



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Svensson

Arbetstagar skyddet vid verksamhetsövergång med flera förvärvare

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: Period 1 VT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
1.4.1 Rättsdogmatisk metod	9
1.4.2 EU-rättslig metod	10
1.4.3 Material	12
1.5 Forskningsläget	13
1.6 Några centrala begrepp	14
1.7 Disposition	15
2 ÖVERLÅTELSEREGLERNA	16
2.1 Överlåtelsedirektivets syfte	16
2.2 Överlåtelsedirektivets implementering i svensk rätt	17
2.3 Tolkning av direktivet	18
2.4 Arbetstagarbegreppet	19
2.5 Arbetsgivarbegreppet	23
2.6 Rättigheter och skyldigheter vid verksamhetsövergång	24
2.6.1 Rätten att stanna hos överlåtaren	25
2.6.2 Information och samråd	26
2.6.3 Anställningstid och företrädesrätt	28
2.6.4 Uppsägningsförbud	28
2.6.5 Anställningsvillkoren	30
3 VERKSAMHETSÖVERLÅTELSE	36
3.1 Föremålet för överlåtelse	36
3.1.1 Företag, verksamhet eller del av företag eller verksamhet	37
3.1.2 Ekonomisk enhet och bibehållen identitet	39

3.2	Formen för överlåtelsen	45
4	SAMMANFATTNING OCH ANALYS	48
4.1	Vad är syftet med överlåtelseordningen och hur ser ordningen ut i EU och i Sverige?	48
4.2	Vilka rättigheter har arbetstagare vid en verksamhetsöverlåtelse enligt svensk rätt?	48
4.2.1	Vem är en arbetstagare?	50
4.2.2	Vad är en verksamhetsöverlåtelse?	51
4.3	Hur avgörs mot vilken förvärvare arbetstagare kan göra sina rättigheter gällande när det finns flera förvärvare?	52
4.3.1	Alternativ 1	52
4.3.2	Alternativ 2	53
4.3.3	Alternativ 3	54
4.3.4	Slutsats	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Summary

The protection of employees in the case of business transfers is regulated within the European Union (EU) by Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of the transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (Transfer of Undertakings directive). In Swedish law, the rules have been implemented through amendments to the law (1982:80) on employment protection (LAS) and law (1976:580) on co-determination in working life (MBL). This thesis distinguishes the definition of an employee and the employee protection in perspective of the Transfer of Undertakings directive, as well as presents the employee protection regulation and its purpose in Sweden and in the EU. The thesis is based on a combination of a traditional legal method and the EU-legal method.

The employee protection aims to protect employees' rights in the case of business transfers which entails a change of employer, and to enable the employees to continue their employment under the same conditions as with the transferor. It includes a number of rights and obligations. The employee always has the possibility to let the employment remain with the transferor.

The Transfer of Undertakings directive also entails an obligation for both the transferor and the transferee to inform the relevant employee representatives about certain points concerning the transfer, such as the time of the transfer. Thus, the right to information and consultation goes to workers' unions and not to individual workers. Workers who are not union members lack such right.

The fact that the employment contract or employment relationship changes from the transferor to the transferee means that the transferee enters into the employment contract as it appears at the date of the transfer. The terms of employment that are transferred can be divided into four categories: statutory, collective agreements, those that are part of the individual employment contract and those that are unilateral employer gifts. All the terms are transferred to the transferee, but the collective agreements with certain limitations. Although the Transfer of Undertakings directive does not explicitly regulate the termination of employment or the right to re-employment, these may be regarded as a consequence of the rights and obligations being transferred to the new employer.

A large part of the employee protection in the case of business transfers consists of the prohibition of dismissals. The prohibition means that redundancies may not take place due to the transfer. However, dismissals due to economic, technical or organizational reasons are still permitted.

The main question of this thesis relates to business transfers with several transferees. Since the employee protection includes the right for the employee to follow the transfer to the transferee, problems arise when there are several transferees. On the subject, the Belgian Court of Labour has requested a preliminary ruling from the European Court of Justice, asking how it should be decided to which transferee an employee will be transferred. It is in this preliminary ruling that the analysis of this thesis takes off.

A business transfer in the meaning of the Transfer of Undertakings directive is a transfer of an economic entity that retains its identity, and which is understood to mean an organized grouping of assets which has the objective to carry out economic activity. In order to determine whether the transfer is covered by the directive, the so-called Spijkers criteria are used. These take into account, inter alia, whether tangible assets have been transferred and the degree of similarity between the business before and after the transfer.

To answer how it is decided to which transferee the employees will follow, the answer is sought in case law and in the purposes of the Transfer of Undertakings directive. It is not possible to predict with absolute certainty how the European Court of Justice will judge in its preliminary ruling, but a probable approach can be considered. Having determined that it is a transfer covered by the directive and national rules, it will be crucial to find whether the employee has an employment relationship and, if so, to which business part or parts the employee was assigned.

Sammanfattning

Arbetstagar skyddet vid verksamhetsöverlåtelser regleras inom Europeiska unionen (EU) av 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 (överlåtelседirektivet). I svensk rätt har reglerna implementerats genom ändringar i lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) och lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL). Uppsatsen redogör med hjälp av rättsdogmatisk och EU-rättslig metod för vad arbetstagar skyddet innebär, innefattandes regleringens syfte och en presentation av regleringen både i EU och i Sverige samt en presentation av vem som är arbetstagarare.

Arbetstagar skyddet syftar till att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare och att göra det möjligt för dessa att fortsätta sin anställning på samma villkor som hos överlåtaren. Det innefattar en rad rättigheter och skyldigheter. Arbetstagararen har alltid en möjlighet att välja att inte låta sin anställning övergå till förvärvaren och istället stanna kvar hos överlåtaren.

Överlåtelседirektivet medför även en skyldighet för både överlåtare och förvärvare att informera berörda arbetstagarrepresentanter om vissa punkter rörande överlåtelсен, så som tidpunkten för överlåtelсен. Rätten till information och samråd tillfaller i svensk rätt arbetstagares fackförbund och inte enskilda arbetstagarare. Arbetstagarare som inte är fackligt anslutna saknar sådan rätt.

Att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet övergår från överlåtaren till förvärvaren innebär att förvärvaren träder in i anställningsavtalet så som det ser ut vid tidpunkten för överlåtelсен. Anställningsvillkoren som övergår kan delas in i fyra kategorier: lagstadgade, kollektivavtalade, de som är en del av det individuella anställningsavtalet och de som är ensidiga arbetsgivarbeslut. Alla villkoren övergår till förvärvaren men de kollektivavtalade med vissa begränsningar. Trots att direktivet inte uttryckligen reglerar tillgodoräkning av anställningstid eller företrädesrätt till återanställning får dessa anses följa av att rättigheterna och skyldigheterna övergår till den nya arbetsgivararen.

En stor del av arbetstagar skyddet vid verksamhetsöverlåtelser utgörs av uppsägningsförbudet. Förbudet innebär att uppsägningar inte får ske med anledning av överlåtelсен. Uppsägningar på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl är dock fortfarande tillåtna.

Uppsatsens huvudsakliga frågeställning rör verksamhetsöverlåtelser med flera förvärvare. Eftersom arbetstagskyddet vid verksamhetsövergångar innebär att arbetstagarens anställning ska övergå på förvärvaren uppstår problematik när det finns flera förvärvare. Arbetsdomstolen i Belgien har i en begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen ställt frågan om hur det ska avgöras till vilken av förvärvarna arbetstagarna ska följa med, och det är i detta förhandsavgörande analysen har sin utgångspunkt.

En verksamhetsöverlåtelse i överlåtelседirektivets mening är en överlåtelse av en ekonomisk enhet som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet. För att avgöra om överlåtelser omfattas av direktivet används de så kallade Spijkers-kriterierna, där hänsyn tas till bland annat om materiella tillgångar överlåtits och graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelser.

För att besvara hur det avgörs till vilken förvärvare arbetstagarna följer med söks svaret i praxis och i direktivets syften. Det går inte att klart förutsäga hur EU-domstolen kommer att döma i sitt förhandsavgörande, men ett troligt tillvägagångssätt kan diskuteras. Efter att ha slagit fast att det rör sig om en överlåtelse som omfattas av direktivet och nationella regler, kommer det avgörande ställningstagandet vara om arbetstagaren har ett anställningsförhållande och i så fall till vilken eller vilka verksamhetsdelar denna är hänförlig. Anställningen ska sedan övergå till förvärvaren av den verksamhetsdel som anställningen är hänförlig till.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EELC	European Employment Law Cases
EES-lagen	Lag (1992:1317) om ett europeiskt ekonomiskt samarbetsområde (EES)
EG	Europeiska gemenskapen
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
ELLJ	European Labour Law Journal
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
EFTA	Europeiska frihandelssammanslutningen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
LAS	Lag (1982:80) om anställningskydd
Lissabonfördraget	Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen

	och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (2007/C 306/01)
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)
Prop.	Proposition
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
Överlåtelsedirektivet	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

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Arbetsdomstolen i Gent i Belgien begärde den 25 maj 2018 förhandsavgörande från EU-domstolen i fråga om tillämpningen av överlåtelsedirektivet. Frågan gäller till vilken av förvärvarna arbetstagares rättigheter och skyldigheter övergår när olika delar av ett företag övertas av olika förvärvare, om:

- i. de rättigheter och skyldigheter som tillkommer en arbetstagare som var anställd i var och en av de övertagna delarna övergår på var och en av förvärvarna, i förhållande till omfattningen av det arbete som nämnda arbetstagare utförde i de delar som förvärvats av respektive förvärvare,
- ii. ovannämnda rättigheter och skyldigheter i sin helhet ska övergå på förvärvaren av den del av företaget i vilken nämnda arbetstagare huvudsakligen var anställd, eller
- iii. det är så att när direktivbestämmelserna inte kan tolkas på något av ovanstående sätt, ingen av de rättigheter och skyldigheter som följer av nämnda arbetstagares anställningsavtal övergår på någon förvärvare, och att detta också är fallet när det inte går att fastställa omfattningen av arbetstagarens anställning i var och en av de övertagna delarna av företaget?¹

Till vilken förvärvare arbetstagare i det överlåtande företaget följer med är viktigt inte bara ur arbetstagarens perspektiv, utan även ur förvärvarens. Arbetstagare kan utgöra en kostnad som förvärvare behöver ha med i lönsamhetsberäkningen, men de kan även utgöra en tillgång om arbetstagarna har viss kompetens som är av betydelse för verksamheten. Huruvida överlåtelsen är en överlåtelse i direktivets mening kan därför få stor betydelse för hur gynnsam överlåtelsen blir, både för överlåtaren och förvärvaren, men även för vilket skydd arbetstagarna får.

1.2 Syfte och frågeställning

Det övergripande syftet med denna uppsats är att utreda problematiken i att avgöra till vilken förvärvare en arbetstagare följer med när ett företag överläts

¹ C-344/18: Begäran om förhandsavgörande framställd av Arbeidshof te Gent (Belgien) den 25 maj 2018 – ISS Facility Services NV mot Sonia Govaerts, Euroclean NV.

till flera förvärvare. För att uppnå detta syfte måste vissa grunder läggas. Uppsatsen syftar därmed även till att redogöra för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av verksamhet i vilken arbetstagare är anställda eller utför arbete i, och presentera hur dessa regleras i svensk rätt. Genom detta kommer uppsatsen slutligen att lyfta fram på vilka möjliga grunder EU-domstolen kan komma att avgöra Arbetsdomstolen i Gents fråga.

Uppsatsens huvudfrågeställning är

- i. Hur avgörs mot vilken förvärvare arbetstagare kan göra sina rättigheter gällande när det finns flera förvärvare?

För att kunna besvara frågeställningen är det nödvändigt att utreda både EU-rätt och svensk rätt, varför uppsatsen även ämnar besvara följande frågeställningar

- i. Vad är syftet med överlåtelseregleringen och hur ser regleringen ut i Europeiska unionen (EU) och i Sverige?
- ii. Vilka rättigheter har arbetstagare vid en verksamhetsöverlåtelse enligt svensk rätt? Frågeställningen ger upphov till följande delfrågeställningar:
 - a. Vem är en arbetstagare?
 - b. Vad är en verksamhetsöverlåtelse?

1.3 Avgränsningar

När det talas om övergångar så behandlas inte gränsöverskridande övergångar. Huruvida överlåtarens och förvärvarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande kompliceras ytterligare av att överlåtaren finns i ett annat land än förvärvaren berörs och besvaras alltså inte i denna uppsats.

Uppsatsen inte bara avgränsas utan, med hänsyn till det begränsade utrymmet, begränsas den även i sitt omfång. Den syftar inte till en djupgående redogörelse och problematisering av arbetstagar- eller arbetsgivarbegreppet, utan en presentation av dessa ges för att läsaren ska få större förståelse för helheten och problematiken gällande verksamhetsövergångar med flera förvärvare. Att arbetstagarbegreppet alltså är relevant för uppsatsen är för att vem som är arbetstagare är relevant när det ska avgöras till vilken förvärvare arbetstagare följer med vid en verksamhetsövergång. Eftersom överlåtelsedirektivet hänvisar till nationell rätt vad gäller arbetstagarbegreppet är det relevant att redogöra för det svenska arbetstagarbegreppet.²

² Artikel 2.d i överlåtelsedirektivet.

Vidare berörs endast för frågeställningarna relevanta regleringar i överlåtel-sedirektivet och inom svensk rätt. Uppsatsen avser heller inte att djupgående analysera vad som utgör en bestående ekonomisk enhet. Det finns mycket skrivet, och mycket praxis, om vad som utgör en bestående ekonomisk enhet och det är med hänsyn till uppsatsens längd inte möjligt att vidare utveckla redogörelsen av vilka verksamheter och övergångar som omfattas av direktivet.

1.4 Metod och material

1.4.1 Rättsdogmatisk metod

Uppsatsen syftar till att utröna gällande rätt, varför den rättsdogmatiska metoden har tillämpats. Den rättsdogmatiska metoden har stor praktisk betydelse för att få ordning och systematik på det juridiska tänkandet.³ Ordet ”dogmatik” för tankarna till teologi och bristande förutsättningslöshet.⁴ Trots denna koppling är rättsdogmatiken inte dogmatisk. Den rättsdogmatiska metoden syftar istället till att analysera alla beståndsdelar i rättskälleläran så att den slutliga analysen speglar innehållet i gällande rätt.⁵ Begreppet rättsdogmatisk metod har kritiserats av Clases Sandgren. Sandgren har föreslagit att begreppet borde bytas ut mot ”rättsanalytisk metod” eftersom det bättre beskriver metoden.⁶ Enligt Nils Jareborg rör det sig om en ”rekonstruktion av gällande rätt”⁷ men det utesluter inte att rättsdogmatiker söker nya, ideala, lösningar. Eftersom rättsdogmatiken utgår från gällande rätt begränsas man också av lagstiftare och domstolar. Jareborg har beskrivit fördelningen som att ”[l]agstiftaren stiftar lagar, domaren dömer och rättsdogmatikern konstruerar ett normativt system som ger mening åt lagarna och domarna.”⁸

Enligt vissa rättskälleprinciper följer vad som *ska*, *bör* och *får* beaktas som skäl i juridiks argumentation. Det som *ska* beaktas är lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler. Prejudikat och lagars förarbeten *bör* istället beaktas. Inom kategorin *får beaktas* ryms bland annat institutionella rekommendationer, domar och beslut som *inte* utgör prejudikat, rättsvetenskaplig litteratur och utländsk rätt. Vad som inte får beaktas är svårare att svara på.⁹ Det finns de som förespråkar att rättsdogmatiker inte bör ta ställning utan endast beskriva fakta och göra prognoser över hur domstolar kommer att

³ Kleineman (2018), s. 26.

⁴ Jareborg SvJT (2004), s. 4.

⁵ Kleineman (2018), s. 26.

⁶ Sandgren TfR (2005), s. 655f.

⁷ Jareborg SvJT (2004), s. 4.

⁸ Jareborg SvJT (2004), s. 4.

⁹ Peczenik (1995), s. 35f.

döma.¹⁰ Samtidigt finns flera företrädare för normativa inslag i rättsdogmatiken.¹¹ De som forskar inom ett område har ofta mycket god kunskap om området och därmed mycket att säga både om hur rättsläget ser ut och om hur det bör vara. Normativa inslag kan, när de är bra, påverka och bidra till en positiv samhällsutveckling.¹²

Rättsdogmatiken har kritiserats för att inte vara vetenskaplig. Enligt Uppsalskolan kan endast fakta vara vetenskap. Värden är inte fakta och därför kan inte normativa system vara fakta och följaktligen inte vetenskap.¹³ Denna kritik måste idag anses föråldrad.¹⁴ Jareborg har tillbakavisat kritiken om att rättsdogmatiken inte är en vetenskap, och anfört att det finns två sätt som forskning kan vara vetenskaplig på. Forskning är vetenskaplig om den bedrivs med en vetenskaplig metod, här ges statistik som exempel. Men forskning är även vetenskaplig om den bedrivs i vetenskapligt syfte och här ges rättsdogmatiken som exempel.¹⁵ Att rättsdogmatiken kritiserats för att inte vara en riktig vetenskap tror Jareborg kan ha sin grund i kopplingen till politik och moral. Och visst kan man förstå kopplingen: politiska beslut har skapat och format rättssystemet och moralisk argumentation sammanfaller inte alltför sällan med rättsdogmatisk argumentation.¹⁶

1.4.2 EU-rättslig metod

För att analysera EU-rätt finns den EU-rättsliga metoden. Uppsatsen syftar till att beskriva hur den arbetsrättsliga överlåtelseordningen ser ut i EU, men även hur den ser ut i Sverige och därför är användandet av den EU-rättsliga metoden nödvändig. Eftersom den svenska arbetsrätten till stor del är EU-baserad, har den EU-rättsliga metoden betydelse även för att utreda svensk rätt. När EU-rättsliga bestämmelser återfinns i svenska lagar, förordningar och föreskrifter ska de tolkas och tillämpas i enlighet med den juridiska metod som EU-domstolen har utvecklat. Det kan bland svenska jurister finnas visst motstånd mot att använda en annan metod än den svenska. Detta motstånd kan antagligen förklaras med att det uppstår en kulturkrock mellan två rättskulturer. Dessutom bygger den EU-rättsliga metoden på andra tolkningsprinciper och grundar sig på andra rättskällevärdingar än vad den svenska juridiska metoden gör.¹⁷

¹⁰ Rodhe JT (1996/97), s. 1ff.

¹¹ Se bl.a. Kellgren SvJT (2002); Peczenik (1995).

¹² Kellgren SvJT (2002), s. 518f.

¹³ Jareborg SvJT (2004), s. 6.

¹⁴ Kleineman (2018), s. 24.

¹⁵ Jareborg SvJT (2004), s. 7f.

¹⁶ Jareborg SvJT (2004), s. 10.

¹⁷ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 34f.

