Stockholms universitet

Entreprenadövergång

Anställningsskyddets gränser vid övergång av verksamhet

Annika Blekemo

Doktorsavhandling i rättsvetenskap med inriktning mot civilrätt vid Stockholms universitet 2024

Entreprenadövergång

Anställningsskyddets gränser vid övergång av verksamhet

Annika Blekemo

Akademisk avhandling för avläggande av juris doktorsexamen i rättsvetenskap med inriktning mot civilrätt vid Stockholms universitet som offentligen kommer att försvaras fredagen den 16 februari 2024 kl. 10.00 i hörsal 9, hus D, Universitetsvägen 10 D.

Abstract

Outsourcing. The limits of employment protection in the event of a transfer of an undertaking to a subcontractor

Can the concept of "economic entity" be the holy grail that sheds an explanatory light on the bridge provided by the protective purpose of the Council Directive on Transfers of Activities 01/23 (the Directive)? The balance between freedom of enterprise and employment protection? The bridge between industrial and service societies? This thesis argues that an economic entity consists of production factors that enable the continuation of the activity. The examination of whether there is a transfer of an undertaking within the Directive must therefore be based on whether these production factors have been transferred, together or integrated, and form an economic unit. How the economic unit interacts in practice with the criteria for identity for an undertaking is currently not entirely clear. This thesis seeks to demonstrate a possible balance that would provide greater predictability within the Directive's framework for transfers of undertakings in general, but particularly for subcontractors and particularly for service subcontractors. The form of management with respect to service subcontractors must be reassessed. Gone is the foreman of industrial society who directly supervised and controlled workers. In service subcontracts, various forms of self-management or digital management are common - workers often form independent and structured groups, without a direct supervisor. Here, the assessment of whether the staff can form an economic unit has to be done in a novel way, thus determining whether the staff has the right to be transferred in the event of a transfer of a sub contract.

Stockholm 2024
http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-224319

ISBN 978-91-8014-611-1
ISBN 978-91-8014-612-8

Juridiska institutionen

Stockholms universitet, 106 91 Stockholm

ENTREPRENADÖVERGÅNG

Annika Blekemo

Stockholms universitet

Entreprenadövergång

Anställningsskyddets gränser vid övergång av verksamhet

Annika Blekemo

©Annika Blekemo, Stockholms universitet 2024

ISBN tryckt 978-91-8014-611-1
ISBN PDF 978-91-8014-612-8

Tryckeri: Universitetsservice US-AB, Stockholm 2024

Till mina barn

Opponent:
jur.dr. professor (emeritus) Niklas Bruun,

Betygsnämnd:
fil. dr. universitetslektor Ann-Christine Hartzén,
jur. dr. docent Sabina Hellborg och
jur.dr. professor Bernard Johann Mulder
Ersättare - jur.dr. docent Erik Sinander

Entreprenadövergång
-
Anställningsskyddets gränser vid övergång av verksamhet

av

Annika Blekemo

Bedömning av Anna Rydstedt (1928–1994) ur ”Den knopp av verklighet” (1976)

Man ser inte genast skillnad
på småsten och gråsparvar
i den nysådda, svarta åkern.
Några flyger och sätter sig i nypontörnet
– de är gråsparvar.
Andra blir kvar och trippar i åkern
– de är också gråsparvar.
Andra återigen ligger stilla kvar i åkern
– de är troligen stenar.

Förord

–”Det är något som skaver beträffande entreprenader och övergång av verksamhet”, sa jag till Laura och Ronnie.
–”Det är inte logiskt. Varför skiljer sig anställningsskyddet i personalintensiv verksamhet beroende på om man är anställd i primärverksamheten eller om man göra samma sak som anställd i en entreprenad? Det är ju mest en tillfällighet om arbetstagaren tillhör egenregin eller arbetar i en verksamhet som lagts ut på entreprenad, och varför är anställningsskyddet olika för arbetstagarna som arbetar i hård och mjuk verksamhet? Det finns inte heller någon verklig förutsägbarhet för överlåtare och förvärvare vid ny upphandling. Detta kan inte vara ekonomiskt effektivt.”
–”Ja men skriv om det då, skriv om gränserna för skyddssyftet”, sa Laura.
–”Hmm”, sa Ronnie, ”ja, varför inte”.

Där och då svängde mitt avhandlingsarbete från en närmast rättssociologisk Sisyfos-ansats, att skildra en stor förändring när kommunal sektor byter utförandeform, till jakten på ”den heliga graal” – anställningsskyddets avgränsning mot näringsfriheten i överlåtelsedirektivet. Var går gränserna och varför? Hur klargörs detta i begreppen i Direktivet, såsom t.ex. identitet i verksamhet och ekonomisk enhet samt hur följs det upp i praxis?

För att kunna göra detta började jag pina Claes med den ena EU-rättsliga frågan efter den andra, till dess att han efter flera år gav upp och anslöt som tredje handledare. Genom att fokusera på skyddssyftets gränser fick allt en ny belysning och när de nya pusselbitarna kom fram började en annan, mer nyanserad men mycket mer spännande, bild att framträda. Fokus är därmed inte längre på vad som pågår i kommunerna, utan på vilka anställda som är skyddsvärda, och varför, i en entreprenad vid övergång av verksamhet.

Men kommunerna då, är den kommunala utvecklingen inte viktig? Jo, självklart men det får jag återkomma till. Just nu är jag likt Monty Python ”On a Quest”, jag måste hitta kärnan i vad som är skyddsvärt. Kommer jag att kunna klarlägga den fullständigt? Förmodligen lika lite som Monty Python hittade den heliga graal, men det är vägen dit som ger de nya kunskaperna, en hel del insikter, nya lösningsmodeller och många nya frågor. En mycket intressant resa på det hela taget!

Resan och att hitta dessa insikter hade inte varit möjligt utan hjälp från så många, vilket gör att detta förord blir långt.

Jag vill börja med att tacka mina handledare:

Min tidigare handledare **Ronnie Eklund** var den som fick mig intresserad av arbetsrätt och en vidare metodik än den strikt rättsdogmatiska. Ronnie gillar att se ett material från sidan och ifrågasätta vad det egentligen innebär. När Ronnie valda att träda tillbaka tog **Laura Carlson** upp manteln när jag efter många år ville fortsätta. Laura som outtröttligt har handlett en grupp doktorander som varje kvartal har träffats för att gå igenom en bit skriven text. Laura som alltid har tid och ger goda råd och som har en rent skrämmande arbetskapacitet och som i slutfasen trädde in som huvudhandledare. Jag är skyldig dig mycket!

Claes Granmar som modigt närmade sig en arbetsrättslig avhandling utan att vara ”arbetsrättare”, i ett försök att röja EU-rättsliga spår och se nästa steg i genomförandet: EU-rättens idé genomförd i de olika nationella rättsområdena, eller som Claes säger ”EU-rätten 2.0”. Tack för att du alltid har tagit dig tid och delat med dig av din stora kunskap när jag har stuckit in huvudet i ditt rum och misstroget undrat om det verkligen kan vara som jag tror.

Därutöver vill jag tacka **Kerstin Ahlberg** som ställde upp som opponent på halvtidsseminariet och gav mig över 3000 utmärkta kommentarer. Som så många före mig upptäckte jag att be Kerstin om hjälp innebär att du alltid får en guldgruva att ösa ur. Få har den välviljan, kunskapen och den noggrannheten. Tack för att du tar dig tid och du ska veta hur enormt uppskattad du är!

Niklas Selberg var opponent vid slutseminariet och tog oss alla med storm med sin vida utblick och ingående kunskap. Niklas gav nya perspektiv, fick mig att se andra möjligheter och ledde dessutom ett verkligt akademiskt samtal, där han bjöd in alla närvarande att deltaga. Jag mötte därmed 35 personer på slutseminariet som i stor välvilja ville förstå och utveckla en akademisk tankegång. Detta är akademin när den är som bäst, forskare och praktiker som samverkar för att hitta de bästa fungerande lösningarna.

Jag vill tacka deltagarna i Lauras doktorandgrupp där jag ingått: Carolina Saf, som har läst, kommenterat och även korrekturläst delar av det jag skrivit samt antecknade vid slutseminariet. Einar Prytz som alltid med sin vänlighet och stora undervisningserfarenhet gett mig nya arbetsrättsliga perspektiv på arbetstid och annat samt med stor

noggrannhet uppmärksammat mig på språklig inkonsekvens. Liksom Paul Lappalainen som med sin imponerande kunskap om diskrimineringsrätt och andra rättssystem liksom Chris Lau, alltid vidgar varje diskussion. Tack Elica, som anslutit på senare tid och bidragit med ännu en pusselbit i att förstå olika perspektiv av rätten.
Jag är tacksam för att få tillhöra så spännande och vitala arbetsrättsgrupper på SU, nationellt och internationellt, som analyserar samhällsutvecklingen och alltid har nya idéer. Antingen det är i lunchrummet, på arbetsrättsliga julbord, på seminarier som Kerstin Ahlberg har organiserat i seminarieserien ”EU och arbetsrätten”, i Erik Sjödin och Niklas Selbergs Zoom-seminarieserie, eller i nationella och internationella nätverk.

Jag är tacksam för så många bra kollegor som ofta tar sig tid till ett samtal, trots att de har mycket att göra. Tack till vår fantastiska vaktmästare Leif Johansson som alltid ser nya praktiska lösningar och är oljan i hela Juridicums maskineri. Stort tack till Christine Storr, institutionens IT-rättsliga guru, som i många år har tagit sig tid att hjälpa mig att upptäcka digitala möjligheter för referenshantering i Zotero och olika sökningar som på många sätt gjorde avhandlingen praktisk möjlig. Tack till Åsa Örnberg och Tom Madell som har delat med sig av sin stora kunskap om kommunalrätt och entreprenader samt Mattias Appelberg som delade med sig av sina insikter i skatterättens uppdelning utifrån verksamhetsgren, i stället för ekonomisk enhet. Tack till Christina Elissaiopoulou, Annelie Gunnerstad, Hevi Dawody Nylén, Emelie Kankaanpää Thell och Helene Fotiadis Forssjö för er aldrig sinande stora vänlighet och tålamod, vilket ibland är det som verkligen krävs för att orka hålla huvudet ovanför vattenytan.

Stort tack även till alla partsföreträdare och respondenter som ställt upp för diskussioner och intervjuer genom åren och många gånger gett mig material av avgörande betydelse. Särskilt tack till Bo Ericson då på LO-TCO Rättsskydd, Göran Söderlöf då på SKR och Jörgen Lundqvist, tidigare ombudsman på Fysioterapeuterna, för alla samtal och för alla gånger ni har svarat på mina frågor. Jag vill även tacka förhandlaren och medlaren Jan Norman för hjälp med korrekturläsning av ett kapitel och för alla diskussioner om förhandlingens inneboende kraft.

Tack till Sören Öman som kommenterade mitt utkast till slutseminariet, liksom Petra Herzfeld Olsson, som dessutom alltid vänligt har tagit sig tid med mina funderingar. Tack även för bra manuskommentarer från Erik Sjödin, Ankie Hartzén, Erik Sinander och Johan Schelin. Jag vill även tacka Marie Sandström som läste mitt metodavsnitt och gav mig många tips beträffande rättsdogmatik. Stort tack till Johann Bernard

Mulder som bl.a. gav mig initierade kommentarer om norsk rätt inom ett avhandlingsområde som vi båda delar. Både du och din avhandling har gett mig så många nya idéer genom åren.

I många år var jag aktiv i SULF. Alla åren i förbundsstyrelsen gav mig insikter och beundran för de professionella centrala ombudsmännens och de förtroendevaldas stora kunskap, rättrådighet och förmåga, en integritet som ibland är svår att upprätthålla lokalt. Jag vill särskilt tacka docent Marie-Louise Österling, som jag lärde känna genom SULF:s mångdisciplinära familj. Marie-Louise har generöst delat med sig av sin stora kunskap inom organisationspsykologi när jag började ifrågasätta den rättsliga verklighetsanpassningen beträffande arbetsorganisation. Marie-Louise har dessutom läst och givit ingående kommentarer om denna del i avhandlingen. Stort tack även till Git Claesson Pipping och Jan Gladh som utifrån sin stora fackliga erfarenhet har korrekturläst och kommenterat var sitt kapitel och till Camilla Brown, Robert Andersson, Kirsi Höglund och Micke Svedemar för alla arbetsrättsliga diskussioner. Det är ytterligare många som har ställt upp och hjälpt mig genom åren, men listan blir alltför lång – ni ska dock veta att jag har uppskattat er hjälp!

Till sist men inte minst: Jag är oerhört tacksam för det stöd jag har fått från vänner och familj och särskilt från min levnadspartner Piraten. Tack till alla underbara bonusbarn och bonusbarnbarn som visar att livet verkligen har ett egenvärde långt bortom undervisning och avhandlingar.

Jag är tacksam för att ha haft så underbara föräldrar, som alltid ställde upp, ni är saknade. Främst av allt är jag tacksam för mina barn; Cajsa och Calle, mina ögons ljus och mitt livs främsta glädje. De växte upp med att deras ständiga fråga: ”När ska vi skaffa hund?” alltid besvarades med:

”När jag är klar med avhandlingen.”

Så vad säger ni ungar, är det dags nu?

Kapitelförteckning

Förord v

Kapitelförteckning..... ix

Innehållsförteckning..... xi

English Summary: The limits of employment protection in the event of a transfer of an undertaking to a subcontractor xix

Förkortningar och begrepp..... xxvii

Kapitel 1: Inledande tankar om arbetstagarens skydd vid entreprenadövergång 1

DEL 1: EU-rätten - Utgångspunkter för reglering av övergång av verksamhet (kap. 2-4) 43

Kapitel 2: Utvecklingen av unionsrättens sociala dimension rörande övergång av verksamhet 45

Kapitel 3: Övergång av verksamhet och dess aktörer 83

Kapitel 4: Ekonomisk enhet 113

DEL 2: När blir det övergång av verksamhet och vad går över enligt EUD? (Kap. 5-12) 143

Kapitel 5: Övergång av verksamhet och Spijkers-kriterierna 145

Kapitel 6: Arten av företag eller verksamhet.....151

Kapitel 7: Har tillgångar överlåtits.....161

Kapitel 8: Fjärde kriteriet - Har förvärvare tagit över (större delen) av arbetsstyrkan?.....177

Kapitel 9: Kundkretsen, verksamhetsbegrepp och kontinuitetskravet.....195

Kapitel 10: Betydelsen av extern organisatorisk struktur 207

Kapitel 11: Betydelsen av intern organisation.....227

Kapitel 12: Vad blir speciellt vid bedömning av övergång av personal vid entreprenadfallen?.....263

DEL 3: Den svenska kontexten – Vad händer med anställningsskyddet för arbetstagare i entreprenad vid övergång? (Kap. 13-14).....297

Kapitel 13: Sverige – Övergång av verksamhet i ett kollektivavtalstungt system 301

Kapitel 14: AD:s behandling av entreprenad - identitet i verksamhet och ekonomisk enhet 327

Kapitel 15: Sammanfattning, analys och tankar.....353

Källförteckning.....391

Innehållsförteckning

Förord ..... *v*

Kapitelförteckning ..... *ix*

Innehållsförteckning ..... *xi*

English Summary: The limits of employment protection in the event of a transfer of an undertaking to a subcontractor ..... *xix*

Förkortningar och begrepp ..... *xxvii*

Kapitel 1: Inledande tankar om arbetstagarens skydd vid entreprenadövergång *1*

1.1 EU-rättens skyddssyfte vid övergång av verksamhet 2
1.1.1 Varför ger Direktivet ett skyddssyfte? 6

1.2 Svensk rätt angående övergång av verksamhet 8

1.3 Avhandlingens syfte - Att identifiera omfånget för Direktivets skyddssyfte och de effekter detta ger för entreprenader 12
1.3.1 Frågeställning 13
1.3.2 Avhandlingens nyhetsvärde 13

1.4 Avhandlingens metoder 18
1.4.1 Rättsdogmatisk metod 21
1.4.2 EU-rättslig metod 23
1.4.3 'Purposive Approach' till arbetsrätt 28

1.5 Avhandlingens avgränsning 31

1.6 Arbetsrätt på flera arenor 32
1.6.1 Ökad tydlighet via precisering 32
1.6.2 Reglering utanför EU av övergång av verksamhet i övrigt 33

1.7 Övergång av verksamhet i svensk och EU forskning 35

1.8 Disposition 38

DEL 1: EU-rätten - Utgångspunkter för reglering av övergång av verksamhet (kap. 2-4) *43*

Kapitel 2: Utvecklingen av unionsrättens sociala dimension rörande övergång av verksamhet *45*

2.1 EU-rättens utveckling och tillkomsten av Överlåtelsedirektiv 77/187/EEG – Ett steg mot tydligare sociala inslag på unionsnivå 46
2.1.1 EU:s rättsstruktur 46
2.1.2 Befogenhet, subsidiaritet och proportionalitet 48
2.1.3 Lojalitetsprincipen 49
2.1.4 Den EU-rättsliga utvecklingen som ledde fram till Direktivet 50

2.2 En starkare social EU plattform 53

2.3 Tolkning av EU-arbetsrätt i nationell tillämpning 57

2.3.1 Rättighetsstadgan och samstämmigheten 60
2.3.2 Ett förtydligande av Direktivets skyddssyfte beträffande sammanvägning av näringsfrihet och sociala hänsyn 61

2.4 Grunden för näringsfrihet 64
2.4.1 Arbetsledningsrätt kontra skyddsintresse 65
2.4.2 Applicable fundamental rights 66
2.4.3 Rätten att bedriva näring 67

2.5 Näringsfrihet som en yttersta gräns för EU:s skydd? 68
2.5.1 Medlemsstaternas möjlighet att värna egna intressen 68
2.5.2 Nationell rätt kontra de grundläggande friheterna 69
2.5.3 Nationell rätt kontra arbetstagarens skydd i EU-rätt 70
2.5.4 Vad händer om utvecklingen av nationell praxis starkt försvagar det nationella skyddet för arbetstagaren vid övergång av verksamhet? 70

2.6 Proportionalitet: Näringsfrihet kontra anställningsskydd 71
2.6.1 Acquis communautaire 73
2.6.2 Vissa villkor tolkas mer eller mindre snävt 74
2.6.3 Balansen mellan parternas intressen 75

2.7 Nationellt utökat skydd för arbetstagare kontra näringsfrihet 77

2.8 Vilka villkor skyddas när sociala hänsyn förenas med avtalsfrihet? 78
2.8.1 Statiskt skydd 79
2.8.2 Dynamiskt skydd 80

