkurrensklausuler och hänvisningsklausuler. Det senare innebärande en klausul i det individuella avtalet som hänvisar till ett kollektivavtal.

Huvudregeln i övergångsregelverket är att alla rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet övergår från överlåtaren till förvärvaren vid övergångstidpunkten. Reglerna syftar inte till att ge arbetstagaren ett starkare skydd och förvärvaren kan ändra det individuella avtalet på samma sätt som överlåtaren enligt nationell rätt kunde göra.

De huvudsakliga frågorna i systemet är: när föreligger en verksamhetsövergång och vad gäller när en sådan övergång är för handen. I uppsatsen redogörs översiktligt för både övergångsbegreppet och verkningarna av övergången. Systemet kan sägas utgöra ett skydd i två nivåer. Dels skyddas anställningen som sådan, dels skyddas villkoren som gällde omedelbart före övergången. De två nivåerna överlappar men det är villkorsskyddet som är fokus för undersökningen.

Arbetsgivarparternas bundenhet till kollektivavtal och de övergående arbetstagarnas organisationsstatus påverkar skyddet för de individuella villkoren. Därtill kan bland annat kollektivavtalets efterverkan och hänvisningsklausuler i det individuella avtalet innebära att kollektivavtalade villkor antingen anses utgöra individuella villkor eller får företräde framför individuella villkor. Villkorsskyddet ser annorlunda ut beroende på om det är ett kollektivavtalsvillkor eller ett individuellt avtalat villkor som övergår. Det får betydelse för förvärvarens möjligheter att ändra villkoren men även för den tidsrymd inom vilken ändringar inte får företas.

Utöver skyddet för villkoren undersöks arbetstagaren rätt att helt avstå skyddet övergångsreglerna ger och i vilken mån denne kan efterge sina rättigheter. Huvudregeln är att arbetstagaren som inte vill övergå kan välja att säga upp sig från överlåtaren eller kvarstanna i anställning hos överlåtaren. Rättighetseftergift i förhållande till förvärvaren är inte tillåtet, regelverket är tvingande för både arbetsgivare och arbetstagare.

Den övergripande slutsatsen är att övergångssystemets mångfacetterade skydd innebär att en bedömning av vilka villkor som övergår och skyddas måste göras i varje enskilt fall. Något som försvåras av att de faktorer som påverkar bedömningen av såväl övergången som villkorsskyddet ständigt förskjuts i domstolarna.

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare professor Birgitta Nyström för goda råd, påpekanden, genomläsningar och trevliga handledarsamtal. Jag vill även tacka Jenny Söberg och Maria Bergström på Setterwalls Advokatbyrå i Malmö för inspiration till ämnesvalet.

Malmö i maj 2023
Alexander Lindkvist

Förkortningar

EFTA-domstolen – Europeiska frihandelssammanslutningens domstol.

EKMR – Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

EU – Europeiska unionen

EU-domstolen – Europeiska unionens domstol.

EU:s rättighetsstadga – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

FEU – Fördraget om Europeiska unionen.

FEUF – Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

LAS – Lag (1982:80) om anställningsskydd.

MBL – Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När företag och organisationer, eller delar av dem, omorganiseras och byter ägare, fusioneras, outsourcas eller privatiseras uppstår arbetsrättsliga frågeställningar. Vad blir konsekvenserna för personalen och deras anställningar, vad händer med kollektivavtalen och vilka möjligheter har den nya arbetsgivaren att organisera verksamheten och planera personalstyrkan?

Inom Europeiska unionen (EU) har regler om arbetsrättslig verksamhetsövergång funnits sedan 1970-talet.¹ Regelverket uppställer minimikrav vid verksamhetsövergång och huvudregeln är att om det föreligger ett arbetsgivarbyte så övergår personalen och de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningarna i den övergående verksamheten till den nya arbetsgivaren, förvärvaren.² Regelverket har sedan 1970-talet utvecklats och ändringar i direktivet, främst föranledda av avgöranden i Europeiska unionens domstol (EU-domstolen), företogs i slutet av 1990-talet. Det nu gällande direktivet, 2001/23/EG (*överlåtelsedirektivet*)³, innebär inte någon ändring i sak utan är en konsolidering av de två tidigare direktiven på området.⁴ EU:s regelverk implementerades i svensk rätt under mitten av 1990-talet och den svenska regleringen följer i stort direktivets bestämmelser.⁵

Överlåtelsedirektivets huvudsyfte är att skydda arbetstagarnas rättigheter när företag och verksamheter övergår från en arbetsgivare till en annan.⁶ Direktivet tillkom som en konsekvens av den ekonomiska utvecklingen inom unionen och att företag i stor utsträckning sammanslogs och överläts.⁷

¹ Källström & Malmberg (2019) s. 289.

² Källström & Malmberg (2019) s. 294.

³ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

⁴ Nyström (2021) s. 299.

⁵ Se, om implementeringen, prop. 94/95:102 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*.

⁶ Direktiv 2001/23/EG ingressen stycke (3).

⁷ Direktiv 2001/23/EG ingressen stycke (2).

Frågan om huruvida en verksamhetsövergång i direktivets mening skett eller ej har lett till en stor mängd avgöranden både i EU-domstolen och i de nationella domstolarna.⁸ Domstolarnas praxis utifrån regelverket är spretig⁹ och övergångsfrågan, såväl som frågor om verkningarna av övergången, fortsätter att skapa mål i domstolarna. Det svårtolkade och svårtillämpade regelverket kräver mycket resurser vid planering av verksamhetsövergångar och parterna måste redan från början göra en prognos över om övergången kommer att aktualisera regelverket och hur detta påverkar transaktionen.¹⁰

I överlåtelsedirektivets kärna ligger att alla överlåtarens rättigheter och skyldigheter utifrån de anställningsförhållanden som finns vid övergången automatiskt övergår till förvärvaren vid övergångstidpunkten. Det enda undantaget är vissa pensionsrättigheter.¹¹ Trots det nyss nämnda har EU-domstolen bedömt att vissa villkor eller klausuler i det individuella avtalet kan vara för betungande för förvärvaren för att villkoren ska binda denne. EU-domstolen har vid sina bedömningar hänvisat till den negativa föreningsfriheten¹² i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) såväl som till näringsfriheten¹³ i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU:s rättighetsstadga). Direktivet syftar, enligt EU-domstolen, inte enbart till att skydda arbetstagarnas intressen utan även till att säkerställa att jämvikt råder mellan förvärvarens och arbetstagarens intressen. Däri ligger att förvärvaren efter övergången måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten.¹⁴ När det är påkallat av omständigheterna ska därför en intresseavvägning företas vid bedömningen av de övergående rättigheterna och skyldigheterna.

⁸ Källström & Malmberg (2019) s. 289.

⁹ Jfr Nyström (2021) s. 337.

¹⁰ Nyström (2021) s. 338.

¹¹ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.

¹² Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168.

¹³ Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken*, EU:C:2017:317.

¹⁴ Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken*, EU:C:2017:317, punkt 22; jfr AD 2008 nr 61.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med föreliggande uppsats är att undersöka och analysera den arbetsrättsliga regleringen kring verksamhetsövergångar med fokus på skyddet för individuella avtalsvillkor. Regleringen är en skyddslagstiftning till förmån för arbetstagaren och dennes rättigheter samtidigt som EU-domstolen flertalet gånger uttalat att en avvägning ska göras mellan arbetstagarens och förvärvarens intressen. Intresseavvägningen har främst aktualiserats vid bedömningen av *hänvisningsklausuler* – klausuler i det individuella avtalet som hänvisar till kollektivavtal – varför dessa undersöks särskilt. Även arbetsrättsliga *konkurrensklausuler* behandlas ingående då sådana villkor dels regleras i individuella avtal, dels har speciella verkningar avseende tiden efter anställningen som kan vara intressanta i en övergångssituation.

Följande frågeställningar ligger till grund för arbetet:

- I vilken utsträckning övergår individuella avtalsvillkor vid verksamhetsövergång?
- Hur ser skyddet för de individuella avtalsvillkoren ut?

För att kunna besvara frågeställningarna är det även nödvändigt att i viss mån utreda vad som utgör ett individuellt avtalsvillkor och hur de individuella avtalsvillkoren avgränsas från de kollektivt avtalade villkoren. Vidare behöver frågor om när kollektivavtalade villkor får företräde framför individuellt avtalade villkor beröras.

1.3 Metod, material och forskningsläge

1.3.1 Metod

Det traditionella metodvalet vid juridisk uppsatsskrivning är den *rättsdogmatiska metoden*, denna metod har valts i föreliggande arbete. Den rättsdogmatiska metoden innebär att gällande rätt – *de lege lata* – utrönes med hjälp av en kritisk granskning av relevanta rättskällor och att resultatet

av undersökningen sedan appliceras på frågeställningarna.¹⁵ Rättsdogmatikens uppgift beskrivs som en tolkning och systematisering av gällande rätt.¹⁶ Utöver en *de lege lata*-argumentation tillåter den rättsdogmatiska metoden även att en diskussion förs *de lege feranda*.¹⁷

Rättskällorna kan förenklat sägas vara: lag, förarbeten, praxis och doktrin.¹⁸ EU-rätten intar en särställning genom sitt företräde framför nationell rätt.¹⁹ Vid studier i arbetsrätt är, utöver de traditionella rättskällorna, även kollektivavtalet en viktig rättskälla.²⁰

Rättskällorna ska behandlas på olika sätt i den juridiska argumentationen till följd av rättskällennormer. Rättskällorna *ska*, *bör* eller *får* beaktas. Lagar och föreskrifter *ska* beaktas. I den mån lag eller föreskrift påfordrar det gäller detsamma för kollektivavtal. Praxis och förarbeten *bör* beaktas och doktrin och myndighetsbeslut *får* beaktas.²¹

I uppsatsen används förutom den rättsdogmatiska metoden även med nödvändighet EU-rättslig metod. EU-rätten har företräde framför nationell rätt vilket i praktiken innebär att en nationell regel som står i strid med EU-rätten inte ska tillämpas av den nationella domstolen eller av rättstillämpande myndigheter.²² Det EU-rättsliga företrädet följer (mycket förenklat) av att gemenskapsrätten är en rättsordning medlemsstaterna gemensamt kommit överens om.²³ EU kan beskrivas som en rättsordning i två nivåer, den gemensamma och de 27 nationella. Det medför bland annat att regler antagna på gemenskapsnivå tolkas och tillämpas av domstolar på nationell nivå.²⁴ Den nationella domstolen måste även beakta om regler från EU har så kallat direkt effekt och kan göras gällande av enskilda samt överväga i vilken mån EU-konform tolkning är aktuell.²⁵ Det senare innebärande att även om någon tydlig EU-rättslig regel som medför direkt

¹⁵ Jfr Kleineman (2018) s. 21.

¹⁶ Peczenik (1990) s. 42.

¹⁷ Kleineman (2018) s. 36 f.

¹⁸ Kleineman (2018) s. 21.

¹⁹ Hettne & Eriksson (2011) s. 173.

²⁰ Se Hansson (2010) s. 62 f.; jfr Nyström (2021) s. 67; jfr Peczenik (1990) s. 47.

²¹ Peczenik (1990) s. 47 f. Listan är givetvis inte uttömmande och Peczenik nämner en rad andra källor.

²² Hettne & Eriksson (2011) s. 173 f.

²³ Jfr Hettne & Eriksson (2011) s. 174.

²⁴ Reichel (2018) s. 109.

²⁵ Reichel (2018) s. 113.

effekt inte finns kan rättigheter som skyddas av EU-rätten medföra att nationell rätt ska tolkas i överensstämmelse med dessa, även kallat principen om indirekt effekt.²⁶ Det ska även nämnas att EU-domstolen främst tillämpar en teleologisk tolkningsmetod, ändamålsenlig tolkning. (Ända)målet att skapa en gemensam inre marknad har länge styrts EU-domstolens praxis. Ytterligare mål har sedermera tillkommit i fördraget om Europeiska unionen (FEU), bland annat att ett högt miljöskydd och sociala framsteg ska eftersträvas.²⁷

Uppsatsen utgår från ett svenskt perspektiv och de svenska reglerna om verksamhetsövergång. Bestämmelserna kommer dock från EU:s regelverk på området, vilka huvudsakligen är minimibestämmelser. Det medför att den svenska implementeringen präglas av så kallat EU-dispositivitet (semidispositiva regler med EU-spärr). Nationella regler, inberäknat kollektivavtal, får inte ge sämre skydd än vad som följer av minimibestämmelserna från EU.²⁸ Ytterst är det EU-domstolen som avgör när en situation omfattas av överlåtelsedirektivet och de nationella bestämmelser som utgår från direktivet.²⁹ Det nyss nämnda innebär att även om det främst är de svenska övergångsreglerna som behandlas så måste dessa ses i ljuset av EU-rätten.

I Källström & Malmbergs bok *"Anställningsförhållandet"* ges på sida 290 ett förslag på hur man *"[...] kan eller t.o.m. bör närma sig frågor om tolkning [...]"* av reglerna om verksamhetsövergång:

”Det naturliga är att starta med 2001 års direktiv. Man bör därefter kritiskt bedöma om och i vilken utsträckning EU-domstolens praxis rörande 1977 års direktiv alltjämt har relevans. Därefter måste man vända sig till den nationella nivån för att fråga hur denna ska tolkas i ljuset av EU-rätten. Det handlar för det första om att tolka nationella regler EU-konformt (men även vid brister i genomförandet beakta möjligheten av att reglerna har direkt

²⁶ Se, om direkt och indirekt effekt, Bernitz & Kjellgren (2018) s. 114–127.

²⁷ Reichel (2018) s. 122 f.

²⁸ Nyström (2021) s. 331.

²⁹ Prop. 94/95:102 s. 31.

effekt etc.). Därefter handlar det om att överväga om de nationella reglerna tillför något utöver vad som följer av direktivets minimiregler.”³⁰

Denna angreppsmetod används i uppsatsen och det sistnämnda uppmärksammas särskilt i det avsnitt som behandlar skillnaderna mellan överlåtelsedirektivet och svensk rätt.

Såvitt gäller frågan om betydelsen av äldre praxis från EU-domstolen sällar jag mig till Nyströms uttalande om att 2001 års överlåtelsedirektiv endast avser en kodifiering av de två tidigare direktiven och EU-domstolens praxis.³¹ Överlåtelsedirektivet infördes på 1970-talet, ändrades på slutet av 1990-talet och konsoliderades år 2001. Ändringarna i överlåtelsedirektivet har framförallt föranletts av utvecklingen i EU-domstolen. Eftersom direktivet till stor del är en kodifiering av praxis på området bör även tidiga avgöranden tillmätas rättskällevärde i den mån senare avgöranden inte föranleder annat.

Frågan om betydelsen av svenska förarbeten i förhållande till överlåtelsedirektivet berörs i en artikel av Malmberg. Han menar att en distinktion måste göras mellan sådant i förarbetena som endast är en *tolkning* av direktivet och sådant som är klara uttryck för lagstiftarens mening att göra tillåtna *avsteg* från direktivet, antingen vad gäller ett val av flera givna alternativ eller vad gäller införande av ett starkare skydd än de minimibestämmelser som direktivet föreskriver. Uttalanden som endast utgör en tolkning får bedömas på samma sätt som doktrinen medan tydliga, tillåtna, avsteg från direktivet bör tillmätas samma rättskällevärde som förarbeten normalt har i nationella lagstiftningsärenden.³² Denna ståndpunkt är logisk och följer av att förarbetena vid implementering av EU-direktiv inte huvudsakligen skapar (förslag till) ny rätt utan endast genomför EU-rätten i nationell lagstiftning.³³

³⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 290.

³¹ Nyström (2017) i hennes not [17].

³² Malmberg (2010) s. 526 f.

³³ Se, om implementering av direktiv, Bernitz & Kjellgren (2018) s. 58 ff.

1.3.2 Material

I uppsatsen används de traditionella rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin. Det finns en stor mängd avgöranden på området från både EU-domstolen och Arbetsdomstolen. EU-domstolens rika praxis såväl som förarbetena från implementeringsgenomförandet i svensk rätt används flitigt. I de övergripande, mer deskriptiva, delarna används Källström & Malmbergs bok *"Anställningsförhållandet"* som utgångspunkt.

1.3.3 Forskningsläge

Nuvarande regelverk infördes i svensk rätt i mitten av 1990-talet. Johann Mulder disputerade år 2004 med sin avhandling *"Anställningen vid verksamhetsövergång"*.³⁴ Avhandlingen behandlar regelverket, och särskilt övergångsfrågan, ingående. Det har dock snart gått 20 år sedan boken skrevs och en mängd avgöranden har tillkommit. Birgitta Nyström gör i sin bok *"EU och arbetsrätten"*³⁵ från år 2021 en grundlig genomgång av aktuellt regelverk med många referat av både nyare och äldre avgöranden från EU-domstolen. Överlåtelsedirektivets förhållande till svensk rätt och Arbetsdomstolens praxis behandlas också ingående i boken.

Utöver de två nämnda forskarnas böcker är det främst i artiklar och uppsatser i juridiska publikationer och festskrifter forskning på området hittas. T.ex. har Jonas Malmberg skrivit en artikel om pensionsrättigheter³⁶, en annan om gränsöverskridande³⁷ verksamhetsövergångar och, tillsammans med Sören Öman, en artikel om kollektivavtalet³⁸ vid verksamhetsövergång.

Systemet för verksamhetsövergångar har orsakat många tvister och det finns trots en omfattande praxis fortsatt många obesvarade frågor.³⁹ I det följande är förhoppningen att åtminstone belysa några av dessa frågor och problem.

³⁴ Mulder (2004).

³⁵ Nyström (2021).

³⁶ Malmberg (2010).

³⁷ Malmberg (2004).

³⁸ Malmberg & Öman (2017).

³⁹ Bruun & Laulom (2019) s. 331.

1.4 Avgränsningar

Överlåtelsedirektivet reglerar en mängd olika förhållanden och av bland annat utrymmesskäl är avgränsningar nödvändiga. Följande större avgränsningar har gjorts. Mindre avgränsningar görs även löpande i uppsatsen.

Överlåtelsedirektivet gäller för de verksamheter som ligger inom EU-fördragets territoriella räckvidd och tillämpas även vid gränsöverskridande verksamhetsövergångar (artikel 1.2). Skillnaden mellan en övergång inom samma land och en övergång över en gräns ligger framförallt i att man i det senare fallet måste förhålla sig till lagvals- och domsrättsregler. Detta regelverk och hur det tillämpas behandlas inte i uppsatsen.⁴⁰

Överlåtelsedirektivet innehåller regler om medbestämmande och arbetstagarrepresentanter. Dessa regler tas upp översiktligt i förhållande till direktivet men berörs inte vad gäller den svenska implementeringen annat än i förhållande till arbetstagares rätt att motsätta sig övergången i 6 b § lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Verkningar av övergången i form av t.ex. förhandlings- och samrådsplikt är intressant men ligger i periferin av uppsatsens fokus. Av den anledningen behandlas de inte närmare.

Av 6 b § tredje stycket LAS framgår, precis som i överlåtelsedirektivets artikel 3.4, att ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner på grund av kompletterande pensionssystem inte övergår. Regeln träffar de individuella avtalsvillkoren, motsvarande undantag saknas i 28 § lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) som reglerar kollektivavtalade villkor. Kollektivavtalade pensionsförmåner är därmed inte undantagna och svensk rätt går längre än vad överlåtelsedirektivet kräver i denna del.⁴¹ Dessa undantagna förmåner och förmåner som gränsar till dem har behandlats utförligt i doktrinen och berörs inte vidare i uppsatsen.⁴²

Reglerna om verksamhetsövergång gäller enligt överlåtelsedirektivet inte vid konkurs- eller motsvarande insolvensförfarande när syftet är att

⁴⁰ Den som vill fördjupa sig i lagvals- och domsrättsreglerna vid verksamhetsövergång kan med fördel läsa Malmberg (2004).

⁴¹ Källström & Malmberg (2019) s. 302.

⁴² Se Malmberg (2010) s. 519–527; Nyström (2017) s. 215 ff.; Malmberg (2005/06) s. 210 f.

likvidera överlåtarens tillgångar och förfarandet står under offentlig tillsyn, om inte medlemsstaterna föreskriver annat. I svensk rätt undantas övergång i samband med konkurs uttryckligen i 6 b § LAS. Att konkurs inte omfattas av regelverket innebär dock inte att vissa typer av insolvensförfarande, där syftet är att underlätta fortsatt drift, är undantagna.⁴³ Även detta ligger emellertid utanför uppsatsens räckvidd.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel 2 med en rättslig översikt av överlåtelsedirektivet och en genomgång av vad som konstituerar en verksamhetsövergång. I kapitel 3 behandlas den svenska implementeringen av direktivet och hur regelverket tillämpas i svensk rätt. De individuellt avtalade villkoren behandlas i kapitel 4 med särskilt fokus på hur hänvisningsklausuler och arbetsrättsliga konkurrensklausuler bedöms av regelverket och domstolarna. Analys görs löpande i uppsatsen och en sammanfattande diskussion med presentation av slutsatser förs i kapitel 5.

⁴³ Se Nyström (2021) s. 313 ff. för en genomgång av direktivets regler om insolvens och konkurs.

2 Introduktion till ämnet

2.1 Överlåtelsedirektivet 2001/23/EG

I takt med upprättandet av en gemensam marknad och avvecklandet av handelshinder mellan EU:s medlemsstater uppstod ett behov av att skydda arbetstagare som påverkades av den ökande mängden företagsomstruktureringar. År 1977 antogs det första överlåtelsedirektivet⁴⁴ med syfte att skydda arbetstagarnas ställning vid olika former av företagssammanslagningar och företagsöverlåtelser. Den politiska tanken⁴⁵ med regelverket var att skapa acceptans hos arbetstagarna för den fortsatta ekonomiska integrationen inom unionen. Ett ändringsdirektiv antogs år 1998 och sedan år 2001 gäller den konsoliderade versionen, direktiv 2001/23/EG.⁴⁶

Överlåtelsedirektivet är ett minimidirektiv enligt dess artikel 8 och reglerar i huvudsak två frågor, huruvida en verksamhetsövergång kommit till stånd och de rättsliga verkningarna av en sådan övergång.⁴⁷ En övergång enligt direktivet är för handen när en ekonomisk enhet med bibehållen identitet, innebärande en organiserad gruppering tillgångar och vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, övergår från en *överlåtare* till en *förvärvare*.⁴⁸ De tre villkoren för en verksamhetsövergång är således *övergångskriteriet*, *enhetskriteriet* och *identitetskriteriet*.⁴⁹ En övergång enligt överlåtelsedirektivet förutsätter ett byte av arbetsgivare och rena aktieöverlåtelser aktualiserar inte regelverket.⁵⁰ Överlåtelsedirektivet och frågan om huruvida en verksamhetsövergång enligt detsamma är för handen har gett upphov till en stor mängd avgöranden.⁵¹ EU-domstolen har i flera

⁴⁴ Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

⁴⁵ Davies (2001) s. 134.