Den EU-rättsliga metoden är förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad, och en teleologisk tolkning används snarare än en systematisk tolkning. Detta innebär att rätten tolkas mot sitt sammanhang och syfte istället för i ett isolerat sammanhang. Vidare görs ofta analoga tolkningar så att bakomliggande principer som tillämpats på andra rättsområden även tillämpas på den för bedömningen aktuella bestämmelsen. Det som skiljer den EU-rättsliga metoden från den rättsdogmatiska är rättskällorna och dess förhållande till varandra.¹⁸

EU:s primärrätt utgörs av de grundläggande fördragen.¹⁹ Genom Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (2007/C 306/01) (Lissabonfördraget) tillhör även Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) (rättighetsstadgan) primärrätten.²⁰ Primärrätten tillsammans med bindande sekundärrätt, internationella avtal och allmänna rättsprinciper är bindande rättskällor. Även praxis från EU-domstolen och tribunalen är bindande. Icke-bindande sekundärrätt, förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden, doktrin och ekonomiska teorier är inte bindande utan endast vägledande rättskällor.²¹ Inom EU-rätten är det EU-domstolen snarare än EU-lagstiftaren som är den pådrivande kraften i EU-rättens utveckling.²² Till skillnad från svensk rätt har alltså praxis större betydelse inom EU-rätten, medan till exempel sedvana praktiskt taget saknar betydelse.²³

Inte alltför sällan riktas kritik mot EU-domstolen för att denna ägnar sig åt rättsskapande verksamhet som rätteligen borde förbehållas lagstiftaren. Kritiken riktas bland annat mot EU-domstolens tillämpning av allmänna rättsprinciper som domstolen själv utvecklar.²⁴

Ytterligare en intressant skillnad är att EU-domstolen biträds av åtta generaladvokater och inför varje mål utses en av dessa till att fullständigt opartiskt och oavhängigt utarbeta ett motiverat yttrande rörande hur målet ska avgöras, ett så kallat förslag till avgörande.²⁵ Trots att dessa inte är bindande kan de ha stor praktisk betydelse. Dessutom vittnar generaladvokaternas förslag om svårigheten i att tillämpa unionsrätten på ett sätt som senare överensstämmer med domstolens avgörande.²⁶

¹⁸ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 36ff.

¹⁹ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40.

²⁰ Kommissionens meddelande KOM(2010) 573, s. 2.

²¹ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40f.

²² Reichel (2018), s. 131.

²³ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40f.

²⁴ Reichel (2018), s. 131.

²⁵ Artikel 252 FEUF.

²⁶ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 117f.

Vid tolkning av nationell rätt gäller principen om EU-rättens företräde, en princip som EU-domstolen för första gången fastslog i Costa-målet 1964.²⁷ Principen medför att även nationell rätt ska tolkas i ljuset av EU-rätten, och därmed även i enlighet med överlåtelsesdirektivet. EU-domstolen har konstaterat att en nationell domstol som tolkar nationell rätt är skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås, även om det finns upplysningar av motsatt innebörd, om hur lagen ska tolkas, i förarbetena till den nationella bestämmelsen.²⁸ EU-domstolen bekräftade i Ajos- domen EU-rättens företräde framför nationell rätt och konstaterade att när EU-konform tolkning inte är möjlig ska den nationella domstolen underlåta att tillämpa de bestämmelser i nationell rätt som strider mot EU-rätten.²⁹ Intressant nog valde Danmarks Højesteret att *inte* följa förhandsavgörandet från EU-domstolen som förutsatte en tolkning av dansk lag i strid med dansk rättstradition och domstolarnas konstitutionella ställning.³⁰ Højesteret fastslog bland annat att huruvida en EU-rättsregel kan tillskrivas den effekt i dansk lagstiftning som EU-lagstiftningen kräver beror främst på lagen om Danmarks anslutning till EU. I Ajos- domen hade EU-domstolen tillämpat en princip som grund för domslutet. Højesteret fann att en sådan situation när principen inte bygger på en särskild fördragsbestämmelse, inte är föremål för den danska anslutningslagstiftningen och därmed inte direkt tillämpliga i Danmark.³¹ Utgången av målet har fått blandat mottagande i Danmark.³² Bland andra Ruth Nielsen och Christina D. Tvarnø anser att Højesteret brutit mot EU-rätten genom domen.³³ Även Jens Kristiansen anser att Højesteret inte helt uppfyllt sina skyldigheter gentemot EU när förhandsavgörandet från EU-domstolen inte följdes. Enligt Kristiansen bekräftar Højesteret i sin dom att EU-domstolen är den högsta domstolen i EU:s rättssystem och den auktoritativa tolken av EU-rätten, men att Højesteret är den officiella tolken av dansk lag. Kristiansen anser att domen i detta avseende kan vara en vink till EU-domstolen om att den måste respektera den traktatbaserade arbetsfördelningen, trots att detta inte är vad Højesteret säger rakt ut.³⁴

1.4.3 Material

Frågeställningarna berör EU-rätt men huvudsakligen svensk rätt. På detta arbetsrättsliga område är de tätt sammankopplade och EU-rättsliga rättskällor

²⁷ C-6/64 Costa.

²⁸ C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier, p. 13.

²⁹ C-441/14 Ajos, p. 43.

³⁰ Dom den 6 december 2016 i mål 15/2014, Danmark; Reichel FT (2018), s. 111.

³¹ Dom den 6 december 2016 i mål 15/2014, Danmark.

³² Reichel FT (2018), s. 111.

³³ Nielsen & Tvarnø ERT (2017), s. 326.

³⁴ Kristiansen UfR (2017), s. 7.

utgör även svenska rättskällor. Traditionella rättskällor enligt rättskälleprinciperna beskrivna under avsnitt 1.4.1 har använts för att utröna vad som är gällande rätt.

EU-rättsliga förarbeten och svenska förarbeten har presenterats i samband med beskrivning av EU-rätten och således även av det svenska rättsläget. Här bör förtydligas att uttalanden i svenska förarbeten enbart är en tolkning av hur man uppfattar att EU-rätten ska tolkas. Dessa uttalanden har inte ställning som en rättskälla när vad som är gällande EU-rätt ska fastställas.³⁵

Det finns rikligt med praxis rörande överlåtelsedirektivet och dess tillämpningsområde, varför beskrivningen av gällande rätt till stor del grundas på denna. Vad gäller urvalet av praxis utgår uppsatsen från en rad tongivande avgöranden så som Spijkers-domen.³⁶ Dessa kompletteras i sin tur med nyare rättsfall, delvis för att påvisa dess aktualitet men även för att visa ändringar som skett.

Doktrin utgör i mångt och mycket återberättande av domslut och kommentarer gällande dessa. EU-domstolen och EFTA-domstolen är de som ytterst tolkar innebörden av direktivet.³⁷ Uppsatsen grundar sig på överlåtelsedirektiv 2001/23, men praxis från tidigare överlåtelsedirektiv används. Dessa har relevans och är överförbara på direktivet från 2001 eftersom den utgör en kodifiering av tidigare direktiv och praxis.³⁸ När så har varit möjligt har svenska versioner av rättsfall använts. När detta inte funnits tillgängligt har engelska versioner istället granskats.

Nyhetsbrevet EU & arbetsrätt följer upp relevanta nyheter inom området och tidskrifter så som European Labour Law Journal och Maastricht Journal of European and Comparative Law innehåller artiklar som analyserar och kommenterar rättsfall. I de avseenden tidskrifterna varit intressanta för uppsatsens frågeställningar har dessa använts för att påvisa åsikter på, och slutsatser som kan dras av, olika avgöranden.

1.5 Forskningsläget

Rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller anställningsförhållande vid verksamhetsövergång har varit föremål för forskning och mest framträdande är Bernard Johann Mulders avhandling *Anställningen vid verksamhetsövergång* från 2004. Avhandlingen är 15 år gammal men det

³⁵ Nyström (2017b), s. 216.

³⁶ C-24/85 Spijkers.

³⁷ Prop. 1994/95:102, s. 43.

³⁸ Skäl 1 i ingressen till överlåtelsedirektivet; C- 426/11 Alemo-Herron m.fl., p. 22.

mest omfattande verket på området, och har därför utgjort utgångspunkten för denna uppsats.

Axel Adlercreutz klassiska monografi *Arbetstagarbegreppet: om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt* från 1964 har utgjort grunden för avsnittet om arbetstagarbegreppet och kompletterats med praxis och doktrin. Adlercreutz ringade in vilka personer som bör betraktas som arbetstagare och presenterade viktiga kriterier för bedömningen av huruvida ett anställningsförhållande föreligger eller inte.

Vad gäller arbetsgivarbegreppet finns Niklas Selbergs avhandling *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetstagarorganisationer – En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö* från 2017 där Selberg utreder vem som är ansvarig för arbetstagares anspråk på bland annat anställningsskydd.

1.6 Några centrala begrepp

I och med Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 blev EG-domstolen istället EU-domstolen. För enkelhetens skull används begreppet ”EU-domstolen” genom hela uppsatsen, även när domslut från före 2009 berörs.

Det första överlåtelsedirektivet antogs 1977. Det ersattes 2001 av det nya överlåtelsedirektivet. När rättsfall från innan 2001 återges och hänvisningar till direktivet görs, kommer ”överlåtelsedirektivet” användas även för 1977 års direktiv. De artiklar som hänvisas till berör samma typ av reglering, om än att vissa artiklar i 2001 års överlåtelsedirektiv är uppdaterade.

Överlåtelsedirektivet är, som kommer redogöras för nedan, tillämpligt när det som överlåts är *ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet*.³⁹ För att språket ska flyta bättre används genom uppsatsen begreppen ”företag” och ”verksamhet” som generella begrepp för alla dessa fyra objekt. Begreppen övergång och överlåtelse används synonymt genom uppsatsen. Även när det talas om ”del av företag” eller ”del av verksamhet” används dessa synonymt. En ansats till redogörelse för distinktionen mellan begreppen företag och verksamhet finns i avsnitt 3.1.1.

³⁹ Artikel 1.1.a i överlåtelsedirektivet.

1.7 Disposition

I uppsatsens andra kapitel presenteras tillämpliga bestämmelser. Detta omfattande kapitel inleds med en presentation av överlåtelsedirektivets syfte och övergår sedan i en redogörelse för implementeringen av direktivet i svensk rätt. Därefter behandlas hur direktivet ska tolkas. Vidare presenteras vem som är en arbetstagare och en arbetsgivare och vilka rättigheter och skyldigheter, så som uppsägningsförbudet, som följer av direktivet. Genomgående för uppsatsen är att fokus är på svensk rätt, men eftersom den svenska rätten på detta område utgår från EU-rätten är den ständigt närvarande.

Kapitel tre behandlar i sin tur verksamhetsöverlåtelser. Här presenteras vilka föremål som ska överlåtas och vilka former av överlåtelser som krävs för att direktivet ska vara tillämpligt. Sist följer uppsatsens fjärde, analyserande, kapitel. Kapitlet består bland annat i presentation och bemötande av de tre alternativ som ställs av den belgiska arbetsdomstolen i mål C-344/18.

2 Överlåtelseregler

Överlåtelsedirektivet är ett minimidirektiv om arbetsgivares rättigheter och skyldigheter vid överlåtelser. Överlåtelsedirektivet har genomförts i samtliga av EU:s medlemsstater, men tillämpas även av länder i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). I artikel 1.2 skrivs att direktivet tillämpas inom fördragets *territoriella räckvidd*, vilket förutom EU:s medlemsstater inkluderar de kvarvarande EES-medlemsstaterna Island, Liechtenstein och Norge. Nedan följer en redogörelse för både de svenska och EU-rättsliga reglerna.

2.1 Överlåtelsedirektivets syfte

Det första direktivet om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter tillkom 1977. Av direktivets ingress framgår att den ekonomiska utvecklingen förändrade företagsstrukturer genom att företag, verksamheter eller delar av verksamheter genom lagenlig överlåtelse eller fusion övergick till andra arbetsgivare var anledningen till direktivet. Dåvarande EG ansåg det nödvändigt att utarbeta bestämmelser till skydd för arbetstagarna vid byte av arbetsgivare samt för att minska skillnaderna av arbetstagarnas skydd mellan medlemsstater. Relevant nationell lagstiftning skulle kort sagt harmoniseras för att skydda arbetstagares anställningsförhållanden vid verksamhetsövergångar.⁴⁰ Syftet var emellertid inte endast att tillvarata arbetstagarnas intressen vid verksamhetsövergång, utan även att det ska råda jämvikt mellan dessa intressen och förvärvarens intressen.⁴¹

Direktivet ändrades genom ändringsdirektivet 98/50/EG. Båda direktiven ersattes i mars 2001 av ett nytt överlåtelsedirektiv. Det nya överlåtelsedirektivet skulle skapa klarhet och överskådlighet över arbetstagar skyddet vid verksamhetsövergångar. Sedan det första överlåtelsedirektivet hade ändringar gjorts på grund av bland annat den inre marknaden. Dessa implementerades i det nya direktivet. Det nya överlåtelsedirektivet utgör även kodifiering av praxis.⁴²

⁴⁰ 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.

⁴¹ C-426/11 *Alemo-Herron m.fl.*, p. 25; C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 29.

⁴² Kommissionens meddelande KOM(2000) 259, s. 4.

Överlåtelsedirektivet antogs 1977 med stöd av artikel 100 i EEG-fördraget och överlåtelsedirektivet från 2001 med stöd av artikel 94 i EG-fördraget. Artiklarna motsvarar varandra och slår fast att direktiv om tillnärmning av sådana lagar och andra författningar i medlemsstaterna som direkt inverkar på den gemensamma marknadens upprättande eller funktion ska utfärdas. Enligt Lunning och Toijer tyder detta på att det ursprungligen låg konkurrensaspekter bakom direktivet. De uttryckte den ursprungliga konkurrensaspekten som att ”arbetsgivare inte ska vinna några konkurrensfördelar genom att efterätta arbetstagarnas krav på ett grundläggande skydd för sin anställning och sina anställningsvillkor”.⁴³

2.2 Överlåtelsedirektivets implementering i svensk rätt

Ett direktiv har inte direkt tillämplighet i medlemsstaterna. Istället riktar sig direktiven till medlemsstaterna som i sin tur ska införa direktivets regler i nationell rätt. Som huvudregel har direktiv därmed inte direkt effekt, vilket innebär att regler i direktiv inte kan åberopas av den enskilde mot staten. De har inte heller horisontell direkt effekt, vilket innebär att de inte heller kan åberopas av den enskilde mot annan fysisk eller juridisk person än staten.⁴⁴ Innan Sveriges EU-medlemskap 1995, var Sverige medlemmar i den Europeiska frihandelssammanslutningen (EFTA). 1992 undertecknades ett avtal om rätten att delta i en gemenskapsmarknad, EES-avtalet, mellan de dåvarande medlemmarna i EFTA med dåvarande Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) och Europeiska kol- och stålgemenskapen (EKSG). Avtalet, som innefattade överlåtelsedirektivet från 1977, trädde i kraft 1994. För att införliva EES-avtalet i svensk rätt infördes Lag (1992:1317) om ett europeiskt ekonomiskt samarbetsområde (EES) (EES-lagen). I EES-lagen hänvisades till viss artikel i avtalet, vilken i sin tur hänvisade till en bilaga som innehöll överlåtelsedirektivet från 1977. Om detta uttalade sig departementschefen att hänvisningar till bilagor inte kan innebära att dessa inkorporeras. Detta resulterade i att Arbetsdomstolen (AD) i AD 1995 nr. 97 fann att överlåtelsedirektivet från 1977 inte var gällande i svensk rätt genom att vara en bilaga till EES-lagen. Förutom hänvisningen till bilagan fanns inget införlivande av direktivet. I en skrivelse från EFTA:s övervakningsorgan uppmärksammades Sverige om den bristande implementeringen av överlåtelsedirektivet.⁴⁵ Med anledning av dels detta, dels Sveriges stundande medlemskap i EU, vidtogs lag

⁴³ Lunning & Toijer, Zeteo, 6 b § LAS.

⁴⁴ Nyström (2017a), s. 41ff.

⁴⁵ SOU 1994:83, bilaga 2.

(1982:80) om anställningsskydd (LAS) och lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) för att göra svensk arbetsrättslagstiftning EU-konform.⁴⁶ Den svenska regeringen ska tolkas i ljuset av EU-rätten.⁴⁷

2.3 Tolkning av direktivet

Vid tolkning av direktivet har i praxis konstaterats att inte bara ordalydelsen ska tolkas. Anledningen till att tolkning enligt ordalydelsen inte är tillräcklig är de skillnader som finns mellan olika språkversioner av bestämmelser och begrepp i medlemsstaternas nationella lagstiftning. EU-domstolen tolkar därför bestämmelsers innebörd och begrepp flexibelt utifrån direktivets uppbyggnad och dess syfte att bland annat trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom ett företag vid ägarbyten.⁴⁸ Framförallt begreppet ”överlåtelse” har gett upphov till tolkning, men mer om detta nedan. I Werhof-målet konstaterades att trots syftet att skydda arbetstagarnas intressen vid verksamhetsövergång, så ska inte förvärvarens intressen bortses från.⁴⁹

Som beskrivits ovan är möjligtvis inte arbetstagskyddet det enda syftet med direktivet. Genom hänvisning till artikel 100 i EG-fördraget och sedermera artikel 94 kan konkurrensrättsliga aspekter ha inkorporerats. Detta uppmärksammades av Generaladvokat L.A. Geelhoed i förslag till avgörande i Temco-fallet. Generaladvokaten skrev att eftersom direktivet antagits med stöd av dessa artiklar, bör man förutom arbetstagskyddet även beakta marknads- och konkurrensrättsliga överväganden.⁵⁰ Domstolen berörde inte dessa överväganden överhuvudtaget, utan konstaterade endast att direktivets syftet är att skydda arbetstagarna.⁵¹

Rättighetsstadgan kan tillämpas vid tolkning av direktivet. I Werhof-målet prövades överlåtelsedirektivet utifrån föreningsfriheten och domstolen kom fram till att medlemsstaterna enligt artikel 3 i överlåtelsedirektivet inte är tvungna att låta dynamiska bestämmelser som arbetstagaren har i sitt avtal med överlåtaren övergå till förvärvaren.⁵² Några år senare prövades åter överlåtelsedirektivet enligt rättighetsstadgan. Denna gång berördes näringsfriheten och frågan gällde istället huruvida medlemsstaterna var *förhindrade* att

⁴⁶ Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen; lag (1994:1686) om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet; lag (1994:1685) om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁴⁷ Adlercreutz & Mulder (2013), s. 244.

⁴⁸ C-153/83 Abels p. 13; C-29/91 Redmond Stichting p.10f; C-466/07 Klarenberg p. 43.

⁴⁹ Se bl.a. C-499/04 Werhof, p. 31; C-472/16 Colino Siguënza, p. 29 och p. 48.

⁵⁰ C-51/00 Temco, förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, p. 33ff. och p. 61ff.

⁵¹ C-51/00 Temco, p. 23.