2.9 Flexibilitet kontra effektivitet 81

Kapitel 3: Övergång av verksamhet och dess aktörer 83

3.1 Lagenlig övergång 84

3.2 Kort om identitet i verksamhet som förutsättning för aktörerna 88

3.3 Tidpunkten för övergång 90

3.4 Aktörerna 90
3.4.1 Överlåtare 91
3.4.2 Förvärvare 91
3.4.3 Arbetstagare 92

3.5 Entreprenadens aktörer 98
3.5.1 Entreprenadens förutsättningar 98
3.5.2 Överlåtare, förvärvare och huvudman vid entreprenad 101

3.6 Arbetstagarens skydd vid en övergång 104

3.7 Partsbyte och uppsägningsförbud 106

3.8 Konkurs och insolvensförfaranden m.m. 109

Kapitel 4: Ekonomisk enhet 113

4.1 Begreppet ekonomisk enhet och dess innebörd 114
4.1.1 Inledande praxisutveckling om begreppet ekonomisk enhet 116
4.1.2 Ekonomisk enhet, ekonomisk verksamhet och aktivitet 120

4.2 Tillämpning och avsikt – identitet kontra övergång 122
4.2.1 Likhet före och efter övergång 124

4.2.2. Betydelsen av begreppet ”självständighet” i Art. 6 i Direktivet och dess förhållande till ekonomisk enhet 127
4.2.3 Den ekonomiska och sociala kommitténs kritik av Kommissionens förslag beträffande arbetsbaserad verksamhet 128
4.2.4 Sambandet av ömsesidigt beroende och komplementaritet som föreligger mellan produktionsfaktorerna – den holistiska synen 129

4.3 Ett vidare perspektiv på ekonomisk enhet 133
4.3.1 Måste den ekonomiska enheten vara samma hos överlåtare och hos förvärvare? 135
4.3.2 Kan tydliggörande av begreppet ekonomisk enhet ge större förutsägbarhet? 137

4.4 Sammanfattning och reflektion utifrån del 1, kapitel 2 - 4 139

DEL 2: När blir det övergång av verksamhet och vad går över enligt EUD? (Kap. 5-12) *143*

Kapitel 5: Övergång av verksamhet och Spijkers-kriterierna *145*

5.1 Bakgrunden till överlåtelsedirektivens materiella reglering 145

5.2 Ursprunget till de sju kriterier – Case 24/85 *Spijkers* 146

5.3 De sju kriterierna 150

Kapitel 6: Arten av företag eller verksamhet *151*

6.1 Myndighets entreprenadutläggning - *Redmond Stichting* 151

6.2 Utläggning av del av verksamhet - sidoverksamhet 157

Kapitel 7: Har tillgångar överlåtits *161*

7.1 Andra kriteriet: Har materiella tillgångar, t.ex. byggnader och lösöre, överlåtits eller inte? 161

7.2 Tredje kriteriet: Har immateriella tillgångar överlåtits och i så fall värdet därav? 171

Kapitel 8: Fjärde kriteriet - Har förvärvare tagit över (större delen) av arbetsstyrkan? *177*

8.1 Vilka arbetstagare kan ses som anställda och när görs avstämningen? 178
8.1.1 Kravet att vara anställd vid övergången 179
8.1.2 När ses övergångstillfället som inträffat? 180
8.1.3 Vilka arbetstagare omfattas av skyddet? 180

8.2 Vilken rättsverkan ges av att arbetstagaren av fri vilja säger upp sig innan övergången? 184

8.3 Viktning av personal utifrån verksamhet 187

8.4 Sammanvägning av skyddssyfte kontra näringsfrihet i Direktivet vid

personalkriteriet? 189
8.4.1.Majoritetsfallet 190
8.4.2 Organisationsfallet 192

8.5 Sammanfattning av kapitel 8 194

Kapitel 9: Kundkretsen, verksamhetsbegrepp och kontinuitetskravet 195

9.1 Femte kriteriet – Har kundkretsen tagits över? 195

9.2 Sjätte kriteriet – Verksamhetsbegreppet 197
9.2.1 Skillnaden mellan det första och det sjätte kriteriet 197
9.2.2 Sjätte kriteriet och begreppet ekonomisk enhet..... 198
9.2.3 Definitionen av begreppet ekonomisk enhet överlappar verksamhetskriteriet 199
9.2.4 Enskilda eller kollektiva rättigheter? 201
9.2.5 En sammanhållen verksamhet 202

9.3 Sjunde kriteriet – Har verksamheten legat nere och i så fall hur länge? 202

9.4 Sammanfattning 204

Kapitel 10: Betydelsen av extern organisatorisk struktur 207

10.1 Offentlig sektor 207
10.1.1 Offentlig sektor - Skiljer bedömningen av övertagande av personal i offentlig sektor mot i privat?..... 208
10.1.2 Utvidgning av skyddet 209
10.1.3 Offentlig organisationens betydelse för uttolkningen av skyddssyftet .. 215
10.1.4 Betydelsen av personalgruppens självständighet i personalkriteriet, både beträffande organisation och ekonomisk enhet. 216
10.1.5 En självständig ekonomisk enhet och sambandet med organisation 218

10.2 Kan övergång av verksamhet ske vid anställning i personalbolag? 220
10.2.1 Formell eller faktisk arbetsgivare 220
10.2.2 Begreppet överlåtare 221

10.3 Fackliga rättigheter 223

10.4 Sammanfattning 225

Kapitel 11: Betydelsen av intern organisation.....227

11.1 Intern organisation och interna rättigheter beträffande villkor 227
11.1.1 Ges övergång av villkor lika stort skydd som övergång av anställning? 228
11.1.2 Uppsägningsförbud 229
11.1.3 Anställningsvillkor i kollektivavtal 231
11.1.4 Kollektivavtal som beräkningsgrund..... 231
11.1.5 Hur ska kollektivavtalets villkor beaktas?..... 233
11.1.6 Statiska och dynamiska kollektivavtalsklausuler 235
11.1.7 Direktivets skyddsverkan för anställningsvillkoren varierar 236
11.1.8 Det faktiska skyddsintresset..... 238
11.1.9 Vilka anställningsvillkor i kollektivavtal övergår? 239

11.2 Vilka arbetstagare kan gå över vid övergång av del av verksamhet? 240
11.2.1 Hur inverkar organisationen på ekonomisk enhet vid personalintensiv verksamhet? 240
11.2.2 Kärnverksamhet eller stödverksamhet 241
11.2.3 Vilket skydd ges administratören? 243
11.2.4 Arbetstagarens placering – nationella effekter 244
11.2.5 Vilka arbetstagare kan gå över när verksamhet delas upp på flera förvärvare? 246

11.3 Bemanning som organisationsstruktur 248

11.4 Arbetsledningens betydelse för strukturell självständighet – industrisamhälle kontra tjänstesamhälle. 254
11.4.1 Arbetsledning inom tjänstesektor 256

11.5 Sammanfattning 259

Kapitel 12: Vad blir speciellt vid bedömning av övergång av personal vid entreprenadfallen? 263

12.1 Allmänt om de sju kriteriernas tillämpning i entreprenadfall 263

12.2 Finns det en skillnad i betraktande av övergång mellan entreprenörer eller utläggning av verksamhet för första gången? 267

12.3 Möjlighet till fortsatt drift ger organisationsförutsättning – a going concern 271

12.4 A service provision change/driftentreprenad 271

12.5 Begreppet arbetstagare vid entreprenad 272
12.5.1 Övergång från huvudman till entreprenad 273
12.5.2 Byte av entreprenör 274
12.5.3 Personalens ställning 276
12.5.4 Entreprenadens struktur vid utläggning från offentlig sektor 279
12.5.5 Är ett kollektiv av arbetstagare en ekonomisk enhet i en entreprenad? 280
12.5.6 Sammanvägning 283

12.6 Könsfördelning inom olika delar av svensk arbetsmarknad 284

12.7 Värdering av tillgångar kontra arbetskraft för entreprenad 288

12.8 Slutsatser från del 2 291

DEL 3: Den svenska kontexten – Vad händer med anställningsskyddet för arbetstagare i entreprenad vid övergång? (Kap. 13-14) 297

Kapitel 13: Sverige – Övergång av verksamhet i ett kollektivavtalstungt system 301

13.1 Den svenska historiken och förutsättningarna vid övergång av verksamhet i allmänhet och vid entreprenad i synnerhet 301
13.1.1 Historik beträffande svensk arbetsmarknads framväxt 302

13.1.2 Historik beträffande synen på vad som utgör verksamhet och när verksamhet anses ha övergått 304
13.1.3 Vad sågs som nationellt skyddsvärt? 305
13.1.4 Kollektivavtalens ställning vid övergång innan 1995 307
13.1.5 Vilket skydd gavs anställda i entreprenad innan 1995? 307

13.2 Övergång av verksamhet i svensk rätt utifrån EES och EU 310
13.2.1 EES-avtalets rättsverkan vid övergång 310
13.2.2 Rättsliga utmaningar vid anpassningen till EU-rätt och effekter av tidigare praxis 312

13.3 Det svenska genomförandet av Överlåtelsedirektiv 77/187 314
13.3.1 Att införa skyddssyfte från direktiv på en kollektivavtalsreglerad arbetsmarknad 317
13.3.2 Kollektivavtalens inverkan på anställningsvillkor 318

13.4 AD:s uttolkning av Direktivets anställningsskyddet 319
13.4.1 Rättsverkan av avtal om att övergång av verksamhet inte föreligger 320
13.4.2 Värdering av ekonomisk enhet när enbart personal tagits över och lokalen inte beaktas 322
13.4.3 Organisationens betydelse för grad av självständighet 324

Kapitel 14: AD:s behandling av entreprenad - identitet i verksamhet och ekonomisk enhet 327

14.1 Arbetsbrist vid entreprenadövergång 327
14.1.1 Prövning av arbetsbrist 330
14.1.2 Utökat anställningsskydd vid övergång? 331
14.1.3 Föreligger identitet i verksamhet? 332
14.1.4 Ekonomisk enhet i AD:s praxis – vad skyddas? 333

14.2 Ekonomisk enhet vid personalintensiva entreprenader 336

14.3 Preskriptionsfristens betydelse vid övergång av personaltung verksamhet 338

14.4 Något om den kommunala entreprenadens särart vid övergång av verksamhet i svensk rätt och de generella slutsatser som går att dra av detta 341
14.4.1 Förutsättningar för kommunala entreprenader 342
14.4.2 Övergång av verksamhet vid kommunala entreprenader 345
14.4.3 Företrädesrätt till återanställning 347

14.5 Sammanfattning del 3 349

Kapitel 15: Sammanfattning, analys och tankar 353

15.1 Hur långt går skyddet - EU-rättens grundläggande avvägning beträffande skydd för arbetstagare vid övergång och näringsfrihet 354
15.1.1. Skyddssyftet i Direktivet 354
15.1.2 Identitet i verksamhet 355
15.1.3 Vad är därmed det sammanfattande syftet med regleringen utifrån metoden Purposive Approach? 357

15.2 Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och svensk rätt och vilka effekter har det gett för entreprenadövergång? 358

15.3 Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet? 360

15.4 Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader? 363

15.5 Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor? 365

15.5.1 Hur skyddas kollektivavtalade villkor? 368
15.5.2 Hur ska Direktivets reglering utifrån metoden Purposive Approach klarläggas och uttolkas i sitt sammanhang? 371

15.6 Hur har Direktivets skyddssyfte genomförts i svensk rätt och uttolkats i AD beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet och vilka effekter har det gett för entreprenader? 372

15.6.1 Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning? 372
15.6.2 Kan Direktivet utifrån Purposive Approach ses som en strävan till effektivitet och att ge en demokratisk förankring? 373

15.7 Styrande parametrar 375

15.7.1 Behov av skydd vid övergång i industrisamhälle kontra tjänstesamhälle 375
15.7.2 Privat kontra offentlig 377
15.7.3 Inkluderande eller inte inkluderande nationellt genomförande 378
15.7.4 Regleringskällors för och nackdelar – räcker det med starka svenska parter som sluter kollektivavtal? 379
15.7.5 Statiskt kontra dynamisk rättstillämpning 380

15.8 Ekonomisk enhet – sökandet efter den heliga graal? 380

15.8.1 Förslag – Ekonomisk enhet 384
15.8.2 Förslag – Presumtion för strukturell självständighet i en personalgrupp – utifrån bransch, produktionsfaktorer och ekonomisk enhet 385
15.8.3 Förslag – Hur vi undviker otillbörlig preskriptionsbegränsning av anställningsskyddet 385
15.8.4 Förslag – Omfattningen av uppsägningsförbudet och nationell tolkning av arbetsbrist 386
15.8.5 Förslag – Industrisamhälle kontra tjänstesamhälle 387

15.9 En avslutande tanke om ekonomisk enhet och den heliga graal 388

Källförteckning *391*

Europeiska Union (EU) 391

Offentligt tryck 391
EU direktiv 391
EUD:s avgöranden 392
Övrig praxis från EUD 397

EFTA-domstolen 398
EU meddelande och förslag 399
EU rapporter 399

Nationell praxis 400
Danmark 400
Norge 400
Storbritannien 400
Sverige 400

Litteratur 403

Respondenter 409

Muntlig källa 409

English Summary: The limits of employment protection in the event of a transfer of an undertaking to a subcontractor

What happens with respect to factory personnel and their employment protections when a third-party buys the factory? These personnel are entitled, when the conditions are met, to transfer their employment from the former employer (transferor) to the new employer (transferee) under the regulations set out in 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 transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (Directive). What happens if the factory instead changes contractors for part of the business, are the employees of the contractors then entitled to the same right of transfer to the new contractor? The answer is: ”It depends.” The subject of this thesis is identifying what determines whether or not there is a transfer of an undertaking under the Directive in the situation of a change in contractor with respect to a part of the operations.

The Directive is a clarification of the employment protection that applies under Article 30 of the Charter of Fundamental Rights in the event of a transfer of activities. The Directive provides a protective purpose both for the freedom to conduct a business and for employment protection. These are weighed together, both in the basis given in the Directive, but also via the continuous legal development that takes place in the jurisprudence of the European Court of Justice (ECJ). The thesis has the objective of clarifying this balance in order to be able to determine the limits of employment protection in the transfer of sub-contracting under the Directive within EU law and then examine how this has an effect in Swedish law.

I The questions addressed in this thesis

The basic question of this thesis is thus: Which employees are deemed worthy of protection in a transfer of undertakings according to the Directive and the Swedish application of the regulations?

The objective of the thesis will be concretised through the following sub-questions:

1. How far does the protection of the employee's position in the event of a transfer of activity go in relation to the freedom to conduct a business when interpreting the purpose of the Directive and the judgments of the European Court of Justice regarding sub-contracting contracts?

2. How has the requirement of an economically separate entity been interpreted in EU law and what effects has this interpretation had?

3. How have the seven *Spijker's* criteria delineated what is to be seen as identity in activity in EU law and how do these interact with what constitutes an economic entity?

4. What differences exist between the transition for contracts with intensive machinery materials/intangible rights and labour-intensive contracts?

5. What are the Directive's protections for workers' employment conditions?

6. How has the protective objective of the Directive been implemented in Swedish law and interpreted in the AD regarding what constitutes an economic unit and what effects has it had on sub-contracting contracts?

II Current legal issues and circumstances

The legal issues and circumstances that need to be clarified are thus:

What is a labour law-compliant interpretation and what room for manoeuvring does it give to the Member States under the Directive when transferring contracts?

The following are the aspects taken up:

- Interpretation of concepts such as transfer of an undertaking, a legal transfer, employee, transferor and transferee.
- Delimitation of what can constitute an economic entity from an organisational point of view.
- Interpretation of the anchor criteria which, according to Case 24/85 *Spijkers*, are sufficient to demonstrate the identity of the activity and its interaction with the economic entity.
- The difference between material- and immaterial-intensive activities versus personnel-intensive activities, and the impact of organisational form. What are the legal differences and why?
- The effect of labour management requirements for a labour-intensive contract to be considered autonomous.
- The origins and interpretation of Swedish law on outsourcing transitions
- National interpretation of labour shortage in the context of outsourcing and whether the protective purpose is taken into account.
- The importance of the national prescription period
- The effect of the regulation on an industrial society versus a service society.

The review of the legal issues and circumstances results in an evaluation of whether the Swedish case law on transfer of undertakings is in all respects in conformity with Union law and what criticism can be levelled at Swedish and EU law, based on the Purposive Approach method regarding how the legal systems have succeeded in clarifying the purpose of the regulation. In other words, whether it is interpreted on the basis of its context and provides efficiency, predictability and a democratic basis that, among other things, counteracts a gender-segregated labour market or application?

III Labor law-compliant interpretation and scope of the Directive

A key issue addressed in this thesis is the tension created with a nationally labour law-compliant interpretation and what scope it gives to the Member States in the case of transfers of undertakings under the Directive regarding the interpretation of concepts such as legal transfer, employee, transferor and transferee. The Directive provides scope for the Member States to introduce stronger employment protection in certain areas, but this is always balanced against freedom of enterprise and the limits of other EU law regulations. According to the EUD, the concept of worker is defined nationally but may not exclude fixed-term or part-time employment. The concept of worker becomes a crucial component of the conceptual apparatus because only the person employed at the time of the transfer is protected under the Directive. However, if dismissal has occurred because of the transfer, the assessment may be different. There must be a lawful transfer, but the ECJ's application in this case has been very broad and it is therefore not required that there is a direct agreement between the parties. This has implications for sub-contracting, where the first contractor rarely has a contract with the next contractor. The case law of the ECJ shows that transfers of contracts under the Directive are also covered provided that there is an identity of activities and an economic entity that can be transferred.

IV Delimitation of what can organisationally constitute an economic entity

An economic entity is a concept that develops via the case law of the ECJ as a result of an increasingly extensive view of what is included in a legal transfer. The Court in *Rygaard* SEES a need to recognise that the economic activity continues, in parallel with what constitutes identity of activity. Some of the *Spijkers* criteria used to give identity of activity are initially very similar to some of those used to clarify economic unity. The concept of ”economic entity” will, in the first phase, evolve to distinguish a separable entity of the

transferor that is transferred to the transferee and in later practice a more holistic view becomes apparent where the business can be considered to have been transferred even if it is integrated into the transferee. However, the delineation of an economic entity will be viewed differently in different types of activities, and interacts with the anchor criteria. The conclusion today is that there is much to suggest that it is rather factors of production that must be transferred, i.e. that the transfer involves an opportunity to create the same, or similar, in the acquirer that has existed in a single economic unit in the transferor.