⁴⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 289.

⁴⁷ Nielsen (2013) s. 433.

⁴⁸ Direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.b; Källström & Malmberg (2019) s. 290.

⁴⁹ Mulder (2016) s. 442 f.

⁵⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 290.

⁵¹ Nyström (2021) s. 300.

mål, på senare år i t.ex. *Grafe och Pohle*⁵², uttryckt att det är identitetskriteriet som är det avgörande av de tre kriterierna. I princip ska verksamheten vara den samma före och efter övergången för att identitetskriteriet ska vara uppfyllt och frågan domstolarna ställer sig är om det rör sig om ”*a going concern*”.⁵³ I det så kallade *Spijkersmålet*⁵⁴ inför EU-domstolen sju faktorer⁵⁵ som *kan* vägas in i den helhetsbedömning som ska göras för att avgöra om en övergång enligt direktivet skett eller ej. De sju Spijkers-faktorerna är:

1. Arten av företaget eller verksamheten
2. Huruvida företagets materiella tillgångar överförts eller ej
3. Överförda immateriella tillgångars värde vid övergångstidpunkten
4. Om majoriteten av anställda har tagits över av förvärvaren eller ej
5. Om kunderna tagits över eller ej
6. Graden av verksamhetens likhet före och efter övergången
7. Hur lång tid verksamheten legat nere (i förekommande fall)⁵⁶

De arbetstagare som vid tidpunkten för arbetsgivarbytet är anställda hos överlåtaren går i samband med övergången automatiskt över till förvärvaren.⁵⁷ EU-domstolen har uttalat att tidpunkten för arbetsgivarbytet, och därmed övergången, är en särskild tidpunkt som inte kan flyttas fram till en annan tidpunkt enligt förvärvarens eller överlåtarens önskemål. Det är med andra ord inte möjligt att senarelägga den automatiska övergången av anställningarna.⁵⁸ Övergången innebär en substitution av arbetsgivare vilken i EU-domstolens dom *Daddys dance hall* beskrivs som att ”[...]the transferee [...] stands in the shoes of the transferor[...]”.⁵⁹ Substitutionen

⁵² Mål C-298/18, *Grafe & Pohle*, EU:C:2020:121, punkt 23.

⁵³ Källström & Malmberg (2019) s. 291.

⁵⁴ Mål 24/85, *Spijkers*, EU:C:1986:127.

⁵⁵ Oftast benämns dessa ”Spijkers-kriterierna” (se t.ex. Källström & Malmberg (2019) s. 292), detta är dock något missvisande eftersom ordet ”kriterier” antyder krav på uppfyllnad. Jag sällar mig till Johann Mulders terminologi och väljer att kalla dem ”Spijkers-faktorerna” (se Mulder (2016) s. 444).

⁵⁶ Mål 24/85, *Spijkers*, EU:C:1986:127.

⁵⁷ Källström & Malmberg (2019) s. 290 och s. 294.

⁵⁸ Mål C-478/03, *Celtec Ltd*, EU:C:2005:321.

⁵⁹ Mål C-324/86, *Daddys dance hall*, EU:C:1988:72, punkt 13.

medför enligt huvudregeln att de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet går över från överlåtaren till förvärvaren vid övergången.⁶⁰ Överlåtelsedirektivet syftar till att åstadkomma en partiell harmonisering på området, huvudsakligen genom att utvidga räckvidden av de regler som normalt gäller på den nationella arbetsmarknaden till att gälla även vid en verksamhetsövergång.⁶¹ Överlåtelsedirektivet syftar således inte till att skapa ett starkare skydd för arbetstagarna än vad dessa har i andra fall. Förvärvaren, som tagit över personal, har samma möjligheter att ändra anställningsavtalet som överlåtaren hade haft enligt nationell rätt.⁶² Partsväxlingsmodellen är automatisk och omedelbar och regelverket är tvingande. Överlåtare och förvärvare kan t.ex. inte avtala om att viss personal ska stanna kvar hos överlåtaren. Partsväxlingen kräver vidare inget samtycke eller någon annan rättshandling för att anställningarna ska övergå.⁶³ En arbetstagare som inte önskar gå över till förvärvaren kan välja att inte fortsätta sin anställning hos denne och därmed inte komma i åtnjutande av direktivets skydd. En skyldighet att fortsätta anställningsförhållandet hos förvärvaren skulle enligt EU-domstolen stå i strid med arbetstagarens grundläggande rättigheter.⁶⁴ Direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva ett solidariskt ansvar för överlåtare och förvärvare rörande de skyldigheter gentemot arbetstagarna som på grund av anställningen uppkommit före övergången.⁶⁵

EU-domstolen har i förhållande till arbetstagarens anställningstid (tjänstgöringsår) hos överlåtaren uttalat att trots att det inte är en rättighet som kan göras gällande hos förvärvaren ska anställningstiden beaktas i den mån den ligger till grund för beräkning av andra ekonomiska rättigheter.⁶⁶ Så är ofta fallet t.ex. vid beräkning av ingångslön och uppsägningstid.

Arbetstagarbegreppet i överlåtelsedirektivet definieras som *”varje person som i den berörda medlemsstaten åtnjuter skydd som arbetstagare enligt*

⁶⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 294.

⁶¹ Se t.ex. mål C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2014:2197.

⁶² Källström & Malmberg (2019) s. 296.

⁶³ Mulder (2016) s. 445.

⁶⁴ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.*, EU:C:1992:517, punkt 32 ff.

⁶⁵ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.1.

⁶⁶ Se t.ex. mål C-336/15, *Unionen*, EU:C:2017:276.

*den nationella lagstiftningen rörande anställningsförhållandet.*⁶⁷

Direktivet ska inte påverka nationell lagstiftning när det gäller definitionen av anställning eller anställningsförhållanden.⁶⁸ Direktivet ställer dock upp regler om att anställningsavtal inte får uteslutas från direktivets räckvidd enbart på grund av att det handlar om anställningsavtal med begränsat antal timmar som utförs eller ska utföras, tillfälliga eller tidsbegränsade anställningar eller anställningar som utförs vid uthyrningsföretag.⁶⁹

Vid en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet ska förvärvaren vara bunden av de villkor i löpande kollektivavtal som gällde vid tidpunkten för övergången på samma sätt som överlåtaren var bunden. Bundenheten består till dess avtalets giltighet löper ut eller ett nytt kollektivavtal börjat gälla. Medlemsstaterna ges möjlighet att begränsa bundenheten av överlåtarens kollektivavtal till att gälla i högst ett år.⁷⁰ Det är de bestämmelser i kollektivavtalet som skapar rättigheter och skyldigheter för arbetstagarna, de normativa villkoren,⁷¹ som förvärvaren blir bunden av. Regler som rör förhållandet till fackföreningen omfattas inte och förvärvaren inträder inte som avtalspart i kollektivavtalet.⁷² Regeln om kollektivavtalets övergång påverkar enbart de arbetstagare som var anställda vid verksamhetsövergången, senare anställda arbetstagare omfattas inte av artikel 3.3 eller de kollektivavtalade villkoren.⁷³

Från huvudregeln om att alla rättigheter och skyldigheter övergår till förvärvaren undantas arbetstagarnas rätt till ålders-, invaliditets- och efterlevandeförmåner som grundas på kompletterande pensionssystem. Medlemsstaterna kan föreskriva att dessa förmåner ska ingå vid övergången och undantagsbestämmelserna innefattar inte nationella regler om socialförsäkring.⁷⁴

⁶⁷ Direktiv 2001/23/EG artikel 2.1.d.

⁶⁸ Direktiv 2001/23/EG artikel 2.2.

⁶⁹ Direktiv 2001/23/EG artikel 2.2; Nyström (2021) s. 301.

⁷⁰ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.3.

⁷¹ En uppdelning brukar göras mellan de *normativa* och de *obligatoriska* villkoren i ett kollektivavtal. De senare avser villkoren i förhållandet mellan arbetsgivare och fackförening, se Nyström (2021) s. 330 f.

⁷² Källström & Malmberg (2019) s. 296.

⁷³ Källström & Malmberg (2019) s. 296.

⁷⁴ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.4.a.

Överlåtelsedirektivet ger medlemsstaterna rätt att besluta om åtgärder för att se till att överlåtaren informerar förvärvaren om alla rättigheter och skyldigheter som övergår. Att överlåtaren inte informerar, eller lämnar bristfällig information, saknar betydelse för regelverkets tillämplighet. Finns rättigheterna och skyldigheterna så övergår de.⁷⁵

Överlåtelsedirektivet förbjuder uppsägning som grundas på övergången. Förbudet gäller för såväl överlåtare som förvärvare och är således tillämpligt både före och efter att övergången ägt rum. Uppsägningsförbudet innebär inte ett hinder att säga upp arbetstagare på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl (så kallade *ETO-skäl*) som innefattar förändringar i arbetsstyrkan.⁷⁶ Upphör anställningen på grund av en väsentlig förändring av arbetsvillkoren vid övergången och denna förändring är till nackdel för arbetstagaren anses den nye arbetsgivaren vara ansvarig för att anställningen sagts upp, så kallad provocerad uppsägning.⁷⁷

I överlåtelsedirektivet finns bestämmelser om arbetstagarrepresentanter och regler om information och samråd i samband med verksamhetsövergången. Reglerna beskrivs översiktligt här och behandlas inte vidare i uppsatsen. Arbetstagarrepresentation eller representationen för de arbetstagare som berörs av övergången ska, om verksamheten, företaget eller del av verksamheten behåller sin självständighet, bibehållas på samma villkor som före övergångstidpunkten gällde enligt lag eller avtal. En förutsättning är att de villkor som är nödvändiga för inrättande av arbetstagarrepresentationen uppfylls. Om nödvändiga villkor för förnyad utnämning av arbetstagarrepresentanter eller representation föreligger ska istället sådan utnämning göras. Behåller verksamheten inte sin självständighet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att tillse att de arbetstagare som berörs av övergången, och som varit representerade tidigare, fortsatt representeras fram till dess förnyad utnämning av representation kommit till stånd.⁷⁸ Arbetstagarrepresentant och liknande uttryck definieras enligt direktivet som "*arbetstagarnas representanter*

⁷⁵ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.2.

⁷⁶ Direktiv 2001/23/EG artikel 4.1.

⁷⁷ Direktiv 2001/23/EG artikel 4.2.

⁷⁸ Direktiv 2001/23/EG artikel 6.

enligt medlemsstaternas lagar eller praxis”⁷⁹. Upphör uppdraget för representanterna i samband med verksamhetsövergången ska representanterna alltså åtnjuta det skydd de har i medlemsstaternas lagar, andra författningar eller praxis.⁸⁰

Vid en verksamhetsövergång är förvärvare och överlåtare skyldiga att informera representanterna för av övergången berörda arbetstagare. Informationen ska innefatta: tidpunkt eller föreslagna tidpunkt för övergången; skälen för övergången; de juridiska, ekonomiska och sociala följderna av övergången för arbetstagarna; samt vilka åtgärder som planeras i förhållande till arbetstagarna. Informationen ska lämnas i god tid före övergången och i förvärvarens fall åtminstone före det att arbetstagarnas arbets- eller anställningsvillkor direkt påverkas av övergången.⁸¹ Samråd ska ske i god tid när överlåtare eller förvärvare planerar åtgärder i förhållande till sina arbetstagare. Det finns ingen skyldighet att uppnå ett resultat med samrådet.⁸²

2.2 Verksamhetsövergång

2.2.1 Inledning

Vad som utgör en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS är en fråga som givit upphov till en stor mängd avgöranden från både Arbetsdomstolen och EU-domstolen.⁸³ Övergångsfrågan är inte central i föreliggande arbete men en uppsats om verksamhetsövergångar utan åtminstone en översiktlig utredning av verksamhetsövergångsbegreppet blir inte komplett.⁸⁴ Inledningsvis kan nämnas att det vid den svenska implementeringen av överlåtelsedirektivet uttalades att begreppet övergång i 6 b § LAS knyter an till det övergångsbegrepp överlåtelsedirektivet har.⁸⁵

⁷⁹ Direktiv 2001/23/EG artikel 2.

⁸⁰ Direktiv 2001/23/EG artikel 6.2.

⁸¹ Direktiv 2001/23/EG artikel 7.1.

⁸² Nyström (2021) s. 322; AD 2014 nr 14.

⁸³ Källström & Malmberg (2019) s. 292.

⁸⁴ I prop. 94/95:102 finns flera tidiga avgöranden refererade, i Mulder (2004) behandlas frågan utförligt och i Nyström (2021) avsnitt 13.3 och 13.5 refereras och behandlas många av de nyare avgörandena från både EU-domstolen och Arbetsdomstolen.

⁸⁵ Prop. 94/95:102 s. 80.

Av det följer att begreppet övergång enligt svensk rätt har samma innebörd som i överlåtelsedirektivet och ska tolkas i enlighet med direktivet och EU-domstolens praxis på området.⁸⁶

I den svenska översättningen av överlåtelsedirektivet används ordet *överlåtelse*. I svensk rätt har man valt att istället använda ordet *övergång*. Övergång knyter enligt motivuttalandena an till de, i Sverige, tidigare gällande reglerna och ordet ansågs bättre spegla de situationer som avses i överlåtelsedirektivet.⁸⁷ Vad som avses är att det inte finns krav på ett rättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare, vilket ordet övergång bättre uttrycker.⁸⁸ Begreppet *övergång* används genomgående i uppsatsen.

2.2.2 Rekvisiten i överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS

Överlåtelsedirektivets första artikel anger att direktivet ska *”tillämpas vid en överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion.”* Som nämnts i avsnitt 2.1 framgår det av direktivets artikel 1.1.b att tre kumulativa kriterier ska vara uppfyllda för att en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet ska vara för handen. Det ska vara en *övergång* av en *ekonomisk enhet* som behåller sin *identitet* efter övergången.⁸⁹

Vad som enligt det första kriteriet utgör en *övergång* har länge varit relativt klart.⁹⁰ Övergången ska vara genomförd i en avtalsenlig kontext (*”lagenlig överlåtelse”*) och innebära ett byte av arbetsgivare.⁹¹ Det krävs dock inte ett direkt rättsligt samband mellan två parter utan även en övergång i flera steg där den första och sista parten inte har något avtal är möjlig.⁹² EU-domstolen tolkar begreppet *”lagenlig överlåtelse”* relativt brett på grund av skillnader i såväl översättning av direktivet som definitionen av övergång i de nationella lagstiftningarna. Direktivet är enligt domstolen *”[...]tillämpligt i samtliga fall när det som ett led i ett*

⁸⁶ AD 2014 nr 14; jfr dock nedan om enhetsbegreppet och offentlig verksamhet.

⁸⁷ Prop. 1994/95:102 s. 41.

⁸⁸ Lunning, Toijer & Lindblom (2021) kommentaren till 6 b § LAS.

⁸⁹ Direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.b.

⁹⁰ Beltzer (2007) s. 140; jfr Mulder (2016) s. 443.

⁹¹ Direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.a.

⁹² Se t.ex. mål C-51/00, *Temco*, EU:C:2002:48, punkt 21 och punkt 31–33.

avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift[...]” och denne i samband med detta tar på sig en arbetsgivares skyldigheter gentemot arbetstagarna.⁹³

Vad som utgör en *ekonomisk enhet*, enligt det andra kriteriet, är inte lika enkelt att bestämma. EU-domstolen har uttalat att det ska röra sig om [...] *en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till att utföra visst arbete.*⁹⁴ I ett senare mål har detta förtydligats och domstolen uttrycker att en ekonomisk enhet innebär en organisation av personer och tillgångar som kan bedriva ekonomisk verksamhet i vilken ett särskilt syfte eftersträvas.⁹⁵ Det innebär bland annat att en entreprenad som övergår från ett företag till ett annat för att *enbart färdigställa* entreprenaden inte utgör en verksamhetsövergång om den inte åtföljs av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gör det möjligt att stadigvarande fortsätta verksamheten. Så är inte fallet när endast viss personal och en del material övergått till den nya entreprenören för slutförande av entreprenaden.⁹⁶ Det finns inget krav vad gäller vinstsyfte men företaget måste bedriva ekonomisk verksamhet. Genom denna distinktion undantas många offentliga verksamheter av förvaltningskaraktär från regelverket i direktivet.⁹⁷ I svensk rätt omfattas även icke-ekonomiska, myndighetsutövande, enheter och all offentlig verksamhet, med personal som omfattas av LAS, kan därmed träffas av 6 b § LAS.⁹⁸

Ett självständigt och strukturerat kollektiv av arbetstagare kan utgöra en varaktigt organiserad ekonomisk enhet trots att några materiella eller immateriella tillgångar inte finns. Det blir aktuellt inom sektorer som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft. Självständighetskriteriet innebär att grupperingens ledning, utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer, ska kunna organisera arbetet inom gruppen genom att fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare inom enheten samt ge dessa order och instruktioner. Självständigheten förtas inte av att

⁹³ Mål C-171/94, *Merckx och Neuhuys*, EU:C:1996:87, punkt 28.

⁹⁴ Mål C-48/94, *Rygaard*, EU:C:1995:290, punkt 20.

⁹⁵ Mål C-151/09, *UGT-FSP*, EU:C:2010:452, punkt 26.

⁹⁶ Mål C-48/94, *Rygaard*, EU:C:1995:290, punkt 21 ff.; jfr AD 2008 nr 51.

⁹⁷ Direktiv 2001/23/EG, artikel 1.1.c; mål C-298/94, *Henke*, EU:C:1996:382, punkt 14 ff.

⁹⁸ Prop. 94/95:102 s. 49; jfr AD 1999 nr 21; se vidare i avsnitt 3.1 om personkrets.

arbetsgivaren har ett starkt inflytande på gruppens verksamhet – genom att denne ålägger gruppen klart angivna skyldigheter – men gruppen måste ha en viss frihet att bedriva och organisera verksamheten.⁹⁹

Den ekonomiska enheten som övergår ska slutligen bevara sin *identitet* efter övergången. Identitetskriteriet är enligt EU-domstolens fasta praxis det avgörande kriteriet för att fastställa om en övergång av verksamhet föreligger.¹⁰⁰ I Spijkers-målet myntades begreppet "*a going concern*" i förhållande till verksamhetsövergång. *A going concern* innebär att det inte räcker att tillgångar överförs utan förvärvaren ska överta en hos överlåtaren *aktiv* verksamhet och *fortsätta* med samma eller *likartad* aktivitet som den överlåtaren företog.¹⁰¹ Mulder delar in identitetskriteriet i dessa tre ytterligare kriterier: aktivitet, fortsättning och likhet.¹⁰²

Frågan om huruvida en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet kommit till stånd eller ej ska lösas genom att en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet företas. Särskilt ska de så kallade Spijkers-faktorerna beaktas. Faktorerna är dock endast aspekter av helhetsbedömningen och kan inte bedömas var för sig eller ses som kriterier.¹⁰³ Här kan erinras om att EU-domstolen vid ett förhandsavgörande inte dömer i sakfrågan,¹⁰⁴ den kompetensen ligger hos de nationella domstolarna. EU-domstolen klargör endast unionsrättens giltighet och hur den ska tolkas (artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF)). De nationella domstolarna ska sedan tillämpa den tolkning EU-domstolen gör vilket följer av den allmänna lojalitetsplikten i unionsrätten (artikel 4.3 FEU).¹⁰⁵ I nästa avsnitt behandlas helhetsbedömningen och Spijkers-faktorerna utifrån några avgöranden från EU-domstolen.

⁹⁹ Mål C-108/10, *Scattolon*, EU:C:2011:542, punkt 48–52.

¹⁰⁰ Mål C-298/18, *Grafe & Pohle*, EU:C:2020:121, punkt 23.

¹⁰¹ Mål 24/85, *Spijkers*, EU:C:1986:127, punkt 12 och punkt 15.

¹⁰² Mulder (2004) s. 255–271.

¹⁰³ Mål C-298/18, *Grafe & Pohle*, EU:C:2020:121, punkt 24.

¹⁰⁴ Det finns undantag där EU-domstolen uttalat att direktivet inte är tillämpligt i det aktuella fallet, se mål C-172/99, *Liikenne*, EU:C:2001:59.

¹⁰⁵ Bernitz & Kjellgren (2018) s. 240 f.; se även Nyström (2021) s. 47 f.

2.2.3 Helhetsbedömningen

Det avgörande vid bedömningen av en arbetsrättslig verksamhetsövergång är att en ekonomisk enhet med bibehållen identitet övergått från överlåtaren till förvärvaren.¹⁰⁶ De båda delarna *ekonomisk enhet som övergått* och den *ekonomiska enhetens bibehållna identitet* ska bedömas var för sig men de är även beroende av varandra. En ekonomisk enhet måste ha bibehållen identitet för att den ska ha övergått i överlåtelsedirektivets mening.¹⁰⁷ Görs bedömningen etappvis kan man efter att ha konstaterat att en ekonomisk enhet inte övergått bortse från frågan om enhetens bevarade identitet.¹⁰⁸ De båda delarna hanteras dock ofta gemensamt i den helhetsbedömning som görs.¹⁰⁹ I helhetsbedömningen vägs alla omständigheter in och de så kallade Spijkers-faktorerna anses vara vägledande bedömningskriterier.¹¹⁰ Spijkers-faktorerna listades i avsnitt 2.1.