⁵² C-499/04 Werhof, p. 32ff.

låta sådana bestämmelser övergå till förvärvaren. EU-domstolen konstaterade att medlemsstater inte får vidta åtgärder som visserligen är gynnsammare för arbetstagarna men som kan påverka själva kärnan i förvärvarens näringsfrihet.⁵³ Vad som gör användandet av rättighetsstadgan i tolkningsprocessen än mer intressant är att det kan begränsa medlemsstaternas möjlighet att göra arbetstagar skyddet starkare än de minimiregler som finns i överlåtelsedirektivet.⁵⁴

Som redogjorts för ovan under metod-avsnittet gäller principen om EU-rättens företräde, vilken medför att nationell rätt ska tolkas i ljuset av EU-rätten och att medlemsstater ska avstå från att tillämpa nationella bestämmelser som inte är EU-konforma. Danska Højesterets tolkning av EU-domstolens förhandsavgörande i Ajos-målet, en tolkning som innebar åsidosättande av EU-rätt, har bland de experter som kommenterat avgörandet kritiserats som EU-rättsstridigt.⁵⁵

2.4 Arbetstagarbegreppet

Definitionen av begreppen arbetstagar och arbetsgivare spelar roll även utanför EU:s arbetsrättsliga direktiv. Arbetstagarbegreppet används till exempel i artikel 45 i Fördraget om Europeiska unionens Funktionssätt (FEUF) om fri rörlighet inom unionen. EU-domstolen har i praxis tolkat arbetstagarbegreppet så att det ska omfatta varje person som under en viss tid, oberoende av anställningsförhållandets rättsliga karaktär, mot ersättning utför arbete åt någon annan under dennes ledning.⁵⁶ Detta unionsrättsliga arbetstagarbegrepp gäller dock inte enligt överlåtelsedirektivet. Istället stadgas i direktivets artikel 2 att arbetstagar är de personer som åtnjuter skydd som arbetstagar enligt den nationella lagstiftningen i den berörda medlemsstaten. Vid tillämpning av överlåtelsedirektivet är det alltså medlemsstaterna som avgör vem som är arbetstagar.⁵⁷

I likhet med EU-rätten har arbetstagarbegreppet inte kodifierats inom svensk rätt. För att avgöra om någon är en arbetstagar får ledning därför sökas i praxis, förarbeten och doktrin.⁵⁸ I förarbeten till implementeringen av överlåtelsedirektivet står att reglerna bör föras in i LAS eftersom de tar sikte på det enskilda anställningsavtalet.⁵⁹ Reglerna fördes sedan in i LAS, och enligt Mulder ska därför arbetstagarbegreppet enligt LAS gälla vid tillämpning av

⁵³ C-426/11 *Alemo-Herron m.fl.*, p. 36.

⁵⁴ Kristiansen *EU & Arbetsrätt* (2013).

⁵⁵ Se ovan under avsnitt 1.4.2.

⁵⁶ Se bl.a. C-66/85 *Lawrie-Blum*, p. 12ff; C-138/02 *Collins*, p. 26; C-456/02 *Trojani*, p. 15.

⁵⁷ C-105/84 *Danmols Inventar*, p. 28.

⁵⁸ Lunning & Toijer, *Zeteo*, 1 § LAS.

⁵⁹ Prop. 1994/95:102, s. 41.

överlåtelsedirektivet. Följden av detta blir att bestämmelserna inte kommer att tillämpas på arbetstagare som faller utanför definitionen enligt LAS.⁶⁰ Detta är dock förenligt med direktivet.⁶¹ Av ordalydelsen i 1 § LAS framgår att arbetstagare i både allmän och enskild tjänst omfattas. Däremot finns fem kategorier av arbetstagare som är undantagna från anställningsskydd, bland annat företagsledare och familjemedlemmar till arbetsgivaren.

I NJA 1949 s. 768 utformade Högsta domstolen (HD) ett arbetstagarbegrepp vilket utgör grunden för det enhetliga civilrättsliga arbetstagarbegreppet.⁶² HD uttalade att frågan huruvida någon i lagens mening är arbetstagare visserligen ska bedömas utifrån vad som är avtalat, men att även andra omständigheter i samband med avtalet och anställningen ska beaktas. Som exempel ges de avtalslutandes ekonomiska eller sociala ställning.⁶³ Enligt Adlercreutz kan detta tolkas som att avse hur förhållandet mellan parterna faktiskt gestaltar sig. Domen innebär sammantaget att en rad olika fakta ska tillmätas betydelse vid en helhetsbedömning av om ett arbetstagarförhållande föreligger eller inte. Hur parterna själva klassificerat ett förhållande utgör inte heller ett hinder för domstolen i sin bedömning.⁶⁴ Detta civilrättsliga arbetstagarbegrepp ligger till grund för tillämpningen av bland annat LAS och sedan HD:s principuttalande 1949 har det bekräftats i både förarbeten och flertalet domar från till exempel Arbetsdomstolen vid prövning av LAS.⁶⁵

Det måste föreligga ett anställningsavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare för att anställningsförhållande ska föreligga enligt svensk rätt. Däremot ställs inget krav på att avtalet ska vara skriftligt eller ha viss form.⁶⁶ För att ett giltigt anställningsavtal ska komma till stånd krävs i princip samstämmiga viljeförklaringar från parterna. Anställningsförhållandet kan dock komma till stånd genom konkludent handlande.⁶⁷

Trots möjligheten att beakta andra omständigheter än avtalsförhållandet, kan konstateras att det finns vissa kännetecknande faktorer för att ett anställningsförhållande ska föreligga och en person betraktas som en arbetstagare. Att arbetstagarförhållandet avser prestation av arbete för annans räkning är ett sådant exempel. Detta förhållande regleras vanligtvis i ett skriftligt avtal men det är inte nödvändigt för att ett arbetstagarförhållande ska anses föreligga.⁶⁸

⁶⁰ Mulder (2004), s. 125.

⁶¹ Prop. 1994/95:102, s. 41.

⁶² Källström & Malmberg (2016), s. 27.

⁶³ NJA 1949 s. 768.

⁶⁴ Adlercreutz (1964), s. 100.

⁶⁵ Se bl.a. prop. 1973:129, s. 196; AD 1981 nr. 18; AD 1981 nr. 58; AD 2005 nr. 33.

⁶⁶ Lunning & Toijer, Zeteo, 1 § LAS.

⁶⁷ AD 1995 nr. 84.

⁶⁸ Adlercreutz (1964), s. 270.

Ytterligare exempel är att ersättningen för arbetet är tidsbaserad, att arbetet sker under arbetsgivarens ledning och kontroll och att arbetsgivarens redskap och maskiner används.⁶⁹ Värt att nämna är även att arbetstagaren måste vara en *fysisk person*. Om den arbetspresterande sidan är en juridisk person väger det tungt i bedömningen av om ett arbetstagarförhållande föreligger eller inte, men det *hindrar inte* domstolen från att finna att den person som utfört arbetet är arbetstagare.⁷⁰

I överlåtelsedirektivet, och sedermera i 6b § 1 st. LAS, talas om rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande.⁷¹ EU-domstolen har i Botzen-målet uttalat att en anställning huvudsakligen karaktäriseras av sambandet mellan arbetstagaren och den del av verksamheten eller företaget som han eller hon är hänförlig till för utförande av sina arbetsuppgifter.⁷²

Huruvida det krävs en formell anställning eller inte för att direktivet ska tillämpas har prövats av EU-domstolen i mål C-242/09 rörande Heinekens ”arbetsgivarbolag”. Heineken hade all sin personal anställd i ett bolag som fungerade som en central arbetsgivare vilken sedan placerade ut personal i de olika operativa bolagen. Heineken överlät sedan verksamheten i ett av de operativa bolagen till Albron Catering, ett bolag som inte ingick i Heineken-koncernen. En av Heinekens anställda som utfört allt sitt arbete i det överlåtna bolaget väckte talan och yrkade att övergången utgjorde en övergång av företag i den mening som avses i överlåtelsedirektivet, och att de arbetstagare som tjänstgjort i bolaget automatiskt skulle följa med övergången.⁷³ Domstolen tolkade direktivets ordalydelse som att det inte krävs anställningsavtal för att arbetstagare ska åtnjuta skydd enligt direktivet. Domstolen uttalade vidare att det inte följer av direktivet att anställningsförhållande skulle vara subsidiärt till anställningsavtal, och att den avtalsbundne arbetsgivaren därför inte måste ges företräde när det finns flera arbetsgivare.⁷⁴ Därmed kan en icke-avtalsbunden arbetsgivare hos vilken arbetstagarna är stadigvarande verksamma anses vara överlåtare i direktivets mening trots att det finns arbetsgivare till vilken arbetstagarna är knutna till genom anställningsavtal.⁷⁵ EU-domstolen fann alltså att man kan vara arbetstagare i ett bolag utan att det finns ett anställningsavtal – och således att ett bolag helt utan anställda kan vara arbets-

⁶⁹ Adlercreutz (1964), s. 123; Glavå 2016, s. 94.

⁷⁰ AD 1994 nr. 130.

⁷¹ Se bl.a. artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet.

⁷² C-186/83 Botzen m.fl., p. 15.

⁷³ C-242/09 Albron Catering, p. 10ff.

⁷⁴ C-242/09 Albron Catering, p. 24f.

⁷⁵ C-242/09 Albron Catering, p. 28ff.

givare. Domslutet innebär därmed att företag inte kan undvika direktivets tillämpningsområde genom att organisera anställningsavtalen på det sätt som skett i målet, att personalen varit anställd i ett bolag men arbetat i ett annat.⁷⁶

I en kommentar till domen lyfter AD:s ordförande Sören Öman fram oklarheter i EU-domstolens resonemang. Domen kan tolkas som att antingen både anställningsavtalet med den avtalsbundna arbetsgivaren och anställningsförhållandena med den icke-avtalsbundna arbetsgivaren ska övergå till förvärvaren, eller som att enbart anställningsförhållandena med den icke-avtalsbundna arbetsgivaren ska övergå. Öman anser dock det osannolikt att EU-domstolen tänkt sig att endast anställningsförhållanden med den icke-avtalsbundna arbetsgivaren skulle övergå medan de andra skulle bestå.⁷⁷ Även utländska jurister har uppmärksammat att avsaknaden av hierarki mellan anställningsavtalet och anställningsförhållandet kan leda till att anställningsavtalet med den avtalsbundna arbetsgivaren blir kvar som ett tomt skal. Samexisterande anställningsavtal och anställningsförhållanden ger även upphov till problem gällande till exempel vilket kollektivavtal som ska tillämpas. Kollektivavtalet hos arbetsgivaren med den formella anställningen eller hos den icke-formella arbetsgivaren?⁷⁸ Domen gäller dessutom bolag inom samma koncern, och det är inte klart huruvida domslutet är tillämpligt när bolagen *inte* är inom samma koncern.⁷⁹

Öman kommenterar vidare det faktum att EU-domstolen inte berört direktivbestämmelsen som säger att arbetstagare ska definieras enligt nationell rätt. Istället gjorde domstolen en egen tolkning av vad som borde avses med anställningsförhållande med icke-avtalsbunden arbetsgivare. Enligt svensk rätt torde gälla att den som arbetar i en verksamhet utan ett anställningsavtal med den som bedriver verksamheten, inte heller betraktas som arbetstagare i förhållande till denne och därmed i de flesta avseenden inte åtnjuter samma skydd som arbetstagare. Detta skydd finns istället i förhållande till den avtalsbundne arbetsgivaren.⁸⁰

I förhållande till artikel 2.1.d och 2.2 i överlåtelsedirektivet, om medlemsstaternas arbetstagardefinition, och Albron Catering-målet kommenterar Nicola Gundt att eftersom direktivet syftar till att skydda arbetstagare, vore det logiskt att personer som inte själva kontrollerar sin anställningssituation och som saknar ekonomiskt oberoende kan utnyttja skyddet som direktivet ger. Medlemsstaterna måste enligt denna uppfattning se till att de som varken har

⁷⁶ De Groof ELLJ (2010), s. 512.

⁷⁷ Öman Expertkommentar (2011).

⁷⁸ Gundt MJECL (2011), s. 374.

⁷⁹ Smits EELC (2011), s. 5.

⁸⁰ Öman Expertkommentar (2011).

kontroll eller ekonomiskt oberoende kan omfattas av arbetstagarbegreppet oavsett om de arbetar enligt ett formellt anställningsavtal eller inte.⁸¹

Vad gäller anställningsavtal som tillfälligt upphört att gälla, så som kan ske vid tjänstledighet, omfattas personen av direktivets arbetstagarbegrepp under förutsättning att vederbörande åtnjuter skydd som arbetstagar enligt den aktuella nationella lagstiftningen.⁸²

2.5 Arbetsgivarbegreppet

Varken överlåtelsedirektivet eller LAS ger någon definition av arbetsgivarbegreppet. Till skillnad från vad gäller arbetstagarbegreppet, gav inte arbetsgivarbegreppet upphov till några särskilda överväganden när överlåtelsedirektivet implementerades i svensk rätt. Det finns inte heller lika mycket skrivet i varken praxis eller doktrin om begreppet. En förklaring är att det oftast inte är särskilt komplicerat att avgöra vem som är arbetsgivare när man väl vet vem som är arbetstagar.⁸³ Dessutom innebär överlåtelsedirektivets ordalydelse att det grundlades en relation mellan arbetstagaren och verksamheten, snarare än en relation mellan arbetstagaren och den kontraktuella arbetsgivaren.⁸⁴

AD har i mål 1984 nr. 141 uttalat att ”som arbetsgivare brukar inom arbetsrätten betecknas den fysiska eller juridiska person som träffat avtal med annan om utförande av arbete under sådana förhållanden att ett anställningsförhållande föreligger”.⁸⁵ Målet rörde en prövning enligt LAS men uttalandet kan tolkas att gälla generellt inom svensk arbetsrätt, även vid tillämpning av annat lagrum.⁸⁶ AD:s definition av arbetsgivare stämmer väl överens med vad EU-domstolen slagit fast.⁸⁷ Det kontraktuella är utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet. Niklas Selberg anser att arbetsgivarbegreppets problematik därmed har underskattats och riskerar att leda till att rättsordningens förståelse av arbetsgivaren förblir outtalad och implicit. Den nedärvda föreställningen om vem som är arbetsgivare stämmer inte alltid överens med vilken som är den faktiska arbetsorganisationen, framförallt inte när det rör sig om större arbetsorganisationer. Arbetsorganisationen som arbetstagaren är verksam i kan framstå som arbetsgivare, men det kan i vissa situationer vara oklart var gränserna går för vem som är den rättsliga arbetsgivaren eller vad som gäller

⁸¹ Gundt MJECL (2011), s. 371.

⁸² C-416/16 Ricardo, p. 54.

⁸³ Lunning & Toijer, Zeteo, 1 § LAS.

⁸⁴ Selberg (2017), s. 123.

⁸⁵ AD 1984 nr. 141.

⁸⁶ Lunning & Toijer, Zeteo, 1 § LAS.

⁸⁷ Se bl.a. C-101/87 Bork International, p. 13; C-209/91 Rask, p. 15.

för ett visst rättsligt anspråk.⁸⁸ En uppdelning av en verksamhet där delarna övergår till olika förvärvare är ett exempel på en sådan situation. Vid verksamhetsövergång är det snarare arbetstagarens koppling till arbetsplatsen som är relevant, än vilken arbetsgivare som är part enligt anställningsavtalet.⁸⁹

2.6 Rättigheter och skyldigheter vid verksamhetsövergång

Av överlåtelsedirektivets artikel 3.1 framgår att de rättigheter och skyldigheter överlåtaren, *vid tidpunkten för överlåtelsen*, har på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande, ska övergå på förvärvaren. I svensk rätt implementerades regleringen i 6 b § LAS. Övergången är obligatorisk och sker omedelbart och automatiskt.⁹⁰ Det krävs inget samtycke från arbetstagaren för att så ska ske. Jag återkommer till rätten att stanna hos överlåtaren under nästkommande avsnitt.⁹¹

Direktivet skyddar arbetstagare från vissa förändringar av anställningsförhållandet som överlåtare eller förvärvare annars skulle kunna genomföra till följd av överlåtelsen. Vid en överlåtelse ersätter förvärvaren överlåtaren vad gäller rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet. Förvärvaren kan därmed ändra anställningsförhållandet i samma utsträckning som överlåtaren kunde, så länge företagsöverlåtelsen inte utgör skälet för ändringen och ändringen är tillåten enligt nationell lagstiftning.⁹²

Sverige har valt att föreskriva solidariskt ansvar för överlåtare och förvärvare för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången.⁹³ Detta ansvar gäller gentemot arbetstagaren, vem som sedan slutligt svarar för skulden kan bli en annan. Det är möjligt för överlåtaren och förvärvaren att genom avtal bestämma vem som är ansvarig.⁹⁴

EU-domstolen har genom sin dom i Daddy's Dance Hall-målet klarlagt att arbetstagarnas skydd är grundläggande och inte kan avtalas bort i anställningsavtal. Direktivets regler ska därmed anses tvingande. Att de är tvingande innebär att det inte är möjligt att avvika från reglerna till arbetstagarnas nack-

⁸⁸ Selberg (2017), s. 49ff.

⁸⁹ Selberg (2017), s. 127.

⁹⁰ C-362/89 D'Urso, p. 20.

⁹¹ Se bl.a. C-324/86 Daddy's Dance Hall, p. 12f. och 18; C-478/03 Celtec, p. 14, 36 och 38f.; Mulder (2004), s. 297ff.

⁹² Se bl.a. C-324/86 Daddy's Dance Hall, p. 17; C-209/91 Rask, p. 31.

⁹³ 6 b § 1 st. LAS.

⁹⁴ Dalekant & Weihe, Karnov, 6 b § LAS.

del ens med arbetstagarens samtycke. Även om arbetstagaren skulle kompenseras för de nackdelar som ändringen i anställningsförhållandet skulle innebära för hen, på så sätt att den totala situationen inte är sämre än den som hen tidigare befann sig i, är ett avstående inte tillåtet.⁹⁵ Överlåtelsedirektivet ger enligt artikel 8 ett minimiskydd, vilket innebär att det står medlemsländerna fritt att ge ett mer omfattande skydd för arbetstagarna. Nedan följer en redogörelse av de rättigheter och skyldigheter som regleras i överlåtelsedirektivet och svensk rätt.

2.6.1 Rätten att stanna hos överlåtaren

Arbetstagare har rätt att fortsätta sin anställning hos förvärvaren på samma villkor som hos överlåtaren men har *ingen skyldighet* att göra det.⁹⁶ Den automatiska övergången av arbetstagares anställning från överlåtaren till förvärvaren vid en verksamhetsöverlåtelse utgör en presumptionsregel.⁹⁷ Direktivet innebär inte att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet ska fortsätta med överlåtaren i de fall där arbetstagaren inte väljer att fortsätta sin anställning hos förvärvaren. Det finns därför ingen skyldighet för medlemsstaterna att föreskriva att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet ska fortsätta gälla hos överlåtaren. Istället ankommer det på medlemsstaterna själva att avgöra om anställning ska anses vara uppsagd eller om anställningen ska bestå med överlåtaren.⁹⁸

Genomförandet i svensk rätt regleras i 6 b § 4 st. LAS. Enligt paragrafen kan arbetstagaren motsätta sig att anställningsförhållandet övergår till ny arbetsgivare. Följden av detta är, enligt svensk rätt, att anställningen med överlåtaren består. För det fall arbetstagaren motsätter sig övergång till förvärvaren bör hen inom skälig tid från underrättelsen om övergången, meddela överlåtaren och förvärvaren om hen vill utnyttja rätten att stanna kvar.⁹⁹ Sedan arbetstagaren stannat kvar hos överlåtaren, gäller gängse regler för uppsägning enligt 7 § LAS.¹⁰⁰

Överlåtelsedirektivet skyddar inte arbetstagare som var anställda i det överlåtande företaget vid tiden för övergången, men som väljer att inte följa med och arbeta hos förvärvaren.¹⁰¹

⁹⁵ C-324/86 Daddy's Dance Hall.