V Interpretation of the anchor criteria which, according to Case 24/85 Spijker, are sufficient to demonstrate the identity of the business and/or its interaction with the economic entity

Case 24/85 *Spijkers* sets out the seven *Spijkers* criteria:

1. The nature and direction of the activity
2. Whether equipment has been taken over.
3. The asset of any intellectual property rights that have been transferred.
4. Whether personnel have been transferred
5. Whether customers have been taken over
6. The degree of similarity between the businesses; and
7. Whether the business has been closed and, if so, for how long.

The criteria will be of different importance in different types of business. Some criteria provide a stronger basis than others for the employee's right to follow the business in the event of a transfer. For this reason, three criteria are termed ‘anchor’ criteria in this thesis: criteria 2-4, materials, intellectual property rights and personnel. The first two, transfer of materials and intangible assets, are characterised by the fact that they often provide both the identity of the business and the economic unit. The most controversial anchor criterion is personnel when it is not accompanied by any of the other anchor criteria. Should the transfer of staff, especially in a transfer of an organisation, be seen as a transfer in the sense of the Directive? Does it give identity to the organisation and can it be seen as an economic entity? The thesis emphasises that much more is required for the fourth criterion, personnel, to be considered sufficient, both for identity in operations and for constituting an economic entity, than for the other two anchor criteria.

In the case of personnel, the identity of the organisation requires that the majority of the personnel has been transferred, either quantitatively or qualitatively. The takeover can either take place immediately after the transfer or at a later date. If a worker who was employed by the transferor at the time of the transfer is later found to be employed by the transferee, but not directly as a

result of the transfer, this may still have an impact on employment protection. In some of these cases, the objective of protection can be extended by deeming a transfer to have taken place under the Directive.

This requirement is often counterproductive as there is often a dispute as to whether personnel have a right to transfer under the employment protection afforded by the purpose of the Directive. In order to determine this, it is examined whether the majority of personnel have transferred, i.e. there is a confusion of ends and means. To put it bluntly, if 51% have transferred, there is a right for all to transfer; if 49% have transferred, there is no right for the remaining 51% to transfer. For an economic entity to be considered to have been transferred, there is often a test of whether the business has a distinct and independent structure, often equated with the transfer of management. For many types of service contracts, it is unusual for the management to follow the activity.

VI The impact of management requirements for a labour-intensive contract to be considered independently

The majority of workers in service contracts are women. This means that employment protection adapted to an industrial society can still work for many men, who are more likely to work in contracts in situations involving highly tangible or intangible assets than women. But even for this category, sub-contracting is increasingly taking over. In industrial societies, it was natural to see the foreman on the assembly line as a crucial factor in the functioning of production. This is not so common in today's service society. In service contracts, it is often common today to have various types of self-managing groups or external labour management. There is therefore no labour management that can be taken over. Assessing whether there is an economic entity based on whether management has been transferred is therefore incorrect. A clearer definition of the economic unit and what can constitute factors of production will be an important factor in ensuring that a labour market of female-dominated service contracts can also have equal employment protection.

VII National interpretation of redundancy in the event of a change of contract and whether the purpose of protection is taken into account in national prescription rules

In Swedish law, sub-contracting was not been regarded as a legal transfer before Sweden joined the EU. This means that there is no national legal tradition to follow in this question. Nevertheless, the Labour Court (AD) uses pre-EU

case law to determine whether there is a legal shortage of work when a sub-contracting contract is terminated. Sub-contracting is equated with the transfer of the primary activity in terms of what must be present in terms of information, etc., which works poorly because the conditions of the activities are different. The European Court of Justice has clarified the need for each type of activity to be assessed on its own merits.

In Swedish law, a lack of work is therefore considered to exist when it is clear that a sub-contracting contract is about to expire, even if there is a long time to go before that happens. It is only if the transferor can see that there will be a transition or that there is a possibility of redeployment that this is not considered to be an objective reason for termination. The reasonableness of a termination will be assessed on the basis of the knowledge that the transferor had at the time of termination. This means that later information, such as the renewal of the transferor's contract, does not cancel the termination.

The statute of limitations for nullity actions normally starts two weeks after the employee has been dismissed. With a notice period of, for example, six months, the employee must have already claimed that the dismissal was invalid within two weeks in order for it not to be time-barred, even though the employee has just over five and a half months left to work before the notice period has expired. In practice, this means that in an uncertain legal situation, most people choose to look for a new job instead. In a labour-intensive business, such as a service contract, most people will therefore no longer remain in the business and will be able to transfer if an acquirer continues the business. Since the transfer of personnel is necessary to prove identity in the business, Swedish prescription rules will make it less likely that there will be a transfer in the business. This is not compatible with the Directive and hinders the employee's access to justice.

VIII The gender effect of the regulation on an industrial society versus a service society and proposals for measures

Swedish law and EU law can be criticised on the basis of the Purposive Approach method regarding how the legal systems have succeeded in clarifying the purpose of regulation. That is, whether it is interpreted in context and provides the effectiveness, predictability and democratic support that counteracts a gender-segregated labour market or application. Regulation in the EU and Sweden still largely remains in a system that supports employment protection for employees in industry but has not yet fully embraced the service society, particularly service contracts. The gender distribution is very uneven on the Swedish labour market, with men working in industry or contracts with heavy material or immaterial assets to a much greater extent than women, while the

opposite is true for service contracts. This means that the Directive has come to support significantly poorer employment protection for women than for men.

The thesis proposes several different measures to remedy this and to better adapt the Directive's balance between employment protection and freedom of enterprise. One of the solutions is a clearer definition of the economic unit and a clarification of what it contains in practice in a service contract. If it can be established that a personnel group is normally self-governing within a sector, there should be a presumption that an economic unit exists and is therefore transferable. This would mean that the transferor cannot legally dismiss the workers in the contract as long as the activity is intended to continue. The legal dismissals may instead take place at the acquirer after the transfer, in the same way as for primary activities and contracts that have heavy tangible or intangible anchor criteria. The thesis calls for a regulation that provides extended employment protection also to workers in a service society, both in terms of a clearer definition of the economic unit and the importance of autonomy in service contracts. It is also of great importance to recognise the practical significance of the national statute of limitations, the national significance of the dismissal prohibition effects in outsourcing and the negative gender effects that are currently reinforced by the Directive.

Förkortningar och begrepp

AD	Arbetsdomstolen.
Alternativ/atypisk anställning.	Alternativ till direkt anställning. Arbetstagare är t.ex. anställd av en entreprenör men utför arbete hos annan huvudman.
Ankarkriterium	Ett kriterium som ”förankrar” verksamheten och gör det troligare att identitet i verksamhet föreligger vilket ger personal rätt att gå över.
Com	Meddelande eller förslag från Kommissionen (kan även skrivas ”Kom” beroende på språkversion).
Direktivet	Ordet ”Direktivet” skrivet med stort ”D” syftar på Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12.3.2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamhet, EGT L 82/16, 22.3.2001, varigenom direktiv 77/187/EEG kodifieras) för att skilja det från andra direktiv. Ordet ”Direktivet” kan även användas vid beskrivning av hur tidigare praxis från EUD har påverkat rättsläget om detta består även efter Direktivets tillkomst.
Driftsentreprenad	En personalintensiv entreprenad som huvudsakligen bygger på att tillhandahålla en servicefunktion i huvudmannens verksamhet, kan även kallas tjänsteentreprenad.
EFTA	Europeiska frihandelssammanslutningen.
EFTA-domstolen	Europeiska frihandelssammanslutningens domstol.
EG	Europeiska gemenskapen.

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, även förkortat Europakonventionen.
Entreprenad	En speciell konstruktion där verksamhet läggs ut av en juridisk person, en huvudman, på en annan utförare, en entreprenör. Vid byte av entreprenör finns det normalt inget avtal mellan entreprenörerna. Entreprenader med kommunal eller regional huvudman kallas enligt kommunallagen för ”privata utförare”, se prop. 2013/14:118, men här är perspektivet på huvudmannaskapet och de kallas därför ”kommunala entreprenader”.
Entreprenadövergång	Ordet används i denna avhandling i sig neutralt utifrån att en organisatorisk förändring sker för arbetstagarna och oberoende av om övergången ger rättigheter enligt Direktivet eller inte.
Entreprenadövergång enligt Direktivet	Uttrycket entreprenadövergång enligt Direktivet används för att klargöra att entreprenadövergången omfattas av Direktivets skyddssyfte.
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsrådet.
EU	Europeiska unionen (EU används genomgående som beteckning oavsett tidpunkt med undantag för direkta citat).
EUD	Europeiska unionens domstol, förkortningen används även för perioden innan 2009. EUD:s domar om övergång av verksamhet har numrerats utifrån starttidpunkt. Den första domen som behandlar övergång av verksamhet kommer därför i fotnot och källförteckning att ha beteckningen ”(1) Mål C-19/83 *Knud Wendelboe m.fl. mot Masse de faillite L. J. Music ApS*, ECLI:EU:C:1985:54 (Mål C-19/83 *Wendelboe*).” Domar fram till 1988 betecknas som

	”Case” därefter som ”C”. Alla EUD-domar om övergång av verksamhet är numrerade, även de som inte används i avhandlingen.
EUT	Europeiska unionens officiella tidning.
FEU	Fördraget om Europeiska unionen.
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
Förvärvare	Begreppet används om den arbetsgivare som fortsätter en verksamhet, eller del av verksamhet, oavsett om det är en övergång enligt Direktivet eller inte.
Huvudman	Beträffande entreprenader är huvudman en beteckning på den som äger, företräder eller organisatoriskt sett ansvarar för en verksamhet. Det kan vara en fysisk eller en juridisk person. I praktiken kan det lika gärna vara ett företag, en förening eller en kommun.
Hård/mjuk verksamhet	Hård verksamhet är traditionellt beteckningen inom kommunala/regionala entreprenader på maskinellt tung verksamhet, såsom t.ex. gata/park-skötsel. Här arbetar ofta män. Mjuk verksamhet är i stället personalintensiv, ibland med tung utrustning men oftast inte, såsom vård, omsorg, städning. Här arbetar ofta kvinnor.
IR	Industrial Relations.
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd.
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.
Minimivillkor	”Minimivillkor” är i dag EU-rättsligt en allt mer ifrågasatt term eftersom det i stället handlar om en fullharmonisering eller icke fullharmonisering. Se eur-lex.europa.eu.

	Termen är dock vedertagen och kommer därför att användas i denna avhandling.
NPM	New public management, en samlingsbeteckning på marknadsinspirerade organisationsmodeller som används i offentlig sektor.
Outsourcing/insourcing	Företagsekonomiskt skiljer man på outsourcing och insourcing, eller contracting out – contracting in, beroende på om man lägger ut verksamhet att utföras utanför verksamheten eller om man tar in entreprenaden inom verksamheten.[1] För detta arbete blir det dock relevant att betrakta entreprenaden i en arbetsrättslig kontext. Här kan entreprenaden agera självständigt utifrån ett uppdrag från en huvudman, en s.k. driftentreprenad, som kan äga rum både inom och utanför verksamhetens lokaler. Arbetstagarna är anställda och kan arbetsledas av entreprenören, men det kan även finnas utrymme för viss arbetsledning från huvudmannen. Avhandlingen kommer huvudsakligen att behandla den situationen att huvudmannen lägger ut driften av hela eller delar av en viss verksamhet på en entreprenör.
Privata utförare	I offentlig sektor styrs verksamheten ofta av ett regelverk som klargör vad som kan bli föremål för huvudmannabyte och för entreprenad. Inom t.ex. kommunal verksamhet görs skillnad på s.k. obligatorisk och fakultativ verksamhet, där endast den fakultativa verksamheten kan bli föremål för huvudmannabyte, medan entreprenad kan förekomma inom både obligatorisk och fakultativ verksamhet, där begränsningarna i stället kan vara beträffande t.ex. myndighetsutövning.[2]

[1] Se t.ex., Edgren, Jan & Skärvad, Per-Hugo, *Nätverksorganisationer: outsourcing, partnerskap och nya organisationsformer*, Stockholm, Liberförlag, 2014.

[2] Se Prop. 2013/14:118.s. 1: "Begreppet kommunala entreprenader i kommunallagen ersätts med begreppet privat utförare. En privat utförare definieras som en juridisk person eller en

Produktionsverktyg-/ faktorer/resurser	Det innehåll i en ekonomisk enhet som ger produktionsförutsättningar för en ekonomiverksamhet att fortsätta efter en övergång.
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02.)
SKR	Sveriges Kommuner och Regioner (tidigare SKL, Sveriges Kommuner och Landsting).
Skyddssyfte	I denna avhandling används begreppet om den avvägning som sker mellan näringsfrihet och anställningsskydd i Direktivet och genom EUD:s praxis.
SOU	Statens offentliga utredningar.
Tjänsteentreprenad	En entreprenad som huvudsakligen bygger på att tillhandahålla olika personalbaserade servicetjänster, kallas även driftentreprenad.
Övergång/överlåtelse	I den svenska översättningen av Överlåtelsedirektiv 77/187 används i stället för begreppet övergång det snävare begreppet ”överlåtelse”. Begreppet övergång/ överlåtelse används dock i denna avhandling neutralt, d.v.s. både om sådana situationer som är att betrakta som överlåtelse rättsligt enligt Direktivet och sådana som inte är det. Överlåtelse enligt 6 b § LAS utlöser även flera andra regleringar, bl.a. 28 § MBL, vilket blir underförstått i en situation där det klargörs att 6 b § LAS är tillämplig.
Övergång enligt Direktivet	Begreppet används för att markera att det rättsligt föreligger en övergång enligt Rådets direktiv 01/23 (Direktivet) eller tidigare direktiv.

enskild individ som har hand om vården av en kommunal angelägenhet. Med en privat utförare avses inte kommunala företag. Bedömningen görs vidare att kommuner och landsting är huvudmän förkommunala angelägenheter som överlämnats till privata utförare. En uttrycklig skyldighet införs för kommuner och landsting att kontrollera och följa upp verksamhet som bedrivs av privata utförare. Fullmäktige ska vidare för varje mandatperiod anta ett program med övergripande mål och riktlinjer för kommunala angelägenheter som utförs av privata utförare.”

Överlåtelsedirektiv 77/187	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.
Överlåtelsedirektiv 98/50	Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.
Överlåtare	Begreppet används om den arbetsgivare som tidigare bedrivit en verksamhet eller del av verksamhet, oavsett om det är en övergång enligt Direktivet eller inte.

I övrigt kommer terminologin löpande att behandlas i avhandlingen.

Kapitel 1: Inledande tankar om arbetstagarens skydd vid entreprenadövergång

Inledning

Vad händer med personalen när någon köper fabriken? Om Direktivets (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 verksamhet)[1] förutsättningar är uppfyllda får personalen rätt att följa med till den nya arbetsgivaren (förvärvaren) från den gamla arbetsgivaren (överlåtaren). Vad händer om fabriken i stället byter entreprenad för en del av verksamheten, har personalen i entreprenaden rätt att följa med även då? Där blir svaret: "Det beror på." Vad som avgör huruvida det vid entreprenadbyten blir en entreprenadövergång enligt Direktivet, eller inte, är ämnet för denna avhandling.

Kapitel 1: Inledande tankar om arbetstagarens skydd vid entreprenadövergång
1.1 EU-rättens skyddssyfte vid övergång av verksamhet
1.1.1 Varför ger Direktivet ett skyddssyfte?
1.2 Svensk rätt angående övergång av verksamhet
1.3 Avhandlingens syfte - Att identifiera omfånget för Direktivets skyddssyfte och de effekter detta ger för entreprenader
1.3.1 Frågeställning
1.3.2 Avhandlingens nyhetsvärde
1.3.3 Näringsfrihet som grund i avhandlingen
1.4 Avhandlingens metoder
1.4.1 Rättsdogmatisk metod
1.4.2 EU-rättslig metod
1.4.3 Purposive Approach
1.5 Avhandlingens avgränsning
1.6 Arbetsrätt på flera arenor
1.6.1 Ökad tydlighet via precisering
1.6.2 Reglering utanför EU av övergång av verksamhet i övrigt
1.7 Övergång av verksamhet i svensk och EU forskning
1.8 Disposition

Första kapitlet avser att introducera och ge bakgrunden till avhandlingens rättsliga grundfråga om arbetstagarens anställningsskydd vid entreprenadövergång. Kapitlet redogör för avhandlingens syfte och

---

[1] 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 verksamhet, EGT L 82/16, 22.3.2001 (Direktivet), varigenom kodifieras 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 (Överlåtelsedirektivet 77/187) och Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (Överlåtelsedirektivet 98/50).

frågeställning för att kunna besvara grundfrågan, samt att klargöra metodvalen för avhandlingen och vad detta arbete ska kunna tillföra tidigare forskning.

1.1 EU-rättens skyddssyfte vid övergång av verksamhet

En av rättens uppgifter är att hitta en fungerande balanspunkt mellan motstående intressen utifrån varje samhälle och tids förutsättningar. När man i en rättslig union, som EU, skapar en överstatlig rätt som sätter nya balanspunkter uppstår det naturliga rättsliga implikationer i mötet med den nationella rätten. En av dessa implikationer är innebörden av EU-rättens skyddssyfte, avvägningen mellan näringsfrihet och anställningsskyddet,[2] vid övergång av verksamhet, och dess betydelse vid entreprenadbyte, i en medlemsstat inom ramen för EU-rätten och nationell rätt.

Utifrån arbetsrätten blir näringsfrihet[3] och skydd för de anställda ofta motsatspar, där näringsfriheten vinner mark får anställningsskyddet ge vika och tvärtom. I detta arbete kommer begreppet ”näringsfrihet” att användas i sin enklare innebörd såsom ”rätten att bedriva näring eller verksamhet” antingen för privata eller offentliga arbetsgivare och har därmed även ett samband med avtalsfrihet, etableringsrätt och effektivitet. Vid verksamhetsövergångar får detta en tydlig praktisk effekt – nämligen huruvida personalen får följa med över till förvärvaren eller inte.

Föreligger en stark näringsfrihet, ges förvärvaren av en verksamhet en rätt att välja huruvida, och i så fall vilka, arbetstagare ska erbjudas att gå över. Vid ett starkt anställningsskydd kommer i stället en rätt till automatisk övergång för berörda arbetstagare att uppstå. Skyddssyftet, den avvägning som 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 verksamhet, EGT L 82/16, 22.3.2001 (Direktivet), gör mellan näringsfrihet och anställningsskydd ger därmed en balansering av två olika intressen. Denna balanspunkt är inte konstant utan har genom Europeiska unionens domstol (EUD):s praxis och de olika versionerna av Direktivet utvecklats i vågor, ibland med betoning på anställningsskydd, ibland med betoning på näringsfrihet.