Vid helhetsbedömningen av en verksamhetsövergång brukar en uppdelning mellan personalintensiv och materialintensiv verksamhet göras.¹¹¹ Om en verksamhet huvudsakligen baseras på materiella tillgångar måste¹¹² betydande delar av dem övergå för att identiteten ska bibehållas och är det en personalintensiv verksamhet krävs att den övergående personalen utgör en varaktig ekonomisk enhet (enligt definitionen i föregående avsnitt).¹¹³ Vilken vikt de olika Spijkers-faktorerna ska tillmätas vid bedömningen varierar, med nödvändighet, beroende på vilken verksamhet som bedrivs och vilka produktions- och driftsmetoder som används i företaget. När en verksamhet kan fungera utan materiella eller immateriella tillgångar kan identitetens bibehållande inte göras beroende av om sådana tillgångar övergått eller ej.¹¹⁴

¹⁰⁶ Direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.b; se även t.ex. mål C-463/09, *CLECE*, EU:C:2011:24, punkt 33.

¹⁰⁷ Mulder (2004) s. 256.

¹⁰⁸ Jfr Mulder (2004) s. 134.

¹⁰⁹ AD 2014 nr 28; Källström & Malmberg (2019) s. 293.

¹¹⁰ Se t.ex. mål C-298/18, *Grafe & Pohle*, EU:C:2020:121, punkt 24; se även AD 2014 nr 14.

¹¹¹ Nyström (2021) s. 316.

¹¹² Jfr dock mål C-298/18 *Grafe & Pohle*, EU:C:2020:121 refererat nedan.

¹¹³ Nyström (2021) s. 317.

¹¹⁴ Mål C-13/95, *Süzen*, EU:C:1997:141, punkt 18.

Några mål i EU-domstolen har berört bussverksamhet som övergått och gränsdragningen mellan materialintensiv och personalintensiv verksamhet har där aktualiserats.

I *Liikenne*¹¹⁵ hade ett busstransportavtal övergått genom ett upphandlingsförfarande och den nya arbetsgivaren vägrade tillämpa samma anställningsvillkor som arbetstagarna hade hos den tidigare arbetsgivaren. Frågan i målet var om en verksamhetsövergång ägt rum då driften av linjetrafik med buss övergår från ett bussföretag till ett annat genom ett upphandlingsförfarande. Liikenne hade inte övertagit några bussar eller något annat betydande material. De busschaufförer som sagts upp hos det tidigare bussbolaget och sökte anställning hos Liikenne anställdes, dock med sämre villkor. Två arbetstagare menade att en verksamhetsövergång skett och krävde med stöd av överlåtelsedirektivet samma villkor som hos den tidigare arbetsgivaren. EU-domstolen svarade jakande på frågan om ett upphandlingsförfarande kan konstituera en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet och gick sedan vidare till att förse den nationella domstolen nödvändiga tolkningsdata för att kunna bedöma aktuell övergång.

Domstolen uttalade att det i synnerhet ska tas hänsyn till vilken typ av verksamhet eller företag det rör sig om och att den vikt de olika Spijkers-faktorerna ska tillmätas med nödvändighet varierar beroende på verksamheten och dess driftsätt. Ett kollektiv av arbetstagare kan utgöra en ekonomisk enhet men när verksamheten är busstrafik kan verksamheten inte anses i huvudsak vara baserad på arbetskraft eftersom omfattande materiel och tillgångar behövs. Då verksamheten utgör kollektivtrafik med buss och bussarna är absolut nödvändiga för att verksamheten ska fungera väl kan enligt domstolen verksamhetens identitet inte anses ha bevarats om inte bussarna övergått. Direktivet var därmed inte tillämpligt på den uppkomna situationen.

EU-domstolen gör i *Liikenne* en tydlig uppdelning mellan personalintensiv och materialintensiv verksamhet och tydliggör att de olika Spijkers-faktorerna är högst beroende av verksamhetstyp. Majoriteten av de anställda hade övergått men eftersom verksamheten var i behov av bussarna för sin identitet var denna faktor inte avgörande. I målet *Grafe & Pohle*¹¹⁶ är slutsatsen delvis en annan.

¹¹⁵ Mål C-172/99, *Liikenne*, EU:C:2001:59.

¹¹⁶ Mål C-298/18, *Grafe & Pohle*, EU:C:2020:121.

Grafe och Pohle var två busschaufförer som sagts upp i samband med att ett entreprenadavtal om att driva kollektivtrafik med buss löpt ut. Grafe anställdes i verksamheten som övertog driften av busslinjerna, *OSL Bus* (OSL), dock med sämre villkor. Pohle blev inte anställd av OSL. Bägge väckte talan utifrån reglerna i överlåtelsedirektivet.

OSL hänvisade till domstolens avgörande i *Liikenne* och påtalade att några bussar inte tagits över i det nu aktuella fallet. Slutsatsen skulle därför bli densamma som i *Liikenne*-avgörandet. Den tidigare arbetsgivaren *Südbrandenburger Nahverkehrs* (SBN) menade att bussarna var gamla och samtidigt inte uppfyllde de föreskrifter som förelåg i anbudsinfordran om bland annat miljö och handikappanpassning. Det var därför inte möjligt för OSL att fortsätta driften med aktuella bussar även om de hade övertagits. Däremot fanns det krav i anbudsinfordran om att chaufförerna skulle ha kunskaper om bland annat busslinjer, vägar, rutter och tidtabeller i det aktuella området. Enligt SBN var det ont om sådana chaufförer på landsbygden. Den hänskjutande domstolen ställde, med hänvisning till SBN:s uttalanden, frågan om föreliggande mål kunde lösas på samma sätt som i *Liikenne*.

EU-domstolen redogjorde för ståndpunkterna i *Liikenne* och sade att bussarnas övergång eller ej i det målet var en omständighet som skulle tas i beaktande. Slutsatsen av *Liikenne* var, enligt domstolen, inte att övertagande av bussar är den enda avgörande faktorn vid övergång av en verksamhet som bedriver kollektivtrafik med buss. I *Grafe och Pohle* berodde beslutet att inte överta bussarna på yttre omständigheter, myndighetsföreskrifterna om miljömässiga och tekniska normer. Även den tidigare entreprenören hade behövt byta ut sina verksamhetstillgångar om de deltagit i upphandlingen. Att bussarna under de omständigheterna inte övergått innebar inte nödvändigtvis att direktivet inte var tillämpligt.

EU-domstolen uttalade att då bussarna med nödvändighet inte behöver övergå ska förhållandet att merparten av chaufförerna övergått utgöra en omständighet som ska beaktas i det aktuella målet. De övertagna chaufförerna hade tilldelats identiska arbetsuppgifter och hade kunskaper och kvalifikationer som var absolut nödvändiga för att verksamheten skulle kunna fortsätta utan avbrott. Slutsatsen var att det vid en materialintensiv verksamhet inte nödvändigtvis måste övergå verksamhetstillgångar om hinder därför föreligger på grund av föreskrifter som den upphandlande myndigheten uppställt. Det krävs dock andra sakomständigheter, som att merparten av personalen övergått och att verksamheten fortsatt utan avbrott, för att den ekonomiska enheten ska anses ha bevarat sin identitet.

I *Grafe & Pohle* var det inte tal om att chaufförerna utgjorde en varaktig ekonomisk enhet på det sätt som krävs vid bedömningen av en personalintensiv verksamhet.¹¹⁷ Hade hinder hänförligt till yttre omständigheter för användandet av bussarna inte förelegat hade bedömningen troligtvis varit den samma som i *Liikenne* och det hade inte rört sig om en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet. *Grafe & Pohle* nyanserar dock avgörandet *Liikenne* och kan ha betydelse även för framtida fall där betydande materiella tillgångar på grund av yttre omständigheter inte övergår i en materialintensiv verksamhet.

Av målet *Sigüenza*¹¹⁸ framgår att de materiella tillgångar som övergår vid en materialintensiv verksamhet inte behöver ägas av varken överlåtare eller förvärvare när det rör sig om en entreprenad och beställaren äger utrustningen.

I *Sigüenza* ägde en kommunal musikskola alla instrument, lokaler och annan nödvändig utrustning som krävdes för verksamheten medan musklärarna tillhandahölls av entreprenörer som drev verksamheten. En entreprenör sade upp avtalet och återlämnade allt lånat material till kommunen. Efter ny upphandling fick en annan entreprenör använda kommunens material. Det var tal om en materialintensiv verksamhet enligt EU-domstolen och det faktum att det var kommunen som ägde och tillhandahöll materialet innebar inte hinder för giltighet av överlåtelsedirektivet. Förutom materialet övertog den nya entreprenören även eleverna.

I *Sigüenza* prövades också betydelsen för bedömningen av övergången att verksamheten *legat nere* under fem månader.

Omständigheten att en verksamhet ligger nere är en faktor som ska beaktas vid bedömningen. Att en verksamhet *legat nere* och inte haft någon personal utesluter inte att en övergång enligt direktivet ägt rum. En verksamhet som ligger nere under ”*enbart några månader*” kan enligt domstolen bibehålla sin identitet. Av de fem

¹¹⁷ Jfr mål C-108/10, *Scattolon*, EU:C:2011:542, punkt 48–52.

¹¹⁸ Mål C-472/16, *Colino Sigüenza*, EU:C:2018:646.

månaderna i målet som musikskoleverksamheten legat nere avsåg tre månader sommaruppehållet.¹¹⁹

Att överlåtelsedirektivet är tillämpligt när endast en del av en verksamhet eller ett företag övergår framgår av direktivtexten.¹²⁰ Kravet att föremålet som övergår är en självständig ekonomisk enhet och att denna behåller sin identitet gäller på samma sätt som när hela verksamheten övergår.¹²¹ I målet *Schmidt*¹²² var det en ensam städerska på en bank som sades upp efter att hon avböjt anställning på sämre villkor hos en entreprenör som övertagit städningen av banken. Varken omständigheten att det bara var en arbetstagare eller avsaknaden av materiella tillgångar uteslöt tillämplighet av direktivet.¹²³

Schmidtmålet har kritiserats för att ge övergångsbegreppet en för vid omfattning, fokus låg i målet på den arbetsuppgift som hade övergått.¹²⁴ I Schmidtmålet gjordes inte heller den gängse identitetsbedömningen utifrån Spijkers-faktorerna.¹²⁵ I senare mål har EU-domstolen uttryckt att en stabilt organiserad ekonomisk enhet inte kan reduceras till att innebära den verksamhet (arbetsuppgift) den bedriver. Det krävs, för identitet, även andra omständigheter som personal, driftsmetoder och organisation av arbetet m.m.¹²⁶ Schmidtmålet är således ett bra exempel på när EU-domstolens äldre avgöranden kan vara obsoleta i vissa delar. Att det räcker att bara en enda arbetstagare finns i den övergående verksamheten för att direktivet ska vara tillämpligt gäller dock.¹²⁷

I förhållande till *Schmidt* kan nämnas att rätten till återanställning i svensk rätt gäller gentemot förvärvaren när en arbetstagare på grund av arbetsbrist sagts upp av överlåtaren och lämnat verksamheten före övergångstidpunkten (25 § LAS). I en materialintensiv verksamhet bör därför en övergång enligt 6 b § LAS vara möjlig trots att den övergående

¹¹⁹ Mål C-472/16, *Colino Sigüenza*, EU:C:2018:646.

¹²⁰ Direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.a.

¹²¹ Direktiv 2001/23/EG artikel 1.1.b.

¹²² Mål C-392/92, *Schmidt*, EU:C:1994:134.

¹²³ Mål C-392/92, *Schmidt*, EU:C:1994:134.

¹²⁴ Mulder (2004) s. 148.

¹²⁵ Mulder (2004) s. 148.

¹²⁶ Mål C-13/95, *Süzen*, EU:C:1997:141, punkt 15.

¹²⁷ Nielsen (2013) s. 433.

verksamheten inte har några anställda alls. Det förutsätter dock att verksamheten inte ligger nere under för lång tid och att det finns en eller flera personer med återanställningsrätt som kan väcka talan.

Av målet *ISS Facility*¹²⁸ följer att det dels är tillåtet enligt överlåtelsedirektivet att delar av en verksamhet övergår på flera förvärvare, dels att vid en övergång från en överlåtare till flera förvärvare ska, om möjligt, arbetstagarens tjänst delas proportionerligt mellan förvärvarna. Är det inte möjligt eller om arbetstagarens rättigheter enligt direktivet påverkas negativt genom uppdelningen ska förvärvaren eller förvärvarna anses vara ansvariga för att anställningen upphört oavsett om uppsägningen föranletts av dem eller ej (provocerad uppsägning).

I en personalintensiv verksamhet måste förvärvaren överta en huvuddel, i förhållande till antal och kompetens, av personalen och fortsätta med den verksamhet som bedrevs av överlåtaren för att identiteten ska bibehållas.¹²⁹ Att förvärvaren inte övertar huvuddelen av arbetstagarna kan därmed vid en bedömning av en personalintensiv verksamhet innebära att direktivet inte blir tillämpligt.¹³⁰ Att EU-domstolen lägger så stor vikt vid vilken typ av verksamhet som bedrivs och huruvida personal eller ej övergått vid en personalintensiv verksamhet har kritiserats.¹³¹ Bedömningssättet innebär också att om en stor del av arbetstagarna i en personalintensiv verksamhet motsätter sig övergången kan följden bli att övergången inte ses som en verksamhetsövergång. De arbetstagare som *ville* övergå åtnjuter då inga rättigheter enligt överlåtelsedirektivet eftersom det inte blir tillämpligt.

Den genomgång som här gjorts är på inget sätt uttömmande utan utgör exempel på vad som vägs in i helhetsbedömningen och hur en övergång enligt överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS kan hanteras. I nästa kapitel behandlas den svenska implementeringen och verkningarna av övergången.

¹²⁸ Mål C-344/18, *ISS Facility Services*, EU:C:2020:239

¹²⁹ Mål C-108/10, *Scattolon*, EU:C:2011:542, punkt 62.

¹³⁰ Beltzer (2007) s. 143 ff.

¹³¹ Beltzer (2007) s. 139–155.

3 Svensk implementering och tillämpning

3.1 Inledning och personkrets

I svensk rätt har överlåtelsedirektivet implementerats i LAS och MBL.¹³² En följd av att reglerna om skydd för, och automatisk övergång av, individuella anställningsvillkor infördes i LAS är att enbart de arbetstagare som omfattas av LAS¹³³ åtnjuter överlåtelsedirektivets skydd. Detta ansågs dock vara förenligt med direktivet.¹³⁴ Reglerna om verksamhetsövergång gäller arbetstagare i såväl allmän som enskild tjänst. Det diskuterades vid implementeringen huruvida ett undantag för de offentligt anställda som arbetade i verksamhet av förvaltande karaktär borde införas men man valde att innefatta även dessa i systemet. En lösning som ligger väl i linje med strävandet att ha lika regler på den offentliga och den privata arbetsmarknaden.¹³⁵ Eftersom överlåtelsedirektivet vid tiden för implementeringen i svensk rätt ansågs vara otydligt rörande tillämpligheten på offentlig verksamhet valde man att i 6 b § LAS uttryckligen nämna att arbetstagare i allmän tjänst omfattades, trots att detta följde redan av 1 § LAS.¹³⁶ Överlåtelsedirektivet har sedermera ändrats och en regel om offentlig verksamhet har förts in i artikel 1.1.c. Enligt artikeln skall direktivet tillämpas på offentliga företag som bedriver ekonomisk verksamhet men inte på övergångar av administrativa funktioner mellan offentliga förvaltningsmyndigheter. Svensk rätt går i denna del längre än vad direktivet kräver och omfattar all offentlig verksamhet och de offentligt anställda som träffas av LAS. Vad den svenska lagstiftaren gjort är dock inte att utvidga personkretsen utan att utvidga definitionen av en övergång till att även omfatta icke-ekonomisk verksamhet. Övergångsbegreppet har därmed blivit mer vidsträckt i svensk rätt.¹³⁷

¹³² Prop. 1994/95:102 s. 1 f.

¹³³ Bland annat undantas personer med företagsledande eller jämförbar ställning och personer som tillhör arbetsgivarens familj, se 1 § LAS.

¹³⁴ Prop. 1994/95:102 s. 41.

¹³⁵ Prop. 1994/95:102 s. 49.

¹³⁶ Prop. 1994/95:102 s. 80.

¹³⁷ Nyström (2021) s. 335 f.

3.2 Solidariskt ansvar

Huvudregeln om rättigheters och skyldigheters automatiska övergång från överlåtare till förvärvare har införts i 6 b § LAS och följer i princip ordalydelsen i överlåtelsedirektivet. Ett solidariskt ansvar mellan överlåtare och förvärvare har införts avseende förpliktelser som uppstått före övergången. Det ansågs lämpligt att införa detta extra skydd t.ex. för det fall en arbetstagare med fordringar på överlåtaren övergår till en resurssvag förvärvare.¹³⁸ Förvärvaren kan ha en regressrätt mot överlåtaren om förvärvaren betalat för en fordran hänförlig till överlåtaren. Huruvida en regressrätt föreligger styrs av avtalet mellan förvärvare och överlåtare, arbetstagaren kan rikta sitt krav mot endera part.¹³⁹

3.3 Uppsägningsförbud

Vid övergång av verksamhet råder enligt överlåtelsedirektivet uppsägningsförbud om uppsägningarna beror enbart på övergången. I motivuttalandena till 7 § tredje stycket LAS diskuterades olika varianter av implementering och vilken av dessa som skulle ge bäst skydd för de övergående arbetstagarna. Det slutliga förslaget innebar att en arbetsbristsituation hos överlåtaren kan föranleda uppsägningar så länge något beslut om övergång inte fattats. Det ska vara tal om uppsägningar som skulle gjorts oavsett om verksamheten skulle övergå eller ej och uppsägningarna får inte vara dikterade av förvärvaren. Arbetstagare som sagts upp med löpande uppsägningstid vid övergångstidpunkten följer med till förvärvaren, fullföljer sin uppsägningstid hos denne och har således sin återanställningsrätt hos den nya arbetsgivaren.¹⁴⁰ Återanställningsrätt hos förvärvaren har även den arbetstagare som på grund av arbetsbrist sagts upp av överlåtaren och lämnat verksamheten före övergångstidpunkten om

¹³⁸ Prop. 1994/95:102 s. 47.

¹³⁹ Prop. 1994/95:102 s. 81.

¹⁴⁰ Prop. 1994/95:102 s. 44.

tidsramen för återanställningsrätten inte löpt ut (och övriga rekvisit i bestämmelsen är uppfyllda).¹⁴¹

Vid vilken tidpunkt uppsägningsförbudet aktualiseras vid ett verksamhetsövergångsförfarande kan vara svårt att avgöra på förhand. En huvudregel är att planerna på en övergång ska ha tagit en relativt fast form för att förbudet ska aktualiseras.¹⁴²

3.4 Väsentlig förändring av arbetsvillkor

Överlåtelsedirektivets artikel 4.2, som stadgar att arbetsgivaren ska anses vara ansvarig för att ett anställningsavtal upphört om övergången innebär en väsentlig förändring av arbetsvillkoren till nackdel för arbetstagaren, har inte ansetts nödvändig att implementera. I svensk rätt fanns redan regler om så kallad provocerad uppsägning och dessa bedömdes motsvara direktivets bestämmelser varför en lagändring inte var påkallad.¹⁴³ Provocerad uppsägning i svensk rätt innebär att en arbetstagares uppsägning i vissa fall ska ses som en uppsägning från arbetsgivarens sida. När arbetsgivaren handlat otillbörligt eller i strid med god sed på arbetsmarknaden och arbetstagaren därefter säger upp sig talar man om provocerad uppsägning. Arbetsgivaren ska ha insett att dennes agerande inneburit en svår situation för arbetstagaren och att situationen i förlängningen kunnat leda till uppsägning. Något krav på att arbetsgivarens syfte var att förmå arbetstagaren att säga upp sig finns inte.¹⁴⁴ Om en provocerad uppsägning är för handen, och saklig grund för uppsägning inte föreligger, kan uppsägningen ogiltigförklaras och arbetstagaren tilldömas både allmänt och ekonomiskt skadestånd enligt reglerna i LAS.¹⁴⁵

¹⁴¹ Prop. 1994/95:102 s. 82; 25 § LAS; AD 2009 nr 55.

¹⁴² Nyström (2017) s. 224.

¹⁴³ Prop. 1994/95:102 s. 48.

¹⁴⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 133.

¹⁴⁵ AD 2020 nr 23; saklig grund har sedermera bytts ut till sakliga skäl i 7 § LAS.

3.5 Arbetstagares rätt att stanna kvar

Överlåtelsedirektivet ger medlemsstaterna möjlighet att lagstifta om en rätt för arbetstagare att motsätta sig övergången. EU-domstolen har uttryckt att vilken effekt motsättandet ska ha är upp till medlemsstaten att bestämma. Motsättandet kan, enligt domstolen, t.ex. innebära att anställningsavtalet anses avslutat antingen på grund av arbetstagaren eller på grund av arbetsgivaren. Det är även möjligt att lagstifta om att arbetstagaren har rätt att *kvarstanna hos överlåtaren* vid en verksamhetsövergång.¹⁴⁶ Denna *reservationsrätt*¹⁴⁷ har införts i 6 b § fjärde stycket LAS och är utformad på så sätt att en arbetstagare, som inom skälig tid från att denne får vetskap om övergången, tillkännager sin inställning har rätt att stanna kvar hos överlåtaren. Att så är fallet framgår inte av lagtexten – som enbart ger arbetstagaren rätt att motsätta sig övergången – men är tydligt i motivuttalandena. Arbetstagaren riskerar givetvis att hos överlåtaren bli uppsagd på grund av en övertalighetssituation men om arbetstagaren har lång anställningstid och överlåtaren är ett stort företag kan omplaceringsmöjligheterna vara större hos överlåtaren än hos förvärvaren.¹⁴⁸ Arbetstagaren behöver inte uttryckligen meddela att denne önskar kvarstå hos överlåtaren utan kan även genom konkludent handlande – t.ex. genom att fortsätta arbetet hos överlåtaren – göra sin vilja känd. Regeln innehåller vidare inte något krav på vem av överlåtaren eller förvärvaren arbetstagaren ska meddela sitt beslut.¹⁴⁹ Rörande det sista har Arbetsdomstolen i AD 1998 nr 144 fastslagit att arbetstagaren ska meddela överlåtaren om denne önskar kvarstå. Att så är fallet följer enligt Arbetsdomstolen av allmänna principer om ensidiga rättshandlingar. Det är till ”[...]den hos vilken rättigheten görs gällande.” beskedet ska lämnas.