⁹⁶ C-132/91 Katsikas, p. 31; 6 b § 4 st. LAS.

⁹⁷ Mulder (2004), s. 305.

⁹⁸ C-132/91 Katsikas, p. 34ff.

⁹⁹ Prop. 1994/95:102, s. 81.

¹⁰⁰ Mulder (2004), s. 303.

¹⁰¹ C-105/84 Danmols Inventar, p. 17.

2.6.2 Information och samråd

I artikel 7 i överlåtelsedirektivet föreskrivs att överlåtaren och förvärvaren är skyldiga att informera av överlåtelsen berörda arbetstagares representanter om:

- i. tidpunkt för överlåtelsen eller föreslagen tidpunkt för överlåtelsen,
- ii. skälen för överlåtelsen,
- iii. överlåtelsens juridiska, ekonomiska och sociala följder för arbetstagarna,
- iv. planerade åtgärder i förhållande till arbetstagarna.

Sådan information ska ges i god tid innan överlåtelsen genomförs. Planering av åtgärder i förhållande till arbetstagare ska även i god tid samrådas med arbetstagarrepresentanter för att försöka nå en överenskommelse. Om arbetstagarna *utan egen förskyllan* saknar representanter, ska informationen ovan lämnas i förväg direkt till berörda arbetstagare enligt artikel 7.6.

Genom MBL fanns i Sverige redan ett informations- och överläggningsystem för fall av verksamhetsövergång. Vid implementeringen av överlåtelsedirektivet valde man därför att göra tillägg i det befintliga systemet. Den svenska regleringen, bestående av 11 och 13 §§ MBL, justerades genom att 13 § MBL kompletterades med ett andra stycke.¹⁰² I svensk rätt används istället för begreppet ”samråd”, begreppet ”överläggning” i LAS och begreppet ”förhandling” i MBL.¹⁰³ Arbetsgivares skyldighet att på eget initiativ förhandla med arbetstagarorganisation brukar kallas för *primär* förhandlingskyldighet.¹⁰⁴ Vad som står i artikel 7.6 om information direkt till arbetstagare har inte tagits med i svensk lagstiftning. I 1977 års överlåtelsedirektiv stod i artikel 6.5 vilken motsvarade artikel 7.6, att ”[m]edlemsstaterna får föreskriva” att arbetstagare ska informeras. Eftersom punkten inte föreskrev några skyldigheter för medlemsstaterna ansågs det inte föranleda några lagstiftningsåtgärder i svensk rätt.¹⁰⁵ Nämnas bör att artikel 7.6 föreskriver information till arbetstagare som ”utan egen förskyllan saknar representanter”, medan artikel 6.5 i 1977 års direktiv inte begränsade sig till ofrivilligt representantlösa arbetstagare. I nu gällande direktiv används formuleringen att ”[m]edlemsstaterna skall föreskriva”. Att formuleringen ändras från ”får” till ”skall” kan tolkas som reglering gällande arbetstagares rätt till information har ändrats från en möjlighet till ett måste. Enligt Mulder medger artikel 7.6 en rätt för medlemsstater att föreskriva att viss information ska lämnas till

¹⁰² Prop. 1994/95:102, s. 60.

¹⁰³ Adlercreutz & Mulder (2013), s. 300.

¹⁰⁴ Prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 351.

¹⁰⁵ Prop. 1994/95:102, s. 61.

arbetstagare, men det framgår inte huruvida han reflekterat kring den förändrade ordalydelsen.¹⁰⁶

11 § MBL reglerar arbetsgivares primära förhandlingsskyldighet gentemot arbetstagarorganisation med vilken arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal. Förhandlingsskyldighet föreligger vid viktigare förändring av verksamheten. Om arbetsgivaren inte är bunden av något kollektivavtal alls, föreligger primär förhandlingsskyldighet mot berörda arbetstagarorganisationer enligt 13 § 2 st. MBL vid övergång av verksamhet enligt 6 b § LAS.

Om arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal gäller därför enligt 11 § och 13 § 2 st. MBL e contrario att arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal inte har förhandlingsskyldighet gentemot samtliga berörda arbetstagarorganisationer, utan endast gentemot arbetstagarorganisation i förhållande till vilken han är bunden av kollektivavtal. Arbetsgivare med kollektivavtal har endast förhandlingsskyldighet gentemot övriga arbetstagarorganisationer i frågor som särskilt berör arbets- eller anställningsförhållandena för arbetstagare som tillhör organisationen.¹⁰⁷ Huruvida ett beslut särskilt angår arbets- eller anställningsförhållanden för arbetstagare avgörs utifrån en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Generellt gäller att beslut om till exempel omplacering eller uppsägning på grund av personliga skäl faller in under förhandlingsskyldigheten enligt 13 § 1 st. MBL, medan beslut som mer allmänt rör arbetets organisation faller utanför. Uppsägning på grund av arbetsbrist är exempel på sådant beslut som inte förpliktar arbetsgivaren till förhandling enligt 13 § 1 st MBL.¹⁰⁸

Rätten till information och samråd tillfaller enligt vad som sagts ovan inte arbetstagaren själv, utan arbetstagarens fackförbund. Enskilda arbetstagare kan inte kräva information om överlåtelse från överlåtaren eller förvärvaren, inte ens i de fall det saknas arbetstagarrepresentation på arbetsplatsen.¹⁰⁹ Följden är att oorganiserade arbetstagare, det vill säga de arbetstagare som inte är fackligt anslutna, står helt utan rätt till information och samråd vid en stundande verksamhetsövergång. Advokatsamfundet ansåg i sitt remissvar angående proposition 1994/95:102 om övergång av verksamhet och kollektiva uppsägningar att regleringen om information och samråd i MBL inte går tillräckligt långt. Enligt dem borde även oorganiserade arbetstagare tillförsäkras de rättigheter som direktivet ger.¹¹⁰

¹⁰⁶ Mulder (2004), s. 306.

¹⁰⁷ 13 § 1 st. MBL.

¹⁰⁸ Prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 360f; AD 1984 nr. 98.

¹⁰⁹ Mulder (2004), s. 306.

¹¹⁰ Prop. 1994/95:102, s. 58.

2.6.3 Anställningstid och företrädesrätt

Överlåtelsedirektivet innehåller ingen uttrycklig reglering om att arbetstagare kan tillgodoräkna sig anställningstid från överlåtaren hos förvärvaren. En sådan rätt får istället anses följa av att alla rättigheter och skyldigheter på grund av anställningsavtalet följer med till nya arbetsgivaren enligt artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS. I svensk rätt infördes emellertid en reglering av arbetstagares anställningstid vid verksamhetsövergång i 3 § 1 st. 2 p. LAS. Där stadgas att arbetstagare som byter anställning i samband med övergång av verksamhet enligt 6 b § LAS får tillgodoräkna sig tiden hos den förra arbetsgivaren. Värt att poängtera är att rätten att tillgodoräkna sig anställningstid inte utgör en rättighet i sig. Istället ligger det till grund för vissa rättigheter av ekonomisk natur som arbetstagarna åtnjuter, och det är dessa rättigheter som ska bestå hos förvärvaren på samma sätt som hos överlåtaren.¹¹¹

Direktivet innehåller inte heller någon uttrycklig reglering gällande företrädesrätt till återanställning. Även denna rätt får anses följa av att rättigheterna följer med till nya arbetsgivaren vid verksamhetsövergång. I svensk rätt regleras företrädesrätten i 25 § LAS och rätten vid företagsövergång mer specifikt i 2 st. Företrädesrätten innebär att arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta. Det finns dock vissa begränsningar, så som att arbetstagaren ska ha varit anställd en viss tid. Trots att arbetstagare sägs upp innan övergången, kommer de att under den löpande uppsägningstiden följa med till förvärvaren. Följaktligen följer företrädesrätten till återanställning också med till förvärvaren.¹¹²

2.6.4 Uppsägningsförbud

Enligt svensk arbetsrätt ska en uppsägning från arbetsgivarens sida vara sakligt grundad.¹¹³ Arbetsbrist eller personliga skäl godtas som saklig grund för uppsägning.¹¹⁴ En uppsägning anses inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig.¹¹⁵ Överlåtelsedirektivet föreskrivet att överlåtare eller förvärvare inte får säga upp arbetstagare *med anledning av* överlåtelsen. Uppsägningar på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl är dock tillåtna. I svensk rätt har

¹¹¹ C-343/98/ Collino, p. 50; C-108/10 Scattolon, p. 69; C-336/15 Unionen, p. 21.

¹¹² Prop. 1994/95:102, s. 44.

¹¹³ 7 § LAS.

¹¹⁴ Se bl.a. AD 2008 nr. 46.

¹¹⁵ Prop. 1973:129, s. 126; AD 1999 nr. 10.

regleringen implementerats i 7 § 3 st. LAS av vilket det framgår att övergången inte i sig utgör saklig grund för uppsägning av arbetstagare. Medlemsstaterna får i enlighet med direktivet föreskriva att vissa kategorier av arbetstagare är undantagna uppsägningsförbudet.

Om uppsägningar vidtas och beslut om försäljning av verksamhet fattas under tiden arbetstagares uppsägningstid löper, påverkas inte de redan vidtagna uppsägningarna av uppsägningsförbudet. För det fall att uppsägningstiderna fortfarande löper vid tiden för övergången, följer arbetstagare som redan sagts upp av överlåtaren med till förvärvaren där de arbetar uppsägningstiden ut, om arbetstagarna inte getts arbetsbefrielse. Om uppsägningen skett innan övergången kan arbetstagare inte efter övergången kräva att bli omplacerade till lediga tjänster hos förvärvaren.¹¹⁶ Detta hänger samman med vad som ovan nämnts om företrädesrättens övergång till förvärvaren.

Det framgår varken av direktivet eller av LAS från vilken tidpunkt uppsägningsförbudet gäller.¹¹⁷ Däremot anger artikel 1 i överlåtelsedirektivet att direktivet är tillämpligt *vid* överlåtelsen och av 6 b § LAS framgår att rättigheter och skyldigheter övergår *vid* övergång. I vissa fall är det svårt att avgöra huruvida uppsägningen skett på grund av övergången eller på annan grund som utgör saklig grund. EU-domstolen har i flertalet mål prövat huruvida uppsägning skett uteslutande på grund av övergången. Domstolen har då fastslagit att hänsyn ska tas till de objektiva omständigheter under vilka uppsägningen ägde rum, till exempel att anställningen upphörde att gälla vid en tidpunkt i nära anslutning till övergången och att arbetstagarna i fråga återanställdes av den nya verksamhetsinnehavaren.¹¹⁸ Uppsägningsförbudet är alltså inte knutet till en viss tidpunkt i övergångsprocessen. Arbetsdomstolen har vid en prövning av uppsägningsförbudet uttalat att som huvudregel bör gälla att planerna på en övergång ska ha tagit en relativt fast form innan uppsägningsförbudet trädet i kraft, för att uppsägningen ska kunna sägas ha skett uteslutande på grund av övergången.¹¹⁹

I Dethier Équipement-domen slog EU-domstolen fast att en arbetstagare som blivit uppsagd av överlåtaren på ett rättsstridigt sätt kort tid före överlåtelsen och som sedan inte återanställts av förvärvaren, kan väcka talan mot förvärvaren och göra gällande att uppsägningen var rättsstridig. Arbetstagarens möjlighet att väcka talan mot förvärvaren följer av det faktum att rättigheter och skyldigheter övergår.¹²⁰

¹¹⁶ Prop. 1994/05:102, s. 42ff.

¹¹⁷ Mulder (2004), s. 313.

¹¹⁸ C-101/87 Bork International, p. 18; C-51/00 Temco, p. 28.

¹¹⁹ AD 2009 nr. 55.

¹²⁰ C-319/94 Dethier Équipement, p. 42.

I propositionen till ändringen av LAS står att läsa att direktivet inte utgör något hinder mot att låta överlåtaren vidta uppsägningar för förvärvarens räkning och att därmed låta turordningskretsar bestämmas hos överlåtaren. Juridiska fakultetsnämnderna vid Lunds och Uppsala universitet höll vid remissrundan inte med, och ansåg istället att direktivet skulle tolkas som så att överlåtaren inte får vidta några uppsägningar som inte hänger samman med arbetsbrist i den verksamhet som överläts.¹²¹ I svensk rätt finns emellertid ingen möjlighet för överlåtaren att säga upp arbetstagare för förvärvarens räkning och därmed ingen möjlighet för överlåtaren och förvärvaren att sinsemellan göra upp om vem som ska hantera övertalighet och på så sätt välja om turordningskretsen hos överlåtaren eller förvärvaren ska gälla. Arbetsbristen måste föreligga i den överlätna verksamheten för att saklig grund ska anses föreligga. Huruvida det är mest gynnsamt för arbetstagare att bli uppsagd i det överlättande eller förvärvande bolaget är svårt att säga. Det beror bland annat på storleken på företagen och möjligheten till omplacering. Vid övertalighet i det förvärvande bolaget kan turordningskretsen göra att arbetstagare som följer med övergången behåller sina arbeten men att arbetstagare i det förvärvande bolaget får en sämre placering än tidigare i turordningskretsen och därmed blir uppsagda.¹²²

Direktivets artikel 4.2 reglerar fall då anställningen upphör på grund av att överlåtelsen medfört en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för arbetstagaren. Enligt direktivet ska arbetstagare i sådana fall anses ansvariga för att anställningen upphört. I svensk rätt infördes ingen motsvarande reglering, istället ansågs detta överensstämmande med gällande rätt i fråga om provocerade uppsägningar.¹²³

2.6.5 Anställningsvillkoren

När rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller anställningsförhållande automatiskt övergår från överlåtaren till förvärvaren vid en verksamhetsövergång innebär det att förvärvaren träder in i anställningsavtalet så som det ser ut vid tidpunkten för överlåtelsen. Anställningsavtalen fortsätter därmed att gälla.¹²⁴ I vilken mån anställningsvillkoren gäller mot förvärvaren och kan förändras av förvärvaren beror på vilken kategori villkoren tillhör. Anställningsavtal består av fyra typer av anställningsvillkor: de lagstadgade, de kollektivavtalade, de som är en del av det individuella anställ-

¹²¹ Prop. 1994/95:102, s. 43.

¹²² Prop. 1994/95:102, s. 44f.

¹²³ Prop. 1994/95:102, s. 48.

¹²⁴ Artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet; Nyström (2017a), s. 312ff.

ningsavtalet och de som är ensidiga arbetsgivarbeslut. De lagstadgade villkoren kräver ingen mer ingående presentation, det är förmåner en person har om den omfattas av definitionen av arbetstagare och således omfattas av arbetsrättslig lagstiftning. Villkoren är så kallade minimiförmåner. Arbetstagare och arbetsgivare kan alltså komma överens om mer förmånliga, individuellt avtalade, villkor. Ett exempel på dessa är det ovan redovisade uppsägningsförbudet.¹²⁵

De kollektivavtalade villkoren är desto mer komplicerade. Av artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet framgår att förvärvaren ska vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden av dessa villkor till dess att avtalets giltighetstid har löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla. I direktivet avses endast vissa villkor enligt kollektivavtal och inte *hela* kollektivavtalet. Det är tillåtet för medlemsstaterna att begränsa bindningsperioden av sådana avtal. Om inte medlemsstaterna föreskriver annat ska villkor gällande arbetstagarnas rätt till ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner på grund av kompletterande pensionssystem som inte är författningsreglerade undantas från de villkor som övergår på förvärvaren vid överlåtelsen.¹²⁶

En reglering motsvarande artikel 3.3 återfinns i 28 § MBL. Enligt 1 st. av bestämmelsen går själva kollektivavtalet över i tillämpliga delar vid övergång. Förvärvaren blir därmed bunden av kollektivavtalet på samma sätt som om den själv hade ingått avtalet. Svensk rätt går därmed längre än vad direktivet kräver.¹²⁷ Förvärvaren blir dock *inte bunden* av överlåtarens kollektivavtal om denne redan är bunden av annat kollektivavtal som är tillämpligt på övergående arbetstagare.¹²⁸ Bundenheten av kollektivavtalet innebär även en skyldighet för förvärvaren att tillämpa kollektivavtalet på arbetstagare som anställs efter överlåtelsen.¹²⁹ Att villkor i kollektivavtal som redan gällde hos förvärvaren kunde tränga undan villkoren i överlåtarens kollektivavtal kritiserades vid remissrundan till ändringen av 28 § MBL. Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet ansåg att ”det inte är uteslutet att det av direktivet följer att de anställda skall vara tillförsäkrade de gamla anställningsvillkoren som gällt hos överlåtaren under i vart fall ett år oavsett vilket annat kollektivavtal som förvärvaren kan vara rättsligt bunden av”.¹³⁰ Bland annat kommittén och regeringen ansåg dock efter analys av ordalydelsen enligt andra språkversioner än den svenska, att det istället för ”ett nytt kollektivavtal har börjat gälla” borde stå till dess ”ett annat kollektivavtal har börjat

¹²⁵ Källström & Malmberg (2016), s. 169ff.

¹²⁶ Artikel 3.4.a i överlåtelsedirektivet.

¹²⁷ Källström & Malmberg (2016), s. 294.

¹²⁸ 28 § 1 st. MBL in fine.

¹²⁹ Källström & Malmberg (2016), s. 294.

¹³⁰ Prop. 1994/95:102, s. 55.

gälla eller tillämpas”. Utifrån ordalydelsen borde därmed redan befintligt avtal hos förvärvaren likställas med annat avtal, varför den svenska regleringen ska anses EU-konform.¹³¹

Möjligheten till uppsägning av kollektivavtalet vid verksamhetsövergång regleras i 28 § 2 st MBL. Kollektivavtalet kan sägas upp av fackföreningen inom trettio dagar från underrättelse om övergången. Även överlåtaren kan säga upp avtalet. Om ingen av nyss nämnda parter valt att säga upp kollektivavtalet inom de tidsramar som nämns 28 § 2 st. kan förvärvaren säga upp avtalet enligt gängse regler för uppsägning av kollektivavtal.¹³²

28 § 3 st. MBL innehåller den så kallade ettårsregeln. Enligt denna är förvärvaren skyldig att under ett år från övergången tillämpa anställningsvillkoren i överlåtarens kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var skyldig att tillämpa villkoren. Även från denna skyldighet finns undantag. Om kollektivavtalets giltighetstid har löpt ut eller ett *nytt* kollektivavtal har börjat gälla för arbetstagarna ska förvärvaren inte tillämpa överlåtarens kollektivavtal. Det är alltså inte tillräckligt med ett annat kollektivavtal, så som ett redan befintligt hos förvärvaren, utan det ska vara fråga om ett nytt.¹³³ För att förtydliga skillnaden mellan regleringen i paragrafens 1 st. och 3 st. innebär 3 st. att även om förvärvaren har ett kollektivavtal som är tillämpligt på de övertagna arbetstagarna och förvärvaren således inte blir bunden av överlåtarens kollektivavtal, ska förvärvaren tillämpa de *normativa villkoren* i överlåtarens kollektivavtal under övergångsperioden om ett år. Villkoren ska även tillämpas om överlåtarens kollektivavtal har sagts upp och därmed inte övergår till förvärvaren.¹³⁴ Ett nytt kollektivavtal kan vara ett avtal mellan förvärvaren och facket om hur de äldre anställningsvillkoren ska anpassas till den nya arbetsgivaren, ett så kallat inrangeringsavtal.¹³⁵

Förvärvarens skyldighet att tillämpa de för de övertagna arbetstagarna förmånligare villkoren i det gamla kollektivavtalet under en viss övergångstid är självklart, men vad gäller när förmånerna i det gamla kollektivavtalet är mindre förmånligare än i förvärvarens kollektivavtal? EU-domstolen har i Werhof-målet uttalat att direktivet syftar till att skydda arbetstagares rättigheter och skyldigheter, men inte till att skydda rena förväntningar eller hypotetiska förmåner som följer av framtida utvecklingar av kollektivavtalen. EU-domstolen konstaterade även att syftet att skydda arbetstagarnas intressen inte medför att förvärvarens intressen ska bortses från. Förvärvaren måste kunna

¹³¹ Prop. 1994/95:102, s. 54f.