---

[2] I denna avhandling används begreppet “skyddssyfte” om den avvägning som sker mellan näringsfrihet och anställningsskydd i Direktivet, och genom EU-domstolens praxis. Skyddssyfte kan därmed föreligga både för anställningens bestånd, anställningsvillkor och för näringsfrihet.
[3] Se mer om detta i kap. 1.3.3, 1.4.2 och 2.5.

Det nationella genomförandet av Direktivet kan ske med bättre rätt för arbetstagarens anställningsskydd. I svensk rätt har detta skett genom att alla anställda omfattas, även sjömän och offentliganställda. Svensk rätt har även tydliggjort kravet att en uppsägning inte får ske p.g.a. övergången genom att överlåtaren får en bevisbörda för detta vid uppsägning.[4] I praktiken har denna bevisbörda blivit olika tung vid övergång av primärverksamhet och vid entreprenadövergång.[5]

Denna avhandling skildrar övergång av verksamhet från olika aspekter och klargör och granskar de begrepp som Direktivet och EUD använder för att motivera balanspunkten för anställda i entreprenader.

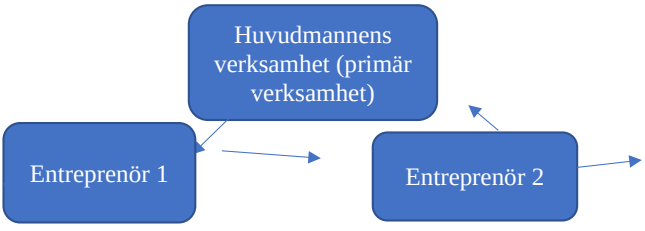
Avhandlingens grundfråga är därmed:

> *Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning?*

Det finns många olika typer av entreprenader. Gemensamt för dessa är att en entreprenad organisatoriskt är en egen juridisk konstruktion där verksamhet utövas av en annan juridisk person än huvudmannen.[6]

Huvudmannen för den primära verksamheten, kan lägga ut driften av hela verksamheten, eller vissa moment därav, på en entreprenör. Vid förnyad upphandling kan den första entreprenören ersättas av en annan entreprenör eller så kan verksamheten i stället återgå till huvudmannen.

Detta ger flera möjliga övergångar för den personal som arbetar i den berörda verksamheten.



[4] Prop.1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar, s. 43-44.
[5] Ordet "entreprenadövergång" används i denna avhandling neutralt utifrån att en organisatorisk förändring sker för arbetstagarna och oberoende av om övergången ger rättigheter enligt Direktivet eller inte. För att markera att det rättsligt föreligger en övergång enligt Direktivet används uttrycket "övergång enligt Direktivet". Även om direktivens namn innehåller ordet "överlåtelse" är det i dag brukligt att använda termen övergång även i lagtext och svenska översättningar av EUD:s domar. Se mer om detta i Mulder, Johann, *Anställningsförhållandet vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget i Lund, 2004, s. 51-59.
[6] Se mer om olika typer av entreprenader i kap. 12.

Den första övergången sker oftast från huvudmannens verksamhet, den primära verksamheten, när en funktion, t.ex. städning, läggs ut på entreprenad. Entreprenör 1, är ofta ett företag med flera verksamheter. Städningen kommer fortfarande att ske i huvudmannens lokaler och om det blir en övergång av verksamhet enligt Direktivet, blir det samma personer som utför arbetet men nu som anställda hos entreprenör 1. Vid förnyad upphandling kan en ny entreprenör komma in, Entreprenör 2. Personalen som utför städningen kommer då antingen att gå över till Entreprenör 2, om Direktivets förutsättningar är uppfyllda, eller kvarstanna hos Entreprenör 1, där det ofta blir arbetsbrist.

Får Direktivets skyddssyfte genomslag vid entreprenadutläggning och entreprenadbyten, i EU- rätten och vid svensk tillämpning, på samma sätt som vid övergång av primärverksamhet? Får de anställda hos huvudmannen rätt att gå över till entreprenör 1, enligt bilden ovan, när huvudmannens verksamhet läggs ut på entreprenad? Får de anställda i verksamheten hos entreprenör 1, vid förnyad upphandling, rätt att gå över till entreprenör 2? Svaren på dessa frågor är komplexa, eftersom många faktorer kommer in såsom betydelsen av organisation och värderingen av vad som avgör att det är samma verksamhet hos överlåtare och förvärvare.

Anledningen till att lägga ut en verksamhet på entreprenad är ofta att spara pengar.[7] Innebär detta att arbetstagarna i entreprenaden därmed inte har rätt till samma anställningsskydd som de som arbetar i den primära verksamheten hos huvudmannen eftersom Direktivets skydd inte ska förhindra ekonomiskt rationella förändringar? Generellt är svaret på den frågan nej, men vad den praktiska avvägningen för anställda i entreprenader blir är svårare att säga.

Skillnader mellan de materialtunga ”gamla typerna” av entreprenader, som starkt präglades av industrisamhällets behov av arbetskraft vid det löpande bandet och vid maskiner, och den nya typen av personaltunga entreprenad, som blivit vanlig i tjänstesamhället,[8] s.k.

---

[7] O´Leary, Síofra, *Employment Law at the European Court of Justice*, Hart Publishing, 2002, s. 252 ff.

[8] Idag arbetar nästan tre av fyra arbetsförda i Sverige inom tjänstesektor. Vi är därmed idag ett tjänstesamhälle i större utsträckning än ett industrisamhälle. Se Anders Johnson, *Tjänstesamhället*, Företagskällan, 2015, https://www.foretagskallan.se/foretagskallannyheter/lektionsmaterial/tjanstesamhallet/#:~:text=Sverige%20%C3%A4r%20ett%20tj%C3%A4nstesamh%C3%A4lle.,%C3%A4n%20halva%20arbetskraften%20inom%20tj%C3%A4nstesektorn (besökte 5 dec. 2023) Se även SCB, *Allt fler arbetsställen inom tjänstebranscher*, 2018, https://www.scb.se/hitta-statistik/artiklar/2018/allt-fler-arbetsstallen-inom-tjanstebranscher/ (besökte 5 dec. 2023) som klargör att utvecklingen har pågått sedan slutet av 1970-talet och sedan 2010 har antalet kommuner som domineras av innevånare anställda i tjänstesektorn gått om antalet industrikommuner.

tjänsteentreprenader[9], såsom städning, call-center, hemtjänst m.m. har ofta praktisk betydelse för om övergång enligt Direktivet föreligger eller inte. Bedömningen av materialtung- eller immaterialrättsligt tung verksamhet kontra personalintensiv verksamhet har till stora delar varit olika i EUD:s praxis. Det är mer vanligt att materialtung eller immaterialrättsligt tung verksamhet anses uppfylla kraven och ger arbetstagarna en rätt att övergå, än att personalintensiv verksamhet anses göra det. EUD:s praxis har dock svängt mycket i olika perioder. För anställda i entreprenader tillkommer även organisatoriska effekter som är speciella för entreprenader.[10]

Inom tjänsteentreprenad förekommer stora grupper lägre betalda arbetstagare, ofta kvinnor, på en hårt konkurrensutsatt marknad där entreprenörens vinstmarginal är liten. Här blir skyddssyftet vid entreprenadövergång oerhört viktigt för alla parter.[11] Det kan vara svårt för arbetstagarna att hitta ny anställning och det kan ekonomisk vara mycket belastande för arbetsgivare att betala lön under uppsägningstiden för arbetskraft som man inte behöver. Vilken förutsägbarhet föreligger för överlåtare, förvärvare och arbetstagare i dessa situationer?

De EU-rättsliga begrepp som kommer att vara styrande för Direktivets tillämpningsområde är främst *”identitet i verksamhet”* och *”ekonomisk enhet”*. Identitet i verksamhet mellan överlåtare och förvärvare bedöms ofta utifrån en sammanvägning av de sju kriterierna, från *Case 24/85 Spijkers*:

1. Arten och inriktningen på verksamheten.
2. Huruvida materiel har tagits över.
3. Värdet av eventuella immateriella rättigheter som har övergått.
4. Huruvida personal övergått.
5. Om kunderna tagits över.
6. Graden av likhet mellan verksamheterna.
7. Om verksamheten legat nere och i så fall hur länge.[12]

Delvis andra kriterier avgör om det är en ekonomisk enhet som har övergått. Direktivets skyddssyfte kommer därmed att beakta de anställdas rätt till skydd vid övergång av verksamhet samtidigt som en

---

[9] En entreprenad som huvudsakligen bygger på att tillhandahålla olika typer av personalbaserade servicetjänster, kan även kallas driftentreprenad.
[10] Se kapitel 12 och 14.
[11] McMullen, John, ‘Leaving a Legacy: Recent Jurisprudence of the European Court on Transfer of Undertakings’, 50(1) *Industrial Law Journal*, March 2021, s 130.
[12] (8) Case 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV och Alfred Benedik en Zon en BV*, ECLI:EU:C:1986:127 (Mål Case 24/85 *Spijkers*). I korthet.
Även om beteckningen “*Spijkers*-kriterier” eller som i denna avhandling “kriterierna” ofta används är de inte absoluta och alla kriterier måste inte vara uppfyllda. De är endast exempel på faktorer som kan få betydelse och som i praxis ofta har fått det. Se mer om detta i kap. 3 samt kapitel 5-11.

avvägning görs utifrån vad näringsfriheten ger för rättigheter till arbetsgivarna.

1.1.1 Varför ger Direktivet ett skyddssyfte?

Samhällsutveckling och lagstiftning interagerar ständigt, vilket inte minst EU-projektet är ett starkt bevis för. När samhället utvecklas och får behov av ny reglering svarar lagstiftaren ofta på behovet. Så var fallet i början av 1970-talet, när OPEC-ländernas oljekartell gav nya förutsättningar för energikrävande företag, vilket ledde till behov av ett nytt regelverk. När oljepriset steg radikalt på kort tid slogs många företag ut. I första skedet var det många små företag som blev olönsamma och ofta blev uppköpta av större företag. I vissa branscher slogs hela verksamhetens förutsättningar ut och det blev en s.k. strukturrationalisering när en nu olönsam bransch fick ge vika för en bransch med bättre marknadsförutsättningar.[13]

Denna samhällsutveckling satte fokus på reglering av övergång av verksamhet och frågan uppkom; ”Vad händer med de anställda när man köper fabriken?” Inom EU hade Frankrike och Tyskland ett regelverk som innebar att förvärvaren av en verksamhet även skulle ta över personalen. I flera övriga länder rådde motsatt reglering, vilket var fallet även i Sverige. Köpte man en fabrik i Sverige innan 1995 var det god sed att ta över de anställda, men om man redan hade anställt andra arbetstagare var det inget absolut krav.[14]

I denna rättsliga situation startade inom EU det arbete som kom att leda fram till det första direktivet om övergång 1977.[15] Tyskland och Frankrike krävde större konkurrensneutralitet eftersom det är dyrt att ta över anställda, särskilt om det innebär att man behöver säga upp delar av personalen. De ansåg att andra länder inom EU borde ha liknande villkor. I valet mellan att harmonisera till ett större eller mindre anställningsskydd valde EU, i tidens anda, att harmonisera till ett större.

Det första överlåtelsedirektivet; Överlåtelsedirektivet 77/187 genomfördes inom EU med syfte att ge anställda ett större skydd vid övergång av verksamhet. Det var ett av flera direktiv som tillkom under samma tid i syfte att skydda arbetstagarens ställning vid olika former av förändringar.[16] Dessa direktiv omfattar olika områden där näringsfriheten

---

[13] Se mer om detta i kap. 13.
[14] Se mer om detta i kap. 2.
[15] Överlåtelsedirektivet 77/187.
[16] Det ursprungliga lönegarantidirektivet: Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens. följdes av ändringsdirektivet: Europaparlamentets och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/74/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 80/987/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens samt Rådets direktiv 75/129/EEC om kollektiva uppsägningar (ersatt av Rådets direktiv 98/59/EG om kollektiva uppsägningar).

begränsas till fördel för arbetstagaren skydd. Näringsfriheten, avgränsad genom lag, är dock fortfarande grunden för unionssamarbetet och gränsen för arbetstagarens skydd, vilket beaktas i EUD:s uttolkning av vad som egentligen skyddas.[17]

EU visade genom Överlåtelsedirektivet 77/187 att det var viktigt att klargöra ett generellt skydd för anställda vid övergång av verksamhet. Tanken var att en företagsförsäljning normalt inte skulle innebära drastiskt negativa förändringar för de anställda. Arbetstagaren skulle följa med sin verksamhet och fortsätta på i huvudsak samma villkor som tidigare och dessutom gå över till förvärvaren med samma anställningsform som hos överlåtaren. Skyddet avsåg både form och innehåll och kom därmed att finnas i flera olika avseenden: för det första ett skydd för anställningen, d.v.s. rätten att följa med verksamheten om förutsättningarna är uppfyllda och för det andra ett skydd för villkoren i anställningen. Detta skydd gäller både de anställningsvillkor som är avtalade i anställningsavtalet och i kollektivavtalet, men i olika mån.

Arbetet med Överlåtelsedirektiv 77/187, som ursprungligen började utifrån ett konkurrensperspektiv, kom därmed att resultera i att den enskilda arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet fick ett skydd. Den ekonomiska utgångspunkten fortsätter dock att vara ett viktigt parallellt spår i EUD:s praxis. Det individuella skyddssyftet verkar på samma sätt utgå från en balans mellan anställningsskydd och näringsfrihet, men utan att någon närmare reflektion görs. Näringsfriheten ses även som en förutsättning för att något skydd ska kunna bibehållas inom delar av EU-rätten, utan tillräcklig näringsfrihet går både produktion och skatteintäkter ner.[18]

Överlåtelsedirektivet 77/187 gav tidigt tolkningsproblem inom EU-rätten bl.a. eftersom det är oklart vilka typer av verksamheter som ska omfattas. Kunde övergång av verksamhet anses föreligga om det inte finns ett avtalsrättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare, såsom är fallet vid ett entreprenadskifte? EUD fann att legal övergång kan föreligga även utan direkt avtalssamband, d.v.s. att även entreprenader kan omfattas.[19] I flera fall fick EUD uttolka regleringens innebörd och skapade många gånger regler som är annorlunda än tidigare nationell rätt i flera av medlemsstaterna.
De tre överlåtelsedirektiven kodifierar till stor del den vid tillfället för varje direktiv avgjorda EUD:s praxis på området.[20] Arbetstagarens

[17] Se kap.1.4.2 och kap. 2 för närmare diskussion och tydliggörande av hur begreppet näringsfrihet används i denna avhandling.
[18] Se mer om detta i kap. 2.
[19] Se mer om detta i kap. 3.1.
[20] Överlåtelsedirektivet 77/187, Överlåtelsedirektivet 98/50 och Direktivet. Direktiven bygger dock på varandra och innebär inte någon helt ny kurs. Beträffande övergångsbegreppet framgår

ställning kommer därmed att till stor del avgöras utifrån om detta är en övergång i det nu gällande Direktivets mening. Om något brister beträffande den rättsliga grunden, så att förändringen inte kommer att ses som en övergång i Direktivets mening, har Direktivet inget skydd att erbjuda. Det blir därmed intressant att granska de faktorer som ligger bakom huruvida en övergång dels anses utgöra en lagenlig övergång, dels om den uppfyller kriterierna för att i övrigt vara en övergång i Direktivets mening och kan betraktas som en ekonomisk enhet, både inom EU-rätten och nationellt. Det blir även relevant att klargöra hur detta överensstämmer med gränserna för Direktivets skyddssyfte utifrån Direktivets utformning och EUD:s praxis.

EUD:s praxis lägger fram till 1995 en stark betoning på anställningsskyddet och domstolen tar upp många övergångssituationer som inte självklart kan anses omfattas av ordalydelsen i Överlåtelsedirektivet 77/187. Under 1995 kommer en svängning till en något mer restriktiv tolkning där näringsfriheten betonas starkare. EUD:s praxisutveckling har sedan dess haft flera olika svängningar, både mot ökat anställningsskydd och ett betonande av arbetsgivarens avtalsfrihet. Praxisutvecklingen är därmed intressant, om än inte alltid självklar.[21]

För aktörerna på arbetsmarknaden står flera intressen mot varandra, där arbetstagaren har ett intresse av säkrad anställning och anställningsvillkor och där det är förutsägbart och tydligt vad som gäller. Överlåtaren och förvärvaren kan i vissa lägen ha motsatta intressen men befinner sig ofta som entreprenörer i en situation där de omväxlande kommer att agera som överlåtare och som förvärvare. Här finns en generell strävan efter ekonomisk effektivitet men även efter förutsägbarhet för aktörerna. Den stora mängden praxis ger dock indikationer om att EUD och nationell domstol inte alltid klarar att uppfylla detta.

1.2 Svensk rätt angående övergång av verksamhet

Sverige som EU-medlem har skyldighet att harmonisera sitt regelverk och sin rättstillämpning med de vid varje tidpunkt gällande och genomförda EU-rättsliga direktiv, inkluderande övergång av verksamhet, samt att följa och samagera med EUD:s domar.[22] EU:s primärrätt, inbegripet

det uttryckligen att klargörandet inte ändrar det ursprungliga direktivets räckvidd. Äldre praxis från EUD får därmed fortfarande betydelse.

[21] För en närmare analys, se generellt Rainone, Silvia, *The Role of the Court of Justice in EU Labour Law – A Case Study on the Transfer of Undertakings Directive*, Thesis, Tilburg University, KU Leuven, 2022, i Hendrickx, Frank (General Editor) och Blanpain, Roger (Founding Editor) *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Wolters Kluwer, 2023.

[22] Se SOU 1994:83. Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar. EU och den svenska arbetsrätten. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté och Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

Rättighetsstadgan,[23] ska alltid beaktas i svensk rätt inom unionsrättens domän ex officio, d.v.s. oavsett skrivningar i svensk lag eller annan författning, där den är tillräckligt klar och tydlig. Ett inhemskt ”rättspositivistiskt” förhållningssätt är därmed inte gångbart i en EU-medlemsstat.[24] Art. 16 i Rättighetsstadgan klargör att näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning[25] och praxis.[26] Art. 30 i Rättighetsstadgan ger nationell rätt att via lag eller praxis ha egna regler för att förhindra oriktiga uppsägningar, men inte en rätt att avvika från skyddssyftet i EU-rätten. Nationell rätt måste använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det EU-rättsliga skyddsvärdet.