Att de svenska reglerna ger arbetstagaren rätt att kvarstanna hos överlåtaren förtar inte arbetstagarens grundläggande rättighet att frånträda

¹⁴⁶ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.*, EU:C:1992:517, punkt 32 ff.

¹⁴⁷ Terminologi hämtad från Johann Mulder (se t.ex. Mulder (2016) s. 445).

¹⁴⁸ Prop. 1994/95:102 s. 46.

¹⁴⁹ Mulder (2004) s. 304 f.

anställningen enligt huvudregeln i överlåtelsedirektivet.¹⁵⁰ Ett sådant frånträde innebär i svensk rätt en uppsägning från arbetstagarens sida enligt gängse regler. Uppsägningstid enligt kollektivavtal eller LAS ska därmed respekteras.¹⁵¹ Arbetstagaren kommer genom att frånträda anställningen inte i åtnjutande av det skydd övergångsreglerna¹⁵² innebär och någon rätt till återanställning vid egen uppsägning föreligger inte.¹⁵³

3.6 Kollektivavtal och anställningsvillkor

3.6.1 Inledning

I 28 § MBL har regler om övergång av kollektivavtal och tillämpning av sådana implementerats. När en verksamhet övergår följer enligt huvudregeln även gällande kollektivavtal, i tillämpliga delar, med till förvärvaren. Är förvärvaren redan bunden av ett annat kollektivavtal som kan tillämpas på de övergående arbetstagarna tränger förvärvarens avtal undan det i överlåtarens verksamhet (28 § första stycket). De normativa villkoren i överlåtarens kollektivavtal ska dock i ett sådant fall tillämpas under ett år om inte avtalet löpt ut eller nytt avtal slutits för aktuella övertagna arbetstagare innan dess (28 § tredje stycket). Med ”nytt avtal” avses inte förvärvarens befintliga avtal utan snarare så kallade inrangeringsavtal i vilket de övertagna arbetstagarnas villkor anpassas till förvärvarens befintliga verksamhet under övergångsperioden.¹⁵⁴ I detta avseende skiljer sig den svenska regeln från överlåtelsedirektivet. Enligt direktivet kan förvärvarens befintliga avtal tillämpas på de övergående arbetstagarna omedelbart, det krävs inte att det är ett ”nytt” avtal.¹⁵⁵ Att så var fallet uppmärksammades i de svenska förarbetena men man valde att gå

¹⁵⁰ Mulder (2004) s. 304 och s. 309; se även förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.*, EU:C:1992:517, punkt 32 ff.

¹⁵¹ 4 & 11 §§ LAS.

¹⁵² Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.*, EU:C:1992:517, punkt 36.

¹⁵³ 25 § LAS.

¹⁵⁴ Prop. 1994/95:102 s. 85.

¹⁵⁵ Se t.ex. mål C-108/10, *Scattolon*, EU:C:2011:542. EU-domstolen uttalar dock att tillämpningen av förvärvarens avtal inte får innebära en påtaglig lönesänkning i förhållande till arbetstagarens situation närmast före övergången.

längre än vad direktivet kräver.¹⁵⁶ Individuellt avtalade villkor övergår enligt 6 b § LAS såvitt inte ett kollektivavtal får företräde genom reglerna i 28 § MBL. Det är bara de arbetstagare som enligt 26 § MBL är medlemsbundna av överlåtarens kollektivavtal som har *rätt* att behålla sina villkor enligt kollektivavtalet.¹⁵⁷ Utanförstående och oorganiserade har således ett svagare skydd mot villkorsförsämring än vad de medlemsbundna har.

Skyddet för arbetstagarens anställningsvillkor vid övergång av verksamhet följer huvudsakligen av de tre nämnda reglerna, 6 b § LAS om *individuella villkor*, *ettårsregeln* i 28 § tredje stycket MBL och *övergång av kollektivavtal* i 28 § första stycket MBL. De tre reglerna ska hållas isär.¹⁵⁸

3.6.2 Ettårsregeln

Begränsningen av de normativa villkorens tillämpningstid till minst ett år utgör den så kallade *ettårsregeln* vilken ligger som en option i överlåtelsedirektivets artikel 3.3. Att kollektivavtalets normativa villkor ska tillämpas till dess kollektivavtalet löper ut eller nytt (annat) börjat gälla är obligatoriskt, att begränsa tiden (till minst ett år) eller ej står medlemsstaterna fritt att välja.¹⁵⁹ I svensk rätt valde man att införa ettårsregeln eftersom reglerna i de två första styckena i 28 § MBL inte ansågs uppfylla det krav direktivet uppställer om att förvärvaren ska vara bunden av villkoren i kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren. Skyddet för villkoren brast i de fall förvärvaren var bunden av ett annat kollektivavtal eller när kollektivavtalet sägs upp med verkan från övergångstidpunkten i enlighet med 28 § andra stycket MBL. Ettårsregeln är endast aktuell i de två nämnda fallen.¹⁶⁰ Ettårsregeln gäller bara de arbetstagare som övergår från överlåtaren. Villkoren ska inte tillämpas på förvärvarens personal eller personal anställd efter övergången. Det är de

¹⁵⁶ Prop. 1994/95:102 s. 55.

¹⁵⁷ SOU 1994:83 s. 93 och s. 142; prop. 1994/95:102 s. 50 f. och s. 56.

¹⁵⁸ Källström & Malmberg (2019) s. 296.

¹⁵⁹ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.3.

¹⁶⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 298; se även AD 2000 nr 8 om förhållandet mellan första och tredje stycket i 28 § MBL.

normativa villkoren i kollektivavtalet som skyddas och ettårsregeln medför inte så kallad *fredsplikt*.¹⁶¹ I det fall förvärvaren bryter mot de normativa kollektivavtalsvillkor som ska tillämpas enligt ettårsregeln kan allmänt skadestånd enligt 54 § MBL bli aktuellt.¹⁶² När begreppet *ettårsregeln* används i det följande inbegriper detta samtliga regler om övergångsperioden i 28 § tredje stycket MBL. Perioden som överlåtarens kollektivavtal *ska* tillämpas om regeln blir aktuell kan vara kortare än ett år men inte längre.

Arbetsdomstolen har prövat frågan om huruvida förvärvaren är skyldig att tillämpa det kollektivavtal denne är bunden av om det innebär förmånligare villkor för den övergående personalen än vad ettårsregeln medför. Domstolen kom fram till att någon sådan skyldighet inte föreligger. De övergående arbetstagarna har rätt till de villkor de hade närmast före övergången men varken överlåtelsedirektivet eller 28 § MBL föreskriver att de mest fördelaktiga villkoren ska tillämpas.¹⁶³

3.6.3 Individuellt avtalade villkor

I 6 b § LAS regleras övergång av individuellt avtalade villkor. Alla rättigheter och skyldigheter som följer av anställningen övergår till förvärvaren.¹⁶⁴ Finns det ett kollektivavtal som *övergår* eller om *både* överlåtare och förvärvare är bundna av kollektivavtal som kan tillämpas på arbetstagarna så blir regeln i princip inte tillämplig utan 28 § MBL används istället.¹⁶⁵ De individuellt avtalade villkor som övergår kan av förvärvaren ändras på samma sätt som överlåtaren hade kunnat ändra dem.¹⁶⁶ Individuella avtalsvillkor behandlas vidare i kapitel 4.

¹⁶¹ Källström & Malmberg (2019) s. 299; fredsplikt innebär att det är förbjudet att vidta stridsåtgärder, t.ex. lockout och strejk, under ett kollektivavtals giltighetstid om stridsåtgärderna inte beslutats i behörig ordning av de organisationer som träffat förbundsavtalet eller annat följer av kollektivavtal eller lag. Se, om fredsplikt, Källström, Malmberg & Öman (2019) s. 57 f. & 41 § MBL.

¹⁶² Källström & Malmberg (2019) s. 299.

¹⁶³ AD 2008 nr 61.

¹⁶⁴ Vissa pensionsrättigheter är uttryckligen undantagna.

¹⁶⁵ Mulder (2004) s. 327 f.

¹⁶⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 302.

3.6.4 Övergång av kollektivavtal

Överlåtelsedirektivet föreskriver att förvärvaren ska vara bunden av villkoren i överlåtarens kollektivavtal till dess avtalets giltighet löpt ut eller nytt börjat gälla.¹⁶⁷ Det är de normativa villkoren i kollektivavtalet som är bindande för förvärvaren enligt direktivet och arbetstagare som anställts hos förvärvaren efter övergången omfattas inte av de kollektivavtalade villkoren.¹⁶⁸ Den svenska lagstiftningen går längre än direktivet och medför en automatisk *bundenhet* (i tillämpliga delar) vid övergång av kollektivavtalet på samma sätt som om förvärvaren själv varit part till det. Både de obligatoriska och de normativa villkoren övergår, kollektivavtalet blir tillämpligt på nyanställningar efter övergången och fredsplikt råder.¹⁶⁹ Förvärvarens *bundenhet* kan ”[...]lagligen inskränkas eller upphävas endast genom kollektivavtal[...]” eller genom att det sägs upp.¹⁷⁰ Begränsningen av giltighetstiden till högst ett år gäller inte när *bundenhet* enligt 28 § första stycket MBL är för handen.¹⁷¹

Vid övergång av kollektivavtal enligt 28 § MBL är det huvudsakligen fyra typsituationer som blir aktuella där rättsverkningarna skiljer sig åt beroende av vilken som är för handen.¹⁷² De fyra kollektivavtalssituationerna är:

1. Förvärvaren men inte överlåtaren är bunden av kollektivavtal.
2. Överlåtaren men inte förvärvaren är bunden av kollektivavtal.
3. Både förvärvare och överlåtare bundna genom medlemskap i samma arbetsgivarorganisation.
4. Överlåtaren är bunden av kollektivavtal och förvärvaren är bunden av ett annat kollektivavtal.

¹⁶⁷ Direktiv 2001/23/EG artikel 3.3.

¹⁶⁸ Källström & Malmberg (2019) s. 296.

¹⁶⁹ Källström & Malmberg (2019) s. 297.

¹⁷⁰ AD 2000 nr 8.

¹⁷¹ AD 2000 nr 8.

¹⁷² De fyra situationerna och deras ordning är hämtade från Källström & Malmberg (2019) s. 299 ff.

I den första situationen får arbetstagarnas eventuella fackanslutning betydelse. De arbetstagare hos överlåtaren som, genom medlemskap i avtalsslutande fackförening, kommer att omfattas av förvärvarens kollektivavtal binds av avtalet enligt reglerna i 26–27 §§ MBL som stadgar att kollektivavtal även binder medlemmarna och att arbetstagare och arbetsgivare inte med giltig verkan kan avvika från kollektivavtal i individuella avtal. De arbetstagare som *inte* är medlemmar och därmed inte binds av förvärvarens avtal behåller sina individuellt avtalade villkor enligt huvudregeln i 6 b § LAS. Härstammar anställningsvillkoren från t.ex. ”*bruket på arbetsplatsen*” hos överlåtaren kommer dock förvärvarens kollektivavtal normalt utgöra det ”nya” bruket på arbetsplatsen och villkoren kommer genom *kollektivavtalets utfyllande verkan* att ändras i förhållande till detta.¹⁷³

I det andra fallet, då endast överlåtaren är bunden av kollektivavtal, blir förvärvaren bunden av kollektivavtalet (oavsett typ) på grund av övergången och de övergående arbetstagarnas villkor förändras inte (28 § första stycket MBL). Kollektivavtalet binder som utgångspunkt hela förvärvarens verksamhet och ska tillämpas även på de hos förvärvaren redan anställda arbetstagarna. Det innebär att ett förvärv av en verksamhet med få arbetstagare kan innebära att ett mycket större antal, hos förvärvaren redan anställda, kommer att omfattas av kollektivavtalet. Att regeln därmed går längre än det av direktivet stadgade skyddet för de övergående arbetstagarnas rättigheter har inte ansetts motivera någon begränsning av regelns räckvidd.¹⁷⁴

Den tredje typsituationen innebär att samma förbundsavtal är bindande för överlåtare och förvärvare. Förvärvarens avtal har företräde, överlåtarens övergår inte, men i praktiken kommer samma villkor att gälla för arbetstagarna både före och efter övergången.¹⁷⁵ Ett lokalt kollektivavtal hos överlåtaren kan dock vålla bekymmer om detta gör avsteg från förbundsavtalet. Arbetsdomstolen har prövat frågan och uttalat att ”[...]28 § första stycket andra meningen medbestämmandelagen ska tillämpas i

¹⁷³ Källström & Malmberg (2019) s. 299 f.

¹⁷⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 300 f.

¹⁷⁵ Källström & Malmberg (2019) s. 301.

enlighet med sin ordalydelse."¹⁷⁶ Följden blir att ett lokalt kollektivavtal hos överlåtaren inte binder en förvärvare som är bunden av avtalet på förbunds nivå. Istället blir ettårsregeln gällande och det lokala kollektivavtalet ska tillämpas på arbetstagarna enligt reglerna i 28 § tredje stycket MBL.¹⁷⁷

I den fjärde varianten, då överlåtare och förvärvare är bundna av olika avtal, har förvärvarens avtal företräde förutsatt att avtalet kan tillämpas på de övergående arbetstagarna (28 § första stycket MBL). De normativa villkoren i överlåtarens kollektivavtal ska dock tillämpas enligt ettårsregeln.¹⁷⁸ När den period som skyddas av ettårsregeln är över är det enligt Arbetsdomstolen möjligt för förvärvaren att med hänvisning till hos förvärvaren gällande kollektivavtal göra ändringar, inkluderat försämringar, i de övergångna arbetstagarnas villkor. Åtminstone så länge kollektivavtalsparterna omförhandlat villkoren och giltighetstiden för överlåtarens kollektivavtal löpt ut.¹⁷⁹

I 28 § andra stycket MBL finns regler om uppsägning av kollektivavtal i samband med verksamhetsövergång. En uppsägning av kollektivavtalet kan göras både av arbetstagarparten och av överlåtaren. Sägs avtalet upp blir en kollektivavtalslös förvärvare inte bunden av överlåtarens kollektivavtal.¹⁸⁰ Att kollektivavtalet sägs upp i samband med verksamhetsövergången likställs inte med att avtalets giltighetstid löpt ut och villkoren i överlåtarens avtal ska tillämpas hos förvärvaren i enlighet med ettårsregeln.¹⁸¹

¹⁷⁶ AD 2013 nr 6.

¹⁷⁷ AD 2013 nr 6.

¹⁷⁸ Prop. 1994/95:102 s. 85.

¹⁷⁹ AD 2018 nr 35; Källström & Malmberg (2019) s. 301 not 40; jfr mål C-336/15, *Unionen mot Almega*, EU:C:2017:276.

¹⁸⁰ I uppsägningsregeln finns vissa tidsramar att förhålla sig till och förvärvaren kan bli bunden under en övergångsperiod om längst 60 dagar.

¹⁸¹ Prop. 1994/95:102 s. 57.

3.6.5 Några tankar om kollektivavtalsövergång

I förhållande till utanförstående¹⁸² arbetstagare vid den första typsituationen torde tydligt uttryckta villkor i övergående anställningsavtal alltid ha företräde framför förvärvarens kollektivavtal utifrån överlåtelsedirektivets syfte och genom en e contrario-tillämpning av 27 § MBL. Nationella regler får inte ge sämre skydd än direktivet¹⁸³ och även om praxis¹⁸⁴ om kollektivavtalets utfyllande verkan tillåter försämring av utanförstående arbetstagares individuellt avtalade villkor – utifrån utgångspunkten att anställningsavtalet hämtar sitt innehåll från gällande kollektivavtal om inte annat avtalats – bör villkorskyddet vid verksamhetsövergång ges företräde. Argument i stil med att den tvingande regeln om rättigheternas övergång i 6 b § LAS får samma verkan som om arbetstagare och förvärvare hade avtalat bort kollektivavtalets utfyllande verkan torde vara hållbara.

I typsituation två, då enbart överlåtaren har kollektivavtal, torde en något märklig situation kunna uppstå i vilken förvärvarens redan anställda får sämre villkor om dessa är anslutna till den fackorganisation som är avtalsslutande i överlåtarens kollektivavtal.¹⁸⁵ Det övergående kollektivavtalet tränger då undan de individuella villkoren (26–27 §§ MBL) i den mån de strider mot kollektivavtalet och de individuella villkoren ersätts med kollektivavtalets bestämmelser. När ett personligt avtal står i strid med ett kollektivavtal ska en tolkning av kollektivavtalet göras i varje enskilt fall. Vissa frågor har dock varit föremål för prövning i Arbetsdomstolen och en slags schablon tolkningar har vuxit fram när kollektivavtalet inte ger tillräckligt stöd åt något av hållen. Såvitt gäller lön är avvikelser från kollektivavtal till *nackdel* för arbetstagaren in dubio i princip otillåten. Såvitt avser överbetalning och om sådan in dubio strider mot kollektivavtalet får en ”[...] tolkning av varje avtal och

¹⁸² Utanförstående arbetstagare kan avse både de helt oorganiserade och de som är organiserade i annan än den kollektivavtalsslutande arbetstagarorganisationen, se t.ex. Källström & Malmberg (2019) s. 186.

¹⁸³ Direktiv 2001/23/EG artikel 8.

¹⁸⁴ T.ex. AD 2007 nr 90.

¹⁸⁵ Tankegången är att effekten blir den samma som om förvärvaren hade blivit bunden av kollektivavtal utan att en verksamhetsövergång förelåg.

avtalsbestämmelse för sig.” göras.¹⁸⁶ En eventuell försämring av villkoren enligt ovan torde även vara aktuell för de hos förvärvaren redan anställda, utanförstående, arbetstagarna. Kollektivavtalet har utfyllande verkan och anställningsavtalet hämtar sitt innehåll från gällande kollektivavtal. En utanförstående arbetstagare hos förvärvaren är inte tillförsäkrad skydd mot försämring av anställningsvillkor för det fall att arbetsgivaren blir bunden av ett kollektivavtal.¹⁸⁷

3.7 Svensk rätt i förhållande till direktivet

Det står klart att den svenska implementeringen av överlåtelsedirektivet går längre än den miniminivå som fastställs i direktivet. Den svenska lagstiftaren har i LAS valt att tillämpa regelverket både på den offentliga och privata arbetsmarknaden, utnyttjat möjligheten att genom reservationsrätten låta arbetstagaren kvarstanna hos överlåtaren och infört ett solidariskt ansvar för överlåtare och förvärvare när det gäller förpliktelser hänförliga till tiden före övergången. Till viss del har även övergångsbegreppet fått en vidare innebörd i svensk rätt jämfört med direktivet. Det krävs inte att en offentlig verksamhet är en ekonomisk enhet utan även övergång av verksamheter av ren förvaltningskaraktär omfattas. Enligt direktivet skulle regelverket inte bli tillämpligt i ett sådant fall eftersom det inte skulle röra sig om en övergång.¹⁸⁸

Vad gäller kollektivavtal så övergår i svensk rätt, enligt huvudregeln, avtalet som sådant till förvärvaren emedan överlåtelsedirektivet endast kräver att de normativa villkoren för viss tid ska tillämpas av förvärvaren. När både överlåtare och förvärvare är bundna av kollektivavtal tränger förvärvarens kollektivavtal undan överlåtarens om det är tillämpligt på de övergångna arbetstagarna. Ettårsregeln gäller dock i det fallet och villkoren i överlåtarens avtal ska tillämpas enligt regeln. Överlåtelsedirektivet tillåter, vid samma omständigheter, att förvärvarens avtal tillämpas på arbetstagarna

¹⁸⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 182 f.

¹⁸⁷ Se, om kollektivavtalets förhållande till utanförstående arbetstagare, Källström & Malmberg (2019) s. 186 ff.

¹⁸⁸ Nyström (2021) s. 336; för direktivets räckvidd se t.ex. mål C-416/16, *Ricardo mot Portimão Urbis*, EU:C:2017:574, punkterna 33–34.

omedelbart. Regeln har dock inskränkts genom EU-domstolens praxis. Tillämpningen av förvärvarens kollektivavtal får t.ex. inte innebära att lönen blir påtagligt lägre, vilket följer av EU-domstolens avgörande *Scattolon*.¹⁸⁹

De arbetstagare som sagts upp av överlåtaren och avslutat sin anställning före övergången men som fortfarande har en ”latent” återanställningsrätt har rätt till återanställning hos förvärvaren efter övergången enligt 25 § LAS.¹⁹⁰ Bestämmelsen går medvetet längre än vad överlåtelsedirektivet kräver och dess grund kan spåras till de i svensk rätt tidigare gällande reglerna.¹⁹¹

¹⁸⁹ Mål C-108/10, *Scattolon*, EU:C:2011:542.

¹⁹⁰ Prop. 1994/95:102 s. 82.

¹⁹¹ SOU 1994:83 s. 90.

4 Individuella avtalsvillkor

4.1 Inledning

Reglerna om verksamhetsövergång innebär ett tvingande och automatiskt överförande, från överlåtare till förvärvare, av de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsavtal och anställningsförhållanden vid tidpunkten för övergången. Huvudregeln i 6 b § LAS träffar de individuella villkoren medan kollektivavtalsvillkor regleras av 28 § MBL. Finns ett kollektivavtal antingen hos förvärvaren eller hos överlåtaren är det 28 § MBL som reglerar situationen.¹⁹² När varken överlåtare eller förvärvare är bundna av kollektivavtal gäller 6 b § LAS och förvärvaren binds av de individuellt avtalade villkoren. Skyddet för individuella villkor i 6 b § LAS får även betydelse för de villkor som inte regleras i befintligt kollektivavtal samt när hos överlåtaren utanförstående arbetstagare övergår till en förvärvare med kollektivavtal.¹⁹³

För att sätta regelverket i ett sammanhang följer här en kort redogörelse för organisationsgraden på den svenska arbetsmarknaden.