¹³² Källström & Malmberg (2016), s. 295.

¹³³ AD 2018 nr. 35.

¹³⁴ Prop. 1994/95:102, s. 85.

¹³⁵ Prop. 1994/95:102, s. 85; Källström & Malmberg (2016), s. 296.

göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten.¹³⁶ När Arbetsdomstolen ställdes inför frågan om huruvida mer förmånliga bestämmelser i förvärvarens kollektivavtal skulle tillämpas under det första året efter övergången avgjordes frågan mot bakgrund av EU-rätten och däribland EU-domstolens uttalanden i Werhof-domen. Arbetsdomstolen kom fram till att det av EU-rätten framgår att syftet med överlåtelsedirektivets regler om förvärvarens bundenhet vid villkoren i överlåtarens kollektivavtal *inte* sträcker sig längre än till att undvika att förhållandena för arbetstagarna försämras vid en verksamhetsövergång. Det framgår inte heller av svenska förarbeten eller arbetsrättsliga principer att skyldigheten sträcker sig längre än så. Arbetsdomstolen anser därmed att förvärvare *inte är skyldiga* att tillämpa de mer förmånliga villkoren i förvärvarens kollektivavtal istället för villkoren i överlåtarens kollektivavtal.¹³⁷

I AD 2018 nr. 35 hade övergående arbetstagare sagts upp av förvärvaren efter att ett år förflutit från överlåtelsen. Parterna var ense om arbetstagarnas sammanhängande anställningstider vid en sammanläggning av anställningstiden hos överlåtare och förvärvare. I den nya arbetsgivarens kollektivavtal fanns en regel om förlängd uppsägningstid för arbetstagare som varit anställda inom företaget en viss tid. Kollektivavtalet som var gällande vid tiden för övergången hade upphört och därefter hade vid två tillfällen nya avtal förhandlats fram. Parterna var oense om huruvida arbetstagarna, vid tillämpningen av den nya arbetsgivarens kollektivavtal, skulle få tillgodoräkna sig anställningstiden hos överlåtaren och om de därmed uppfyllt villkoren för förlängd uppsägningstid. Arbetsdomstolen begärde förhandsavgörande från EU-domstolen som svarade att artikel 3 i överlåtelsedirektivet ska tolkas så ”att under sådana omständigheter som de som är aktuella i det nationella målet måste förvärvaren, i samband med uppsägningen av en arbetstagare som äger rum mer än ett år efter övergången av ett företag, ta med arbetstagarens anställningstid hos överlåtaren i beräkningen av den anställningstid som är relevanta för att avgöra vilken uppsägningstid som arbetstagaren har rätt till”.¹³⁸ EU-domstolen konstaterade att kollektivavtalet varken sagts upp, omförhandlats, löpt ut eller ersatts av ett annat kollektivavtal. Dessutom var ordalydelsen i överlåtarens kollektivavtal och förvärvarens kollektivavtal identisk. Mot bakgrund av detta och utifrån direktivets syften, konstaterade domstolen att arbetstagarna inte kunde åläggas villkor som var mindre fördelaktiga än de villkor som var tillämpliga före övergången.¹³⁹ Intressant nog är inte Arbetsdom-

¹³⁶ C-499/04 Werhof, p. 29ff.

¹³⁷ AD 2008 nr. 61.

¹³⁸ C-336/15 Unionen, p. 34.

¹³⁹ C-336/15 Unionen, p. 30ff.

stolen enig om hur utlåtandet ska tolkas och därmed inte heller enig om utgången i målet.¹⁴⁰ Av 28 § 3 st. MBL följer att skyldigheten att tillämpa villkoren i överlåtarens kollektivavtal som huvudregel föreligger under ett år från övergången. Majoriteten av Arbetsdomstolen ansåg i AD 2018 nr. 35 att det kunde förutsättas att parterna förhandlat inför de nya avtalen och att de därmed måste ha tagit ställning till regeln om förlängd uppsägningstid när den överfördes till de nya avtalen. Villkoren i överlåtarens kollektivavtal ansågs därmed ha ersatts av ett nytt kollektivavtal. Majoriteten ansåg att EU-domstolens förhandsavgörande skulle förstås så att det inte strider mot överlåtelsesdirektivet att tillämpa bestämmelsen om förlängd uppsägningstid enligt sin innebörd. Eftersom den förlängda uppsägningstiden var avhängig viss anställningstid hos den aktuella arbetsgivaren omfattades inte arbetstagarnas arbetstid hos överlåtaren, varför de inte erhöll förlängd uppsägningstid.

De två skiljaktiga ledamöterna Elisabeth Mohlkert¹⁴¹ och Ingemar Ham-skär¹⁴² i AD 2018 nr. 35 gjorde en annan tolkning av EU-domstolens avgörande. Enligt deras uppfattning innebar EU-domstolens svar att arbetstaga-rens anställningstid hos överlåtaren måste tas med i beräkning av anställningstiden för att avgöra vilken uppsägningstid de har rätt till. Genom hänvisningar till punkterna 29, 31 och 32 i förhandsavgörandet konstaterar de skiljaktiga ledamöterna att de nya kollektivavtalen inte ändrar bedömningen eftersom anställningsvillkoret ifråga inte har ändrats. De skiljaktiga ansåg därmed att majoritetens tillämpning stred mot EU-rätten. Även Ronnie Eklund, professor emeritus i civilrätt, särskilt arbetsrätt, är av åsikten att Arbetsdomstolens dom är felaktig.¹⁴³

Om anställningsvillkoren kan sammantaget sägas att om ingen av arbetsgi-varna är bunden av kollektivavtal så blir frågan om anställningsvillkoren okomplicerad. Precis som beskrivits ovan följer anställningsavtalet automa-tiskt med till förvärvaren. Anställningsvillkoren är desamma och kan ändras på samma sätt som överlåtaren hade kunnat ändra dem. Komplikationer upp-står som regel först när kollektivavtal är inblandade.¹⁴⁴

Två anställningsvillkor återstår att presentera. De individuella anställnings-villkoren är, som följer av ordalydelsen, de villkor som arbetstagare och ar-betsgivare avtalat och som inte följer av lag eller kollektivavtal. Dessa kan ändras av förvärvaren på samma sätt som överlåtaren kunnat, det vill säga

¹⁴⁰ AD 2018 nr. 35.

¹⁴¹ Ledamot från arbetstagar sidan.

¹⁴² Ledamot från arbetstagar sidan.

¹⁴³ Eklund Rättsutlåtande (2018).

¹⁴⁴ Prop. 1994/95:102, s. 52.

antingen genom en överenskommelse med arbetstagaren eller genom att säga upp anställningsavtalet.¹⁴⁵

Den sista typen av villkor är ensidiga arbetsgivarbeslut. Dessa kan definieras som förmåner som arbetsgivaren tillhandahåller utan något krav på motprestation. Värdet på förmånen är obetydligt. Ett exempel på ensidigt arbetsbeslut är när arbetstagare får en motionsförmån.¹⁴⁶

Av de anställningsvillkor som övergår på förvärvaren vid en överlåtelse innehåller 6 b § 3 st. LAS ett undantag. Undantaget följer av artikel 4.a i överlåtelsedirektivet och undantar ansvar för ålders-, invaliditets- och efterlevandeförmåner.

¹⁴⁵ Källström & Malmberg (2016), s. 190f.

¹⁴⁶ Källström & Malmberg (2016), s. 191f.

3 Verksamhetsöverlåtelse

Av artikel 1.1.b i överlåtelsedirektivet följer att med överlåtelse menas ”överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”. Genom sin dom i Spijkers-målet fastslog EU-domstolen ett tillvägagångssätt för avgörandet av direktivets tillämplighet som sedan har vidareutvecklats och bekräftats i efterföljande domar. För att avgöra om det föreligger en överlåtelse i direktivets mening ska först besvaras om den aktuella verksamheten eller det aktuella företaget är en sådan ekonomisk enhet som omfattas av överlåtelsedirektivet. Därefter ska prövas huruvida överlåtelsen sker på ett sätt som direktivet föreskriver.¹⁴⁷ Detta avsnitt inleds därför med en presentation av föremålet för överlåtelsen, innefattande både en presentation av företag, verksamhet och del av företag eller verksamhet, samt en presentation av vad som utgör en ekonomisk enhet och vad det innebär att den behåller sin identitet. Avsnittet avslutas med en presentation av vilka överlåtelser som omfattas av direktivet.

3.1 Föremålet för överlåtelse

I artikel 1.1.b i överlåtelsedirektivet anges att direktivet gäller ekonomiska enheter som behåller sin identitet. I artikel 1.1.c preciseras att direktivet ska tillämpas på offentliga och privata företag som bedriver ekonomisk verksamhet, med eller utan vinstsyfte. Med ekonomisk verksamhet innebär all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.¹⁴⁸ Huruvida en verksamhet har ett vinstsyfte eller inte anses inte tillräckligt för att avgöra om en verksamhet har ekonomisk karaktär och således omfattas av direktivets tillämpningsområde eller inte.¹⁴⁹ Även ideella verksamheter kan därför omfattas av direktivet.¹⁵⁰ Till skillnad från överlåtelsedirektivet omfattas enligt 6 b 1 st. § LAS även arbetstagare inom all offentlig verksamhet samt på sjögående fartyg av arbetstagarskyddet vid verksamhetsövergång. 2015 ändrades artikel 1.3 i överlåtelsedirektivet till att även överlåtelse av sjögående fartyg som är en del av en överlåtelse av ett företag omfattas av direktivet. Direktivet är dock inte tillämpligt om föremålet för överlåtelsen endast

¹⁴⁷ Se bl.a. C-24/85 Spijkers; C-29/91 Redmond Stichting; C-392/92 Schmidt.

¹⁴⁸ Se bl.a. C-457/99 Ambulanz Glöckner, p. 19; C-108/10 Scattolon, p. 43.

¹⁴⁹ C-382/92 Kommissionen mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, p. 45.

¹⁵⁰ C-29/91 Redmond Stichting, p. 18.

utgörs av ett eller flera sjögående fartyg, varför den svenska lagstiftningen fortfarande ger ett mer omfattande skydd än överlåtelsedirektivet.¹⁵¹

3.1.1 Företag, verksamhet eller del av företag eller verksamhet

Överlåtelsedirektivet är tillämpligt när föremålet som övergår är ett *företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet*.¹⁵² Regleringen har implementerats i 6 b § LAS. Vid införandet av det nya överlåtelsedirektivet 2001 lades ”en del av ett företag” till vad som tidigare endast varit ”del av en verksamhet”. Motsvarande ändring gjordes inte i 6 b § LAS. Det faktum att ordalydelsen inte ändrats lär dock inte innebära att regleringen står i strid med EU-rätten.¹⁵³ Efter att ha jämfört olika språkversioner av direktivet, har Arbetsdomstolen sagt sig se en klar antydning om att ordet verksamhet i överlåtelsedirektivet inte står för arbetsuppgifter, utan snarare för affärsrörelse.¹⁵⁴ Överlag kan sägas att begreppet ”verksamhet” används i större utsträckning än begreppet ”företag”, vilket bland annat framgår av att företagsbegreppet inte ens infördes i 6 b § LAS, men även av att endast ”verksamheter” har nämnts i rubriker i svenska förarbeten.¹⁵⁵ Verksamhetsbegreppet är även mer omfattande än företagsbegreppet. Av denna anledning spelar det inte särskilt stor roll var gränsen mellan företag och verksamhet går. Istället är det mer värdefullt att utreda vad som faller inom och utanför verksamhetsbegreppet. Möjligtvis är detta en förklaring till varför EU-domstolen inte prövat frågan om vad som klassificeras som verksamhet, företag eller del av verksamhet eller företag; överlåtelsedirektivet är ju tillämpligt oavsett hur de övergående föremålen klassificeras.¹⁵⁶

Vid prövning i nationella domstolar ska begreppens innebörd tolkas i ljuset av EU-rätten. Det är inte möjligt för nationella domstolar att förfoga över begreppen på sådant sätt att de begränsar direktivets tillämplighet.¹⁵⁷

EU-domstolen har, som nämnts ovan under avsnitt 2.10.1, i sin dom i Botzenmålet uttalat att ett anställningsförhållande huvudsakligen karaktäriseras av den koppling som finns mellan arbetstagaren och den del av den verksamhet

¹⁵¹ Artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/1794 av den 6 oktober 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/94/EG, 2009/38/EG och 2002/14/EG samt rådets direktiv 98/59/EG och 2001/23/EG, vad gäller sjöfolk.

¹⁵² Artikel 1.1.a i överlåtelsedirektivet.

¹⁵³ Mulder (2004), s. 209.

¹⁵⁴ AD 1995 nr. 163.

¹⁵⁵ SOU 1994:83; prop. 1994/95:102; Mulder (2004), s. 173.

¹⁵⁶ Mulder (2004), s. 173f.

¹⁵⁷ C-382/92 Kommissionen mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, p. 47.

eller företag som hen utför sina arbetsuppgifter i. För att avgöra huruvida arbetstagarens rättigheter och skyldigheter övergår med överlåtelsen måste därför fastställas vilken del av verksamheten eller företaget som arbetstagaren har tilldelats som arbetsplats. Direktivet ska därför inte tillämpas när arbetstagarna inte är anställda i den överförda delen av företaget men ändå utfört vissa uppgifter som involverade att använda tillgångar som tillhörde den överförda delen. Detsamma gäller om de varit verksamma i en administrativ avdelning av företaget som inte överfördes men ändå utfört arbetsuppgifter åt den överförda delen.¹⁵⁸ Var arbetstagaren utför sina arbetsuppgifter är alltså *avgörande* för huruvida arbetstagarens skydd ska aktualiseras vid en verksamhetsövergång. I generaladvokat Sir Gordon Slynns förslag till dom i Botzen-målet föreslog han att direktivet endast ska omfatta de arbetstagare som *helt och hållet* arbetar inom den delen av verksamheten som överförs. Om en anställd arbetade i hela verksamheten eller i flera delar, skulle inte denna enligt generaladvokat Slynn kunna anses vara anställd i den del av verksamheten som överfördes i enlighet med direktivet.¹⁵⁹ Förslaget fick inte genomslag i domen.¹⁶⁰

Sedan prövningen i Botzen-målet 1983 har varken EU- eller EFTA-domstolen inte närmare berört frågan av hur det ska avgöras vilken del arbetstagaren tillhör. Den engelska arbetsöverdomstolen uttalade 2014 att domen i Botzen-målet fortfarande utgör källan till EU-lagstiftningen om innebörden av var arbetstagaren blivit tilldelad att arbeta.¹⁶¹

Enligt artikel 5 i överlåtelsedirektivet, vilken implementerats genom 6 b § 2 st. LAS, är övergång i samband med konkursförfarande undantaget från bestämmelserna om arbetstagar skydd vid verksamhetsövergång. Att överlåtelser av företag eller verksamheter som försatts i konkurs inte skulle omfattas av överlåtelsedirektivets tillämpningsområde fastslogs redan 1983 i Abels-målet. I samband med detta uttalade EU-domstolen att direktivet dock är tillämpligt vid överlåtelser ”som sker inom ramen för ett förfarande som ’surséance van betaling’”¹⁶².¹⁶³ EU-domstolen fastslog sedan i Danmols Inventar-målet att enbart företag eller verksamheter som försatts i konkurs omfattades av undantaget. Direktivet är därmed tillämpligt på övergångar som sker innan ett likvidationsförfarande inletts. Det faktum att överlåtarens upp-

¹⁵⁸ C-186/83 Botzen m.fl. p. 15f.

¹⁵⁹ C-186/83 Botzen m.fl., förslag till avgörande av generaladvokat Sir Gordon Slynn.

¹⁶⁰ C-186/83 Botzen m.fl.

¹⁶¹ London Borough of Hillingdon v Ms Anne Gormanley and Others: UKEAT/0169/14/KN, p. 36.

¹⁶² På svenska *anstånd med betalning*, se C-135/83 Abels, p. 3.

¹⁶³ C-135/83 Abels, p. 30.

hört att betala sina skulder är inte tillräckligt för att övergången ska falla utanför direktivets tillämpningsområde.¹⁶⁴ Genom sin dom i D'Urso-målet förtydligades att syftet med förfarandet är avgörande för huruvida direktivet är tillämpligt eller inte. Om syftet är att rädda verksamheten är direktivet tillämpligt, om syftet är att avveckla verksamheten är undantaget tillämpligt.¹⁶⁵ EU-domstolen har vidare i Dethier Équipment-målet slagit fast att direktivet är tillämpligt på ett företag i tvångslikvidation *när företaget fortsätter driften*.¹⁶⁶ Detta innebär att direktivet inte är tillämpligt när driften av företaget *inte fortsätter*.¹⁶⁷

3.1.2 Ekonomisk enhet och bibehållen identitet

I direktivets artikel 1.1.b stadgas att direktivet är tillämpligt på ”en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet”. Begreppet ”ekonomisk enhet” är ett resultat av den kodifiering av praxis som 2001 års överlåtelsedirektiv är, och finns sedermera inte med i 1977 års överlåtelsedirektiv. Det var först i Schmidt-domen 1992 som EU-domstolen förklarade att det ska röra sig om en ekonomisk enhet.¹⁶⁸ I Süzen-målet snävades begreppet in till att avse en sådan organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.¹⁶⁹ Den ekonomiska enheten ska även vara tillräckligt strukturerad och oberoende.¹⁷⁰

Det var i Rygaard-målet som EU-domstolen slog fast att överlåtelsen ska hänföra sig till en *stabil organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete*. Vidare uttalades att så *inte* var fallet när ett företag överlåter en entreprenad till ett annat företag i syfte att entreprenaden ska färdigställas. En sådan överlåtelse skulle endast omfattas av direktivet om den åtföljdes av en överlåtelse av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gjorde det möjligt att stadigvarande fortsätta det överlåtande företags verksamhet eller viss del av denna verksamhet.¹⁷¹

I Klarenberg-målet begärde Tyskland förhandsavgörande gällande huruvida överlåtelsedirektivet är tillämpligt i en situation där den nya arbetsgivaren inte

¹⁶⁴ C-105/84 Danmols Inventar, p. 10.

¹⁶⁵ C-362/89 D'Urso, p. 26ff.

¹⁶⁶ C-319/94 Dethier Équipment, p. 32.