EU är i dag (2024 och efter Brexit) en union av 27 medlemsländer med stora skiftningar i arbetsrättslig reglering. Samtidigt har nationell rätt sina egna utgångspunkter i den nationella arbetsrätten och dess konsekvenser. Direktivet kräver inte total rättslig harmonisering. Vilka rättsliga följder som felaktig uppsägning ger är till stora delar lämnat till den enskilda medlemsstaten.[27]

Den svenska arbetsrätten bygger på kollektivavtal och starka organisationer som företräder båda sidors intressen. Arbetstagarskyddet skapas via lagstiftning men framför allt via arbetstagarorganisationer som företräder och bevakar skyddsintressen både i kollektivavtal och i förhandling. I Sverige finns en facklig organisationsgrad på ca 69%,[28] vilket är en stor skillnad gentemot många EU-länder som har betydligt lägre organisationsgrader. Kollektivavtalstäckningen i Sverige är ungefär 85% i privat sektor[29] och på hela arbetsmarknaden totalt ca. 88%.[30] En annan skillnad är att i flera andra unionsländer är det vanligt med konkurrens om samma medlemmar mellan organisationerna, vilket endast förekommer i begränsad utsträckning i Sverige.[31] Organisationsgraden speglar de fackliga parternas legitimitet och ställning på den nationella arbetsmarknaden.

---

[23] Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).
[24] Granmar, Claes, ‘EU-stadgan, direktivet och nationell rätt’, JT, 2018, s. 854.
[25] Se Regeringsformen 2:17 och 10:6 samt lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. För en utökad jämförelse av regleringskällor, se även. Åman, Karin, ‘2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter — en jämförelse’, SvJT 100 år (festskrift), 2016, s. 460.
[26] Se även uttolkningen i Mål C-201/15 *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, ECLI:EU:C:2016:972 (Mål C-201/15 *AGET Iraklis*).
[27] McMullen, 2021, s.132.
[28] Kjellberg, Anders, *Den svenska modellen i en föränderlig värld*, Arena idé, 2022, s.17 och 22.
[29] Kjellberg, 2022 Kollektivavtalstäckning i offentlig sektor får ses som betydligt större eftersom det är mycket ovanligt att stat, kommun eller region bedriver verksamhet som inte direkt täcks av kollektivavtal, se s.14, 17 ff. och 27 ff..
[30] Medlingsinstitutet, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2022*, Medlingsinstitutet, 2023, s. 149.
[31] Kjellberg, 2022 s.14.

Den svenska modellen utgår från ”rena kollektivavtal” i så måtto att de binder avtalsparter och kan ha en normerande eller utfyllande effekt i övrigt. I flera EU-länder används i stället en allmängiltigförklaring av kollektivavtal, där normalt det största avtalet i branschen nationellt upphöjs till förordning och gäller för alla som arbetar inom branschen.[32] Behovet av en stark organisation blir därmed större i den svenska modellen som får sin styrka genom sin höga representativitet. Detta innebär att rätten till facklig representation vid övergång av verksamhet kan få stor betydelse för anställningsskyddet.

Svensk rätt ger ett anställningsskydd för arbetstagaren. Det måste föreligga sakliga skäl för att säga upp en anställning enligt 7 § Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS)[33]. Övergången sker automatiskt om förutsättningarna i Direktivet är uppfyllda.[34] Tolkningen av vad som utgör sakliga skäl går tillbaka på tidigare arbetsrättslig reglering som har sin grund långt innan Sveriges EU-inträde. Det kan därmed föreligga problem i vissa delar beträffande att harmonisera uttolkningen av nationell rätt med EU-rättens syften.

Genomförandet av Överlåtelsedirektiv 77/187 i Sverige medförde en vidgning av vad som kunde inkluderas i lagenlig övergång. Enligt lagrådsremissen skulle de nya reglerna gälla ”vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan”.[35] Lagrådet invände att det inte var lämpligt att använda ordet ”överlåtelse” när man också ska fånga in situationer där det inte finns något rättsligt samband mellan den gamla och den nya arbetsgivaren. Begreppet överlåtelse betecknade enligt Lagrådet just överföringar där det fanns ett rättsligt samband mellan parterna och används också i lagstiftningssammanhang med den innebörden, t.ex. i fråga om köp och gåva. Lagrådet föreslog därför att termen överlåtelse skulle ersättas med ”övergång”, vilket enligt Lagrådet också stämde bättre överens med språkbruket i direktivet (engelska ”transfer”; tyska ”übergang”), vilket infördes i propositionen.[36]

Från 1995 blev övergång av verksamhet reglerad i svensk rätt när Sverige blev medlem i EU. Anställningsavtalen ska automatiskt övergå från överlåtare till förvärvare när det föreligger identitet i verksamhet och det finns en ekonomisk enhet. Även entreprenader kom att omfattas i och med att EU-rätten betraktar entreprenadutläggning eller entreprenadbyte som möjlig lagenlig övergång av verksamhet, vilket inte hade

[32] Se Bruun, Niklas, & Ahlberg, Kerstin, ‘Kollektivavtal i EU – Om allmängiltiga avtal och social dumping’, Arbetsmarknad & Arbetsliv, 1996 generellt.
[33] Se Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden beträffande de förändringar som skedde 2022.
[34] 6 b § LAS.
[35] Se Prop.1994/95:102 s. 41, 80 och 129.
[36] Se a.s.

varit fallet i Sverige tidigare. Direktivet är ett minimidirektiv[37] och ger möjlighet för medlemsstaterna att genomföra Direktivets reglering med bättre rätt beträffande anställdas skydd, vilket Sverige har valt att göra beträffande anställda i allmän tjänst och på sjögående fartyg.[38] Detta får betydelse eftersom många entreprenader i dag återfinns även inom offentlig anställning.

Logiken för bedömning av huruvida det förelåg en övergång ändrades därmed radikalt i Sverige 1995. Efter att först ha gjort en bedömning av om det föreligger en lagenlig övergång av verksamhet, viktar EU-rätten samman huruvida verksamheten före och efter övertagandet är att se som densamma, om det föreligger identitet i verksamhet, samt om en ekonomisk enhet övergår. Att gå från ett inarbetat nationellt rättsläge med kända parametrar till en överstatlig rätt med andra avvägningar kan ge vissa anpassningsproblem. Både privat-, kommunal/regional- och statlig sektor har i dag mycket verksamhet utlagd på entreprenad.[39] Huruvida anställda i olika typer av entreprenad har en rätt att övergå vid ny upphandling, och på vilka villkor, är en fråga som praktiskt är mycket viktig. Många berörs, både anställda och företag. För samhället står stora ekonomiska intressen på spel, omfattas inte de anställda av Direktivet riskerar man en ökad arbetslöshet, men omfattas de får det effekter för ny upphandling.

Den svenska regleringen av övergång av verksamhet ger i många avseenden ett tydligt skydd för anställda i primärverksamhet men skyddet är inte på samma sätt anpassat till de arbetsrättsliga förhållanden som råder vid entreprenad. Vid primärverksamhet förbjuder svensk rätt uppsägning som enbart beror på övergången, vilket inte görs på samma tydliga vis för entreprenad. I dag tillåts uppsägning p.g.a. arbetsbrist inför att ett entreprenadkontrakt ska löpa ut, såvida det inte är uppenbart att verksamhetens karaktär kommer att göra att det ses som en övergång

---

[37] I dag är begreppet minimivillkor allt mer ifrågasatt eftersom det i stället handlar om en fullharmonisering eller icke fullharmonisering, ett minimiskydd för det sociala intresset eller minimibegränsning av näringsfrihet. Se eur-lex.europa.eu. Se även C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, Begäran om förhandsavgörande från Haparanda tingsrätt ECLI:EU:C:2013:105 (Mål C- 617/10 *Åkerberg Fransson*). p. 21 där EUD förklarar att det ej finns reglering inom EU rätten där inte rättighetsstadgans proportionalitetsavvägningar gäller i stället för gamla nationella principer.

[38] 6 b § Lag (1982:80) om anställningsskydd.

[39] 2021 köptes ca 15 procent av Sveriges kommuners sammanräknade huvudverksamhet in från privata företag, föreningar och stiftelser.
Se Anton Bichler, *Så mycket handlar länets kommuner av näringslivet* (12 jan. 2021) https://www.svensktnaringsliv.se/regioner/jonkoping/ny-granskningsa-mycket-handlar-lanetskommuneravnaringslivet_1164304.html (besökte 5 dec. 2023). Den svenska byggmarknaden omsätter cirka 800 miljarder kronor, varav anläggningsmarknaden omsätter cirka 175 miljarder kronor. Trafikverket köpte 2021 entreprenadarbete för cirka 57 miljarder, vilket utgjorde cirka 30 procent av anläggningsmarknadens omsättning. Se Trafikverket, *Svenska bygg- och anläggningsmarknaden*, 2023,
https://bransch.trafikverket.se/for-dig-i-branschen/upphandling/leverantorsmarknadsanalys/svenska-bygg--och-anlaggningsmarknaden/ (besökte 5 dec. 2023).

av verksamhet. Detta avgörs ofta utifrån om man ser en ekonomisk enhet i överlåtarens verksamhet som kan gå över. Vid tjänsteentreprenad är det sällan uppenbart att verksamhetens karaktär gör att det ses som övergång av verksamhet eftersom svensk rätt ofta tolkar ekonomisk enhet utifrån om arbetsledning går över. Det nationella anställningsskydd som ges vid entreprenad, och framför allt vid tjänsteentreprenad, blir därmed annorlunda än vid övergång av primärverksamhet. Är detta förenligt med Direktivets skyddssyfte?

1.3 Avhandlingens syfte - Att identifiera omfånget för Direktivets skyddssyfte och de effekter detta ger för entreprenader

Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning?

Avhandlingens syfte är att identifiera och analysera omfattningen av EU-rättens skyddssyfte beträffande övergång av verksamhet gällande entreprenader. Detta görs dels genom att försöka tydliggöra i vilka avseenden ett anställningsskydd finns vid övergång i avvägning mot näringsfriheten. Dels genom att klargöra vilket innehåll anställningsskyddet har i EU-rätten vid entreprenadövergång och dels genom vilket utrymme detta lämnar åt nationell rätt att reglera annat.

Avhandlingen behandlar vad som EU-rättsligt utgör lagenlig övergång, vad som ger identitet i verksamhet enligt de sju kriterierna samt vad som anses avgränsa ekonomisk enhet. Dessutom avser avhandlingen att visa på de skillnader som föreligger mellan entreprenader med materiellt/immateriellt tunga rättigheter kontra personalintensiva entreprenader både i privat och offentlig verksamhet. Den avser även att visa på några effekter i genomförandet av Direktivet i den svenska rättsutvecklingen beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet och vilket anställningsskydd detta ger vid en entreprenadövergång. Hur arbetet är organiserat samverkar med huruvida tjänsteentreprenad kan ses som tillräckligt självständig för att kunna utgöra en ekonomisk enhet. Arbetsorganisationen i tjänsteentreprenader sker i dag ofta utan arbetsledare, och avhandlingen vill därför klarlägga vad detta kan få för rättslig betydelse. Svenska preskriptionsfrister vid uppsägning inför övergång av en tjänsteentreprenad räknas ofta från uppsägningstillfället. Avhandlingen avser att klarlägga huruvida detta är förenligt med Direktivets syfte.

1.3.1 Frågeställning

Avhandlingens syfte kommer att konkretiseras genom följande frågor:

Hur långt går skyddet för arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet i förhållande till näringsfriheten vid tolkning av Direktivets syfte och EUD:s domar beträffande entreprenader?

Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och vilka effekter har det gett?

Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?

Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?

Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?

Hur har Direktivets skyddssyfte genomförts i svensk rätt och uttolkats i AD beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet och vilka effekter har det gett för entreprenader?

1.3.2 Avhandlingens nyhetsvärde

Avhandlingen avser att i ett första steg generellt bringa en större klarhet inom området övergång av verksamhet och entreprenadövergång utifrån EUD:s rikliga praxis och i ett andra steg ställa detta mot nationellt genomförande och AD:s tillämpning. Mer specifikt kan följande punkter ses som särskilt viktiga:

1 Ekonomisk enhet

En genomgång av begreppet ekonomisk enhet görs vilket leder till att begreppet dels kan ses i sin rättsliga utveckling, dels kan avgränsas på ett sätt som är förenligt med EUD:s domar från senare år. Här skildras en rättslig utveckling från att ha likställt ekonomisk enhet med ekonomisk verksamhet (verksamhetsbegreppet i det sjätte kriteriet i *Case 24/85 Spijkers*) och med going concern (en verksamhet som har förutsättning att fortsätta sin verksamhet efter övergång), till att man i dag kan uttolka begreppet till att i stället undersöka om produktionsfaktorer har övergått som möjliggör fortsatt verksamhet.

Detta oavsett om produktionsfaktorerna är integrerade i verksamheten eller bildar en avgränsad ekonomisk enhet.[40] Att i enlighet med EUD:s praxisutveckling se den ekonomiska enheten som en övergång av avgörande produktionsfaktorer möjliggör en större tydlighet gällande gränserna för Direktivets skyddssyfte.

2 Arbetsorganisation och strukturell självständighet i en personalgrupp

En kort genomgång görs av forskningsläget i organisationsteori beträffande arbetsorganisation och arbetsledning. Detta relateras till vad som utgör ekonomisk enhet vid övergång av personalintensiv verksamhet inom tjänstesektorn, s.k. tjänsteentreprenad. Tjänstesektorn är i dag sällan arbetsledd på det sätt som tidigare förekom i en mer Tayloristiskt[41] arbetsledd industrisektor, med en förman som övervakade utförandet vid löpande bandet. När förutsättningen för övergång av en ekonomisk enhet är att enheten är strukturellt självständig, en självständighet som EUD något förenklat likställer med att den ska vara arbetsledd, kommer det i dag sällan finnas någon ”förman” att ta över. Arbetsledningen sker i dag ofta indirekt, genom målstyrning eller förtroendebaserad arbetsledning. Samhällsutvecklingen beträffande arbetsledningen måste här beaktas av domstolen, och man kan diskutera vad som borde utgöra en presumtion beträffande arbetsledning och strukturell självständighet utifrån vad som är norm.[42]

3 Hur undviker vi otillbörlig preskriptionsbegränsning av anställningsskyddet

I Art. 30 i Rättighetsstadgan ges skydd mot uppsägning utan sakliga skäl på det sättet att ”Varje arbetstagare har rätt till skydd mot uppsägning utan saklig grund, i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.”[43] Detta skydd preciseras i Direktivet. Den nationella tolkningen måste alltid beakta det EU-rättsliga skyddet för anställning som ges i Direktivet och EUD:s praxis. Medlemsstaterna är även skyldiga att använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det skydd som EU-rätten ger. I denna avhandling förs en diskussion om gränserna för anställningsskydd inom EU-rätten och i vilken mån svensk rättspraxis har beaktat skyddet beträffande entreprenader, dels i sak, dels i form.[44] Diskussionen kommer att beröra bl.a. effekten av att tillämpa äldre nationell praxis beträffande anställningsskydd på situationer som omfattas av Direktivet. Är det korrekt att använda praxis från innan EU-inträdet 1995, när entreprenadövergång inte sågs som

[40] Se kapitel 4 samt diskussionen i kapitel 11, 12, 14 och 15.
[41] “Tayloristisk” används här i betydelsen direkt övervakad arbetsledning. Taylorismen är ett produktionssystem som utvecklades av Frederick Winslow Taylor under 1900-talets början för att öka produktiviteten i industrin genom detaljstyrning, vilket lämnade litet utrymme för arbetarens egen kunskap.
[42] Se kapitel 11.4 och diskussionen i kapitel 14 och 15.
[43] Art. 30 Rättighetsstadgan.
[44] Se kapitel 2 och 14 samt diskussion i kapitel 15.

lagenlig övergång enligt svensk rätt, beträffande dagens arbetsbrist vid entreprenadövergång? Hur kommer denna tolkning av arbetsbrist, som kan innebära arbetsbristuppsägning sex månader innan kontraktet löper ut, att relatera till snäva nationella preskriptionsfrister. Riskerar nationella preskriptionsfrister att inskränka anställningsskyddet vid entreprenadövergång på ett sätt som är oförenliga med EU-rätten? Denna avhandling hävdar att så är fallet.

4 Uppsägningsförbudet och nationell tolkning av arbetsbrist

Vid primärverksamhet skyddas arbetstagaren i svensk rätt från uppsägning p.g.a. arbetsbrist från överlåtaren under en övergång genom att överlåtaren måste kunna visa att arbetsbristuppsägningen inte relaterar till övergången. Nödvändiga uppsägningarna sker i stället efter övergången hos förvärvaren. Praktiskt sett blir detta även fallet för entreprenader som har tunga materiella eller immateriella värden som övergår. Tillämpningen för rena tjänsteentreprenader utan tunga materiella eller immateriella värden är ofta den motsatta; uppsägningarna sker hos överlåtaren innan övergången, eftersom gammal nationell praxis definierar kontraktets framtida utlöpande som arbetsbrist.

Anställda i tjänsteentreprenad ges därmed ofta ett sämre anställningsskydd. I dag är förekomsten av att ett entreprenadkontrakt löper ut om t.ex. ett år tillräckligt för att svensk rätt ska definiera detta som arbetsbrist och ge en rätt att säga upp arbetstagare i tjänsteentreprenad utifrån hur lång uppsägningstid de har, eftersom man i dag inte tydligt ser att det finns en ekonomisk enhet som kan övergå. Detta gäller oavsett om entreprenören senare får ett förnyat kontrakt. Om skillnaden i anställningsskydd inte kan motiveras kan ett sätt att jämställa anställningsskyddet för anställd i primärverksamhet, samt materialtung och immateriellt tung entreprenadverksamhet, med tjänsteentreprenad vara att införa en form av presumtion för övergång vid tjänsteentreprenad, så att uppsägningar p.g.a. arbetsbrist alltid sker hos förvärvaren under förutsättning att verksamheten fortsätter. Detta skulle dock inte gälla om överlåtaren utifrån unionskonform tolkning uttryckligen kan visa att arbetsbristen inte relaterar till övergången på något annat avgörande sätt än att kontraktet löper ut i framtiden. En presumtion om att identitet i verksamhet, och att en ekonomisk enhet föreligger utifrån en självstyrande strukturerad arbetsgrupp finns, skulle öka förutsägbarheten för både överlåtare och förvärvare, likaväl som anställningsskyddet för arbetstagarna.