I snart tre decennier har den fackliga organisationsgraden i Sverige varit på nedåtgående.¹⁹⁴ Sedan år 2008 har dock en stabilisering ägt rum.¹⁹⁵ Kollektivavtalsäckningen är alltså hög – närmare 90 % av arbetstagarna omfattas av kollektivavtal – men det beror främst på det stora antalet organiserade arbetsgivare och kollektivavtalens utfyllande verkan.¹⁹⁶ Antalet organiserade arbetstagare år 2022 är drygt 70 % av tjänstemännen och knappt 60 % av arbetarna med ett genomsnitt för alla arbetstagare på 69 %.¹⁹⁷ Vid implementeringen av överlåtelsesdirektivet år 1995 var 85 procent av arbetstagarna i Sverige organiserade.¹⁹⁸

En lägre organisationsgrad i kombination med påverkan från EU-rätten, som har en mer individualistisk inriktning, kan medföra att de individuella

¹⁹² Adlercreutz & Mulder (2013) s. 249.

¹⁹³ Adlercreutz & Mulder (2013) s. 249.

¹⁹⁴ Kjellberg (2022) s. 151.

¹⁹⁵ Kjellberg (2022) s. 150.

¹⁹⁶ Kjellberg (2022) s. 148 f.

¹⁹⁷ Kjellberg (2022) s. 148.

¹⁹⁸ Kjellberg (2022) s. 151.

avtalsvillkoren får större betydelse vid en verksamhetsövergång framgent. EU är offensivt på arbetsrättsområdet och direktiven blir mer och mer detaljreglerande.¹⁹⁹ Den svenska arbetsrätten i stort kommer troligtvis fortsatt att röra sig mot en mer individuell reglering till följd av EU-rättens påverkan.

Verkningarna av en verksamhetsövergång har beskrivits i kapitel 3. Av 6 b § LAS framgår att rättigheter och skyldigheter på grund av anställningsavtal och anställningsförhållanden övergår från överlåtare till förvärvare vid övergångstidpunkten. Detta är inte en rättighetsregel i traditionell mening till förmån för arbetstagaren utan vad som regleras är förhållandet mellan överlåtare och förvärvare. Det är överlåtarens rättigheter och plikter som övergår, inte arbetstagarens.²⁰⁰ I praktiken blir följden att det individuella anställningsavtalet övergår²⁰¹ men gränsdragningen torde kunna ha betydelse dels för hur man bör se på övergångsregelverket, dels hur vissa speciella villkor i det individuella avtalet bör behandlas. Undantag görs dessutom uttryckligen i 6 b § tredje stycket LAS för de, arbetsgivarens plikter, som rör vissa ålders-, invaliditets-, och efterlevandeförmåner.

I det följande hanteras det individuella avtalet och dess villkor samt arbetstagarens möjlighet att dels avstå skyddet överlåtelsedirektivet ger, dels dennes möjligheter att efterge sina rättigheter. En fördjupning rörande vissa speciella villkorstyper och hur dessa korrelerar med övergångsreglerna görs i separata avsnitt.

4.2 Det individuella avtalet

Inledningsvis något om terminologin. Ett anställningsavtal ingås då en arbetstagare anställs. Senare, mellan arbetsgivare och arbetstagare, ingångna enskilda avtal om arbetsvillkoren är inte anställningsavtal.²⁰² I överlåtelsedirektivet artikel 3.1 och 6 b § LAS nämns förutom anställningsavtalet också *anställningsförhållandet*. Begreppet innefattar alla

¹⁹⁹ Nyström (2021) s. 421.

²⁰⁰ Jfr Mulder (2004) s. 288 f.

²⁰¹ Mål C-305/94, *de Hertaing*, EU:C:1996:435.

²⁰² Jfr Adlercreutz & Mulder (2013) s. 141.

typer av avtal slutna mellan arbetsgivare och arbetstagare som reglerar anställningen. I framställningen används hädanefter det *individuella avtalet* som ett paraplybegrepp innefattande både anställningsavtalet och det enskilda avtalet.

Att redogöra för alla aspekter av det individuella avtalet låter sig inte göras i ett arbete av den här omfattningen. Nedan behandlas därför endast översiktligt det individuella avtalets huvuddrag, förhållandet till kollektivavtalet och de individuella villkor som övergår till förvärvaren vid en verksamhetsövergång.

Anställningsförhållandets innehåll bestäms av; (tvingande) lagstiftning; kollektivavtal; rättspraxis; sedvana; bruket på arbetsplatsen; och *det individuella avtalet*.²⁰³ Det individuella avtalet är vanligtvis inte särskilt omfattande, villkoren för anställningen följer istället av tillämpligt kollektivavtal.²⁰⁴ Det gäller i stor utsträckning även oorganiserade arbetstagares avtal genom kollektivavtalets utfyllande verkan.²⁰⁵ På tjänstemannaområdet generellt och för chefer och specialister i synnerhet är det individuella avtalet dock ofta av stor vikt.²⁰⁶

Det individuella avtalet ändras huvudsakligen genom parternas överenskommelse, ensidigt av arbetsgivaren inom ramen för arbetsledningsrätten eller genom att arbetsgivaren företar en uppsägning för att ändra avtalet.²⁰⁷ Det är i det sistnämnda fallet det individuella avtalet som sägs upp men uppsägningen avser inte att anställningen ska upphöra. Först efter att det står klart att en överenskommelse om villkorsändring inte är möjlig tar arbetsgivaren ställning till om denne vill säga upp anställningen.²⁰⁸ En framställning om uppsägning av avtalet kan dock innebära att arbetsgivaren avser att anställningen ska upphöra om villkorsändring inte sker. För att så ska vara fallet krävs troligtvis att detta

²⁰³ Källström och Malmberg (2019) s. 172.

²⁰⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 69 f.

²⁰⁵ Källström & Malmberg (2019) s. 188.

²⁰⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 70.

²⁰⁷ Adlercreutz & Mulder (2013) s. 143; begreppet ”uppsägning för omreglering” är vanligt men bör undvikas pga. otydlighet enligt Källström & Malmberg (2019) s. 201.

²⁰⁸ Fahlbeck (1994) s. 290; jfr även AD 2016 nr 69 där domstolen redogör för rättsläget.

kommer till uttryck i framställningen om avtalsuppsägning.²⁰⁹ En uppsägning av anställningen som har sin grund i ett misslyckat försök till villkorsändring underkastas samma krav på sakliga skäl och turordning som gäller i övrigt vid uppsägningar från arbetsgivarens sida enligt LAS.²¹⁰

Ett kollektivavtal påverkar det individuella avtalet på flera sätt och tanken med kollektivavtalet är att en enhetlig reglering ska råda på arbetsplatsen.²¹¹ Kollektivavtalet är tvingande för medlemmarna i de avtalsslutande organisationerna och flyter in i de individuella avtalen genom kollektivavtalets normerande verkan, det är utfyllande för de utanförstående arbetstagarna och det har *efterverkan* när det löpt ut.²¹² Att kollektivavtalets normativa villkor kan finnas i både kollektivavtalet och det individuella avtalet samtidigt brukar benämnas *kollektivavtalets dubbla konstruktion*.²¹³ Kollektivavtalets efterverkan innebär att de kollektivavtalsvillkor som flutit in i det individuella avtalet har fortsatt giltighet efter att kollektivavtalet upphört att gälla. Villkoren kan åberopas på samma sätt som individuellt avtalade villkor. Det är emellertid inte alla villkor som får efterverkan, t.ex. kan en subsidiär norm – en lagregel eller ett centralt kollektivavtal (när efterverkansavtalet är lokalt) – ges företräde framför efterverkan. Vid *tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd* där syftet är att sluta nytt avtal kan dock efterverkan föreligga trots subsidiära normer.²¹⁴ EU-domstolen har uttalat att förvärvaren vid en verksamhetsövergång binds av kollektivavtalets efterverkan om regler för efterverkan finns i den nationella rätten.²¹⁵

Finns inget kollektivavtal regleras anställningsförhållandet främst av tillämplig lag och det individuella avtalet.²¹⁶ Klausuler om arbetsuppgifter, lön, arbetstider, semester och liknande villkor är vanligen förekommande i avtalet. Det individuella avtalet innehåller ofta även lojalitetsförpliktelser,

²⁰⁹ Källström & Malmberg (2019) s. 201 f.

²¹⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 201.

²¹¹ Mulder (2004) s. 325.

²¹² Adlercreutz & Mulder (2013) s. 140.

²¹³ Hansson (2010) s. 199 ff.

²¹⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 192 f.

²¹⁵ Mål C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2014:2197, punkt 31; se även EFTA-domstolens dom E-10/14 *Enes Devici*.

²¹⁶ Jfr Källström & Malmberg (2019) s. 193.

konkurrensklausuler och klausuler som hänvisar antingen till visst kollektivavtal eller tillämplig lag för bestämmandet av avtalsinnehåll.²¹⁷

Anställningsavtalets ingående saknar formkrav. Ett avtal kan således ingås skriftligt, muntligt såväl som genom konkludent handlande.²¹⁸ Arbetsgivaren är dock skyldig att skriftligt informera om alla anställningsvillkor av väsentlig betydelse enligt 6 c § LAS. Ur tvist- och bevishänseende är ett skriftligt kontrakt mellan parterna att föredra framför ett muntligt (eller konkluderat) avtal eller arbetsgivarens ensidiga information.²¹⁹ En eventuell tvist torde även försvåras av att anställningsförhållandet är dynamiskt²²⁰ och förändras över tid genom överenskommelser såväl som genom handlande²²¹ samt ovan nämnda påverkan från kollektivavtalet och dess efterverkan. Vad som faktiskt gäller mellan parterna riskerar med tiden att bli abstrakt och svåröverblickbart.

Vid en verksamhetsövergång övergår alla rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet till förvärvaren.²²² Det innebär att förvärvaren binds av det individuella avtalet så som det ser ut vid övergångstidpunkten. I avsnitt 3.6 beskrevs de olika situationerna där kollektivavtal får företräde framför individuella avtal enligt 28 § MBL. När ett kollektivavtal sägs upp med verkan från övergångstidpunkten (28 § andra stycket MBL) gäller *ettårsregeln* (28 § tredje stycket MBL). Löper ett kollektivavtal ut *före* övergången gäller inte *ettårsregeln* men villkoren kan ändå få betydelse genom kollektivavtalets efterverkan.

Det individuella avtalets innehåll bestäms och påverkas av en rad olika källor och tolkning eller utfyllnad är i princip nödvändigt i varje enskilt fall. En förvärvare binds av samtliga villkor oavsett om denne kände till villkoren eller ej vid övergången. Förvärvaren har dock samma möjligheter att ändra de individuella avtalen som överlåtaren hade.²²³ Ändring görs främst genom överenskommelse med arbetstagaren eller genom uppsägning

²¹⁷ Lunning, Toijer & Lindblom (2021) kommentaren till 4–6 g §§ LAS.

²¹⁸ Källström & Malmberg (2019) s. 115 och s. 193 f.

²¹⁹ Jfr Lunning, Toijer & Lindblom (2021) kommentaren till 4–6 g §§ LAS.

²²⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 198.

²²¹ Att en arbetstagare under längre tid regelbundet arbetat mer än vad som ursprungligen avtalats har t.ex. inneburit att avtalet ansetts omreglerat, se AD 1984 nr 76.

²²² Undantaget vissa pensionsrättigheter.

²²³ Direktiv 2001/23/EG artikel 3 och 6 b § LAS.

för att ändra avtalet.²²⁴ Arbetsgivaren kan även genom att bli bunden av ett kollektivavtal få till stånd en ändring av det individuella avtalet.²²⁵ Övergången i sig får dock inte vara skälet till villkorsändringen.²²⁶

4.3 Arbetstagares rättighetseftergift

Reglerna i 6 b § LAS är tvingande.²²⁷ Överlåtare och förvärvare kan inte göra avsteg från regelverket och de kan varken avtala om vilka arbetstagare som ska övergå²²⁸ eller ändra tidpunkt för den automatiska övergången.²²⁹ Frågan om i vilken mån en arbetstagare kan välja att avstå eller avtala bort rättighetsskyddet i överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS är dock en annan.

Arbetstagare har möjlighet att genom reservationsrätten motsätta sig övergång av anställningen och antingen frånträda anställningen²³⁰, eller kvarstanna hos överlåtaren (6 b § fjärde stycket LAS). Betänketiden rörande arbetstagarens rätt att motsätta sig övergången börjar gälla först efter att arbetstagaren fått reda på att en övergång kommer att ske. Arbetstagaren har då skälig tid på sig att ta ställning till hur denne vill göra.²³¹ I praktiken innebär det att en arbetstagare – som först efter övergången, eller sent i processen, fått vetskap om övergången – automatiskt kan ha gått över till förvärvaren innan arbetstagaren tagit ställning till sin reservationsrätt. Arbetstagaren kan då, så länge betänketiden inte löpt ut, välja att motsätta sig övergången och gå tillbaka till överlåtaren.²³² Vad som utgör skälig betänketid har inte preciserats i lag eller förarbeten, tidsramarna som omger en verksamhetsövergång varierar för mycket.²³³ I propositionen uppmanas berörda parter söka klargöra arbetstagarnas inställning så snart som möjligt.²³⁴ En skyldighet för överlåtaren att före övergången förhandla med

²²⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 198 ff.

²²⁵ Källström & Malmberg (2019) s. 199.

²²⁶ Mål C-4/01, *Martin*, EU:C:2003:594, punkt 42; se nedan i avsnitt 4.3.

²²⁷ Regeln är dock EU-dispositiv vilket innebär att för arbetstagaren gynnande avvikelser kan göras i kollektivavtal enligt 2 § LAS.

²²⁸ Mål C-305/94, *de Hertaing*, EU:C:1996:435, punkt 17–18.

²²⁹ Mål C-478/03, *Celtec Ltd*, EU:C:2005:321, punkt 39.

²³⁰ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.* EU:C:1992:517.

²³¹ Prop. 1994/95:102 s. 81.

²³² Jfr prop. 1994/95:102 s. 46.

²³³ Prop. 1994/95:102 s. 81.

²³⁴ Prop. 1994/95:102 s. 81.

kollektivavtalslutande, och om kollektivavtal inte finns, berörda²³⁵, arbetstagarorganisationer finns i 11 och 13 §§ MBL. De flesta arbetstagare torde därmed bli underrättade om planerna kring verksamhetsövergången i god tid före det att den aktualiseras.²³⁶ Motsvarande förhandlingskyldighet föreligger inte för överlåtaren av verksamheter som saknar kollektivavtal och enkom sysselsätter oorganiserade arbetstagare.²³⁷ En oorganiserad arbetstagare anställd i ett företag utan kollektivavtal har därmed ingen rätt till information om, eller förhandling kring, verksamhetsövergången. Efter att reservationsrättsbetänketiden löpt ut är övergången tvingande även för arbetstagaren, alla rättigheter och skyldigheter har övergått till förvärvaren, och det är således förvärvaren som är motpart till arbetstagaren i anställningsförhållandet (6 b § LAS).

En arbetstagare som avtalat eller gett besked om att reservationsrätten inte kommer att utnyttjas torde inte bli bunden av ett sådant avtal.²³⁸ Reservationsrätten är en rättighet för arbetstagaren²³⁹ och 2 a § LAS stadgar att ett avtal som upphäver eller inskränker arbetstagarnas rättigheter enligt LAS är ogiltigt. Hur ett återtagande av besked om att övergå till förvärvaren ska behandlas i förhållande till betänketiden i reservationsrätten är oklart. Ett möjligt utfall är dock att betänketiden för utnyttjande av reservationsrätten löpt ut och arbetstagaren binds av övergångsreglerna i 6 b § LAS istället för av sitt besked om att övergå till förvärvaren.

I praktiken är det i princip bara när en del av en verksamhet övergår som arbetstagaren väljer att *kvarstanna hos överlåtaren*. Har hela verksamheten övergått kommer ett utnyttjande av rätten att stanna kvar leda till uppsägning på grund av arbetsbrist.²⁴⁰ Den arbetstagare som genom reservationsrätten väljer att *frånträda anställningen* säger i praktiken upp sig från överlåtaren och kommer inte i åtnjutande av övergångsreglernas

²³⁵ Arbetstagarorganisationen ska ha "[...] åtminstone någon medlem hos den arbetsgivare som berörs av förhandlingsfrågan." för att vara berörd, se prop. 1994/95:102 s. 84.

²³⁶ Prop. 1994/95:102 s. 81.

²³⁷ Prop. 1994/95:102 s. 61.

²³⁸ Jfr Öman (2023) 6 b § LAS.

²³⁹ AD 1998 nr 144.

²⁴⁰ Jfr Adlercreutz & Mulder (2013) s. 248.

skydd.²⁴¹ De två alternativen i reservationsrätten när hela verksamheten övergår kan alltså sägas innebära en valmöjlighet för arbetstagaren att antingen säga upp sig eller att bli uppsagd. Vilket som är mest fördelaktigt för arbetstagaren kan variera beroende på omständigheterna, t.ex. blir en konkurrensklausul som huvudregel utan verkan vid uppsägning på grund av arbetsbrist²⁴² och tillgänglighet till arbetslöshetskassor²⁴³ kan begränsas vid egen uppsägning.

I målet *Daddys Dance Hall*²⁴⁴ prövade EU-domstolen bland annat huruvida en arbetstagare och en förvärvare är fria att ändra det avtal som övergått. Närmare bestämt om en övergående arbetstagare genom avtal kan avstå från de rättigheter denne har enligt tvingande regler i överlåtelsedirektivet.

Arbetstagaren i *Daddys Dance Hall* var en restaurangchef som hade sagts upp av överlåtaren för att sedan återanställas av förvärvaren innan uppsägningstiden hos överlåtaren löpt ut. Det nya avtalet innebar att arbetstagaren fick fast lön istället för provisionsbaserad samtidigt som denne blev provanställd med ömsesidig uppsägningstid på två veckor. Eftersom bytet av arbetsgivare bedömdes vara en verksamhetsövergång blev det istället tal om en omförhandling av avtalet. Restaurangchefen blev sedermera uppsagd från förvärvaren och krävde med stöd av lag och överlåtelsedirektivet längre uppsägningstid än de avtalade två veckorna.

EU-domstolen klargör att regelverket är tvingande och att förvärvaren och den övergående arbetstagaren inte kan göra andra överenskommelser än de överlåtaren och arbetstagaren hade kunnat göra enligt nationell rätt. Inte ens då ett avtal ändras så att det totalt sätt inte innebär att arbetstagaren hamnar i ett sämre läge än tidigare är det tillåtet för arbetstagaren att avstå sina rättigheter enligt regelverket; såvida inte dylik förändring är tillåten i nationell rätt i andra fall än vid verksamhetsövergångar.²⁴⁵

Det nyss nämnda blir givetvis endast aktuellt då arbetstagaren ångrar en ingången överenskommelse. Om parterna är nöjda med avsteget från de

²⁴¹ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.* EU:C:1992:517.

²⁴² Se nedan i avsnitt 4.6.

²⁴³ Se t.ex. 43 b § i lag (1997:238) om arbetslöshetsförsäkring.

²⁴⁴ Mål C-324/86, *Daddys dance hall*, EU:C:1988:72.

²⁴⁵ Mål C-324/86, *Daddys dance hall*, EU:C:1988:72, punkt 12–18.

tvingande reglerna kommer avtalet att fortgå. Förvärvaren kan dock aldrig vara trygg i att överenskommelsen kommer att gälla.

Ståndpunkterna i *Daddys Dance Hall* upprepades och förtydligades något i avgörandet *Martin*.²⁴⁶ EU-domstolen uttalar där att regelverket är tvingande till förmån för arbetstagaren och att denne inte kan avstå rättigheterna enligt direktivet i annan mån än vad denne kunnat avtala om med överlåtaren enligt nationell rätt. Domstolen säger dock att när en övergång ägt rum får under inga omständigheter övergången i sig utgöra skälet till villkorsändringen. I *Martin* hade villkor för förtidspensionering omförhandlats hos förvärvaren för att anpassa de övergåendes avtal till förvärvarens verksamhet och befintliga personal. En sådan överenskommelse hade direkt samband med övergången och var därmed inte tillåten. Arbetstagarnas godtagande av ändringen är i princip²⁴⁷ ogiltig och följden av det ogiltiga avtalet blir att förvärvaren ska tillse att arbetstagarna erhåller den förtidspension som de hade rätt till enligt avtalet med överlåtaren.²⁴⁸

Arbetsdomstolen har i AD 2014 nr 46 kommit fram till att arbetsgivare och arbetstagare sedan en tvist, rörande uppsägningar hos överlåtaren inför en verksamhetsövergång, uppstått kan *förlikas* om saken även om det innebär att arbetstagaren efterger vissa rättigheter. I fallet var det arbetstagarens rätt att stanna kvar hos överlåtaren som avtalades bort genom förlikningen.²⁴⁹

4.4 Ensidigt reglerade villkor

Inom ramen för anställningen har arbetsgivaren ett relativt stort utrymme att genom arbetsledningsrätten *ensidigt fatta beslut* rörande t.ex. arbetsställe, när arbetet ska utföras, ordningsregler, övertid och *ensidigt reglerade*

²⁴⁶ Mål C-4/01, *Martin*, EU:C:2003:594.

²⁴⁷ EU-domstolen uttalar sig inte i sak, det är den nationella domstolen som ska bedöma förhållandena i det konkreta fallet.

²⁴⁸ Mål C-4/01, *Martin*, EU:C:2003:594.

²⁴⁹ AD 2014 nr 46.

förmåner.²⁵⁰ Ett sådant beslut är begreppsmässigt inte en ändring av det individuella avtalet utan en ändring inom ramen för anställningen.²⁵¹

En ensidigt reglerad förmån kan ensidigt dras in i den mån den inte blivit en del av det individuella avtalet. Avtalsreglering uppstår som utgångspunkt när en förmån utgått under längre tid och det från början inte är klagjort vilken rättslig status förmånen har. Därtill krävs det, för att förmånen ska ha blivit avtalsreglerad, att arbetsgivaren känner till förmånen och att det ekonomiska värdet av förmånen inte är obetydligt. En förmån som är av ringa värde blir inte avtalsreglerad eftersom den inte kan anses ha inverkat på övriga avtalsvillkor.²⁵²

Arbetsledningsrätten överförs automatiskt till förvärvaren vid en verksamhetsövergång och denne kan företa samma förändringar i anställningsförhållandet som överlåtaren hade kunnat göra.²⁵³ Ensidigt reglerade villkor kan därmed ändras ensidigt i den mån de inte blivit del av det individuella avtalet. Bestämmelserna i övergångsregelverket om väsentlig förändring av arbetsvillkor (provocerad uppsägning) utgör dock ett potentiellt hinder härför. Frågan var aktuell i målet *Europièces*²⁵⁴, då en arbetstagare sagt upp sig efter erbjudande om att efter övergången arbeta med andra arbetsuppgifter drygt sju mil från den normala arbetsorten. EU-domstolen uttalade att det är den nationella domstolen som ska undersöka varför arbetstagaren tackat nej till erbjudandet samt fastställa om erbjudandet medförde en väsentlig förändring av arbetsvillkoren till nackdel för arbetstagaren. EU-domstolen tog inte ställning i sak men klart är emellertid att ensidiga beslut från arbetsgivaren kan aktualisera regeln om provocerad uppsägning i artikel 4.2 överlåtelsedirektivet.²⁵⁵

Det torde krävas relativt mycket för att regeln om en väsentlig förändring av arbetsvillkor ska aktualiseras rörande ensidig ändring inom ramen för anställningen. Arbetsledningsrätten är central i den arbetsrättsliga

²⁵⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 194.