¹⁶⁷ Mulder (2004), s. 243.

¹⁶⁸ C-392/92 Schmidt.

¹⁶⁹ C-13/95 Süzen, p. 13.

¹⁷⁰ C-458/12 Amatori m.fl., p. 32.

¹⁷¹ C-49/94 Rygaard, p. 20f.

låter den övertagna delen av ett företag eller en verksamhet behålla sin självständighet i ett organisatoriskt perspektiv. Mot bakgrund av direktivets syfte att skydda arbetstagarnas rättigheter vid en övergång, fann EU-domstolen att en föreställning om att den ekonomiska enhetens identitet enbart vilar på den organisatoriska självständigheten inte kunde godtas. Om så hade varit fallet hade förvärvaren kunnat upplösa den övertagna delen och integrera den i sin egen struktur för att undanta övergången från direktivets tillämpningsområde, vilket skulle beröva berörda arbetstagare det skydd som direktivet ger.¹⁷² Domstolen kom därför fram till att direktivet är tillämpligt i fall där den övertagna delen av ett företag eller en verksamhet inte behåller sin självständighet i ett organisatoriskt perspektiv så länge det funktionella sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna bevaras. Förvärvaren ska dessutom kunna använda dem för att fortsätta en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet.¹⁷³

Tillämpligheten av direktivet på moderbolag och dess dotterbolag som handlar som en enhet på marknaden har prövats av EU-domstolen. Domstolen konstaterade då att det skulle strida mot direktivets syfte att säkerställa arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare om sådana bolag skulle undantas från direktivets tillämpningsområde. Direktivet kan därmed tillämpas på överlåtelse mellan två bolag i samma koncern som har samma ägare, ledning, lokaler och arbetsuppgifter.¹⁷⁴

Bedömningen av vad som utgör en ekonomisk enhet är svårt att skilja från bedömningen av huruvida enheten behåller sin identitet. EU-domstolen antyder dock i Spijkers- domen att det är två skilda bedömningar.¹⁷⁵ Prövningen av överlåtelsedirektivets tillämplighet måste därför börja i ett avgörande av huruvida det som övergått är en ekonomisk enhet, innan bedömningen av bibehållen identitet utförs.¹⁷⁶ Spijkers- domen har haft stor betydelse för tillämpningen av överlåtelsedirektivet, eftersom EU-domstolen där har angett en icke-uttömmande lista av kriterier som har särskild betydelse för om en verksamhetsövergång ska anses föreligga. Kriterierna som tas upp i Spijkers- domen är:

- i) arten av företag eller verksamhet,
- ii) frågan om företagets materiella tillgångar, så som byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte,

¹⁷² C-466/07 Klarenberg, p. 43.

¹⁷³ C-466/07 Klarenberg, p. 53.

¹⁷⁴ C-234/98 Allen, p. 20f.

¹⁷⁵ C-24/85 Spijkers, p. 11f.

¹⁷⁶ Mulder (2004), s. 134.

- iii) värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelsestidpunkten,
- iv) om majoriteten av de anställda har tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte,
- v) om kunderna har tagits över eller inte,
- vi) graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen, och
- vii) i förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere.¹⁷⁷

Mulder har i sin avhandling uttalat att de första fem kriterierna är hänförliga till bedömningen av huruvida det föreligger en övergång av en bestående ekonomisk enhet. Det sjätte och sjunde kriteriet är istället hänförliga till bedömningen av verksamhetens bibehållna identitet efter övergången.¹⁷⁸

Prövningen av om övergången rör en ekonomisk enhet som behållit sin identitet ska göras utifrån en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Som nämnts ovan är Spijkers-kriterierna *inte* en uttömmande lista av vilka omständigheter som ska beaktas.¹⁷⁹ Vilken vikt som ska tillmätas de olika kriterierna varierar från fall till fall. Det beror bland annat på vilken verksamhet som bedrivs och vilka produktions- eller driftsmetoder som används.¹⁸⁰

Vilken art verksamheten eller företaget har blir relevant för att ha en utgångspunkt i den senare bedömningen av kriterium sex om likheten mellan verksamheten före och efter överlåtelsen. Enligt EU-domstolens dom i Rask-målet kan det förhållandet att den överlåtna verksamheten för det överlåtande företaget endast utgör en underordnad verksamhet som inte har något direkt samband med föremålet för dess verksamhet inte innebära att transaktionen faller utanför direktivets tillämpningsområde.¹⁸¹

Eftersom en ekonomisk enhet kan fungera utan betydande materiella eller immateriella tillgångar, är inte bedömningen av huruvida en överlåtelse skett eller inte beroende av om sådana tillgångar övergått.¹⁸² I sin prövning av huruvida ett företags övertagande av kollektivtrafik till följd av ett offentlig upphandlingsförfarande omfattas av överlåtelsedirektivet, har EU-domstolen

¹⁷⁷ C-24/85 Spijkers, p. 13; prop. 1994/95:102 s. 26.

¹⁷⁸ Mulder (2004), s. 143f.

¹⁷⁹ C-29/91 Redmond Stichting, p. 24; C-160/14 Ferreira da Silva e Brito m.fl. p. 26; AD 1999 nr. 21.

¹⁸⁰ Se bl.a. C-51/00 Temco, p. 25; C-160/14 Ferreira da Silva e Brito m.fl. p. 27; C-472/16 Colino Sigüenza, p. 31.

¹⁸¹ C-209/91 Rask, p. 17.

¹⁸² C-13/95 Süzen, p. 18; C-51/00 Temco, p. 25.

i Liikenne-målet även gjort ett intressant uttalande i förhållande till det andra Spijkers-kriteriet om materiella tillgångar. Målet rörde upphandling av kollektivtrafik med buss, vilket utgör en sektor där materiella tillgångar utgör en viktig del i utövandet av verksamheten. I sådana sektorer ”måste den omständigheten att sådana tillgångar, vilka är absolut nödvändiga för att enheten ska kunna fungera väl, *inte i betydande utsträckning har övergått* från den tidigare till den nya innehavaren av kontraktet *leda till att denna enhet inte anses ha bevarat sin identitet.*”¹⁸³

Överlåtelsereglerna är tillämpliga även om det rör sig om en del av verksamheten där det endast finns en enda anställd. Reglernas tillämpning är inte avhängiga hur många anställda det finns i verksamheten. EU-domstolen gjorde detta ställningstagande mot bakgrund av syftet att skydda arbetstagarna.¹⁸⁴ Ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet i områden där verksamheten huvudsakligen baseras på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet. En sådan enhet kan behålla sin identitet efter övergången om den nya arbetsgivaren fortsätter verksamheten i fråga *och* ”övertar en huvuddel – i förhållande till antal och kompetens – av personalstyrkan” som den föregående arbetsgivaren särskilt hade tilldelat uppgifter för just den verksamheten.¹⁸⁵ EFTA-domstolen har i flertalet domar uttalat sig om vilken roll den övertagna personalens kompetens spelar. I fall där den föregående verksamheten i hög grad präglas av kompetens hos personalen, kan personalens fortsatta arbete tala för att verksamheten behåller sin identitet och att verksamheten hos överlåtaren fortsätter hos förvärvaren. Om arbetet som ska utföras inte kräver någon särskild expertis eller kunskap, blir övertagandet av personal mindre vägledande för frågan om verksamhetens bibehållna identitet. Huruvida övertagande av en stor del av personalen indikerar att identiteten bibehållits beror alltså på vilken betydelse personalen haft i verksamheten.¹⁸⁶

I doktrinen har påpekats att det kan uppfattas som ett cirkelresonemang att avgöra om en överlåtelse har skett, med rättsföljden att arbetstagare övertas av förvärvaren, genom att iaktta om arbetstagarna faktiskt har övertagits.¹⁸⁷ Vid Arbetsdomstolens prövning enligt 6 b § har det i flera fall funnits skiljaktiga som påpekat samma sak.¹⁸⁸ I AD 1998 nr. 121 uttryckte de skiljaktiga ledamöterna Gunilla Upmarks¹⁸⁹ och Anders Tiderman¹⁹⁰ att ”[f]rågan om

¹⁸³ C-172/99 Liikenne, p. 42, författarens egna kursiveringar.

¹⁸⁴ C-392/92 Schmidt, p. 15.

¹⁸⁵ C-13/95 Süzen, p. 21; C-172/99 Liikenne, p. 38; förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-47/97 Hernández Vidal m.fl., p. 32.

¹⁸⁶ E-02/95 Eidesund, p.43; E-02/96 Ulstein, p. 36; E-03/96 Tor Angeir Ask m.fl., p. 29.

¹⁸⁷ Lunning & Toijer, Zeteo, 6 b § LAS; Glavå 2016, s. 501.

¹⁸⁸ Se bl.a. AD 1997 nr. 81; AD 1998 nr. 121.

¹⁸⁹ Sakkunnig ledamot.

¹⁹⁰ Ledamot för arbetstagersidan.

majoriteten av de anställda övertagits bör enligt vår mening tillmätas intresse om så faktiskt skett. Tvisten gäller skyldigheten att överta personal. Man skulle hamna i ett cirkelresonemang om den omständigheten att personal inte har övertagits skulle tillåtas tala mot att en övergång skett.”¹⁹¹

Att den ekonomiska enheten ska bibehålla sin identitet för direktivets tillämplighet framgår av artikel 1.1.b, vilken utgör en kodifiering av EU-domstolens dom i Spijkers-målet. Där fastslogs att det avgörande kriteriet för att fastställa om det föreligger en överlåtelse enligt direktivet är om enheten i fråga behåller sin identitet. För att kunna behålla sin identitet måste verksamheten eller företaget vara en ”going concern”. I svensk rätt talas om att den ekonomiska enheten ska vara *bestående*.¹⁹²

För att verksamheten ska vara bestående krävs att verksamheten verkligen fortsätter eller att driften återupptas inom samma eller motsvarande affärs-mässiga verksamhet.¹⁹³

Trots att det är svårt att dela upp Spijkers-kriterierna helt och hållet, förefaller alltså de två sista kriterierna om graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen, och den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere, vara särskilt behjälpliga vid en utredning av företagets identitet.¹⁹⁴

Att den nya arbetsgivaren ska fortsätta eller återuppta *samma eller liknande verksamhet* framgår av Spijkers-domen.¹⁹⁵ Det är dock inte tillräckligt att arbetsuppgifter har övergått. Att den tjänst som utfördes av den tidigare och av den nya innehavaren är av samma slag kan inte i sig leda till slutsatsen att det rör sig om en överlåtelse av en ekonomisk enhet med bibehållen identitet. I Süzen-målet slog EU-domstolen fast att endast den omständighet att den tjänst som tillhandahölls av den tidigare och den nya innehavaren är av samma slag, inte är tillräckligt för att dra slutsatsen att det rör sig om en överlåtelse i direktivets mening. Dels följer identiteten även av andra omständigheter, dels kan en ekonomisk enhet inte enbart likställas med den verksamhet som den bedriver.¹⁹⁶

I Merckx och Neuheys-målen överfördes varken materiella eller immateriella tillgångar, verksamheten fortsatte under annat namn, i andra lokaler och med annan utrustning och majoriteten av personalen sades upp. Verksamhetens driftställe var förlagt till ett annat område inom samma storstadsområde, men

¹⁹¹ AD 1998 nr. 121.

¹⁹² C-24/85 Spijkers, p. 11f.; prop. 1994/95:102 s. 26; AD 2008 nr. 64.

¹⁹³ C-49/94 Rygaard, p. 16.

¹⁹⁴ C-24/85 Spijkers, p. 13; Mulder (2004), s. 143f.

¹⁹⁵ C-24/85 Spijkers, p. 12.

¹⁹⁶ C-13/95 Süzen, p. 15.

fortfarande inom området som omfattades av ensamåterförsäljaravtalet.¹⁹⁷ Trots detta konstaterade domstolen att "[n]är ett återförsäljaravtal för bilar sålunda sägs upp med ett företag och ett nytt återförsäljaravtal ingås med ett annat företag som bedriver samma verksamhet, utgör företagsöverlåtelsen, enligt domstolen, en lagenlig överlåtelse enligt direktivet".¹⁹⁸

Arbetsdomstolen prövade i AD 2014 nr. 91 likheten mellan två verksamheter. Bägge verksamheterna var restaurangverksamheter och de bedrevs i samma lokaler. Den föregående verksamheten hade tillhandahållit kaffeservering, traditionell lunchservering för allmänheten och konferensgäster samt haft beställningsverksamhet vid särskilda evenemang. De tog emot 50–60 gäster per dag och hade öppet mellan klockan 08.00 eller 09.00 till klockan 15.00. Den nya verksamheten tillhandahöll enbart lunchservering till allmänhet och konferensgäster och hade öppet mellan 11.00 och 14.00. De serverade 130-140 gäster per dag och de hade ändrat inredningen från café-inredning till att mer likna en bar. Bokningar av konferensgäster skedde på samma sätt som hos den föregående verksamheten. Trots att utbudet inskränkts och kapaciteten fördubblats ansåg Arbetsdomstolen att verksamheten bedrevs på väsentligen samma sätt som tidigare.¹⁹⁹

Det sista Spijkers-kriteriet, om den period verksamheten möjligtvis legat nere, har även det berörts i praxis. I Ny Mølle Kro-målet uttalade EU-domstolen att det faktum att verksamheten är tillfälligt nedlagd vid tidpunkten för övergången, vilket innebär att det vid övergångstidpunkten saknas personal, inte utesluter direktivets tillämplighet. Domstolen syftade framförallt på säsongsbetonad verksamhet där övergången sker under den säsong som verksamheten är stängd, och konstaterade att en sådan nedläggning i regel inte innebär att verksamheten har upphört att vara en bestående enhet.²⁰⁰ Vad som sagts i Ny Mølle Kro-målet bekräftades sedan i Bork International-målet. Där konstaterades att ett tillfälligt uppehåll under en kort period över jul och nyår inte kunde innebära att direktivet inte var tillämpligt.²⁰¹

Även när en del av en verksamhet eller ett företag överläts kan direktivet vara tillämpligt.²⁰² Huruvida överlåtaren inom ramen för sin arbetsledningsrätt kan flytta arbetstagare före verksamhetsövergången så att arbetstagarna inte anses verksamma i den övergående delen, vilka således inte skulle omfattas av överlåtelseskyddet, är inte säkert. Saken har inte prövats i varken EU-domstolen

¹⁹⁷ C-171/94 & C-172/94 Merckx och Neuheys, p. 21.

¹⁹⁸ C-171/94 & C-172/94 Merckx och Neuheys, p. 30.

¹⁹⁹ AD 2014 nr. 91.

²⁰⁰ C-287/86 Ny Mølle Kro, p. 19f.

²⁰¹ C-101/87 Bork International, p. 16.

²⁰² Artikel 1 i överlåtelsedirektivet.

eller Arbetsdomstolen. Arbetsgivare har enligt svensk rätt en stark arbetsledningsrätt. För det fall överlåtaren skulle omplacera arbetstagare för att utnyttja direktivets tillämpningsområde till sin egen fördel, så att arbetstagarna efter överlåtarens önskemål antingen stannar kvar eller följer med övergången, skulle det möjligen kunna angripas med grunderna för LAS eller god sed på arbetsmarknaden.²⁰³ För mer ingripande omplacering som är hänförlig till den enskilda arbetstagaren personligen krävs enligt den så kallade bastubadarprincipen objektivt godtagbara skäl. Ett byte av arbetsställe inom ett företag kan nämligen medföra nackdelar för arbetstagarna så att upplevelsen inte i något väsentligt hänseende skiljer sig från en uppsägning.²⁰⁴

3.2 Formen för överlåtelsen

Av artikel 1.1.a i överlåtelsedirektivet framgår att "[d]etta direktiv skall tillämpas vid överlåtelse [...] genom lagenlig överlåtelse eller fusion". I svensk rätt talas istället för överlåtelse eller fusion, om *övergång*.²⁰⁵ Lagstiftaren ansåg att formuleringen i 6 b § LAS knöt an till det EU-rättsliga övergångsbegreppet. Begreppet "övergång" ansågs bättre spegla till exempel att det för övergång i direktivets mening inte ställs något absolut krav på rättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare.²⁰⁶ Det finns ingen närmare definition av vad som är en övergång, begreppet ska istället tolkas i enlighet med överlåtelsedirektivet och EU-domstolens praxis.²⁰⁷

Aktieöverlåtelse är inte en överlåtelse i varken direktivets eller i svensk rätts mening eftersom samma juridiska person förblir arbetsgivare.²⁰⁸ För att överlåtelsedirektivet ska vara tillämpligt krävs att den fysiska eller juridiska person som ansvarar för att bedriva verksamheten ändras, och som därmed övertar arbetsgivaransvaret gentemot företagets anställda.²⁰⁹

EU-domstolen har i flertalet domar slagit fast att det inte krävs att det finns ett avtalsförhållande mellan den tidigare och den nya verksamhetsinnehavaren för att det ska ha skett en övergång i direktivets mening. Avsaknad av sådant avtalsförhållande kan dock indikera att det inte har skett någon överlåtelse i direktivets mening.²¹⁰ Eftersom direktivets olika språkversioner skiljer sig åt, har EU-domstolen valt att tolka begreppet "lagenlig överlåtelse"

²⁰³ Nyström 2017b, s. 222f.; AD 2015 nr. 61.

²⁰⁴ AD 1978 nr. 89.

²⁰⁵ Se bl.a. 6 b § LAS.

²⁰⁶ Prop. 1994/95:102, s. 41 och s. 80.

²⁰⁷ AD 2016 nr. 59

²⁰⁸ Kommissionens förslag KOM(97) 85, s. 6; prop. 1994/95:102 s. 31.

²⁰⁹ C-144/87 & C-145/87 Berg och Busschers, p. 17.

²¹⁰ C-287/86 Ny Mølle Kro, p. 12; C-13/95 Süzen, p. 11; C-51/00 Temco, p. 31; C-29/91 Redmond Stichting, p. 11f.

brett för att uppfylla direktivets syfte att skydda arbetstagarna. Direktivet ska därför vara tillämpligt när byte sker av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift och som tar på sig en arbetsgivares skyldigheter gentemot verksamhetens arbetstagare.²¹¹ Direktivet kan därmed vara tillämpligt när en uppdragsgivare har ingått två på varandra följande entreprenadavtal med två olika företag eller vid offentliga upphandlingsförfaranden där företag tilldelas kontrakt efter varandra.²¹² Enligt EU-domstolens avgörande i Rask-målet kan situationer där ett företag anförtrott ett annat företag för att överta ansvaret för att utföra arbetsuppgifter som de tidigare själv utfört omfattas av direktivet. Den omständighet att överenskommelsen mellan det anlitate och det anlitate företaget endast avser tillhandahållandet av tjänster, där arbetsuppgifter fastställs i avtalet, som utförs mot en avgift och som är uteslutande till förmån för det anlitate företaget, utesluter inte tillämpningen av direktivet.²¹³

Under tolkningsavsnittet vidrördes Generaladvokatens utlåtande i Temco-målet. Generaladvokaten ställde sig kritisk till att övergång av entreprenad skulle omfattas av direktivet. Han ifrågasatte bland annat tillämpligheten i situationer när ett företag som tillhandahåller tjänster, förlorar ett uppdrag för att ett annat företag erbjuder bättre villkor. Om direktivet var tillämpligt i sådana situationer skulle det kunna medföra att den nya uppdragstagaren var skyldig att behålla personal från uppdragstagaren som förlorat uppdraget, på grund av att personalen råkar utgöra den viktigaste faktorn i verksamheten. I fall där anledningen till bytet av uppdragstagare beror på undermålig personal, skulle det enligt generaladvokaten vara en *anmärkningsvärd konsekvens* att personalen övertogs. Det skulle dessutom vara oansvarigt ur marknadssynpunkt.²¹⁴ EU-domstolen var inte enig med generaladvokatens utlåtande utan ansåg som bekant att även byte av entreprenör kunde omfattas.²¹⁵

Överlåtelsesdirektivet och de svenska överlåtelsereglerna är i normalfallet inte tillämpliga då bemanningsföretag hyr ut personal för att utföra vissa arbetsuppgifter. Om beställaren hyr in all personal som ska utföra en viss arbetsuppgift kan situationen dock omfattas av överlåtelsereglerna. Det avgörande blir om bemanningsföretaget enbart tillhandahåller personal, eller även svarar mot beställaren för resultatet av den uthyrda personalens verksamhet. Om situationen är den sistnämnda skulle det kunna röra sig om övergång av verksamhet.²¹⁶

²¹¹ Förenade målen C-171/94 & C-172/94 Merckx och Neuhuys, p. 28.