5 Industrisamhälle kontra tjänstesamhälle

Regleringen om övergång av verksamhet skapades i ett industrisamhälle där materiella och immateriella värden var det som sågs som avgörande för identitet i verksamhet. I dag lever vi i stor utsträckning i ett tjänstesamhälle. Personalen utgör ofta både produktionsfaktorn och

kunskapskapitalet. EUD börjar alltmer bejaka detta och ändra grunderna för värdering. Det finns sällan en logik i att se överförande av maskiner eller bussar som en garant för identitet i verksamhet och att en ekonomisk enhet föreligger men att det samma inte skulle gälla för övergång av personalgrupp med stor kunskap och erfarenhet. När är det dags för nationell rätt att göra det samma?

1.3.3 Näringsfrihet som grund i avhandlingen: Anställningsskydd kontra näringsfrihet

Avhandlingen är uppbyggd utifrån genomgång och analys av olika arbetsrättsliga områden som blir relevanta för gränserna för skyddssyftet vid övergång av verksamhet för anställda i entreprenad. Gränserna klargörs till stor del genom praxis från EUD och är ordnade utifrån olika rubriker, huvudsakligen rättsliga begrepp inom området, såsom vad som utgör en ekonomisk enhet eller vad som ger identitet i verksamhet. Genom dessa delar löper dock ett tema som redan här bör lyftas fram.

Ett tema i denna avhandling är hur anställningsskyddet för arbetstagare i entreprenad förändras vid övergång av verksamhet och i vilken mån detta kan förklaras utifrån en rättslig vilja att skydda näringsfrihet för arbetsgivare. Begreppet näringsfrihet innehåller flera olika aspekter, såsom etableringsrätt, avtalsfrihet och rätten att bedriva en verksamhet rationellt och effektivt. Arbetsrätt har som rättsligt område i de flesta länder utvecklats i samklang med en marknadsekonomi och inte i avsikt att riskera en fri marknad, avtalsfrihet eller näringsfrihet.[45]

En fungerande marknad är normalt en förutsättning för arbetsrätt och anställningsskydd i alla ekonomier som inte är planstyrda. Avvägningen blir i stället hur ett statligt eller överstatligt reglerat anställningsskydd, eller en reglering via kollektivavtal, kan vara effektiv i balans med marknaden och ändå ge tillräckligt skydd. Inom EU ger Art. 16 i Rättighetsstadgan ett säkerställande av näringsfrihet; näringsfriheten blir en grund som även inkluderar avtalsfriheten, medan Art. 30 i Rättighetsstadgan ger skydd mot oskäliga uppsägningar.[46] Arbetsgivaren ges med andra ord en rättighet att bedriva sin verksamhet näringsmässigt fram till anställningsskyddets gräns. Detta gör att Art. 30 i Rättighetsstadgan inte kan tolkas som att ge skydd för uppsägningar som faller inom arbetsgivarens rättigheter enligt näringsfriheten. Avvägningen mellan anställningsskydd och näringsfrihet preciseras bl.a. genom Direktivet och EUD:s praxis, men dessa ger inga tydliga klargöranden beträffande vad som är de övergripande sociala målen för reglering av arbetsrätt.

---

[45] Dukes, Ruth, *The Labour Constitution – The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 15 ff.
[46] Se mer om avvägningen mellan näringsfrihet och anställningsskydd i kap. 2.

Rainone tar i sin avhandling,[47] upp tre fundamentala principer för arbetsrätt som kan ses som vägledande inom EU-rätten: 1. Att åtgärda den ojämna styrkepositionen i förhandling. 2. Att säkerställa att arbete inte (bara) är en handelsvara utan även har andra funktioner och ger andra rättigheter. 3. Att arbetstagarens rättigheter ska kunna samexistera med marknadsekonomin.[48] Dessa tre principer blir alla relevanta för Direktivet. Direktivet visar på en grundläggande utgångspunkt där näringsfrihet begränsas av sociala överväganden inom EU:s arbetsrätt men även på hur samexistensen hela tiden förutsätter en avvägning mellan arbetsgivarens näringsfrihet och arbetstagarens anställningsskydd.[49]

Bruun argumenterar för att en mer modern arbetsrätt måste kunna beakta de förutsättningar som föreligger på arbetsmarknaden. Detta gör enligt Bruun att det inte längre enbart är ett tvådimensionellt fält, individuellt och kollektivt, utan ett flerdimensionellt fält, där även mänskliga rättigheter, inbegripet tillgång till rättsmedel (access to justice), får betydelse.[50] Detta betyder en vidgad syn på arbetsrättens sociala mål, som i dag är allt mer accepterad även i EUD.[51] Även om de sociala övervägandena blir mer mångfasetterade, blir grunden ändå att näringsfriheten inom EU inte får inskränkas utan reglering, där regleringen naturligtvis även omfattar EUD:s praxis, men med beaktande av proportionalitetsprincipen enligt Art. 52 i Rättighetsstadgan.

Jag utgår i denna avhandling från ett antagande om näringsfrihet som en grund för EU:s reglering och anställningsskydd som något som uttryckligen måste regleras för att kunna effektueras. Det blir därmed av vikt att klarlägga om regleringen för anställningsskydd är tillräckligt tydlig för att kunna ge effekt inom EU-rätten samt hur detta påverkar den nationella rätten i enlighet med Art. 52 i Rättighetsstadgan. Frågorna blir många:

- Finns det en uttryckt rättslig vilja inom EU-rätten att ge ett faktiskt skydd för anställningsvillkor och rätt att övergå för den som arbetar i

[47] Rainone, 2023, s. 20-24.
[48] Rainone s. 65. Se även beträffande grunderna för dessa principer. Veneziani, Bruno, 'The Employment Relationship' i Hepple, Bob & Veneziani, Bruno (red.), *The transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford, 2009, s. 99-128; Dukes, Ruth, 'Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law' i Davidov, Guy, & Langille, Anna, (red), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s.65, och Deakin, Simon, 'The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development' i Davidov & Langille (red), *The Idea of Labour Law*, 2011, s. 156-175.
[49] Rainone, 2023, s. 90-92.
[50] Bruun, Niklas, 'The Old and New Foundations of Labour Law' i Ahlberg, Kerstin, & Bruun, Niklas (red) *The New Foundations of Labour Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2017, s. 17-37.
[51] Krav på effektivt rättsmedel har varit uppe i bl.a. Mål C-69/10, *Brahim Samba Diouf mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, ECLI:EU:C:2011:524 beträffande asylstatus och därmed rätt till att arbeta.

entreprenad som avviker från det som gäller vid övergång av primär verksamhet?

- Blir intresseavvägning olika beroende på typ av entreprenadverksamhet?
- Är anställningsskyddet i verksamhet som är kvar i det gamla industrisamhället, med materiellt/immateriellt tung verksamhet, i praktiken starkare än för dagens tjänstesamhälle, och beror det i så fall på en skillnad i skyddssyftets avvägning mellan näringsfrihet och anställningsskydd eller kan det finnas något annat skäl?

Efter att ha klarlagt EU-rättens skyddssyfte, blir nästa steg att tillämpa avvägningen på svensk rätt för att se om den svenska rätten är unionskonform i sin uttolkning av skyddssyftet vid entreprenadövergång enligt Direktivet. Samt om EU-rätt och svensk rätt i detta avseende kan ses som effektiv och förutsägbar och ha en tydlig demokratisk förankring beträffande de praktiska effekterna för de olika inblandade grupperna i entreprenadövergång.

1.4 Avhandlingens metoder

I svensk rättsvetenskaplig forskning är rättsdogmatik den vanliga forskningsmetoden. Den klargör såväl möjliga källor som dess uttolkning. En strikt syn på rättsdogmatik avgränsar bort allt det som inte befinner sig inom det rättsliga systemet, medan en mer vid tolkning, med skäighetsinriktade rättviseargument, ger större utrymme för en kritisk granskning som även kan ske med utomjuridiskt material. Rättsdogmatiken har därmed olika förutsättningar beroende på författarens metodsyn. Det skulle vara möjligt att inkludera t.ex. EU-rätt i en vid metodsyn på rättsdogmatik, eftersom EU-rätten även är svensk rätt. Frågan är dock med vilken metodbelysning som avhandlingens rättsfråga om anställningsskyddets omfattning vid entreprenadövergång belyses tydligast.

Jag har gjort valet att tillämpa flera olika metoder för att med en mer snäv metodsyn kunna tydliggöra de skiljelinjer som kan föreligga mellan de olika metodernas tolkning och med en kritiskt granskande metod kunna ifrågasätta systemets effekter. Eftersom medlemsländernas syn på vad som utgör EU-rätt kan skilja sig åt, kan det vara problematiskt att tillämpa en nationell rättsdogmatisk metod på EU-rättsliga källor.[52] De särdrag som finns i EU-rättens tolkning, där reglerna ska tolkas utifrån syftet med bakomliggande direktiv och en vidare blick för EU-

[52] Reichel, Jane, ‘EU-rättslig metod’ i Nääv, Maria, & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, 2 uppl., 2021, s. 110.

rättens grunder, riskerar att bli otydliga.[53] Detta kommer inte att kunna synliggöras på samma sätt via rättsdogmatik.[54] Att göra en rättsdogmatisk tolkning av Arbetsdomstolens (AD:s) domar beträffande entreprenadövergång i de delar de än i dag bygger på rättspraxis innan EU-medlemskapet, och där AD beträffande entreprenadövergång väljer att tolka EU-rätt på ett sätt som kan ifrågasättas, blir därför alltför begränsande.[55] Vid en granskning av om svensk rätt följer EU-rätt blir det mer klargörande att kunna ställa systemen mot varandra än att göra en gemensam granskning, särskilt som metodiken skiljer en del. EU-rätten är i de delar som här berörs i stora delar överordnad svensk rätt. Det framstår därför som pedagogiskt enklare att klargöra EU-rätten med en EU-rättslig metod, för att sedan klarlägga den svenska rätten med en rättsdogmatisk metod, för att därefter ställa dessa mot varandra.

För att kunna förstå hur förändringar i samhällsfenomen inverkar rättsligt, såsom förändringar i arbetsorganisation, access to justice, vad som skiljer mellan olika kategorier på arbetsmarknaden, såsom män och kvinnor m.fl., kommer även en kritisk granskning att ske utifrån Purposive Approach i Davidovs version. En version som går längre än den vanliga anglosaxiska syftestolkningen och för in andra parametrar.[56] Att inte beakta samhällsförändringars effekter för olika grupper ger enligt Davidov en bristande demokratisk förankring.

Genom metoden Purposive Approach kan en analys ske utifrån vad som är syftet med en reglering, hur den klarläggs och uttolkas i sitt sammanhang och om den ger en strävan till effektivitet och demokratisk förankring. Även Purposive Approach kan med en vid metodsyn rymmas inom rättsdogmatik men jag ser det som mer klargörande att tillämpa metoden enskilt. Det är i detta fall enklare att göra en systemkritisk granskning av regleringars effekter genom att också kunna ställa sig utanför rättsdogmatik och EU-rätt och därmed vara obunden av dessa metoders begränsningar. Det är dock viktigt att förstå att strävan hela tiden är en kritisk granskning inom det totala rättsliga systemet, där slutsatserna gäller vad som ytterligare borde beaktas inom rätten för att uppnå bättre demokratisk förankring, förutsägbarhet och effektivitet. Det finns ingen ambition att i övrigt riva murarna och bemanna barrikaderna.

Herzfeld Olsson diskuterar två utgångspunkter som vanliga för att skriva en rättsvetenskaplig text; 1. En vilja att förstå och 2. En önskan

---

[53] Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, Norstedts Juridik, 2012, s. 26.
[54] Reichel, 2018, s.129.
[55] Jämför den rättsdogmatiska kritiken mot att kritisera ett avgörande från högsta nationella instans för att inte förvirra rättstillämpningen och vilseleda praktikerna. Se Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod' i Nääv & Zamboni, s. 33 ff. Mot detta kan naturligtvis argumenteras att EUD är den egentliga högsta instansen men rättsdogmatiken hamnar här i en oklarhet beträffande vad som gäller innan EUD har tagit uttrycklig ställning i frågan.
[56] Davidov, Guy, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford. 2016.

att ”ställa till rätta”.[57] Min utgångspunkt har varit att försöka förstå ett komplicerat rättsligt skeende och därefter se om det är möjligt att ge förslag för att ta bort eventuella imperfektioner i framför allt nationellt genomförande. En rättstillämpning som ger bristande förutsägbarhet, utifrån en felaktig viktning av skyddssyftet, kan ge en onödig nedsättning i anställningsskydd för arbetstagare i vissa typer av entreprenader.

Man kan välja att se svensk arbetsrätt utifrån ett levande praktiserande av avtalsrätten, vilket den sannerligen är, genom AD:s praxis, som även beaktar partsautonomin genom domstolens sammansättning. Det finns en komplexitet med flera olika aktörer som utövar ett stort inflytande på arbetsrättens reglering, uttolkning och efterlevnad. Statens roll som lagstiftare är inom svensk arbetsrätt mer passiv än inom de flesta andra rättsområden. Större delen av arbetsrättens reglering ligger inte i författning utan i praxis och kollektivavtal. Statens svagare roll har orsakats av en historisk begränsning i den svenska arbetsrätten genom en utveckling där arbetsmarknadens parter, arbetsgivarorganisationer och arbetstagarorganisationer tidigt tog över rodret.[58]

Avhandlingens grundfråga; ”*Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning?*” kan undersökas från många olika rättsliga vinklar och utifrån många olika aktörer: Lagstiftaren ger en reglering som måste utvärderas i ljuset av Direktivet och EUD:s rättstillämpning. Nationellt tolkar AD och drar slutsatser utifrån regleringen på bas dels av lagstiftningen och EU-rätten, dels utifrån sin tidigare praxis och kommer därmed stå för en levande rättstillämpning.[59]

Arbetsmarknadens parter kan sluta kollektivavtal om övergång av verksamhet så länge man beaktar att avtalen inte får understiga minimivillkoren, s.k. EU-rättslig spärr.[60] Dessa kollektivavtal kan sedan bli föremål för AD:s uttolkning. De direkta aktörerna i en övergång, överlåtare och förvärvare, kan finna praktiska lösningar som mer eller mindre väl stämmer med regleringen och dess uttolkning. Det är just i denna skärningspunkt mellan discipliner som ny insikter finns att hämta, oavsett om det är inomvetenskapligt eller tvärvetenskapligt.[61]

---

[57] Herzfeld Olsson, Petra, ‘Alla vägar bär till Rom, multi kulti eller den brokiga konsten att få fram rättsvetenskaplig text’ i Leviner, Pernilla, Papadopoulou Skarp, Frantzeska, & Reichel, Jane (red) *Kreativitet, strategi och etik i rättsvetenskapligt skrivande*, Eddy.se AB, 2023, s. 211.
[58] Se historiken i kapitel 13.
[59] Heuman, Lars, *Metoder för rättstillämpning och lagtolkning – Generaliseringar, logik och argumentation*, Jure, 2018, s. 359.
[60] Se Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten - En översikt*, Norstedts Juridik, 2022, s. 46 f.
[61]Simon-Almendal, Teresa, ‘Det inomvetenskapliga gränsöverskridandet’ i Leviner, Papadopoulou Skarp & Reichel (red), 2023, s. 166 och 173 ff. Se även Sandgren, Claes, ‘Om empiri och rättsvetenskap’, Juridisk tidskrift 1995–96 s. 726 ff. och 1035 ff. för ett klargörande av hur empiri kan ha olika betydelser för rättsvetenskapen.

Nedan följer en genomgång av de tre metoder som tillämpas: rättsdogmatisk metod, EU-rättslig metod och Purposive Approach.

1.4.1 Rättsdogmatisk metod

I denna avhandling definieras rättsdogmatisk metod i all enkelhet som en rättslig granskning inom det rättsliga systemet av vad som utgör gällande rätt utifrån lag, praxis, kollektivavtal och sedvana. Hur förhåller sig dessa till EU-rätten och hur uttolkas de av AD? Även inom EU-rätten kommer vissa nationella begrepp att tolkas rättsdogmatiskt enligt den svenska rättskälleläran. Metodologiskt är rättsdogmatiken sällan särskilt väl förklarad i den rättsvetenskapliga forskningen; den anses vara självklar av många jurister, och ibland som allomfattande.[62] Rättsdogmatiken kan ses som en vilja att sortera, systematisera och ordna för att kunna förklara ett system. Detta blir särskilt tydligt när rätten upplevs som ologisk i någon aspekt, ”det är något som skaver.”[63] I denna avhandling kommer en rangordning att ske beträffande vad som kan styras självständigt av svensk rätt och vad som måste underordnas EU-rättens syften.

Malmberg hävdar att rättsdogmatik inte går att likna vid att lägga pussel, eftersom alla bitar är kända på förhand. Snarare ser han det som att bygga med lego, där konstruktion och position kan ge ny information. Det finns ett antal legobitar som ska, bör eller får användas för att bygga en ändamålsenlig konstruktion.[64] Rättsdogmatiken blir ofta en metod för lösning av ett rättsligt problem genom att tolka en rättsregel framtagen inom de för ämnet tillåtna rättskällorna och analysmetoderna i ett visst konkret sammanhang.[65] Man vill lokalisera vilka allmänna principer som frågeställningen ger upphov till.

Inom det som Kleineman kallar ”den dispositiva civilrättens område,” såsom arbetsrätt, där rättsreglerna inte är tvingande, prioriteras ofta förutsägbarhet framför rättssäkerhet, i motsats till t.ex. straffrätt där rättssäkerheten går först.[66] Förutsägbarhet blir en viktig faktor även i detta arbete.

Denna avhandling utgår till stor del från rättspraxis från AD beträffande den svenska rättsutvecklingen. Därmed blir prejudikatstolkning av intresse för att förstå en av de viktigaste källorna i det rättsdogmatiska

---

[62] Ahlinder, Elisabeth, ‘Rättsvetenskaplig metod – om vikten av att motivera och redovisa sin metod’, i Leviner, Papadopoulou Skarp & Reichel (red), 2023, s. 103 ff.
[63] Lernestedt, Claes, ‘Att besvärja döden - ett begränsat återbesök. Sortering som drivkraft’ i Leviner, Papadopoulou Skarp & Reichel (red), 2023, s. 184 ff.
[64] Malmberg, Jonas, ‘Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter’, Uppsala Faculty of Law Working Paper 2010:9, s. 4-5.
[65] Kleineman, 2018, s. 21-26.
[66] Kleineman, 2018, s. 31.

systemet, Detta gäller särskilt den svenska arbetsrätten, där regleringen till stor del bygger på uttolkningar i praxis.