²⁵¹ Malmberg (1997) s. 337.

²⁵² Malmberg (1997) s. 299; jfr AD 2003 nr 102.

²⁵³ 6 b § LAS.

²⁵⁴ Mål C-399/96, *Europièces*, EU:C:1998:532.

²⁵⁵ Mål C-399/96, *Europièces*, EU:C:1998:532.

regleringen och utgör en allmän rättsgrundsats.²⁵⁶ Vidare krävs det att arbetsgivaren agerat i strid med god sed eller annars otillbörligt.²⁵⁷

Slutligen ska erinras om att en förändring av villkoren inte får vara grundad i *övergången som sådan*. Drar förvärvaren in ensidigt reglerade förmåner för att övergångna arbetstagare ska jämföras de hos förvärvaren redan anställda föreligger troligtvis ett sådant förhållande.²⁵⁸

4.5 Hänvisningsklausuler – dynamiska och statiska

4.5.1 Inledning

En hänvisningsklausul är, i det här sammanhanget, en klausul i det individuella avtalet som hänvisar till ett kollektivavtal eller en regel i ett sådant avtal. Det kan exempelvis röra sig om att lön ska beräknas eller utgå på sätt som bestäms av visst kollektivavtal.²⁵⁹ En sådan hänvisningsklausul omfattas av de rättigheter och skyldigheter som övergår enligt artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS.²⁶⁰ Hänvisningsklausuler delas in i statiska och dynamiska. En statisk hänvisningsklausul hänvisar till viss version av eller visst gällande kollektivavtal medan en dynamisk hänvisningsklausul hänvisar till ett vid *var tidpunkt* gällande kollektivavtal.²⁶¹ Innehållet i ett individuellt avtal med en dynamisk hänvisningsklausul kan således förändras genom att kollektivavtalet klausulen hänvisar till omförhandlas. Så länge arbetsgivaren är bunden av det kollektivavtal till vilket det hänvisas och arbetstagaren kunnat ta del av detta bör det inte finnas mycket att orda om.²⁶² Att det individuella avtalet till stor del hämtar sitt innehåll från kollektivavtalet arbetsgivaren är bunden av är normalfallet både för organiserade arbetstagare och, genom

²⁵⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 194 f.

²⁵⁷ Källström & Malmberg (2019) s. 133.

²⁵⁸ Jfr mål C-4/01, *Martin*, EU:C:2003:594, punkt 29 och punkt 42.

²⁵⁹ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 27.

²⁶⁰ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 27.

²⁶¹ Mulder (2016) s. 447.

²⁶² Se t.ex. AD 2005 nr 79.

kollektivavtalets utfyllande verkan, oorganiserade arbetstagare.²⁶³ Inte heller då arbetsgivaren inte är bunden av kollektivavtal men själv förhandlat fram hänvisningsklausulen torde några större problem uppstå så länge kollektivavtalet är tillgängligt för parterna. Men då en verksamhet övergår enligt 6 b § LAS och förvärvaren inte är bunden av eller har möjlighet att påverka det kollektivavtal till vilket den dynamiska klausulen hänvisar blir frågan om förvärvaren är skyldig att tillämpa villkoren i, efter övergångstidpunkten omförhandlade, kollektivavtal. Frågan om dynamiska hänvisningsklausuler har varit föremål för EU-domstolens prövning vid ett flertal tillfällen och avgörandena har lett till diskussion.²⁶⁴

4.5.2 Mål C-499/04 Werhof

I *Werhof*²⁶⁵, som var det första målet där EU-domstolen prövade frågan om dynamiska hänvisningsklausuler utifrån överlåtelsedirektivet,²⁶⁶ hade arbetstagaren Hans Werhof en klausul i sitt individuella avtal som hänvisade till löneberäkningar enligt det kollektivavtal överlåtaren var bunden av. Förvärvaren var inte bunden av något kollektivavtal. Några år efter att Werhof övergått till förvärvaren omförhandlades kollektivavtalet som det individuella avtalet hänvisade till och Werhof krävde med stöd av ändringen högre lön. Werhof menade att hänvisningsklausulen i det individuella avtalet övergått enligt artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet och att tillämpningen av denna med nödvändighet skulle vara dynamisk²⁶⁷.

Inledningsvis konstaterade EU-domstolen att hänvisningsklausuler omfattas av de rättigheter och skyldigheter som övergår enligt artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet och därmed övergår även de rättigheter och skyldigheter i kollektivavtalet till vilket det hänvisas.²⁶⁸ Eftersom klausulen hänvisade till ett kollektivavtal överlåtaren var bunden av (Werhof var oorganiserad, därav hänvisningen²⁶⁹) måste även artikel 3.3 om villkor i

²⁶³ Källström & Malmberg (2019) s. 180 och 188.

²⁶⁴ Bruun & Laulom (2019) s. 352.

²⁶⁵ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168.

²⁶⁶ Bruun & Laulom (2019) s. 352.

²⁶⁷ Klausulens ordalydelse var statisk.

²⁶⁸ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 27.

²⁶⁹ Se generaladvokatens förslag till avgörande, EU:C:2005:686, punkt 17.

kollektivavtal beaktas. En hänvisningsklausul kan, enligt domstolen, inte vara mer långtgående än det avtal det hänvisas till. Följaktligen skyddas villkoren endast till dess kollektivavtalet löpt ut eller nytt börjat gälla, i tysk rätt dock som längst i ett år efter övergången.

Frågan i målet var om det är förenligt med överlåtelsedirektivet att hänvisningsklausulen i det individuella avtalet, som binder förvärvaren till villkoren i kollektivavtalet, endast binder förvärvaren till kollektivavtalet som gällde vid övergången och inte senare ingångna avtal.²⁷⁰ Skulle hänvisningsklausulen tolkas statiskt eller dynamiskt? Det senare innebärande att det individuella avtalet binder förvärvaren till villkoren i omförhandlade kollektivavtal så länge det individuella avtalet inte förändrats.²⁷¹

EU-domstolen uttalade att trots att syftet med direktivet är att skydda arbetstagarnas intressen ska det inte bortses från förvärvarens intressen. Förvärvaren måste ha möjlighet att för den fortsatta verksamheten göra nödvändiga anpassningar och omställningar. Direktivet ska enligt domstolen tolkas i enlighet med gemenskapsrättens allmänna principer. En dynamisk tolkning av hänvisningsklausulen skulle innebära att den negativa föreningsrätten²⁷² som tillkommer förvärvaren ifrågasattes. En statisk tolkning skulle däremot säkerställa den negativa föreningsrätten fullt ut. EU-domstolen valde en statisk tolkning av hänvisningsklausulen. Eller rättare sagt, överlåtelsedirektivet hindrar inte att förvärvaren inte är bunden av ett kollektivavtal som slutits senare än det som var i kraft vid övergången när anställningsavtalet hänvisar till ett kollektivavtal förvärvaren inte är bunden av.²⁷³ EU-domstolen gjorde inget generellt uttalande om att dynamiska hänvisningsklausuler inte är förenliga med direktivet utan enbart att direktivet inte ser hänvisningsklausuler som *nödvändigtvis* dynamiska.²⁷⁴

²⁷⁰ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 13.

²⁷¹ Bruun & Laulom (2019) s. 353.

²⁷² Rätten att *inte* vara medlem i en förening. Domstolen hänvisar till artikel 11 i EKMR.

²⁷³ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 37.

²⁷⁴ Mål C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 36; jfr Bruun & Laulom (2019) s. 354.

4.5.3 Mål C-426/11 *Alemo-Herron*

Målet *Alemo-Herron*²⁷⁵ rörde en verksamhetsövergång från den offentliga till den privata sektorn. Anställningsavtalen innehöll en hänvisningsklausul som stadgade att villkoren följer av kollektivavtal som med jämna mellanrum förhandlas fram av ett utomstående organ, *NJC*. Sådana dynamiska hänvisningsklausuler tilläts i den nationella rätten. *NJC* arbetade enbart mot offentliga arbetsgivare och förvärvaren hade ingen möjlighet att ansluta sig till systemet. När *NJC* efter övergången förhandlat fram ett nytt avtal drog förvärvaren slutsatsen att detta inte var bindande för denne och nekade arbetstagarna löneökning. Arbetstagarna väckte därefter talan. Frågan i EU-domstolen var om överlåtelsedirektivet hindrar en medlemsstat från att föreskriva att dynamiska hänvisningsklausuler kan göras gällande gentemot förvärvaren vid en verksamhetsövergång.

EU-domstolen uttalade att överlåtelsedirektivet tillåter att medlemsstater inför gynnsammare regler för arbetstagarna än direktivets och fastslog att dynamiska hänvisningsklausuler är gynnsammare för arbetstagarna än statiska (punkt 23 f.). Det ska dock råda jämvikt²⁷⁶ mellan förvärvarens och arbetstagarens intressen. Förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten och det gäller särskilt när en verksamhet övergår från offentlig till privat sektor på grund av de oundvikliga skillnaderna i anställningsvillkoren mellan de två sektorerna. En dynamisk hänvisningsklausul kan i ett sådant läge rubba jämvikten mellan parternas intressen eftersom kollektivavtalet som det hänvisas till reglerar utvecklingen i den offentliga sektorn (punkt 25 ff.).

Den negativa föreningsfriheten (jfr mål *Werhof*) var inte aktuell i *Alemo-Herron*²⁷⁷ och domstolen hänvisade istället till EU:s rättighetsstadga och dess artikel 16 som rör näringsfriheten. Enligt domstolen ska tolkningen av artikel 3 i överlåtelsedirektivet under alla förhållanden vara förenlig med

²⁷⁵ Mål C-426/11, *Alemo-Herron*, EU:C:2013:521.

²⁷⁶ I den engelska språkversionen "[...] a fair balance [...]" (punkt 24); i senare avgöranden har "a fair balance" översatts till "rättsvis avvägning" (mål C-344/18 *ISS Facility*) och "skäligen balans" (mål C-336/15 *Unionen*). Någon total jämvikt avses därmed inte.

²⁷⁷ Mål C-426/11, *Alemo-Herron*, EU:C:2013:521.

rättighetsstadgans artikel 16. I näringsfriheten ligger även avtalsfriheten och domstolen uttalade att förvärvarens avtalsfrihet blir allvarligt reducerad om förvärvaren binds av ett kollektivavtal till vilken denne inte kan bli part. Förvärvaren saknar därigenom möjlighet att förhandla och göra sina intressen gällande i avtalsprocessen angående utvecklingen av anställningsförhållandena. Denna inskränkning i avtalsfriheten kan enligt domstolen inkräkta på kärnan i förvärvarens näringsfrihet (punkt 30 ff.). Enligt domstolen kan artikel 8 i överlåtelsedirektivet – om att för arbetstagaren gynnsammare regler får införas – tillsammans med artikel 3 om rättigheternas övergång inte tolkas så att regler som påverkar själva kärnan i förvärvarens näringsfrihet tillåts.

Slutsatsen blev att om förvärvaren inte har möjlighet att delta i förhandlingsprocessen rörande kollektivavtal som sluts efter övergången blir dessa inte bindande gentemot denne även om en dynamisk hänvisningsklausul förekommer i de övergående individuella avtalen (punkt 37). Därmed gavs näringsfriheten i EU:s rättighetsstadga företräde framför arbetstagar skyddet, åtminstone såvitt avser sådana nationella regler som är mer gynnsamma än de direktivet stadgar.²⁷⁸

4.5.4 Förenade målen C-680/15 och C-681/15 Asklepios Kliniken

I målen *Asklepios Kliniken*²⁷⁹ utvecklade domstolen sin syn på dynamiska klausuler något. I målen var överlåtaren inte kollektivavtalsbunden utan en hänvisning till ett kollektivavtal hade gjorts i arbetstagarnas anställningsavtal. Hänvisningsklausulen var dynamisk och sedan arbetstagarna övergått till förvärvaren uppstod tvist om huruvida den dynamiska klausulen, och det nyare kollektivavtal denna hänvisade till, kunde göras gällande gentemot förvärvaren eller ej. Förvärvaren, Asklepios, menade att näringsfriheten i artikel 16 i EU:s rättighetsstadga utgjorde hinder för en dynamisk tillämpning av klausulen.

²⁷⁸ Kristiansen i EU & arbetsrätt nr 3, 2013.

²⁷⁹ Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken*, EU:C:2017:317.

EU-domstolen sade inledningsvis att överlåtelsedirektivet varken påbjuder att en statisk klausul ska uppfattas som dynamisk eller att direktivet ska tolkas så att dynamiska klausuler under alla omständigheter är utan verkan. Har överlåtaren och arbetstagaren frivilligt ingått avtal om en dynamisk hänvisningsklausul och om denna gäller vid övergångstidpunkten så övergår den till förvärvaren (punkt 19 ff.). Därefter upprepade domstolen vad den tidigare sagt om att direktivet syftar till att säkerställa jämvikt ("a fair balance") mellan förvärvarens och arbetstagarens intressen och att näringsfriheten inte får inskränkas i för stor utsträckning (punkt 22 f.). Slutligen uttalades att om förvärvaren i den nationella lagstiftningen har möjlighet att "[...]såväl i samförstånd som ensidigt[...]"²⁸⁰ anpassa avtalsvillkoren som gäller vid övergångstidpunkten blir denne bunden av en dynamisk hänvisningsklausul som genom samstämmiga viljeyttringar ingåtts mellan överlåtaren och arbetstagaren. Närings- och avtalsfriheten anses då inte vara (för) inskränkt.²⁸¹

4.5.5 Sammanfattning, tillämpning och tankar

Av *Werhof* följer att en hänvisningsklausul inte nödvändigtvis ska ses som dynamisk enligt överlåtelsedirektivet och att en hänvisningsklausul, om överlåtaren är kollektivavtalsbunden, inte kan sträcka sig längre än vad som gäller för kollektivavtal enligt artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet.

Av *Alemo-Herron* framgår att dynamiska klausuler tillåts enligt överlåtelsedirektivet men att de inte binder en förvärvare som inte har möjlighet att delta i förhandlingar rörande de kollektivavtal som följer på det som gällde vid övergången.

I *Asklepios Kliniken* klargörs att en dynamisk hänvisningsklausul, när överlåtaren inte är kollektivavtalsbunden, binder förvärvaren så länge denne enligt nationell rätt har möjlighet att i såväl samförstånd som ensidigt anpassa de individuella villkoren.

Niklas Bruun och Sylvaine Laulom pekar på några problem med partiell harmonisering av verksamhetsövergångsregler och EU-domstolens mål om

²⁸⁰ Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken*, EU:C:2017:317, punkt 24.

²⁸¹ Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken*, EU:C:2017:317.

hänvisningsklausuler. I medlemsstaterna förekommer skillnader kring hur artikel 3.3 i överlåtelsesdirektivet implementerats, särskilt gällande kollektivavtalets giltighetstid och begränsning till som längst ett år. I många medlemsstater blir de kollektiva villkoren också en del av det individuella avtalet vid övergången. Möjligheterna för ändring av villkoren i samförstånd såväl som ensidigt av förvärvaren skiljer sig därmed åt i medlemsstaterna. Det föreligger även skillnader i hur en hänvisningsklausul tolkas i de olika rättsystemen. I vissa fall kan de utgöra bindande avtalsinnehåll medan de andra gånger snarare har en förtydligande innebörd av vad som gäller i anställningsförhållandet.²⁸²

I *Werhof* uttalade EU-domstolen att en hänvisningsklausul inte kan sträcka sig längre än det avtal till vilken den hänvisar och betonade att artikel 3.3 i överlåtelsesdirektivet skulle beaktas. Överlåtaren var i det fallet bunden av kollektivavtalet till vilket klausulen hänvisade. Är hänvisningsklausulen, vilket var fallet i *Werhof*, ett sätt att enligt nationell rätt jämställa organiserade arbetstagare med utanförstående så att alla på arbetsplatsen omfattas av samma kollektivavtal är det naturligt att begränsningarna i artikel 3.3 överlåtelsesdirektivet får genomslag.

I de två efterföljande målen görs dock inga uttalanden om artikel 3.3 utan det står enbart artikel 3. Hur detta ska tolkas är oklart. Artikel 3.3 säger att förvärvaren ska vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden. Hur den nationella rätten ser på hänvisningsklausuler såväl som på kollektivavtal får därmed betydelse. I *Asklepios Kliniken* var varken förvärvare eller överlåtare kollektivavtalsbundna och en dynamisk hänvisningsklausul torde då bli tillämplig för all framtid, eller åtminstone så länge det individuella avtalet inte ändras. Är effekten av en hänvisningsklausul, enligt nationell rätt, att avtalet till vilket det hänvisas blir innehåll i det individuella avtalet, närmast som en bilaga, bör artikel 3.3 i överlåtelsesdirektivet därmed inte aktualiseras. Mot denna tolkning talar dock målet *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.²⁸³

²⁸² Bruun & Laulom (2019) s. 357.

²⁸³ Mål C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2014:2197.

I *Österreichischer Gewerkschaftsbund* hade ett kollektivavtal sagts upp och löpt ut före övergången. Förvärvaren tillämpade därefter sämre villkor än de arbetstagarna hade före övergången. Frågan var om kollektivavtalets efterverkan enligt nationell rätt omfattades av artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet. EU-domstolen svarade jakande och uttalade bland annat att kollektivavtalsvillkor i princip oberoende av vilken metod som använts för att göra dem tillämpliga på de berörda omfattas av artikel 3.3 i direktivet. Det är tillräckligt att villkoren har överenskommit i kollektivavtal och att de verkligen är bindande för överlåtaren och de övergående arbetstagarna. Att ett kollektivavtals efterverkan binder förvärvaren ansågs av domstolen vara förenligt med tidigare uttalande om jämvikt mellan arbetstagarnas och förvärvarens intressen. Kollektivavtalet har endast rättsverkan för de anställningsförhållanden som omfattades omedelbart före uppsägningen av avtalet och villkoren gäller (enligt nationell rätt) bara till dess nytt kollektivavtal börjar gälla eller nytt individuellt avtal sluts med arbetstagarna.

EU-domstolens uttalande att artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet blir tillämplig oavsett vilken metod som medför bundenhet till kollektivavtalsvillkoren kan tolkas som att en hänvisningsklausuls räckvidd under alla omständigheter är begränsad vid en verksamhetsövergång. En viktig detalj i *Österreichischer Gewerkschaftsbund* är dock att den nationella domstolen vid hänskjutandet uppgav att kollektivavtal enligt nationell rätt i princip inte utgör en del av det individuella avtalet utan påverkar avtalet på samma sätt som lag.²⁸⁴

Jonas Malmberg och Sören Öman drar slutsatsen att om en hänvisningsklausul i en utanförstående arbetstagares individuella avtal tydligt stadgar att anställningsvillkoren är de villkor som framgår av vid var tid gällande version av visst kollektivavtal (som överlåtaren är bunden av) blir kollektivavtalets villkor istället sådana individuellt avtalade villkor som övergår enligt 6 b § LAS. Förvärvaren kan då ändra avtalet på samma sätt som överlåtaren kunde göra och eftersom avtal som avviker från kollektivavtal är tillåtna mellan arbetsgivare och utanförstående arbetstagare kan även villkoren som härstammar ur kollektivavtalet ändras.²⁸⁵ Hur saken bedöms om det i arbetsgivarens information till arbetstagaren nämns ett tillämpligt kollektivavtal eller annars allmänt hållna skrivningar om att

²⁸⁴ Mål C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2014:2197, punkt 7.

²⁸⁵ Malmberg & Öman (2017) s. 263 f.

kollektivavtal tillämpas på arbetsplatsen är inte helt klar. I svensk rätt får huvudregeln dock anses vara att hänvisningsklausuler medför att kollektivavtalade villkor blir del av det individuella avtalet så länge parterna tagit del av handlingarna före anställningens ingående eller därefter undertecknat dem.²⁸⁶

I *Asklepios Kliniken*²⁸⁷ uttalar EU-domstolen att förvärvaren enligt nationell rätt ska ha möjlighet att såväl i samförstånd *som* ensidigt²⁸⁸ ändra villkoren i det individuella avtalet. Detta har i litteraturen bland annat skrivits som ”*either consensually or unilaterally*”²⁸⁹, ”*såväl i samförstånd som ensidigt*”²⁹⁰ och ”*om förvärvaren har möjlighet att anpassa avtalsvillkoren efter överlåtelsen*”²⁹¹. EU-domstolens uttalande måste dock förstås som att det är möjligheten till *ensidig reglering* som är avgörande. Att avtalsparter kan ändra ett avtal i samförstånd är huvudregel och hade möjligheten till överenskommelse mellan parterna varit tillräckligt för att en dynamisk hänvisningsklausul skulle bli bindande hade i princip alla hänvisningsklausuler tillåtits.

Efter EU-domstolens avgörande i *Asklepios Kliniken* kom den tyska hänskjutande domstolen fram till att den dynamiska klausulen var bindande för förvärvaren. Tysk rätt medger att arbetsgivaren ensidigt ändrar det individuella avtalet genom *Änderungskündigung* vilket kan beskrivas som ett slags uppsägning för att ändra avtalet.²⁹² Uppsägning för att ändra avtalet i svensk rätt är närmast att se som ett förslag till nytt avtalsinnehåll i den mån det inte förenas med meddelande om att anställningen upphör vid avböjt erbjudande.²⁹³ Att ett sådant förslag ska ses som en ensidig reglering av avtalet är långt ifrån självklart. Huruvida den svenska varianten anses vara tillräcklig för att uppfylla kravet om förvärvarens möjlighet till ensidig reglering återstår att se.