²¹² C-51/00 Temco, p. 3; C-29/91 Redmond Stichting, p. 11f.; C-172/99 Liikenne, p. 30.

²¹³ C-209/91 Rask, p. 17.

²¹⁴ C-51/00 Temco, förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, p. 33-40 och p. 61-68.

²¹⁵ C-51/00 Temco, p. 33.

²¹⁶ C-458/05 Jouni m.fl., p. 36ff.; AD 2008 nr. 51.

Till skillnad från överlåtelsebegreppet ges inte begreppet ”fusion” någon definition överhuvudtaget i direktivet. Det saknas även vid dags datum praxis på vad den närmare definitionen är. Av förarbeten från kommissionen framgår att tolkning av fusionsbegreppet ska ske i enlighet med bolagsrättslig, konkurrensrättslig samt i enlighet med arbetsrätten rörande omstruktureringar.²¹⁷ I svensk arbetsrätt används fusionsbegreppet närmast enligt den innebörd den getts i allmänt språkbruk.²¹⁸ I Svenska Akademiens ordlista definieras fusion som ”sammanslagning av företag”.²¹⁹ Av förarbeten till LAS framgår att övergångsbegreppet täcker fusioner.²²⁰ Definitionen av fusionsbegreppet bör därmed inte medföra några komplikationer.²²¹

I svensk rätt ska övergångsbegreppet ges samma innebörd enligt MBL som enligt LAS.²²² Det svenska övergångsbegreppet är vidare än överlåtelsebegreppet enligt direktivet. I det svenska begreppet omfattas nämligen, förutom sådana övergångar som avses i direktivet, även övergångar inom den offentliga verksamheten och för sjögående fartyg även när de inte är en del av en överlåtelse av ett företag.²²³

²¹⁷ Kommissionens förslag COM(94) 300, p. 5ff.; Kommissionens förslag COM(74) 351, s. 4; Kommissionens förslag COM(75) 429, s. 4.

²¹⁸ Mulder (2004), s. 222.

²¹⁹ Svenska Akademiens Ordböcker, ”fusion”.

²²⁰ Prop. 1994/95:102, s. 64.

²²¹ Mulder (2004), s. 226.

²²² Prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 378.

²²³ Se 6 b § 1 st. LAS in fine, artikel 1 i överlåtelsedirektivet; prop. 1994/95:102 s. 65.

4 Sammanfattning och analys

4.1 Vad är syftet med överlåtelseregleringen och hur ser regleringen ut i EU och i Sverige?

Överlåtelsedirektivet tillkom först 1977 och har sedan dess ändrats och ersatts av ett nytt överlåtelsedirektiv 2001. Direktivet är i till stor del detsamma idag och den uppdaterade versionen är baserad på det ursprungliga direktivet, men med uppdateringar utifrån praxis. Även syftet är detsamma. Direktivet är ett minimidirektiv som syftar till att tillnärma medlemsstaternas lagstiftning gällande arbetstagskyddet vid överlåtelser. Eftersom direktivet tillkom med stöd av en artikel om den gemensamma marknadens upprättande och dess funktion har röster höjts om att direktivet även bör tolkas mot bakgrund av det konkurrensrättsliga syftet, något som dock inte fått genomslag i EU-domstolens domar. I dess tolkning iaktas istället syftet att skydda arbetstagarna vid byte av arbetsgivare och att göra det möjligt för dem att fortsätta sin anställning på samma villkor som hos överlåtaren. Det ska dock råda jämvikt mellan arbetstagarintressen och förvärvarens intressen. Tillämpningen av direktivet ska även vara förenlig med EU:s rättighetsstadga, bland annat ska tillämpningen vara förenlig med näringsfriheten.

Överlåtelsedirektivet syftar till en partiell harmonisering av medlemsstaternas arbetstagskydd med en gemensam miniminivå. Direktivet har i Sverige implementerats genom ändringar i LAS och MBL. Eftersom det är ett minimidirektiv ger den svenska lagstiftningen på vissa områden ett högre skydd än direktivet. Till exempel omfattas enligt svensk rätt arbetstagare inom all offentlig verksamhet och på alla sjögående fartyg av skyddet vid verksamhetsövergångar. Ibland kan det dock vara svårt att se vad som gäller i EU-rätt och vad som är speciellt för svensk rätt.

4.2 Vilka rättigheter har arbetstagare vid en verksamhetsöverlåtelse enligt svensk rätt?

Det arbetstagskydd som är ett resultat av direktivet innebär att arbetstagare som är anställda i en verksamhet som överläts har rätt att följa med till förvärvaren. I direktivets artikel 3.1 står att ”överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller anställningsförhållande ska

övergå till förvärvaren”. Av detta följer att även anställningstid och företrädesrätt till återanställning gäller på samma sätt för förvärvaren som hos överlåtaren. Även anställningsvillkoren, så som de ser ut vid tidpunkten för överlåtelsen, övergår på förvärvaren. Villkoren kan fortfarande ändras av förvärvaren på samma sätt som överlåtaren kunde ändra dem. Vad gäller villkor enligt kollektivavtal är rättsläget lite mer komplicerat. Enligt artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet ska förvärvaren vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden av dessa. Medlemsstaterna ges enligt direktivet möjligheten att begränsa tiden som förvärvaren ska vara bunden av överlåtarens kollektivavtal till minst ett år.

I svensk rätt regleras vad som gäller för kollektivavtal vid verksamhetsövergångar i 28 § MBL. Om båda arbetsgivarna är bundna av samma kollektivavtal tillämpas kollektivavtalet oförändrat. Om överlåtaren har kollektivavtal men inte förvärvaren övergår kollektivavtalet automatiskt på förvärvaren. Förvärvaren kan säga upp kollektivavtalet men måste tillämpa villkoren i ett år, enligt den så kallade ettårsregeln. Om överlåtaren och förvärvaren båda har kollektivavtal som är tillämpliga på personalen men olika kollektivavtal, blir förvärvaren inte bunden av överlåtarens kollektivavtal. Förvärvaren ska dock tillämpa anställningsvillkoren som gällde för arbetstagarna enligt överlåtarens kollektivavtal under ett år, återigen i enlighet med ettårsregeln.

Vid verksamhetsövergång aktualiseras ett uppsägningsförbud, vilket innebär att arbetstagarna inte kan sägas upp med övergången som grund för uppsägning. Uppsägning med saklig grund, vilken enligt svensk rätt regleras i 7 § LAS, är fortfarande möjlig. Det är enligt svensk rätt inte möjligt för överlåtaren att säga upp för förvärvarens räkning. Vid lagstridig uppsägning på grund av överlåtelsen kan arbetstagaren väcka talan mot förvärvaren. Detta följer av att rättigheterna och skyldigheterna övergår från överlåtaren till förvärvaren.

Arbetstagar skyddet innebär även en skyldighet för överlåtaren och förvärvaren att informera och hålla samråd med berörda fackförbund. Genom det nya överlåtelsedirektivet ändrades formuleringen av artikel 7.6 från att medlemsstater får, till att de skall, informera också oorganiserade arbetstagare. Enligt min mening kan ifrågasättas huruvida svensk rätt är EU-konform på denna punkt, eftersom svensk rätt inte reglerar någon sådan skyldighet. Ändringen av direktivtexten bör innebära att det som tidigare varit en möjlighet nu är en skyldighet för medlemsstater att föreskriva att sådan information ska lämnas även till oorganiserade arbetstagare.

Det indirekta kravet på att vara fackligt ansluten för att ha rätt till viss information som just nu ställs i svensk rätt är enligt min mening inte förenligt med

överlåtelsedirektivets syfte. Om reglerna finns till för att skydda arbetstagarna, varför ska då en arbetstagare vara mindre skyddsvärd ur just denna hänsyn bara för att den valt att inte ansluta sig till ett fackförbund?

Arbetstagaren kan välja att inte följa med till förvärvaren. Enligt svensk rätt gäller då att anställningen med överlåtaren består. Det är upp till varje medlemsstat att avgöra vad som gäller när arbetstagaren inte följer med. De arbetstagare som stannar hos överlåtaren omfattas inte av arbetstagarskyddet vid övergångar.

Den svenska lagstiftaren har valt att arbetstagarskyddet vid verksamhetsövergångar ska vara solidariskt. Det är däremot möjligt för överlåtare och förvärvare att avtala om en annan fördelning av ansvaret. Arbetstagarskyddet enligt direktivet och sedermera enligt nationell lagstiftning kan däremot inte avtalas bort i anställningsavtalet. Detta följer av EU-domstolens dom i Daddy's Dance hall-målet.

4.2.1 Vem är en arbetstagare?

Det finns inget enhetligt EU-rättsligt arbetstagarbegrepp. Vilka arbetstagare som omfattas av direktivet ska istället avgöras enligt nationell rätt. Enligt svensk rätt ska en helhetsbedömning göras av om ett arbetstagarförhållande föreligger eller inte. Arbetstagaren måste alltid vara en fysisk person. Arbetstagaren ska ha ett anställningsavtal men avtalet behöver varken vara skriftligt eller ha viss form, och kan därför ingås genom konkludent handlande. Det finns dock vissa kännetecknande faktorer för att ett arbetstagarförhållande föreligger, så som tidsbaserad ersättning för arbetet och att arbetsgivarens redskap och maskiner används.

EU-domstolen har trots att arbetstagarbegreppet definieras av medlemsstaterna, uttalat sig i Albron Catering-domen om att det inte krävs någon formell anställning för att direktivet ska vara tillämpligt. Trots att arbetstagarna kan ha ett skriftligt anställningsavtal genom vilket de är knutna till ett företag eller en viss del av företaget så kan de, om de till exempel är stadigvarande verksamma i ett annat företag inom samma koncern eller i en annan del av företaget, anses ha ett anställningsförhållande med den arbetsgivaren. Vad som är intressant med Albron Catering-domen är att det talas om avtalsbunden och icke-avtalsbunden arbetsgivare. Enligt svensk rätt gäller, som beskrivits ovan i delkapitlet om arbetstagarbegreppet, att det krävs ett anställningsavtal för att definieras som arbetstagare. En person erhåller alltså enligt svensk rätt inte skydd vid verksamhetsövergång om den inte har ett anställningsavtal. Eftersom det inte finns några formkrav för anställningsavtal och anställningsavtal kan ingås genom konkludent handlande, så kan det i förhållande till svensk

rätt istället anses röra sig om två avtalsbundna arbetsgivare. Att arbetstagaren har ett formellt avtal med en annan arbetsgivare bör enligt min mening inte kunna utesluta att ett anställningsförhållande kan uppkomma med en annan arbetsgivare, om omständigheterna talar för det.

Arbetstagarbegreppet är starkt knutet till verksamheten, varför det även blir relativt oviktigt att definiera arbetsgivarbegreppet. Vem som är arbetsgivare avgörs först när arbetstagaren bestämts.

4.2.2 Vad är en verksamhetsöverlåtelse?

För att överlåtelsedirektivets regler, och motsvarande regler inom svensk rätt, ska vara tillämpliga ska en överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet vara för handen. Föremålet för överlåtelsen ska vara en ekonomisk enhet som efter överlåtelsen behåller sin identitet. Direktivet är tillämpligt på bolag inom samma koncern. Övergång i samband med konkursförfaranden är undantagna från tillämpningsområdet av skyddsbestämmelserna vid övergång.

Vad som är en ekonomisk enhet och huruvida den behållit sin identitet avgörs genom en helhetsbedömning. Till grund för denna helhetsbedömning ligger Spijkers-kriterierna. Beroende på verksamhetens art kan de olika kriterierna ges olika vikt i bedömningen. Uppmärksammas bör att Spijkers-kriteriet där hänsyn ska tas till huruvida arbetstagarna övergått eller inte, har blivit vida kritiserat för att vara ett cirkelresonemang. I enlighet med vad de skiljaktiga ledamöterna Upmarks och Tiderman uttalade i AD 1998 nr. 121 om att det endast bör tillmätas betydelse om de anställda faktiskt övertagits, anser även jag att kriteriet annars ska lämnas därhän. Vid bedömningen av huruvida personal övertagits eller inte, har det av både EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis framgått att arbetstagarnas kompetens kan komma att tillmätas betydelse för frågan om en övergång skett eller inte.

Verksamheten måste även vara bestående, det vill säga att driften återupptagits eller fortsatt inom samma eller motsvarande affärsrättsliga verksamhet. Tillfälliga driftstopp innebär dock inte att tillämpning av direktivet är uteslutet. Genom Klarenberg- domen klargjorde EU-domstolen att, även om den övertagna delen inte behåller sin självständighet i ett organisatoriskt perspektiv, så kan överlåtelsen ändå under vissa omständigheter omfattas av direktivet.

Formen för överlåtelsen är enligt direktivet lagenlig överlåtelse eller fusion, medan det i svensk rätt talas om övergång. Det svenska övergångsbegreppet

är dock vidare än överlåtelsebegreppet enligt direktivet, vilket är helt i enlighet med direktivets status som minimidirektiv enligt artikel 8. Aktieöverlåtelser omfattas inte. Det ställs inget krav på avtalsförhållande mellan överlåtare och förvärvare. Härmed kan även till exempel byte av entreprenör omfattas, trots att detta har kritiserats ur konkurrenshänsyn av bland annat generaladvokaten i Temco-målet.

4.3 Hur avgörs mot vilken förvärvare arbetstagare kan göra sina rättigheter gällande när det finns flera förvärvare?

I uppsatsens inledning redogjordes för en begäran om förhandsavgörande från Belgien i målet ISS Facility Services NV mot Sonia Govaerts, Euroclean NV, som rörde var arbetstagarna ska ta vägen när det finns flera förvärvare. I sin begäran om förhandsavgörande ställdes tre alternativ upp. Dessa tre alternativ ska i denna sista del av analysen bemötas, och slutligen följas av en sammanfattning av vad som, enligt min mening, gäller i situationer med flera förvärvare.

4.3.1 Alternativ 1

[D]e rättigheter och skyldigheter som tillkommer en arbetstagare som var anställd i var och en av de övertagna delarna övergår på var och en av förvärvarna, i förhållande till omfattningen av det arbete som nämnda arbetstagare utförde i de delar som förvärvats av respektive förvärvare

I Albron Catering- domen förklarade EU-domstolen att trots att arbetstagarna är knutna till ett företag i en koncern genom ett anställningsavtal, kan de ha ett anställningsförhållande med ett annat företag inom koncernen i vilket de utför arbete, och att detta andra företag därmed kan vara överlåtare i direktivets mening. Berörda arbetstagare hade alltså *flera* anställningsförhållanden i Albron Catering-målet.

I förhållande till Albron Catering- domen kommenterade Öman problematiken i om anställningsförhållandena med både den avtalsbundna arbetsgivaren skulle kvarstå samtidigt som arbetsförhållandena med den icke-avtalsbundna arbetsgivaren skulle övergå. Öman ansåg att endast anställningsförhållanden med den icke-avtalsbundna arbetsgivaren skulle övergå, men EU-domstolen klargjorde inte vad som gällde. Om rättigheter och skyldigheter som tillkom-

mer arbetstagaren skulle övergå till var och en av förvärvaren skulle det innebära att arbetstagaren hade ett anställningsförhållande med var och en av dessa. Skulle det i så fall innebära att en bråkdel av arbetstagarens arbetstid skulle förläggas hos varje förvärvare? Problematiken som Öman ser i att det avtalsbundna anställningsförhållandet med den icke-övergående delen skulle bestå samtidigt som det icke-avtalsbundna anställningsförhållandet delen skulle övergå till förvärvaren, är aktuell även då rättigheterna och skyldigheterna övergår till flera förvärvare.

Utan att veta de exakta omständigheterna i målet mellan ISS Facility Services NV och Sonia Govaerts, Euroclean NV antar jag att det antingen finns *ett* skriftligt anställningsavtal med en del av verksamheten och möjligtvis flera andra anställningsförhållanden med andra delar, alternativt att det finns ett skriftligt anställningsavtal med företaget i sig som innefattar arbete inom hela verksamheten som ska delas upp. Den första möjligheten påminner mer om fallet i Albron Catering-målet. I Albron Catering- domen talar EU-domstolen om att den formellt avtalsbundne arbetsgivaren inte alltid ges företräde framför den ställning som innehas av den icke-formellt avtalsbundne arbetsgivaren. Att det överhuvudtaget talas om *företräde* borde enligt mig kunna tolkas som att endast en av arbetsgivarna ska anses ansvara för rättigheterna och skyldigheterna, och att rättigheterna och skyldigheterna därmed övergår i sin helhet på förvärvaren utan att några kvarstår hos den ”avtalsbundne arbetsgivaren”. Möjligtvis skulle man kunna tolka det som att i situationer när den anställde utför vissa arbetsuppgifter som denne uppfattar är inom ramen för sin anställning, endast en arbetsgivare ska svara för dennes rättigheter och skyldigheter. På så sätt vore det också lätt att skilja mellan situationer då arbetstagarna har vitt skilda tjänster och det faktiskt finns *flera* arbetsgivare. Ett exempel på en sådan situation är om en person har en deltidstjänst som städare i ett företag inom en koncern och samtidigt har en deltidstjänst som kock i ett annat företag inom koncernen. Att företaget för vilken personen utför städtjänster överförs bör inte kunna innebära att rättigheterna och skyldigheterna för bägge tjänsterna övergår till förvärvaren varpå personen går miste om sin kock-tjänst.

4.3.2 Alternativ 2

[E]ller ska ovannämnda rättigheter och skyldigheter i sin helhet övergå på förvärvaren av den del av företaget i vilken nämnda arbetstagare huvudsakligen var anställd

Kommentarerna gällande alternativ 1 överlappar vad som kan kommenteras till alternativ 2. Albron Catering- domen och Ömans reflektioner kring den är lika relevanta här som ovan.