Prejudikat som del av rättskälleläran

Svensk rätt har länge haft en syn på prejudikat som skiljer sig mycket från den som man ofta anlägger i rättssystem som baseras på case law, såsom common law. Prejudikat är ofta en viktig källa när rättsakter inte alls ger en reglering som passar fallet, har ett alltför generellt begrepp eller är svårtolkade. I Sverige ses prejudikat lite förenklat som bindande, många gånger på samma nivå som författning. Vi har t.ex. sällan skiljt behandlingen av rättsfrågan från domstolens utlåtanden i övrigt, s.k. obiter dictum.[67]

Domaren har en skyldighet att avgöra målet – betyder det att man har stöd för att skapa ny rätt när andra rättskällor inte ger ledning? Inom civilrätt och straffrätt blir denna distinktion av intresse även om detta sällan tydliggörs praktiskt.[68] I förvaltningsrätten har en del av dessa principer tydliggjorts, t.ex. förbudet mot retroaktiv lagstiftning i skatterätten, där uttolkningen av vad som är retroaktiv beskattning via generalklausuler ändå hamnar i domarens knä att uttolkas utifrån allmänna principer.[69]
Inom svensk arbetsrätt ser situationen något annorlunda ut, möjligen för att området har vissa likheter med det anglosaxiska case law-systemet. Rättsområdet utmärks av få författningar och regleringen sker till mycket stor del via praxis och kollektivavtal.[70] Många gånger utvecklas praxis genom att domar bygger vidare på andra domar och prejudikaten kommer därmed att få en stark ställning.

AD har, som den sista partssammansatta nationella domstolen i Sverige, en särskild roll som uttolkare av rätten, och domarna syftar till att kunna läsas även av ickejurister.[71] Det blir därmed av särskilt intresse att granska domarna utifrån deras rättsfråga samt att försöka skilja

---

[67] Ramberg, Christina, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, Wolter Kluwer, 2017.
[68] Se Heuman, 2018 och Ramberg, 2017, för närmare beskrivning av prejudikatsvärde.
[69] Se Fast Lappalainen, Katarina, *Om skyddet mot retroaktiv beskattning – En studie i konstitutionell rätt*, Stockholm, 2019, s. 212 där författaren ifrågasätter vilket genomslag som principen om skydd mot retroaktiv beskattning har på rättsordningen och om den rådande ordningen kan tolkas utifrån "the radiation thesis" (att den konstitutionella rättigheten ska genomsyra rättsordningen).
[70] Se t.ex. Glavå, Mats, & Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, 2020, s. 63 ff., samt SKR:s syn på den kollektivavtalstunga svenska regleringsmodellen, SKR, *Den svenska modellen, lönepolitik*, 2022,
https://skr.se/skr/arbetsgivarekollektivavtal/fortroendevaldasarbetsgivaransvar/lonepolitik/densvenskamodellen.68259.html (besökte 5 dec. 2023).
[71] Se argumentationen i Flodgren, Boel, 'Arbetsdomstolen som rättsbildare – Reflexioner kring några monumentalfall från arbetsdomstolen på senare tid' i Fahlbeck, Reinhold, Roos, Carl (red), *Perspektiv på arbetsrätten – Vänbok till Axel Adlercreutz*, 1983, s. 103 ff. där domstolens roll som självständig rättsbildare framhålls, något som väckte kritik från dåvarande ordförande i AD, se Johan Lind, 'AD tolkar lagen utan att snegla på parter och lagstiftare', 6 Lag & Avtal 1984, s. 34-35.

rättsfrågan från obiter dictum. Det är dock inte alltid självklart hur prejudikatstolkningen ska ske, eftersom områdets praxisbaserade karaktär talar för en snäv prejudikatsbindning av rättsfrågan, medan en partssammansättning och traditionen med ”breda” närmast folkbildande domar, talar för motsatsen.[72]

En prejudikatstolkning blir extra komplex på ett område som baseras på ett direktiv med ett skyddssyfte, såsom i denna avhandling. AD tolkar EUD:s domar, både beträffande det bakomliggande skyddssyftet och de klargöranden som görs beträffande de materiella omständigheterna i målen.

AD:s möjlighet till obiter dictum är begränsad beträffande uttolkning av EUD:s domar eftersom EU-rätten bygger på en rättstolkning dels med beaktande av grundvärden från fördrag och stadgor, dels med beaktande av syfteskonform direktivtolkning. Det framstår därmed som svårare att klargöra vad som relaterar till rättsfrågan direkt genom Direktivet, Direktivets skyddssyfte och utifrån EU-rättens grundvärden. Dessutom måste uttolkningen även ske med beaktande av nationell möjlighet att ge bättre rätt till enskild arbetstagare än Direktivets miniminivå. Här kommer en diskussion att ske beträffande hur AD:s prejudikat förhåller sig till EU-rätten och vad som talar för och emot ”vida” domar som upprätthåller en svensk rättskällelära, utifrån tolkning av äldre svenska domar, som inte uppenbart går att förena med EU-rättens syften.

1.4.2 EU-rättslig metod

I denna avhandling kommer EU-rättslig metod att användas för att klarlägga gränserna för anställningsskydd vid entreprenadövergång, vad medlemsstaterna rättsligt kan förfoga över samt för att öka förståelsen av EUD:s praxis.

EU-rätten brukar betraktas som en rättsordning av eget slag, ”sui generis”, även om den har sina rötter i folkrätten.[73] EUD tolkar bestämmelserna mot bakgrund av deras ”effet utile” d.v.s. dels ett övervägande av vad som är den mest ändamålsenliga tolkningen och tillämpningen av rättsakterna, dels vad som gynnar EU-rättens utveckling.[74] Enligt Art. 4.3 FEU gäller en princip om lojalt samarbete som innebär en positiv förpliktelse att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen och sekundärrätt. Det finns även en negativ förpliktelse att avstå från varje åtgärd som kan inverka

[72]Tidigare domare i AD, se Michael Koch, ‘Vi har ambitionen att vara folkbildare’, Lag & Avtal 2011. Se även Lindblom, Per Henrik, ‘Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743)’ i Höglund, Olle (red), *Festskrift till Lars Welamson*, Norstedt, 1988, för en generell diskussion om gränserna mellan tolkning och tillämpning.
[73] Reichel, 2018, s. 109.
[74] Reichel, 2021, s. 114.

menligt på fullgörandet av EU:s mål. EUD:s praxis ger en skyldighet för medlemsstaterna att tolka inhemsk rätt i ljuset av EU-rätt.[75] Därmed kan man se en strävan till systemkoherens inom EU-rätten.

Till stora delar kommer reglerade områden att kräva att medlemsstaterna lojalt tolkar inhemsk rätt för att uppnå EU-rättens syften. I vissa delar lämnar EU-rätten i stället över till medlemsstaterna att inom reglerade områden ändå utöva ett självbestämmande, t.ex. att ge bättre rätt, genom ett större anställningsskydd än vad Direktivets miniminivå kräver. Systemet är dock mer komplext än så eftersom ”bättre rätt” för anställningsskydd kan innebära sämre rätt för skyddad näringsfrihet eller skyddade områden.[76]

Den EU-rättsliga tolkningsmetodiken är komplicerad; flera grundläggande principer genomsyrar den praktiska verksamheten. Normalt har rättsliga principer en öppen och ändmålsorienterad karaktär, men inom EU-rätten har även allmänna rättsprinciper fått en starkare ställning för att fylla ut och tolka rätten.[77] Detta betyder att den vanliga skillnaden, där rättsregler ses som fasta och rättsprinciper, som öppna, här får en annan tolkning. Rättsprinciper kan i vissa avseenden få effekt som rättsregler genom EUD:s tolkning.[78]

EU-rätten kommer att behandlas utifrån s.k. EU-rättslig metod, som här kommer att relatera till tolkning av domar och Direktivet utifrån de syften som klargjorts samt med beaktande av EU-rättsliga principer och den lagreglerade näringsfrihetens dominans när inte annat är reglerat.[79] EUD försöker både främja bestämmelsens syfte och lösa sakfrågan på ett sådant sätt att det inte blir en bokstavstolkning med orimliga konsekvenser och samtidigt fylla ut EU-rättens luckor via främst teleologisk tolkningsmetod.[80]

Detta betyder att Art. 30 i Rättighetsstadgan[81], som ger skydd mot osaklig uppsägning och som preciseras via Direktivet, ska tolkas utifrån ett skyddssyfte både vad gäller för arbetarens anställningsskydd och

---

[75] Case 14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.
[76] Se mer om komplexiteten i systemet i kapitel 2.
[77] Reichel, 2018, s.126.
[78] Något som har kritiserats som att EUD utövar “aktivism” snarare än att döma utifrån ett regelverk. Se Reichel, 2018, s. 131 ff.
[79] Där EUD enligt Art. 19 FEU har exklusiv kompetens att uttolka rättsakterna.
[80] För generell förklaring av EU-rättslig metod se bl.a. Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red), *EU-rättlig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik, 2011; och *Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel - Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts, 2008. Se även för en mer europeisk utblick. *Barnard, Catharine, The substantive law of the EU - The four freedoms*, 6:e uppl., Oxford, 2019. Samt Barnard, Catharine & Peers, Steve, *European Union Law*, 3:e uppl., Oxford, 2020.
[81] Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02), se särskilt Art. 31 Rättighetsstadgan.

arbetsgivarens näringsfrihet. I ett makroperspektiv värnar EU-rätten samhällsekonomin genom att stödja effektiviteten på marknaden, medan den i ett microperspektiv i stället värnar företagsperspektivet och avtalsfriheten. EU-lagstiftaren har därmed både avtalsfrihet och effektivitet som skyddsintresse, på samma gång som arbetstagarens ställning värnas, vilket förenklat kan uttryckas som att skyddssyftet i Direktivet värnar både anställningsskydd och näringsfrihet.

Den EU-rättsliga metoden får ses som en avvägning av kärnvärden där tillämpningen av the rule of law (Rättsstatsprincipen), dock mer frikopplad från lagstiftarviljan än i rättsdogmatiken, får ses som en strävan efter samstämmighet i systemet. Tolkningen måste hela tiden ske teleologiskt för att anpassa till samstämmigheten. Varje enskilt rättsområde inom EU-rätten är därmed del av en större enhet där kärnvärden och samstämmighet står i fokus. Detta gör att grunden vid genomgång av Direktivets skyddssyfte är mycket större. EU-fördraget och Rättighetsstadgans kärnvärden måste hela tiden beaktas och ses tillsammans med övriga rättskällor inom EU-rätten. Det är endast i den mån ett annat värde uttryckligen har getts företräde som näringsfriheten får stå tillbaka.

När arbetstagarnas rättighet vid övergång ges ett skydd kan det aldrig tolkas mer omfattande än vad Direktivet ger grund för. Här finns därmed en motsättning mellan de sociala skyddsvärden som huvudsakligen kommer fram i slutet av 1970-talet och som avser att skydda andra värden och även Rättighetsstadgan, mot det som den tidigare handelsunionen värnade om: Fri rörlighet för kapital, varor, tjänster och arbetskraft. Art. 5.2 i FEU klargör att fördragen måste tolkas och tillämpas för att nå EU:s målsättningar (Art. 3 i EU-fördraget). Detta betyder att både EUD och nationella domstolar är bundna till denna typ av teleologisk tolkning utifrån EU-rättens syften.

Direktivet är ett minimidirektiv, vilket betyder att bättre rätt för arbetstagare får införas men inte sämre. Detta ger en nationell möjlighet att rättsdogmatiskt tolka det som eventuellt har genomförts med bättre rätt för arbetstagare, medan EU-rättslig tolkning måste gälla för allt som ligger inom den EU-rättsliga kompetensen. Hur ska vi se på oklarhet och imperfektioner i nationell tillämpning av Direktivet och vad kommer detta att innebära för tillgänglighet och gränsöverskridande?

Mycket styrs av EUD:s uttolkning av Direktivet och det blir här viktigt att notera EUD:s komplexitet. Domstolen är både en aktör som får betydelse för framtida reglering och en uttolkare av det som för tillfället gäller. EUD interagerar med nationella lagstiftare, EU:s politiska

institutioner och nationella domstolar.[82] Som Weatherill beskrev det, är varje försök att presentera en endimensionell genomgång av domstolens aktivitet dömd att misslyckas.[83] Klarläggandet av vad som påverkar EUD försvåras även av att endast EUD:s dom och generaladvokatens förslag till dom är offentliga. Varken det nationella målets handlingar, domstolsprotokoll eller hur de olika domarna i EUD har resonerat och röstat behöver framgå.[84]

Hur ska man tolka rättskällorna i en mer abstrakt betydelse? Detta får extra aktualitet beträffande EU-rätten, eftersom syftet vid tillskapandet av normen och normen i sig framstår som två separata delar. Detta blir uppenbart när man ser på hur Sverige inför EU-rätt; vi kontrollerar om sakinnehållet i normen är infört, men verkar ibland glömma att EU-rättens norm, och dess effekter, kan ha ett helt annat syfte än den svenska rättens och dessutom inverka på andra regleringar, t.ex. preskription.[85]

Intresseavvägning blir även intressant när man granskar EU-rätten utifrån nationellt genomförande. Anställningsskyddet i svensk rätt har inte exakt samma uppbyggnad som intresseavvägningen inom EU-rätten. Även om arbetsledningsrätten är stark i svensk arbetsrätt, särskilt beträffande frågor som relaterar till företags- och arbetsledningsrätten, såsom arbetstid och arbetsorganisation, finns ändå ett värnande av skydd för sjuka eller äldre arbetstagare som ofta går före vad som är ekonomiskt effektivt.[86] Här tolkas skyddet för svagare part ibland mer självständigt.[87] Anställningsskyddet blir en del av det som betraktas som arbetsgivarens lojalitetsplikt. I ett kontraktuellt förhållande är det en främmande tanke att betrakta lojalitet som att enbart omfatta det som är uttryckligt avtalat.[88] Dock har skyddet sin begränsning, även i svensk

---

[82] Hunt, Jo, 'The Court of Justice as a Policy Actor: The Case of the Acquired Rights Directive', 18(3) Legal Studies, Wiley, 1998, s. 336-359, där Hunt beträffande övergång av verksamhet visar att det inte kan uteslutas att EUD:s bedömning påverkas av den politiska pressen från Rådet och Kommissionen.

[83] Weatherill, Stephen, 'The Common Market: Mission Accomplished?' i Heiskanen, Veijo, & Kulovesi, Kati (red), *Function and future of European Law*, Helsinki University Press, Helsinki 1999, s. 33-57.

[84] Rainone, 2023, s. 16-17.

[85] Även om en domstol hänskjuter frågan till EUD för tolkning enligt Art. 177 finns det i dag ingen uppföljning av hur den nationella domstolen dömer på basis av EUD:s tolkning. Vilken nationell prejudikatseffekt ger detta? Vad är egentligen gällande rätt - rättsvetenskapens tolkning av EU-rätten eller den nationella överrättens dom som går tvärtemot?

[86] Se diskussionen i Malmberg, 2010, s. 33 ff.

[87] Se t.ex. beträffande nedsättning av arbetsförmågan på grund av sjukdom eller tilltagande ålder i Prop. 1979/80:4 om ändring i lagen (1974:12) om anställningsskydd m.m. s 5, där ålder eller sjukdom i princip inte utgör grund för uppsägning enligt förarbetena till Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) (Prop. 1973:129 s. 129): "Arbetsgivaren bör i stället vidta särskilda åtgärder för att underlätta arbetet för arbetstagaren eller för att omplacera denne till ett mindre krävande arbete, bl.a. med utnyttjande av de arbetsmarknadspolitiska hjälpmedel som står till buds."

[88] Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, 2007, generellt.

rätt, utifrån en avvägning när arbetsgivarens intresse av effektivitet och produktivitet påverkas i alltför stor grad.

En viktig gränslinje mellan EU-rätt och rättsdogmatik blir i denna avhandling omfattningen av anställningsskyddet vid entreprenadövergång. Svensk rätt gör en rättsdogmatisk tolkning av när sakliga skäl för arbetsbrist föreligger vid entreprenadövergång som baserar sig på ett rättsläge som gällde innan Sverige var medlemmar i EU och från en tid när entreprenadövergång inte omfattades av svensk rätt. I denna avhandling kommer denna situation i stället att granskas enligt EU-rättslig metod för att klargöra om den rådande svenska rättsdogmatiska tolkningen har en korrekt grund. Avhandlingen kommer inledningsvis att behandla EU-rätten beträffande entreprenadövergång självständigt och därefter utifrån den rättsverkan EU-rätten har på den svenska rätten i detta avseende. Direktiv och domar från EUD kommer därmed att granskas med en EU-rättslig metod, där avvägning mellan kärnvärden och strävan efter samstämmighet i systemet blir avgörande för att klarlägga vilket skyddsvärde som Direktivet kan anses ge för arbetstagare vid övergång.

Generaladvokatens förslag till dom är ofta av stort intresse eftersom det i många fall ger en grundligare genomgång av rättsområdet än skrivningen i EUD:s dom. EUD kan välja att antingen bekräfta det generaladvokaten hävdar, helt eller delvis, eller att ta avstånd från det. EUD kan även i sak komma fram till samma eller liknande slutsats utan att hänvisa till generaladvokatens förslag. Slutsatsen som kan dras från EUD:s dom måste därmed avvägas utifrån om domen motsäger generaladvokatens förslag eller inte. Den rättsliga argumentationen kan dock i vissa fall vara intressant i sig, eftersom den i flera fall blir EUD:s åsikt efter några år, men då med ett påpekande i avhandlingen att detta baseras på generaladvokatens argumentation.

EUD:s domar kommer att betecknas på ett förenklat sätt i löpande text, antingen via domsnummer eller del av namn. Den korrekta benämningen återfinns tillsammans med den förenklade benämningen i källförteckningen och i fotnot första gången domen nämns i texten, för att inte tynga texten i onödan.

Vid granskning av hur svensk rätt har hanterat skyddsvärdet vid genomförandet av Direktivet i nationell rätt blir dock metodanvändningen inriktad på regleringens nationella roll och vilka samhällseffekter detta ger. EU-rätten är i detta fall alltid överordnad, men nationellt ges ett visst utrymme för tolkning så länge det inte strider mot EU-rätten.

1.4.3 'Purposive Approach' till arbetsrätt

De arbetsrättsliga effekterna för entreprenader vid entreprenadskiften kommer att genomlysas med en vidare rättsvetenskaplig metod för att se interaktionen mellan samhällsförändringar och rätten. I denna del påminner arbetet mer om att lägga pussel än att bygga med lego[89] eftersom utomrättsliga faktorer, som inte tidigare har beaktats, tillförs.