²⁸⁶ Jfr Källström & Malmberg (2019) s. 187 f. och s. 191; jfr även Malmberg (1997) s. 151 f.

²⁸⁷ Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken*, EU:C:2017:317.

²⁸⁸ I den engelska språkversionen [...] *both consensually and unilaterally*[...].

²⁸⁹ Bruun & Laulom (2019) s. 357.

²⁹⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 297.

²⁹¹ Nyström (2021) s. 319.

²⁹² Evju i EU & Arbetsrätt nr 1–2, 2017; Evju använder begreppet *uppsägning för omreglering*.

²⁹³ Jfr Källström & Malmberg (2019) s. 201; se även avsnitt 4.2 i föreliggande arbete.

4.6 Lojalitet och konkurrensklausuler

4.6.1 Inledning

En av grundbultarna i anställningsförhållandet är den lojalitetsplikt som åligger arbetstagaren. I princip ska arbetstagaren sätta arbetsgivarens intressen före sina egna och får bland annat varken konkurrera eller vidta konkurrensförberedande åtgärder under anställningen.²⁹⁴ Lojalitetsplikten gäller även under uppsägningstid men när anställningen avslutats faller lojalitetsplikten som huvudregel bort och arbetstagaren kan fritt ta ny anställning och/eller konkurrera med arbetsgivaren. Någon efterverkan är inte förenad med lojalitetsplikten även om det finns vissa undantag.²⁹⁵ För att förlänga lojalitetsplikten och minska risken för konkurrens är det vanligt att arbetsgivare använder sig av *konkurrensklausuler* i de individuella avtalen.²⁹⁶ En konkurrensklausul får verkan efter anställningen, under anställningen gäller lojalitetsplikten som en så självklar del av avtalet att något uttryckligt förbud mot konkurrens inte är nödvändigt.²⁹⁷ Sådana klausuler som förtydligar förbudet under anställningen förekommer dock också på arbetsmarknaden.²⁹⁸ En konkurrensklausul är marknadsbegränsande och riskerar att låsa in arbetstagare. Klausulerna tillåts emellertid eftersom de anses leda till att företagen vågar investera och bygga ut sina verksamheter. Ett företag som när som helst riskerar konkurrens från (tidigare) anställda torde vara försiktig både med sin know-how och med sina ekonomiska medel.²⁹⁹ Användandet av konkurrensklausuler har ökat och de används numera inte bara på tjänstemannasidan utan även i avtal med arbetare.³⁰⁰

EU har inget regelverk³⁰¹ om konkurrensklausuler i anställningsavtal vilket kan tyckas vara märkligt eftersom man delvis lagt sig i frågan om

²⁹⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 249 f. och s. 266 f.

²⁹⁵ T.ex. i 7 § lag (2018:558) om företagshemligheter som i vissa fall förbjuder röjande av företagshemligheter även efter att en anställning upphört.

²⁹⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 268.

²⁹⁷ Källström & Malmberg (2019) s. 267.

²⁹⁸ Prop. 2021/22:151 s. 94.

²⁹⁹ Jfr Domeij (2016) s. 238.

³⁰⁰ Fahlbeck m.fl. (2021) avsnitt 6.3.3.3.

³⁰¹ Fahlbeck m.fl. (2021) avsnitt 6.3.1.

konkurrens *under* anställningstiden i det så kallade arbetsvillkorsdirektivet.³⁰² Direktivet har (i här relevanta delar) implementerats i LAS under år 2022. Med de nya reglerna har en rätt för arbetstagare att ha flera anställningar införts i 6 i § LAS. Till viss del har arbetsgivarens möjligheter att förbjuda konkurrerande bisysslor därmed inskränkts. Numera är konkurrerande bisysslor förenade med ett lagstadgat skaderekvisit³⁰³ vilket får följden att så länge någon skada inte uppstår, eller riskerar uppstå, torde en arbetstagare relativt fritt kunna arbeta hos flera konkurrerande arbetsgivare. Bedömningen av vad som ska anses vara en skada ska göras från fall till fall.³⁰⁴ Arbetsvillkorsdirektivet har även medfört att delar av LAS ska tillämpas på en vidare personkrets än tidigare. Undantaget i 1 § LAS för arbetstagare i företagsledande ställning gäller t.ex. inte för regeln om bisyssla (se tredje stycket). Resultatet av detta blir att en VD numera kan arbeta hos en konkurrent till arbetsgivaren så länge någon skada inte uppstår. Hur regelverket kommer att tillämpas återstår att se men bevissvårigheter kan antas uppkomma.

Regleringen av konkurrensklausuler är komplicerad och i det följande avsnittet ges endast en översiktlig redogörelse av regelverket och den praxis som utvecklats i Arbetsdomstolen.³⁰⁵

4.6.2 Konkurrensklausuler – rättslig översikt

Arbetsrättsliga³⁰⁶ konkurrensklausuler är klausuler som förhindrar arbetstagaren att vidta vissa åtgärder som kan skada (den tidigare) arbetsgivaren, klausulen förenas vanligen med avtalsvite. Konkurrensklausuler kan

³⁰² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1152 av den 20 juni 2019 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen, svenskt genomförande i prop. 2021/22:151.

³⁰³ Jfr AD 1980 nr 82 där det enligt domstolen krävs att konkurrensen är ägnad att tillfoga arbetsgivaren påtaglig skada eller annars att den sker under sådana omständigheter att den bör uppfattas som illojal.

³⁰⁴ Prop. 2021/22:151 s. 196 f.

³⁰⁵ Se vidare om konkurrensklausuler i t.ex. Fahlbeck m.fl. (2021) och Domeij (2016).

³⁰⁶ Konkurrensklausuler kan även regleras och bedömas utifrån konkurrenslagen (2008:579). Det krävs då att parterna är att se som företag i konkurrenslagens mening (se Källström & Malmberg (2019) s. 272 f.). De konkurrensrättsliga klausulerna behandlas inte närmare i uppsatsen.

regleras av kollektivavtal.³⁰⁷ Gemensamt för alla konkurrensklausuler är att de ska vara skäligen och att arbetsgivaren därmed måste ha ett berättigat syfte med begränsningen. En oskäligen konkurrensklausul är inte bindande för arbetstagaren.³⁰⁸

Det så kallade *2015 års avtal*³⁰⁹ som av förbunden inom Svenskt Näringsliv och PTK antagits som kollektivavtal är tongivande på området. Kollektivavtalet föreskriver användning av så kallade marknadsskyddande konkurrensklausuler, klausuler som förbjuder all konkurrens för viss tid inom visst område och där arbetstagaren kompenseras ekonomiskt för den inskränkning förbudet innebär. Kraven för att konkurrensklausuler enligt 2015 års avtal ska få användas är bland annat att arbetsgivarens verksamhet har företagshemligheter som träffas av reglerna i lag (2018:558) om företagshemligheter och att arbetsgivaren kompenserar arbetstagaren för konkurrensbegränsningen. Tvister om konkurrensklausuler som träffas av avtalet avgörs av en särskild tvistenämnd.³¹⁰

De konkurrensklausuler som inte träffas av kollektivavtalen kan te sig på en mängd olika sätt och bedöms enligt 38 § i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) i kombination med en av Arbetsdomstolen utvecklad praxis. Källström & Malmberg delar in konkurrensklausuler i *marknadsskyddande* och *kundskyddande* klausuler där den förra typen avser förbud mot all konkurrens mot arbetsgivaren och den senare avser förbud att arbeta med de kunder som fanns hos arbetsgivaren när anställningen avslutades. Andra varianter av konkurrensklausuler är sådana som förbjuder värvning av tidigare kollegor, sekretessklausuler och förbud för arbetstagaren att ta anställning hos arbetsgivarens kunder.³¹¹

³⁰⁷ Källström & Malmberg (2019) s. 267 f.

³⁰⁸ AD 2015 nr 8.

³⁰⁹ *Avtal om användning av konkurrensklausuler i anställningsavtal & avtal om skiljedomsregler för skiljenämnden i uppfinnar- och konkurrensklausulstvister träffade 2015 mellan Svenskt Näringsliv och Förhandlings- och samverkansrådet PTK; 2015-års avtal ersätter 1969 års överenskommelse angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s k konkurrensklausuler i anställningsavtal. Det senare äger alltså tillämpning på konkurrensklausuler ingångna före år 2015.*

³¹⁰ Källström & Malmberg (2019) s. 269 f.

³¹¹ Källström & Malmberg (2019) s. 268.

Arbetsdomstolens praxis präglas enligt egen utsago ”*av en starkt restriktiv syn*” vad gäller konkurrensklausuler i individuella avtal.³¹² Det står dock klart att lagstiftning och praxis i högre grad än vad kollektivavtalen gör tillåter konkurrensbegränsningar. Ingen av de konkurrensklausuler som prövats av Arbetsdomstolen sedan år 1975 hade ansetts vara tillåtna enligt kollektivavtalen på området.³¹³ Vid Arbetsdomstolens prövning av en konkurrensklausuls skälighet görs en helhetsbedömning där det bland annat beaktas om arbetsgivaren har ett berättigat syfte med begränsningen, om arbetstagaren blir ersatt antingen under eller efter anställningen för den begränsning klausulen innebär och i vilken utsträckning klausulen begränsar arbetstagarens möjligheter att ta anställning eller driva yrkesverksamhet. Andra omständigheter som beaktas är om klausulen varit föremål för förhandling mellan parterna och arbetstagarens ställning och anställningstid.³¹⁴ Av förarbetena till 38 § AvtL följer att domstolen bör hämta ledning från de kollektivavtal som reglerar konkurrensklausuler och som hade varit tillämpliga på parterna om de varit kollektivavtalsbundna.³¹⁵

Arbetsdomstolens praxis är kasuell och rättsosäkerhet råder på grund av ett svårbedömt rättsläge.³¹⁶ Trots detta kan några huvudlinjer skönjas rörande vad som kan vara ett berättigat syfte. Att skydda företagsspecifikt kunnande som utvecklats eller förvärvats av arbetsgivaren har ansetts utgöra ett berättigat syfte. Så även att skydda bestående kundrelationer och företagshemligheter. Att arbetsgivaren vill hålla kvar en arbetstagare med särskild kompetens eller särskilda kunskaper anses däremot inte vara ett berättigat syfte med begränsningen.³¹⁷

Av 2015 års avtal framgår att en konkurrensklausul inte kan göras gällande mot arbetstagaren om arbetsgivaren vidtar arbetsbristuppsägning, upplöser anställningen enligt 39 § LAS eller när arbetstagaren frånträder anställningen på grund av att arbetsgivaren i väsentlig mån åsidosatt sina

³¹² AD 2010 nr 53.

³¹³ Fahlbeck m.fl. (2021) avsnitt 6.3.3.2.

³¹⁴ AD 2018 nr 49.

³¹⁵ AD 2018 nr 49 som hänvisar till prop. 1975/76:81 s. 148 f.

³¹⁶ Fahlbeck m.fl. (2021) avsnitt 6.3.3.2.

³¹⁷ Källström & Malmberg (2019) s. 271.

åligganden mot denne.³¹⁸ Vill arbetsgivaren inte ha kvar arbetstagaren ska den senare inte vara begränsad av en konkurrensklausul. Då finns inget berättigat syfte.³¹⁹

Det bör här påpekas att konkurrensklausuler som vid en rättslig prövning hade bedömts vara oskäligen ofta får önskad effekt trots detta. Att rättsläget är oklart innebär att arbetstagare inte vågar ta risken att bryta mot konkurrensklausulen eller få den prövad vilket medför att även oskäligen konkurrensklausuler följs. Domeij talar om en *in terrorem*-effekt.³²⁰

4.6.3 Konkurrensklausuler och verksamhetsövergång

Det kan argumenteras för att en konkurrensklausul i ett individuellt avtal inte utgör ett *anställningsvillkor*. I 1 kap. 2 § konkurrenslagen (2008:579) stadgas att ”Lagen är inte tillämplig på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor”. Paragrafen utgör det så kallade arbetsmarknadsundantaget.³²¹ Arbetsmarknadsundantaget har i doktrinen³²² inte ansetts omfatta arbetsrättsliga konkurrensklausuler då dessa inte utgör *anställningsvillkor* i traditionell mening. Klausulerna aktualiseras först *efter* att en anställning avslutats.³²³ Även Konkurrensverket har bedömt att en konkurrensklausul i ett individuellt avtal inte utgör ett anställningsvillkor om klausulen avser tiden efter anställningens upphörande.³²⁴ Det är andra regler i konkurrensrätten som medför att sådana klausuler i princip hamnar utanför systemets räckvidd.³²⁵

Har det någon betydelse för regelverket om verksamhetsövergång att konkurrensrätten inte ser arbetsrättsliga konkurrensklausuler som

³¹⁸ 2015 års avtal avsnitt 4.1.

³¹⁹ Jfr AD 1991 nr 38 och Ds 2002:56 s. 493 f. för liknande resonemang. Märk väl, vid uppsägning på grund av personliga skäl eller vid avskedande är konkurrensklausulen troligtvis giltig.

³²⁰ Domeij (2013/14) s. 287.

³²¹ Fahlbeck m.fl. (2021) avsnitt 6.3.3.1.

³²² Se bland annat Domeij (2016) s. 250 f. och däri gjorda hänvisningar.

³²³ Carlsson & Bergman (2022) kommentaren till 1 kap. 2 §.

³²⁴ Konkurrensverkets beslut 1995-02-07 dnr 23/95.

³²⁵ Se Fahlbeck m.fl. (2021) avsnitt 6.3.3.1. för en relativt ingående redogörelse.

anställningsvillkor?³²⁶ Ingår dessa klausuler i överlåtarens "[...]rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden [...]" som övergår enligt 6 b § LAS? Arbetsdomstolens prövning i AD 2018 nr 49 innefattade bland annat konkurrensklausuler vid verksamhetsövergång.

AD 2018 nr 49 handlade om fyra arbetstagare som sagt upp sig från ett låsföretag för att verka i ett konkurrerande (lås)företag. I målet hade verksamhetsövergång skett vid två tillfällen och aktuella arbetstagare hade i bägge fall övergått i enlighet med reglerna i 6 b § LAS. Två av arbetstagarna hade individuella avtal med konkurrensklausuler som härstammade från den första verksamhetsövergången. Snart efter att arbetstagarna sagt upp sig från den senare förvärvaren startade de en konkurrerande verksamhet där två av dem blev ägare och två av dem arbetstagare.

Käranden ansåg att de två arbetstagare som omfattades av konkurrensklausuler brutit mot dessa och krävde avtalsvite på grund av brotten. Svarandena invände bland annat att klausulerna var oskäligen men även att "*Normskyddet i 6 b § LAS är ett skydd för anställda. Den syftar inte till att tillvarata kommersiella intressen.*" Tingsrätten fann att de två arbetstagarna var anställda med samma "*anställningsvillkor*" som hos överlåtaren och att konkurrensklausulerna är en del av "*anställningsavtalen*". Bägge dömdes i tingsrätten att betala avtalsvite.

Arbetsdomstolen inleder prövningen i denna del med att citera 6 b § LAS och skriver därefter "*Bestämmelsen innehåller inget undantag för arbetstagarens skyldighet att följa en konkurrensklausul*". Arbetsdomstolen påpekar dock att bestämmelsens sista stycke ger arbetstagaren möjlighet att motsätta sig en övergång. Hade arbetstagarna motsatt sig övergången hade, enligt Arbetsdomstolen, konkurrensklausulen inte varit gällande gentemot (den senare) förvärvaren. Eftersom arbetstagarna inte motsatte sig övergången blev konkurrensklausulerna dock gällande hos förvärvaren. Den ena klausulen bedömdes sedermera vara skäligen huvudsakligen på grund av ett blandat förhållande, svarande var dels tidigare ägare av företaget, dels arbetstagare hos förvärvaren. Den andre arbetstagarens klausul ansågs oskäligen efter en prövning utifrån 38 § AvtL.

Av målet kan två slutsatser dras. Konkurrensklausuler övergår enligt svensk rätt till förvärvaren vid en verksamhetsövergång och en arbetstagare som använder sin reservationsrätt blir inte bunden av en konkurrensklausul i

³²⁶ Jfr även den nya 6 c § i LAS som e contrario kan sägas ge visst stöd för en sådan uppfattning genom att konkurrensklausuler *inte* nämns.

förhållande till förvärvaren. Varken tingsrätten eller Arbetsdomstolen tar upp frågan om hur en konkurrensklausul i ett individuellt avtal ska klassificeras. Antingen spelar klassificeringen ingen roll på grund av ordalydelsen i överlåtelsedirektivet – saken anses vara så klar att den inte behöver bedömas – eller så har bägge instanser förbisett saken.

I Polen har Sąd Najwyższy (”Högsta Domstolen”) prövat frågan om konkurrensklausuler vid verksamhetsövergång och kommit fram till att en sådan klausul inte omfattas av artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet.³²⁷ Här hade man kunnat tänka sig att den polska domstolen diskuterade begränsningen i förhållande till skyddet för arbetstagarens rättigheter men i målet var det tvärtom. Förvärvaren ville ogiltigförklara konkurrensklausulen. Förklaringen är att det i polsk rätt krävs att arbetsgivaren betalar ersättning för att konkurrensbegränsningen ska gälla och förvärvaren ville inte utge denna ersättning. Arbetstagaren stämde förvärvaren och de två första instanserna gav arbetstagaren rätt. Förvärvaren överklagade domen till Sąd Najwyższy och domstolen anförde att konkurrensklausuler inte ingår i det anställningsförhållande som per automatik övergår vid en verksamhetsövergång. En konkurrensklausul reglerar tiden efter anställningsförhållandet och utgör inte en del av anställningsavtalet. Slutsatsen blev att förvärvaren inte kan kräva att arbetstagaren följer konkurrensklausulen och därmed är förvärvaren inte skyldig att utge ersättning för begränsningen.

Den polska domen har fått kritik³²⁸ och generellt anses en konkurrensklausul omfattas av lydelsen i överlåtelsedirektivets artikel 3.1.³²⁹ Domen är dock intressant sedd i ljuset av det svenska arbetsmarknadsundantaget i konkurrensrätten. Att konkurrensklausuler inte undantas i 6 b § LAS står klart efter AD 2018 nr 49. Det hade dock varit intressant, och kanske till och med önskvärt, om Arbetsdomstolen diskuterat

³²⁷ Sąd Najwyższy (Högsta Domstolen i Polen), case number: I PK 123/14, date: 2015-02-11, ”Case report” av European Employment Lawyers Association: https://eela.eelc-updates.com/case_reports/eelc-2018-0076 besökt 2023-03-18, (i länken benämns domen felaktigt I PK 123/15).

³²⁸ Se i samma ”Case report” som i föregående not.

³²⁹ AD 2018 nr 49.

frågan i sitt avgörande. Eller ännu hellre, begärt förhandsavgörande från EU-domstolen.

4.6.4 Några tankar om konkurrensklausuler

I förhållande till direktivets huvudsyfte, att skydda arbetstagarens rättigheter vid övergång av verksamhet, torde en konkurrensklausul kunna anses vara så betungande för arbetstagaren att den inte kan göras gällande hos förvärvaren, åtminstone inte fullt ut. Ett exempel kan vara en allmänt skriven konkurrensklausul om förbud mot konkurrens inom *arbetsgivarens verksamhetsområde*. Övergår en liten verksamhet för att bli en del i en större skulle klausulens räckvidd kunna utökas genom att förvärvarens geografiska verksamhetsområde är större. Verksamhetsövergången är en på arbetstagaren påtvingad substitution av motpart. Samtidigt syftar enligt EU-domstolen inte överlåtelsedirektivet till att ge arbetstagaren ett starkare skydd än vad denne har i andra fall.³³⁰ I exemplet ovan skulle följden bli liknande i det fall en arbetsgivare (överlåtaren) utökade sin verksamhet utan att en verksamhetsövergång skett. Att arbetstagaren fortsatt blir bunden av klausulen i det individuella avtalet får därmed anses vara rimligt utifrån övergångsreglernas syfte att säkerställa, men inte stärka, skyddet för arbetstagarna.

En arbetstagare som utnyttjar sin reservationsrätt och kvarstannat hos överlåtaren för att sedermera bli uppsagd på grund av övertalighet är inte längre bunden av en konkurrensklausul.³³¹ Detta skapar ett intressant problem. Förvärvaren har övertagit ett företag med syftet att bedriva ekonomisk verksamhet och vill (sannolikt) inte ha konkurrens. Troligtvis är konkurrensklausulerna i de individuella avtalen därför noggrant granskade före verksamhetsförvärvet. Väljer ett antal arbetstagare, som stannat kvar hos och sagts upp av överlåtaren, att starta en med förvärvaren konkurrerande verksamhet är de fria att göra så utan att förvärvaren kan göra gällande konkurrensklausulerna. Det kan ifrågasättas om reservationsrätten i ett sådant fall står i samklang med näringsfriheten och

³³⁰ Mål C-343/98, *Collino*, EU:C:2000:441.

³³¹ AD 2018 nr 49.

förvärvarens intressen. Eftersom ett avtal om att inte utnyttja reservationsrätten inte binder arbetstagaren³³² är det för förvärvaren svårt att gardera sig mot detta möjliga konkurrensproblem.

Rätten att stanna kvar går emellertid längre än den grundläggande rätten att frånträda anställningen.³³³ Detta starkare skydd har införts i svensk rätt med stöd av artikel 8 i överlåtelsedirektivet. Med hänvisning till bland annat *Alemo Herron*³³⁴ är det möjligt att förvärvarens näringsfrihet får företräde i ett fall som ovan där medlemsstaten, Sverige, infört ett starkare skydd än vad direktivet kräver. Att EU-domstolen i målet *Katsikas*³³⁵ föreskrev att ett sådant längre gående skydd godtas kan inte med säkerhet antas innebära att skyddet får företräde framför näringsfriheten efter den utveckling som skett i praxis avseende intresseavvägningen mellan arbetstagarens och förvärvarens intressen.