En risk i att låta rättigheterna och skyldigheterna övergå helt och hållet till en förvärvare är om det inte finns tillräckligt mycket arbete utifrån de arbetsuppgifter arbetstagaren brukar utföra. En konsekvens skulle kunna bli att anställningsavtalet får omförhandlas och omfattningen av tjänsten minskas. En annan risk är att arbetstagaren, om det finns anställda sedan tidigare i det förvärvande företaget, blir uppsagd enligt turordningslista på grund av arbetsbrist. Det leder till den inte helt självklara frågan *vilka arbetstagare ska skyddas?* Är arbetstagarna i det överlåtande bolaget mer skyddsvärda än redan befintliga arbetstagarna i det förvärvande bolaget? Frågan behöver dock inte besvaras, för direktivet omfattar endast de arbetstagare som finns i företaget som övertas och som inte motsätter sig en övergång till förvärvaren. Dessutom är uppsägning på grund av arbetsbrist tillåtet. Det som är förbjudet är uppsägning med överlåtelsen som grund för själva uppsägningen.

4.3.3 Alternativ 3

[E]ller är det så att när direktivbestämmelserna inte kan tolkas på något av ovanstående sätt, ingen av de rättigheter och skyldigheter som följer av nämnda arbetstagares anställningsavtal övergår på någon förvärvare, och att detta också är fallet när det inte går att fastställa omfattningen av arbetstagarens anställning i var och en av de övertagna delarna av företaget?

Alternativet skulle innebära att rättigheterna och skyldigheterna kvarstår hos överlåtaren, eftersom rättigheterna och skyldigheterna inte kan ”gå upp i rök”. Om man kommer fram till att rättigheterna inte kan övergå på varken förvärvaren av den del där arbetstagaren var huvudsakligen anställd eller på samtliga förvärvare av delar i vilken arbetstagaren var aktiv inom, måste detta innebära att domstolen kommit fram till att arbetstagaren inte kan sägas ha ett anställningsförhållande i direktivets mening med dessa, varför de inte heller omfattas av direktivet.

Utifrån EU-domstolens uttalande i Botzen-domen framgår tydligt att det som är avgörande för huruvida rättigheter och skyldigheter övergår är var arbetstagaren utför sina arbetsuppgifter. Att arbetstagaren utfört vissa arbetsuppgifter i annan del eller utfört arbetsuppgifter i administrativt syfte åt annan del innebär inte att arbetstagaren har ett anställningsförhållande med den delen. Däremot måste självklart hållas i åtanke att ett företag eller en del av ett företag kan vara arbetsgivare i direktivets mening trots att anställningsavtal inte finns med den aktuella arbetstagaren. Detta har presenterats ovan i förhållande till Albron Catering. Generaladvokatens förslag i Botzen-domen att anställda som arbetar i hela verksamheten eller i flera delar inte ska anses vara

anställa i den del som överförs blir svårtillämpat i fall där hela verksamheten delas upp och varje del hamnar hos olika förvärvare. Den föregående arbetsgivaren har i sådana fall ingen verksamhet kvar och om anställningen består innebär detta indirekt att uppsägning på grund av arbetsbrist väntar. Att arbeta inom flera delar av en verksamhet blir på så sätt riskabelt ur ett arbetstagarperspektiv eftersom denne då aldrig kan erhålla skydd enligt överlåtelsedirektivet.

Alternativ 3 föreslås gälla *både* när direktivbestämmelserna inte kan tolkas enligt alternativ 1 eller alternativ 2 *och* när omfattningen av arbetstagaransättning inte kan fastställas. Det är inte klart huruvida det innebär att man kan fastställa att arbetstagaren är anställd i de olika delarna bara det att *omfattningen* inte kan fastställas, eller om det innebär att man inte kan fastställa huruvida arbetstagaren är anställd i någon av delarna *överhuvudtaget*. Svårigheten att fastställa omfattningen borde enligt min mening inte kunna innebära att det är *omöjligt* att fastställa omfattningen. Kan det fastställas att en arbetstagarare är anställd måste det finnas grunder att avgöra omfattningen på. Jag har svårt att se att EU-domstolen skulle tillåta de nationella domstolarna att vid svårighet att fastställa omfattningen av anställningen i de olika delarna, bara låta anställningarna kvarstå hos överlåtaren. För det fall hela verksamheten överläts kan det medföra att överlåtaren måste säga upp kvarvarande arbetstagarare på grund av arbetsbrist. En tolkning av direktivet, som vilar på syftet att skydda arbetstagarare vid verksamhetsövergångar, kan enligt mig inte få en utgång i enlighet med alternativ 3. Domstolarna har enligt min mening en skyldighet att fastställa till vilken eller vilka delar arbetstagararna hör. För det fall att överlåtaren behåller en del av verksamheten, kvarstår självklart möjligheten för domstolen att komma till slutsatsen att arbetstagarare inte ska övergå till en förvärvare.

4.3.4 Slutsats

Så, vad gäller egentligen när det finns flera förvärvare och hur kommer EU-domstolens besked se ut? Först och främst vill jag åter poängtera svårigheten i att tillämpa unionsrätten på ett sätt som överensstämmer med domstolens avgöranden. Jag vill även upprepa att det inte finns något enhetligt EU-rättsligt arbetstagarbegrepp. EU-domstolen har trots detta kommenterat arbetstagarbegreppet i sin praxis, men *bör* svara på förhandsavgörandet utan att problematisera arbetstagarbegreppet. Problematiserandet av begreppet bör lämnas till den nationella domstolen i Belgien. Arbetstagardefinitionen kan kort sagt påverka vilka som omfattas av direktivet. Överlåtelsedirektivet ger inte heller något svar på frågan om till vilken förvärvare som rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsförhållande ska övergå.

Det som någorlunda säkert kan konstateras är att, när det konstaterats att det rör sig om en överlåtelse i direktivets mening och det finns flera förvärvare, kommer första steget vara att fastställa om arbetstagaren har ett anställningsförhållande och i så fall till vilken eller vilka verksamhetsdelar. Om sådan utredning visar att arbetstagaren endast har ett anställningsförhållande med en av delarna, ska rättigheter och skyldigheter hänförliga till detta anställningsförhållande övergå till den förvärvare som övertar denna verksamhetsdel, eller stanna hos överlåtaren för det fall denna del kvarblir.

Eftersom överlåtelsedirektivet inte klargör vad som gäller när det finns flera förvärvare, sökes svar i praxis. Genom Botzen-domen slog EU-domstolen fast att det som är avgörande för om arbetstagarskyddet enligt direktivet ska aktualiseras är var arbetstagarna utför sina arbetsuppgifter, även om en helhetsbedömning ska göras av samtliga omständigheter för att utröna till vilken del eller verksamhet som arbetstagaren har ett anställningsförhållande. Trots att Botzen-avgörandet är flera decennier gammalt har inte någon ny praxis kommit som berör just denna fråga. Utgången i detta mål blir därför extra intressant. Genom Albron Catering-målet konstaterades dock att en arbetstagare kan anses ha ett anställningsförhållande med en annan arbetsgivare och verksamhet än med den som personen formellt är anställd i. Av denna anledning kunde verksamheten med vilken det saknades formell anställning vara överlåtare i direktivets mening och rättigheter och skyldigheter på grund av anställningsförhållandet övergå från denna överlåtare till förvärvaren. EU-domstolen missade, eller undlät, dock att uttala vad som skulle ske med den formella anställning som fanns. Hade sådant uttalande funnits hade det varit lättare att svara på vilket alternativ i begäran om förhandsavgörandet som blir utgången i målet, även om EU-domstolen inte är bunden av några av dessa föreslagna alternativ i sin bedömning. Eftersom varken direktivets ordalydelse eller praxis ger svar på frågorna i förhandsavgörandet, är frågan var vägledning bör hämtas. Här bör vägledning hämtas från direktivets syfte att skydda arbetstagarna vid verksamhetsövergångar. Att EU-domstolen utgår från överlåtelsedirektivets syfte i sin bedömning framgår av åtskilliga rättsfall.

Angående alternativ 3, enligt vilket inga rättigheter eller skyldigheter skulle övergå på någon förvärvare, anser jag det endast möjligt att fastställa att rättigheter och skyldigheter inte övergår om domstolen kan fastställa att arbetstagaren inte är anställd i någon av delarna som övergår. Det måste då fastställas att arbetstagaren är anställd i en del av verksamheten som kvarblir hos överlåtaren. Att anställningen kvarstår ska alltså i min mening inte ske endast av anledningen att domstolen har svårigheter att fastställa omfattningen av

anställningen i de olika delarna. Anställningen ska kvarstå när domstolen *fastställt* att anställningen hör till en *icke överlåten del av verksamheten*, som alltså finns kvar hos överlåtaren.

För det fall att en arbetstagare utifrån utredningen har ett arbetstagarförhållande omfattande hela verksamheten och inte endast flera delar, eller har flera arbetstagarförhållanden med olika delar, kvarstår frågan om rättigheterna och skyldigheterna ska delas upp i förhållande till omfattningen av arbetet eller om de ska helt övergå till den del där arbetstagaren var huvudsakligen anställd. Samma frågeställning gäller om arbetstagaren har flera anställningsförhållanden. Eftersom det inte finns någon tidigare praxis får vägledning sökas i direktivets syfte att skydda arbetstagarnas rättigheter och skyldigheter vid verksamhetsövergång. Det ska dock råda jämvikt mellan arbetstagaren och förvärvarens intressen. Är det mer fördelaktigt att endast en arbetsgivare bär rättigheterna och skyldigheterna eller är det mer fördelaktigt att dessa är uppdelade mellan flera arbetsgivare? Vad som är fördelaktigt för arbetstagare i varje individuellt fall är omöjligt att säga. Generellt bör det dock vara mer fördelaktigt för en arbetstagare att en arbetsgivare ansvarar för samtliga rättigheter och skyldigheter, och att arbetstagarens tidigare samlade heltidstjänst inte delas upp i flera deltidstjänster. Om flera anställningar ska samexistera finns även risken att en anställning endast kvarstår som ett tomt skal. Ur förvärvarens perspektiv bör detta vara det mest lätthanterliga och därmed mest fördelaktiga, och kanske bäst ur förutsebarhetshänsyn.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Statens offentliga utredningar

SOU 1994:83 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar

Propositioner

Prop. 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1975/76:105 Lag om medbestämmande i arbetslivet, bilaga 1

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

Europeiska unionen

Europeiska kommissionen

Proposal for a directive of the council on harmonisation of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations, COM(74) 351 final, 29 May 1974, (Cit. Kommissionens förslag COM(74) 351)

Amended Proposal for a Council Directive on harmonization of the legislation on Member States on the safeguarding of employees' rights and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations, COM(75) 429 final, 25 July 1975, (Cit. Kommissionens förslag COM(75) 429)

Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, COM(94) 300 final, 8 September 1994, (Cit. Kommissionens förslag COM(94) 300)

Promemoria från kommissionen om arbetstagares förvärvade rättigheter vid överlåtelse av företag, KOM(97) 85 slutlig, 4 mars 1997, (Cit. Kommissionens förslag KOM(97) 85)

Förslag till Rådets direktiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamhet eller delar av företag eller verksamheter, KOM(2000) 259 slutlig, 2 maj 2000, (Cit. Kommissionens förslag KOM(2000) 259)

Strategi för Europeiska Unionens konkreta tillämpning av stadgan om de grundläggande rättigheterna, KOM(2010) 573 slutlig, 19 oktober 2010, (Cit. Kommissionens meddelande KOM(2010) 573)

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Arbetstagarbegreppet: om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt*, Norstedt, Stockholm, 1964 [Cit. Adlercreutz (1964)]

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

De Groof, Sarah, "The Scope of the Transfer of Undertaking Directive Further Enlarged through the Heineken-Case", *European Labour Law Journal* 1, 2010 [Cit. De Groof ELLJ (2010)]

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

Gundt, Nicola, "Case C-242/09 Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten, John Roest, Judgment of the Court (Third Chamber) of 21 October 2010, Not Yet Reported / Joined Cases C-307/09, C-308/09 and C-309/09, Vicoplus SC PUH (C-307/09), BAM Vermeer Contracting Sp. Zoo (C-308/09) and Olbek Industrial Services Sp. Zoo (C-309/09) v. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 February 2011", *18 Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011 [Cit. Gundt MJECL (2011)]

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

Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap", *Svensk Juristtidning*, 2004 [Cit. Jareborg SvJT (2004)]

Kellgren, Jan, "Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning", *Svensk Juristtidning*, 2002 [Cit. Kellgren SvJT (2002)]

Kleineman, Jan, "Rättsdogmatisk metod", *Ur Juridisk metodlära*, 4. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018 [Cit. Kleineman (2018)]

Kristiansen, Jens, "Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret: Om Højesterets dom i Ajos-sagen", *Ugeskrift for Retsvæsen, Den litterære Afdeling*, 2017 [Cit. Kristiansen UfR (2017)]

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, 4., [rev.] uppl., Iustus, Uppsala, 2016 [Cit. Källström & Malmberg (2016)]

Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget, Diss. Lund: Lunds universitet, 2004 [Cit. Mulder (2004)]

Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D., "Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case", *Europarättslig tidskrift*, no. 2, 2017 [Cit. Nielsen & Tvarnø ERT (2017)]

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Femte upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 [Cit. Nyström (2017a)]

Nyström, Birgitta, "Några aktuella arbetsrättsliga frågor i samband med övergång av verksamhet", Ur *Modern affärsrätt: en antologi*, Upplaga 1, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 [Cit. Nyström (2017b)]

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 [Cit. Peczenik (1995)]

Reichel, Jane, "EU-rättslig metod", Ur *Juridisk metodlära*, 4. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018 [Cit. Reichel (2018)]

Reichel, Jane, "Offentlighet eller dataskydd som ledande princip i EU:s integrerade förvaltning?", *Förvaltningsrättslig tidskrift* 3, 2018 [Cit. Reichel FT (2018)]

Rodhe, Knut, "Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse", *Juridisk Tidskrift*, Juristförlaget, Stockholm, 1996/97 [Cit. Rodhe JT (1996/97)]

Sandgren, Claes, "Är rättsdogmatiken dogmatisk?", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Köpenhamn, 2005 [Cit. Sandgren TfR (2005)]

Selberg, Niklas, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: en studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*, Diss. Lund: Lunds universitet, 2017 [Cit. Selberg (2017)]

Elektroniska källor

Dalekant, Per & Weihe, Anders via Karnov, Lag (1982:80) om anställningsskydd, kommentaren till 6 b §, hämtad 2019-03-13 från https://prokarnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/528306/1#SFS1982-0080_K0_P6B [Cit. Dalekant & Weihe, Karnov, 6 b § LAS]

Kristiansen, Jens, ”Rättighetsstadgan kan sätta gränser för förbättring av minimiregler i direktiv”, EU & arbetsrätt 3, 2013, hämtad 2019-05-03 från <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/13-03/01.asp> [Cit. Kristiansen EU & Arbetsrätt (2013)]

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund via Zeteo, Anställningsskydd, kommentaren till 1 § LAS, hämtad 2019-02-22 från https://zeteo-nj-se.ludwig.lub.lu.se/document/laskomm_las01_3?anchor=xa1x [Cit. Lunning & Toijer, Zeteo, 1 § LAS]

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund via Zeteo, Anställningsskydd, kommentaren till 6 b § LAS, hämtad 2019-02-22 från https://zeteo-nj-se.ludwig.lub.lu.se/document/laskomm_las04_6?anchor=xa7x [Cit. Lunning & Toijer, Zeteo, 6 b § LAS]

Smits, Dorothé, "The Albron case following the ECJ's ruling (NL)" European Employment Law Cases 4, 2011, hämtad 2019-04-08 från <https://heinonline-org.ludwig.lub.lu.se/HOL/Page?handle=hein.journals/eelc2011&id=176&collection=journals&index=journals/eelc> [Cit. Smits EELC (2011)]

Svenska Akademiens Ordböcker, ”fusion”, hämtad 2019-03-25 från <https://svenska.se/tre/?sok=fusion&pz=1> [Cit. Svenska Akademiens Ordböcker ”fusion”]

Öman, Sören, ”Blendow Lexnova Expertkommentar – Arbetsrätt”, 2011, hämtad 2019-03-27 från <https://www.sorenoman.se/blendow/augusti2017.pdf> [Cit. Öman Expertkommentar (2011)]

Övrigt

Eklund, Ronnie, Rättsutlåtande av Ronnie Eklund 2018-11-21, Ansökan om resning av arbetsdomstolens dom AD 2018 nr. 35, Bilaga 3, hämtad 2019-03-27 från <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/18-04/resningsansokan%20jite%20rattsutlåtande.pdf> [Cit. Eklund Rättsutlåtande (2018)]

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-6/64 Costa
C-153/83 Abels
C-186/83 Botzen m.fl.
C-105/84 Danmols Inventar
C-24/85 Spijkers
C-66/85 Lawrie-Blum
C-287/86 Ny Mølle Kro
C-324/86 Daddy's Dance Hall
C-101/87 Bork International
C-144/87 & C-145/87 Berg och Busschers
C-362/89 D'Urso
C-29/91 Redmond Stichting
C-132/91 Katsikas
C-209/91 Rask
C-382/92 Kommissionen mot Förenade konungariket Storbritanien och Nordirland
C-392/92 Schmidt
C-49/94 Rygaard
C-171/94 & C-172/94 Merckx och Neuhuys
C-319/94 Dethier Équipement
C-13/95 Süzen
C-127/96 C-229/96 & C-47/97 Hernández Vidal m.fl.
C-234/98 Allen
C-343/98 Collino
C-172/99 Liikenne
C-457/99 Ambulanz Glöckner
C-51/00 Temco
C-138/02 Collins
C-456/02 Trojani
C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier
C-456/02 Trojani
C-478/03 Celtec
C-499/04 Werhof
C-458/05 Jouni m.fl.
C-466/07 Klarenberg
C-242/09 Albron Catering
C-108/10 Scattolon
C-426/11 Alemo-Herron m.fl.

C-458/12 Amatori m.fl.
C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund
C-160/14 Ferreira da Silva e Brito m.fl.
C-441/14 Ajos
C-336/15 Unionen
C-416/16 Ricardo
C-472/16 Colino Sigüenza,
C-344/18 Begäran om förhandsavgörande framställd av Arbeidshof te Gent (Belgien) den 25 maj 2018 – ISS Facility Services NV mot Sonia Govaerts, Euroclean NV

EFTA-domstolen

E-02/95 Eidesund
E-02/96 Ulstein
E-03/96 Tor Angeir Ask m.fl.

Employment Appeal Tribunal, Storbritannien

London Borough of Hillingdon v Ms Anne Gormanley and Others:
UKEAT/0169/14/KN

Højesteret, Danmark

Dom den 6 december 2016 i mål 15/2014

Sverige

Arbetsdomstolen

AD 1978 nr. 89
AD 1981 nr. 18
AD 1981 nr. 58
AD 1984 nr. 98
AD 1984 nr. 141
AD 1994 nr. 130
AD 1995 nr. 84
AD 1995 nr. 163
AD 1997 nr. 81
AD 1998 nr. 121
AD 1999 nr. 10
AD 1999 nr. 21
AD 2005 nr. 33
AD 2008 nr. 46
AD 2008 nr. 51
AD 2008 nr. 61
AD 2008 nr. 64

AD 2009 nr. 55
AD 2014 nr. 91
AD 2015 nr 61
AD 2016 nr. 59
AD 2018 nr. 35

Högsta domstolen
NJA 1949 s. 768