Ytterligare en aspekt rörande konkurrensklausuler är frågan om väsentlig förändring av villkoren (provocerad uppsägning). När villkoren påtagligt försämras hos förvärvaren jämfört med hur de var hos överlåtaren och arbetstagaren på grund av detta säger upp sig kan uppsägningen anses vara föranledd av arbetsgivaren.³³⁶ Vid arbetsgivarens uppsägning på grund av provocerad uppsägning blir en konkurrensklausul normalt inte tillämplig och arbetstagarna kan omedelbart starta en konkurrerande verksamhet.³³⁷ Detsamma bör gälla även vid en uppsägning på grund av väsentlig förändring av avtalsvillkoren enligt övergångsreglerna. Är konkurrensbeivran viktig för förvärvaren bör denne därmed tillse att villkorsförsämring som kan ifrågasättas genom skyddet i övergångsregelverket inte kommer till stånd.

I AD 2009 nr 55 angående uppsägning inför en verksamhetsövergång och företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren uttalade Arbetsdomstolen följande:

³³² Se ovan i avsnitt 4.3.

³³³ Se ovan i avsnitt 3.5.

³³⁴ Se ovan i avsnitt 4.5.3.

³³⁵ Se ovan i avsnitt 3.5.

³³⁶ Se ovan i avsnitt 3.4.

³³⁷ Se ovan i avsnitt 4.6.2

”Reglerna om övergång av verksamhet innebär att en arbetstagare i förhållande till förvärvaren, som arbetsgivare, ska försättas i samma situation som hos överlåtaren. Om en verksamhetsövergång sker under det att uppsägningstid löper övergår således anställningsavtalet till förvärvaren och löper ut hos denne. Övergången i sig leder inte till att uppsägningen är utan verkan i förhållande till förvärvaren. Om nyanställning sker hos förvärvaren aktualiseras reglerna om företrädesrätt till återanställning. Om en giltig uppsägning skett hos överlåtaren och anställningen upphört i tiden före övergången kan fråga om återanställning hos förvärvaren också bli aktuell. Synsättet att en av överlåtaren företagen och giltig uppsägning inte skulle kunna göras gällande av förvärvaren strider mot principen att arbetstagarna ska försättas i samma situation i förhållande till förvärvaren som de hade till överlåtaren.”³³⁸

Arbetsdomstolens uttalande borde kunna ha relevans vid bedömningen av konkurrensklausuler. När en arbetstagare sagt upp sig från överlåtaren och uppsägningstiden löpt ut före övergången men *konkurrensklausulens giltighetstid* fortfarande löper uppstår frågan om förvärvaren är bunden av konkurrensklausulen efter övergången. Det är bara de arbetstagare som är anställda vid övergångstidpunkten som kan göra gällande rättigheterna i övergångsregelverket.³³⁹ Ordalydelsen i direktivet och 6 b § LAS talar dock om anställningsförhållandet. Konkurrensklausuler är en del av de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet och förlänger i viss mån lojalitetsplikten. En konkurrensklausul som trätt i kraft kan därför ses som att anställningsförhållandet i den delen inte sagts upp och klausulen bör, om resonemanget accepteras, övergå till och binda förvärvaren vid övergångstidpunkten trots att någon anställning inte föreligger. Det skulle innebära att arbetstagaren nu istället ska underlåta konkurrens med förvärvaren och att förvärvaren ska stå för eventuell ersättning till arbetstagaren med anledning av konkurrensbegränsningen. Är istället effekten att förvärvaren *inte* kan göra en konkurrensklausul som trätt i kraft gällande kan arbetstagarna inte sägas vara i samma position före som efter övergången, låt vara oftast i negativt hänseende såvitt avser en konkurrensklausuls giltighet.

³³⁸ AD 2009 nr 55.

³³⁹ Se t.ex. mål C-287/86, *Ny Mølle Kro*, EU:C:1987:573.

Rättsläget avseende konkurrensklausulers verkningar för tiden efter övergången får sägas vara oklart. Det finns både för och nackdelar med fortsatt giltighet efter verksamhetsövergången för en klausul som trätt i kraft. För förvärvaren kan fortsatt giltighet medföra en period med färre konkurrenter samtidigt som en (hos överlåtaren före detta) arbetstagare får avtalad kompensation för konkurrensbegränsningen. Å andra sidan får arbetstagaren inte konkurrera och kompensationen utgör för förvärvaren en kostnad vars omfattning varierar beroende av antalet konkurrensklausuler som bedöms vara giltiga.

5 Sammanfattande diskussion

Uppsatsens första frågeställning lyder ”I vilken utsträckning övergår individuella avtalsvillkor vid verksamhetsövergång?” Det enkla svaret är att alla individuella avtalsvillkor övergår. Så säger åtminstone huvudregeln i 6 b § LAS. Alla rättigheter och skyldigheter som följer av anställningen eller anställningsförhållandet övergår från överlåtaren till förvärvaren vid övergångstidpunkten. Kollektivavtalade villkor har dock genom 28 § MBL företräde i många fall. Systemet kompliceras ytterligare av att vissa kollektivavtalade villkor i varierande grad även ingår i det individuella avtalet genom kollektivavtalets normerande verkan, genom dess utfyllande verkan och genom efterverkan.

Ett sätt att se på regelverket är att alla individuella villkor *alltid* övergår men att deras tillämplighet eventuellt påverkas av kollektivavtal och lag eller praxis. Det avgörande för att bestämma vilka individuella avtalsvillkor som får tillämpning vid en verksamhetsövergång är därmed främst arbetstagarens ställning i förhållande till befintliga kollektivavtal. Tre huvudsakliga arbetstagar typer kan i sammanhanget definieras som oorganiserade, medlemsbundna till överlåtarens kollektivavtal och medlemsbundna till förvärvarens kollektivavtal. Arbetstagare som arbetat med samma arbetsuppgifter under samma arbetsvillkor kan komma att behandlas olika vid en övergång beroende på om de är fackanslutna eller ej och beroende av i vilken fackförening de är medlemmar. En oorganiserad arbetstagare vars villkor hos överlåtaren följt av ett kollektivavtals utfyllande verkan är inte garanterad samma villkor hos förvärvaren om denne är kollektivavtalsbunden.³⁴⁰ Det motsatta gäller för den, vid överlåtarens kollektivavtal medlemsbundne arbetstagaren, åtminstone under den tid ettårsregeln ska tillämpas. Den arbetstagare som är utanförstående hos överlåtaren men medlemsbunden hos förvärvaren kommer att bli bunden vid villkoren i förvärvarens avtal enligt reglerna i 26–27 §§ MBL.

³⁴⁰ Se dock Malmberg & Öman (2017) s. 263 som diskuterar huruvida kollektivavtalets utfyllande verkan kan utgöra sådan bundenhet som avses i mål C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* och därmed innebära att kollektivavtalsvillkoren ska tillämpas. De argumenterar för att samma effekt som vid en hänvisningsklausul kan vara tänkbar.

Som synes är variationerna många och det är inte meningsfullt att gå igenom alla tänkbara scenarier. Ett exempel är dock påkallat av uppsatsens syfte, att analysera de individuella villkorens övergång och skydd. Vad gäller när varken överlåtare eller förvärvare är kollektivavtalsbunden?

En arbetstagare som övergår från en överlåtare till en förvärvare där ingen av parterna är kollektivavtalsbunden kommer att ha kvar sin anställning på precis samma sätt som hos överlåtaren. Alla individuella villkor övergår, så även de ensidigt reglerade.³⁴¹ Frågan i detta exempel är istället i vad mån förvärvaren kan ändra villkoren efter övergången. Vilka förändringar som är möjliga styrs dels av gängse arbetsrättsliga regler om ensidiga ändringar inom ramen för anställningen, villkorsändringar i samförstånd och uppsägning för att ändra avtalet, dels av det villkorsskydd som övergångsregelverket ger. Det senare är av primärt intresse här.

Det kan konstateras att villkorsskyddet för individuella villkor i övergångsregelverket i realiteten inte är särskilt långtgående. Så länge ändringen inte beror på verksamhetsövergången i sig³⁴² kan förvärvaren göra samma förändringar som överlåtaren kunde göra. Är förändringarna *för* långtgående aktualiseras reglerna om provocerad uppsägning. Någon skillnad mot om överlåtaren hade vidtagit samma åtgärder föreligger dock inte, reglerna om provocerad uppsägning har inte gjorts mer långtgående i en övergångssituation än vad de är annars. Att förvärvaren kan vidta samma förändringar som överlåtaren kunde följer av att regelverket syftar till att bibehålla arbetstagar skyddet utan att stärka det.

När samma arbetstagare som i exemplet ovan övergår från en överlåtare utan kollektivavtal till en förvärvare med kollektivavtal är det möjligt att övergången innebär en försämring. Villkoren kommer, i den mån det individuella avtalet inte innehåller tydligt uttryckta villkor, att dikteras av förvärvarens kollektivavtal genom kollektivavtalets utfyllande verkan. Något uttryckligt skydd mot försämring i det avseendet finns inte. Det kan

³⁴¹ Undantaget vissa pensionsvillkor.

³⁴² Se avsnitt 4.3.

dock ses som att försämringen beror på övergången i sig i vilket fall försämringen blir utan verkan.³⁴³

Ettårsregeln har begränsad räckvidd. Den blir aktuell då både överlåtare och förvärvare är bundna av kollektivavtal eller då överlåtarens kollektivavtal sägs upp i samband med verksamhetsövergången. De arbetstagare hos överlåtaren som inte är bundna av kollektivavtalet enligt 26 § MBL omfattas inte av ettårsregeln. Detta får sägas vara en brist i skyddsreglerna. Direktivet syftar till att, åtminstone övergångsvis, skydda arbetstagarnas arbetsvillkor i händelse av en verksamhetsövergång. Att behandla två grupper av arbetstagare olika i en annars identisk situation är märkligt. Det gäller särskilt när bytet av arbetsgivare är påtvingat arbetstagaren, vilket är fallet i vid en verksamhetsövergång. En generell regel om att överlåtarens kollektivavtal ska tillämpas av förvärvaren på alla övergående arbetstagare, även de oorganiserade, under samma tidsrymd som den nuvarande ettårsregeln hade varit en bättre lösning.

Reservationsrätten (rätten att motsätta sig övergång) har i svensk rätt givits innebörden att arbetstagaren har rätt att stanna kvar hos överlåtaren. Rätten att helt frånträda anställningen är en grundläggande rättighet och innebär i svensk rätt en uppsägning från arbetstagarens sida. När reglerna infördes uttalades i propositionen att det fanns två alternativ att välja mellan, rätt att stanna kvar hos överlåtaren eller rätt att helt frånträda anställningen.³⁴⁴ I kommittébetänkandet framgår dock att Katsikasmålet tillåter ett flertal lösningar.³⁴⁵ Ordalydelsen i målen *Katsikas* ger också i viss mån uttryck för att flera varianter tillåts samtidigt.

”Medlemsstaterna kan i sådana fall i synnerhet föreskriva att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet skall anses ha upphört antingen på grund av arbetstagaren eller på grund av arbetsgivaren. Medlemsstaterna kan även

³⁴³ Jfr mål C-4/01, *Martin*, EU:C:2003:594; jfr också avsnitt 3.6.5 första stycket i föreliggande arbete.

³⁴⁴ Prop. 1994/95:102 s. 45.

³⁴⁵ SOU 1994:83 s. 87.

föreskriva³⁴⁶ att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet skall kvarstå med överlåtaren.³⁴⁷

Att *även kunna föreskriva* kan tolkas som att det inte föreligger något hinder mot att införa flera varianter för arbetstagaren att välja mellan, i nuläget finns det som sagt två. Exempelvis kunde arbetstagaren ha att välja mellan en rätt att stanna kvar *eller* en rätt att frånträda som anses bero på arbetsgivaren. Införs en sådan rätt skulle verkningarna av en konkurrensklausul kunnat bestämmas av arbetstagaren i det fall denne tvingas in i ett arbetsgivarbyte genom en verksamhetsövergång. Vill arbetstagaren bli bunden av klausulen (och erhålla ersättning för konkurrensbegränsningen) säger denne upp sig, vill arbetstagaren inte bli bunden väljs det andra alternativet. I nuläget är det bara då arbetsbrist kan antas hos överlåtaren som arbetstagaren kan ”välja” att inte bli bunden av en konkurrensklausul.

De individuella villkorens övergång beskrevs vid införandet i svensk rätt som ”*okomplicerad*”.³⁴⁸ Det var istället de befintliga kollektivavtalen och deras påverkan på det individuella avtalet som behövde utredas. Detta uttalande gäller fortfarande med en viktig skillnad, EU-domstolen har genom sin praxis infört närmast en princip om att jämvikt ska råda mellan arbetstagarens rättighetsskydd och förvärvarens näringsfrihet. Är de regler en medlemsstat infört mer gynnande än de som uppställs av överlåtelsedirektivet finns det risk att villkoren som övergår, i för stor utsträckning, anses begränsa förvärvarens möjligheter att göra nödvändiga justeringar och anpassningar av verksamheten. Följden av denna nya praxis är att även om alla individuella avtalsvillkor enligt huvudregeln övergår är det inte säkert att de skyddas.

³⁴⁶ I den engelska språkversionen står det ”[...]it may also provide[...]”.

³⁴⁷ Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas*, EU:C:1992:517.

³⁴⁸ Prop. 94/95:102 s. 52.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur m.m.

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

– Beltzer, Ronald M., 'The transfer of undertakings and the importance of taking over personnel: a vicious circle', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 23/1, 139–155, 2007.

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

– Bruun, Niklas & Laulom, Sylvaine, 'Restructuring of companies' i Jaspers, Teuna, Pennings, Frans & Peters, Saskia (red.), *European labour law*, Intersentia, Cambridge, 2019.

– Carlsson, Kenny & Bergman, Mats, *Konkurrenslagen : en kommentar [Elektronisk resurs]*, Upplaga 2G, JUNO, Norstedts Juridik, 2022.

– Davies, Paul, 'Transfer of undertakings' i Silvana Sciarra, *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice [Elektronisk resurs]*, 1, Hart Publishing Limited, <<http://dx.doi.org/10.5040/9781472562289.ch-003>> 2001.

– Domeij, Bengt, 'Förhandlade konkurrensklausuler för anställda', *JT* 2013–14 s. 272–304.

– Domeij, Bengt, *Från anställd till konkurrent : lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler [Elektronisk resurs]*, Upplaga 1, JUNO, Norstedts Juridik, 2016.

– Evju, Stein, 'Ny dom kan lösa problemet med dynamiska klausuler i anställningsavtal' i *EU & Arbetsrätt* nr 1–2, 2017.

– Fahlbeck, Reinhold, *Praktisk arbetsrätt*, 3 uppl. Liber-Hermod, Malmö, 1994 [1989].

– Fahlbeck, Reinhold, Bengtsson, Henrik, Selberg, Niklas & Svensäter, Lennart, *Lagen om företagshemligheter : en kommentar och rättsöversikter [Elektronisk resurs]*, Upplaga 4A, JUNO, Norstedts Juridik, 2021.

– Hansson, Mikael, *Kollektivavtalsrätten: en rättsvetenskaplig berättelse*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2010, Uppsala, 2010.

- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 omarb. uppl. Norstedts juridik, Stockholm, 2011.
- Kjellberg, Anders, 'Parternas organisationsgrad och kollektivavtalens utbredning', i Beijron, Peter, Ekberg, John, Ewaldsson, Per, Fransson, Anna, Hällberg, Petter & Kjellström, Christian, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2021*, Medlingsinstitutet, Stockholm, 2022.
- Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Kristiansen, Jens, 'Rättighetsstadgan kan sätta gränser för förbättring av minimiregler i direktiv', *EU & arbetsrätt*, nr 3, 2013.
- Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, 5 uppl. Iustus förlag, Uppsala, 2019.
- Källström, Kent, Malmberg, Jonas & Öman, Sören, *Den kollektiva arbetsrätten: en lärobok*, 2 uppl. Iustus förlag, Uppsala, 2019.
- Lunning, Lars, Toijer, Gudmund & Lindblom, Per, *Anställningsskydd : En lagkommentar [Elektronisk resurs]*, Upplaga 11B, JUNO, Norstedts Juridik, 2021.
- Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet: om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1997
- Malmberg, Jonas, 'Arbetstagarens ställning vid gränsöverskridande företagsövergångar', *SvJT* 2004, s. 792–809.
- Malmberg, Jonas, 'Anmälan av Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång', *JT* 2005–06 s. 204–213.
- Malmberg, Jonas, 'Övergång av och till pension – Något om pensionsrättigheter vid övergång av verksamhet' i Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan & Möller, Mikael (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Iustus, Uppsala, 2010.
- Malmberg, Jonas & Öman, Sören, 'Något om kollektivavtal vid övergång av verksamhet', i Ahlberg, Kerstin, Herzfeld Olsson, Petra & Malmberg, Jonas (red.), *Niklas Bruun i Sverige: en vänbok*, 1 uppl. Iustus förlag, Uppsala, 2017.
- Mulder, Bernard Johann, 'Komparativ skiss över reglerna vid verksamhetsövergång' i Mulder, Bernard Johann & Silset, Bodil (red.) *Sui generis. Festskrift til Stein Evju*, Universitetsforlaget, Oslo, 2016.

- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget, Diss. Lund : Lunds universitet, 2004, Lund, 2004.
- Nielsen, Ruth, *EU labour law*, 2. ed., DJØF Publishing, Copenhagen, 2013.
- Nyström, Birgitta, 'Några aktuella arbetsrättsliga frågor i samband med övergång av verksamhet', i Arvisson, Niklas, Flodgren, Boel & Nyström, Birgitta (red.), *Modern affärsrätt : en antologi [Elektronisk resurs]*, Upplaga 1, JUNO, Wolters Kluwer, 2017.
- Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Sjätte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2021.
- Peczenik, Alexander, 'Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken', *FT* 2/1990 s. 41–52.
- Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod', i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Öman, Sören, *Lag (1982:80) om anställningsskydd 6 b § [Elektronisk resurs]*, Lexino, 2023-01-08 (JUNO), 2023.

Offentligt tryck

- Ds 2002:56 *Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv*.
- Prop. 1975/76:81 *med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rätts-handlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.*
- Prop. 1994/95:102 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*.
- Prop. 2021/22:151 *Genomförande av arbetsvillkorsdirektivet*.
- SOU 1994:83 *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar – EU och den svenska arbetsrätten*

Kollektivavtal

- 1969 års överenskommelse, *1969 års överenskommelse angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i sk konkurrensklausuler i anställningsavtal*.
- 2015 års avtal, *Avtal om användning av konkurrensklausuler i anställningsavtal & avtal om skiljedomsregler för skiljenämnden i uppfinnar- och konkurrensklausulstvister träffade 2015 mellan Svenskt Näringsliv och Förhandlings- och samverkansrådet PTK*.

Rättsfallsförteckning

Domar från EU-domstolen

- Mål 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 v Ny Mølle Kro*, EU:C:1987:573.
- Mål C-324/86, *Daddys dance hall*, EU:C:1988:72.
- Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, *Katsikas m.fl.* EU:C:1992:517.
- 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, *Rygaard*, EU:C:1995:290.
- Mål C-171/94, *Merckx och Neuhuys*, EU:C:1996:87.
- Mål C-298/94, *Annette Henke v Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*, EU:C:1996:382.
- Mål C-305/94, *Claude Rotsart de Hertaing mot J. Benoidt SA i likvidation och IGC Housing Service SA*, EU:C:1996:435.
- Mål C-13/95, *Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, EU:C:1997:141.
- Mål C-399/96, *Europièces SA v Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA*, EU:C:1998:532.
- Mål C-343/98, *Collino*, EU:C:2000:441.
- Mål C-172/99, *Oy Liikenne Ab v Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*, EU:C:2001:59.
- Mål C-51/00, *Temco*, EU:C:2002:48.
- Mål C-4/01, *Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v South Bank University.*, EU:C:2003:594.
- Mål C-478/03, *Celtec Ltd*, EU:C:2005:321.
- Mål C-499/04, *Hans Werhof mot Freeway Traffic Systems GmbH & Co*, EU:C:2006:168.

- Mål C-499/04, *Werhof*, Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, EU:C:2005:686.
- 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 v María Socorro Martín Valor and Ayuntamiento de Cobisa*, EU:C:2011:24.
- Mål C-108/10, *Scattolon*, EU:C:2011:542.
- Mål C-426/11, *Mark Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd.*, EU:C:2013:521.
- Mål C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund mot Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmungen*, EU:C:2014:2197.
- Förenade målen C-680/15 och C-681/15, *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH och Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH mot Ivan Felja och Vittoria Graf*, EU:C:2017:317.
- Mål C-336/15, *Unionen mot Almega Tjänsteförbunden och ISS Facility Services AB*, EU:C:2017:276.
- Mål C-416/16, *Ricardo mot Portimão Urbis*, EU:C:2017:574.
- Mål C-472/16, *Colino Sigüenza*, EU:C:2018:646.
- Mål C-298/18, *Reiner Grafe och Jürgen Pohle mot Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH och OSL Bus GmbH*, EU:C:2020:121.
- Mål C-344/18, *ISS Facility Services NV mot Sonia Govaerts och Atalian NV*, EU:C:2020:239.

Domar från Arbetsdomstolen

- AD 1980 nr 82.
- AD 1984 nr 76.
- AD 1991 nr 38.
- AD 1998 nr 144.
- AD 1999 nr 21.
- AD 2000 nr 8.
- AD 2003 nr 102.
- AD 2005 nr 79.
- AD 2007 nr 90.

- AD 2008 nr 51.
- AD 2008 nr 61.
- AD 2009 nr 55.
- AD 2010 nr 53.
- AD 2013 nr 6.
- AD 2014 nr 14.
- AD 2014 nr 28.
- AD 2014 nr 46.
- AD 2015 nr 8.
- AD 2016 nr 69.
- AD 2018 nr 35.
- AD 2018 nr 49.
- AD 2020 nr 23.

Domar från EFTA-domstolen

- E-10/14, *Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System*, 18 december 2014.

Beslut från Konkurrensverket

- Konkurrensverkets beslut 1995-02-07 dnr 23/95.

Övriga källor

- Sąd Najwyższy (Högsta Domstolen i Polen), case number: I PK 123/14, date: 2015-02-11, “Case report” av European Employment Lawyers Association: https://eela.eelc-updates.com/case_reports/eelc-2018-0076 besökt 2023-03-18, i länken benämns domen felaktigt I PK 123/15).