För att fullt ut undersöka om en reglering uppfyller sitt syfte i praktiken behövs en rättssociologisk ansats. Denna avhandlings syfte är dock att granska skyddssyftets möjliga effekter teoretiskt och inte att bedriva någon empirisk studie. Skyddssyftet fastställs utifrån EU-rätten, och undersöks beträffande de rättsliga effekterna i den nationella uttolkningen i AD. En sådan genomgång låter sig göras utifrån en teoretisk analys av vad de rättsliga effekterna kan leda fram till. Avhandlingen ligger därmed närmare en tillämpande analyserande metod än att klarlägga lagens faktiska efterlevnad.

Detta gör att jag ansluter mig till den rättsliga traditionen kring Purposive Approach, som bl.a. är en av metoderna inom Law in context[90], genom att jag vill se regleringen i sitt sammanhang, d.v.s. möjliga praktiska rättsliga effekter av entreprenadskiften utifrån både EU-rätt och nationell arbetsrätt, där EU-rättslig styrning och skyddssyfte blir praktiskt avgörande.[91]

Purposive Approach är en metod som kan uttolkas på flera olika sätt. I sin enklaste form är den en syftestolkning där lagstiftarens syfte ska klargöras. Inom EU-rätten blir syftet större och metoden kan användas för att klarlägga EU:s sammanvägda syften liksom som de syften som kan framgå i ett direktiv, med beaktande av den handlingsfrihet som ges medlemsstaterna i olika sammanhang.[92] I denna avhandling används metoden i ett ännu vidare syfte för att kritiskt kunna granska rättsliga effekter av samhällsutvecklingen och dess återverkan på demokratiska värden.[93] Metoden kommer att tillämpas både beträffande EU-rätt men framför allt beträffande nationell uttolkning när det gäller regleringen av entreprenadskiften.

Inom samhällsvetenskapen brukar man hävda att ett paradigm för att ha ett berättigande måste visa att det kan visualisera, ge begrepp,

---

[89] Se liknelsen i Malmberg, 2010, kap.1.4.1.
[90] "Law in context" är ett samlingsbegrepp för juridisk forskning med ett vidare perspektiv än det rent rättsdogmatiska. Se t.ex. Twining, William, 'Reflections on 'Law in Context' i Twining (red), *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Oxford University Press, 1997, s. 36 - 62.
[91] Se t.ex. diskussionen i Dukes, 2014, där författaren ser sammanhanget som avgörande för de rättsliga effekterna. En reglering kan bäst förstås utifrån en större helhet.
[92] McMullen, John, 'Transfer of Undertakings: The Purposive Approach', 48(2) *Industrial Law Journal*, June 2019, generellt.
[93] Davidov, 2016, generellt.

förklaringsmodeller eller lösningar på problem eller frågeställningar bättre än alternativa vägar.[94] Eftersom frihet att väga in aspekter från andra vetenskaper och anlägga ett arenaperspektiv[95] kan ses som avgörande för en större insikt i vad som kan ha en rättslig påverkan finns historiskt inom arbetsrätten stor samhörighet med strukturer och principer inom Industrial relations (IR)[96] och en mer utvidgad syn på arbetsrättslig forskning. Ett arenaperspektiv är därmed inte okänt inom arbetsrättslig forskning; på arbetsmarknaden som arena uppstår ofta behov av att kunna beakta många olika aspekter samtidigt.[97] I denna avhandling kommer arbetsorganisation och access to justice att spela in, likaväl som effekter av en könssegregerad entreprenadarbetsmarknad.
Avhandlingens ändamålsanalys kommer därmed att präglas av Purposive Approach som ett sätt att klargöra regleringars syfte, sammanhang och effektivitet.[98] Metoden rymmer vissa inslag av rättssociologi men enbart genom en teoretisk undersökning av normer och normers efterlevnad liksom även andra typer av betraktelser av rätt, såsom sociala, strukturella, förutsägbarhet, effektivitet samt textuella och semantiska betraktelser. Analysen enligt Purposive Approach byggs upp utifrån ramfrågorna:

1. Vad är syftet med en reglering?
2. Hur ska regleringen klarläggas och uttolkas utifrån sitt sammanhang?
3. Hur kan regleringen ses utifrån en strävan både efter effektivitet och att ge en demokratisk förankring?

En analys av ändamålet kan på detta sätt inrymma både en genomgång av förutsägbarhet mellan parter och effekter på samhället av en imperfekt reglering, könsuppdelad arbetsmarknad eller tillämpning.[99]

Metoden går ut på att klargöra målen med regleringen och sedan diskutera om dessa mål har uppnåtts. Enligt Purposive Approach kan arbetsrätten ses som en lösning på ett underliggande problem på arbetsmarknaden, såsom bristande demokrati, beroendeställning eller fördelning

---

[94] Se Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2:a uppl., Chicago, 1970. Se även diskussion om detta hos Kochan, Thomas, 'Chapter Two - What Is Distinctive about Industrial Relations Research' i Researching the World of Work, Cornell University Press, 1998 s. 31 ff. samt Strauss, George & Whitfield, Keith, *Research Methods in Industrial Relations*, Cornell 1998, samt Farnham, David, & Pimlott, John, *Understanding Industrial Relations*, Casell, 1995.
[95] Arenaperspektiv uttyds i denna avhandling som en möjlighet att se tendenser som kan påverka skeenden på arbetsmarknaden även om de ligger utanför det primära vetenskapsområdet.
[96] Industrial relations kan ses på flera sätt t.ex. det betraktelsesätt som Lotti Ryberg Welander anlägger i sin avhandling: "Industrial relations kan i stället ses som ett kunskapsområde som lånar delar från många discipliner, i syfte att studera problem och företeelser som är kopplade till arbetslivet". Författaren påpekar även den tradition av pragmatiskt inriktad problemlösning som IR står för, se Ryberg Welander, Lotti, *Arbetstidsregleringens utveckling: en studie av arbetstidsreglering i fyra länder*, Lund, 2000, s. 28 f.
[97] Se t.ex. Hartzén, Ann-Christine, *The European Social Dialogue in Perspective. Its future as an autopoietic system of industrial relations*, Lund University, 2017, generellt.
[98] Davidov, 2016, generellt.
[99] Davidov, 2016, generellt.

av risk. Arbetsrätten kan också ses som ett medel att nå olika värden såsom demokrati, tillgång till rättvisa, beaktande av individens värdighet och social inkludering utifrån förmåga, fackligt inflytande m.m. Purposive Approach kan på detta sätt användas för att klargöra vilka förändringar som behövs i reglering, uttolkning eller tillämpning för att bättre uppnå målen och för att se hur detta skulle påverka rättsområdet i stort.[100]

Jag avser därmed att i denna avhandling använda Purposive Approach för att utöver rättsdogmatik och EU-rättslig metod klarlägga Direktivets syfte, tydliggöra innebörden av begreppen identitet i verksamhet och ekonomisk enhet för olika typer av entreprenadverksamhet. Utifrån dessa resultat diskuteras effektivitet, förutsägbarhet och demokratisk förankring, främst beträffande access to justice, organisation och effekter som ofta är olika för män och kvinnor på arbetsmarknaden.
Purposive Approach kommer därmed att användas som ett perspektiv för att se lagen i ett större sammanhang och vad som ytterligare kan påverka gällande rätt vid entreprenadövergång. Dessa perspektiv finns även inom rättsdogmatik men Purposive Approach ger en större frihet att granska och kritisera både rättsdogmatik och EU-rätt utifrån ett samhällsperspektiv snarare än ett lagtillämparperspektiv.

Denna pluralistiska användning av metoder avser därmed att skapa ett angreppssätt för att på ett ändamålsenligt sätt kunna hantera de olika rättsfrågorna och dess effekter vid övergång av verksamhet.

För att få en uppfattning om vad som i detta avseende kan få betydelse har materialinsamling beträffande strukturer och strukturella förändringar genomförts genom intervjuer med företrädare för organisationer, entreprenadföretag och fackliga förbund för arbetstagare och arbetsgivare. Intervjuerna har genomförts med semistandardiserade frågor om övergångsprocessen. Ljudinspelningarna av intervjuerna har transkriberats och kontrollerats med respondenterna beträffande de delar som har varit aktuella att använda. Respondenterna har valts ut för att få en så heltäckande bild som möjligt.[101] Totalt har närmare 50 intervjuer utförts men endast de som tas med i avhandlingen tas upp i källförteckningen. Intervjuerna är i sig inte avsedda att visa på ett vare sig statiskt

[100] Davidov, 2016, generellt.
[101] Urvalet skedde dels utifrån partsrepresentation, dels utifrån bransch och organisation. Intervjuerna har genomförts i enlighet med metodiken i Rosengren, Karl-Erik & Arvidson, Peter, *Sociologisk metodik*, Liber, 2002. De respondenter som refereras återfinns i källförteckningen. Alla övriga som bidragit genom att på olika sätt ge en förståelse för rättsområdets generella effekter tackas varmt! Eftersom denna avhandling startade innan Lag (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor trädde i kraft ska enligt övergångsreglerna lagen inte tillämpas på denna forskning. Avhandlingen kommer inte heller beröra enskildas rättsförhållanden varvid intervjuerna enbart har rört rättsliga strukturer generellt.

eller statistiskt säkerställt faktaunderlag utan används endast som exempel för att visa att rättsligt relevanta företeelser förekommer.

1.5 Avhandlingens avgränsning

Denna avhandlings syfte, frågeställning och metoder kommer att bilda en ram, som till stora delar även klargör dess avgränsning. Avhandlingens inriktning är arbetsrättslig. Avsikten är inte att bedriva någon primärforskning inom EU-rätt generellt, organisationsteori, eller att rättssociologiskt samla in primärdata. EU-rätten och organisationsteorin används endast som tillämpningar och verktyg för att klarlägga arbetsrättsliga frågor, vilket dock inte hindrar att även EU-rätten granskas kritiskt enligt Purposive Approach.

Anställningsskyddet är en del av den sociala dimensionen inom EU och likväl EKMR, så även likabehandlingsprincipen. Detta är stora och viktiga frågor som i vissa delar ansluter till avhandlingens frågeställning.[102] I denna avhandling kommer dock endast anställningsskyddet inom Direktivets ram att behandlas. Både EU-rättsligt och nationellt kan anställningsskyddet definieras utifrån många olika parametrar. Primärt fokus ligger på ”när rätten att övergå” föreligger enligt Direktivet och med vilka villkor. Rätten att övergå kommer även att i vissa avseenden beröra bl.a. access to justice och olika villkor för män och kvinnor på arbetsmarknaden vid entreprenadskiften. Avhandlingens fokus blir dock på LAS och MBL, inte på effekter på andra arbetsrättsliga lagar som påverkas av övergång.

Avhandlingen behandlar både privat och offentlig sektor, utan någon avsikt att vara heltäckande. De exempel som behandlas är just exempel och inget annat.

Ibland uppkommer frågan huruvida ett regelverk om entreprenadövergång verkligen behövs, om de aktiva parterna på arbetsmarknaden ändå kan lösa mycket genom kollektivavtal? Tanken är att skyddsregler inte behövs om man har en aktiv arbetsmarknadspolitik. Stämmer detta? Här finns lika många åsikter som berörda. Denna avhandling avser att klarlägga regelverket för att därmed även teoretiskt se vad som kan regleras och därigenom ge möjlighet till ytterligare tankar om regleringskällors för och nackdelar, för den som vill ta vid. Men även om Direktivet till stora delar har genomförts i Sverige med semidispositiv

[102] Se mer om detta i Herzfeld Olsson, Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus, 2003 s. 273 ff. och Bruun, Niklas, ‘Prohibition of Discrimination under Article 14 European Convention on Human Rights’ i Dorssemont, Filip, Lörcher, Klaus, Schömann, Isabel (red), *The European Convention on Human Rights and The Employment Relations*, Hart publishing, 2013.

lagstiftning, finns det begränsningar. I denna avhandling uttyds partsperspektivet till att inte kunna innebära någon möjlighet för kollektivavtalande parter att förfoga över Direktivets skydd på något annat sätt än att inom EU-rättens ramar ge bättre rätt till den enskilde arbetstagaren, vilket kan hävdas vara en förenkling i ett vidare politiskt perspektiv.

1.6 Arbetsrätt på flera arenor

Den partsstyrda svenska arbetsrätten kommer i denna avhandling att ställas mot den formbundna och politiskt influerade EU-rätten som bygger på en helt annan rättslig metod. Är det vanligt med en så mångbottnad rättslig modell vid övergång av verksamhet? Vilket skydd ges arbetstagaren vid övergång av verksamhet i olika rättssystem? En kort internationell utblick visar att detta beror på flera olika faktorer, vilket förstärker behovet av en sammansatt teorianvändning för att kunna förklara skyddssyftets omfattning.

1.6.1 Ökad tydlighet via precisering

Inom EU rätten läggs en lägsta ribba genom Direktivet; medlemsstaterna får inte införa Direktivet med sämre skydd för arbetstagaren men däremot får ett bättre skydd får ges. Detta har inneburit att vissa länder har genomfört Direktivet med en skrivning som i vissa fall kan ge en ökad tydlighet avseende Direktivets gränser men som även kan tolkas som att i andra fall gå längre än den lägsta nivå för skydd som Direktivet anger.

Så är fallet med regleringen i Storbritannien, som startade när Storbritannien tillhörde EU och som genom nationellt genomförande till stora delar består även efter utträdet. Den nationella regleringen, den s.k. TUPE-act 2, har skapat en större tydlighet vid vissa former av entreprenader genom att skilja mellan ett övertagande av ”undertaking, business or part of it to another employer” och ”a service provision change”. Genom att skilja det som i Sverige skulle betecknas som en driftentreprenad från en entreprenad av en kärnverksamhet möjliggörs en mer utförlig diskussion om vad som skyddas samtidigt som Storbritannien även kan utvidga tillämpningen i den mån det behövs vilket skapar större förutsägbarhet och minskar transaktionskostnaden.[103]

[103] McMullen, 2021, s. 135 ff. samt McMullen, John, ‘Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertakings’, 23/3 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2007, s. 335, 344.

1.6.2 Reglering utanför EU av övergång av verksamhet i övrigt

Utanför EU finns i några fall en liknande problematik beträffande regleringen av övergång av verksamhet och hur en skälig balans av skyddssyftet ska läggas. Valet av nationell regleringsform av arbetsrätten generellt verkar ofta även avgöra synen på övergång av verksamhet.

För EFTA-länderna, Schweiz, Norge och Island, finns en uttalad vilja att följa EU-rätten beträffande den inre marknaden, vilket dels upprätthålls genom EFTA-domstolens tillämpning, dels via avtal med EU men med vissa avvikande nationella tolkningar. Schweiz har t.ex. en reglering som har uttolkats till att den arbetstagare som väljer att inte följa med till förvärvaren ändå kan tvingas att fullgöra sin uppsägningstid hos överlåtaren.

Norge har fått en utvecklad rättspraxis beträffande övergång av verksamhet där man följer EU-rätten. Norsk rätt har de senaste 15 åren till flera delar följt Johann Mulders trestegsmodell för fastställande av identitet i verksamhet och ekonomisk enhet,[104] till skillnad mot AD. Detta visar tydligt hur olika tolkning länder som följer EU-rätten ändå kan göra nationellt. Särskilt intressant är att Høyesteretten 2021 frångick sin vanliga tolkning av norska preskriptionsregler för att nationellt tolka EU-rätten EU-konformt vid övergång av verksamhet. I målet i fråga valde den norska domstolen att låta preskriptionsfristen löpa från övergångstillfället, i stället för vid det tidigare uppsägningstillfället. Motiveringen är att det finns särskilda hänsyn och behov vid verksamhetsövergång som gör att en annan beräkning måste göras, vilket är förenligt med Direktivets skyddssyfte. Domstolen anser att om preskriptionsfristen skulle börja löpa vid uppsägningen, skulle arbetstagare som senare får reda på en kommande övergång av verksamhet berövas sin rätt till rättslig prövning.[105] Trots att Norge inte är en medlemsstat, har man här kommit fram till att man måste tolka preskriptionsreglerna Unionskonformt vid övergång av verksamhet, något som i ännu högre grad borde gälla inom ett medlemsland.

För länder utanför både EU och EFTA är bilden mycket varierad. En av de viktigaste faktorerna är rättssystemets uppbyggnad och generella avvägning av anställningsskydd, som många gånger även avspeglar sig i regleringen av anställningsskyddet vid övergång av verksamhet. Två ytterligheter kan representeras av USA och Sydafrika.

---

[104] För en djupare analys se Mulder, 2004, kap. 3 och 4. Samt i denna avhandling, kap. 1.7 och kap. 4.1.2. Se även diskussion i kap 2 beträffande vad av detta som ligger inom nationell möjlighet och vad som går emot den EU-rättsliga skyldigheten att tolka nationell rätt för att uppnå EU-rättsliga syften.

[105] Høyesteretts kjennelse 21 desember 2021, HR-2021-2554-A, (sak nr. 21-090917SIV-HRET).

I USA finns en grundläggande tanke om ”the Employment at Will Doctrine”, som ger stor frihet att avsluta ett anställningskontrakt för båda parter. Det finns dock ett växande antal undantag såsom förbud-mot diskriminering och repressalier p.g.a. att arbetstagare kräver sina lagliga rättigheter, samt även kontraktuella undantag både via anställningsavtal som ingås för viss tid och kollektivavtal som uttryckligen förbjuder uppsägning av osakliga skäl. Beträffande anställningsskydd vid övergång av verksamhet finns ingen federal lagstiftning. I vissa av USA:s delstater tillämpar domstolar en ”covenant of good faith and fair dealing” beträffande avslutande av anställningskontrakt generellt. Förvärvaren har ingen skyldighet att ta över överlåtarens personal, men det är möjligt att i köpekontraktet ta in ett krav på att erbjuda övergång för personalen.

Arbetsrätten i Sydafrika utgår från en annan utgångspunkt som lägger större vikt vid anställningsskydd generellt men även beträffande övergång av verksamhet. I Sydafrika har Labour Relations Act 66 från 1995 behandlat frågan i sektion 197 med senare tillägg i The Labour Relations Amendment Act 12/2002. Den nya arbetsgivaren är automatiskt utbytt mot den gamla och rättigheter och skyldigheter förs över. Detta betyder att felaktig uppsägning eller en diskriminering begången av den gamle arbetsgivaren kan åberopas mot den nya arbetsgivaren.

Tre delar måste föreligga samtidigt:

1. En övergång från en arbetsgivare till en annan.
2. En överförd enhet måste vara hela verksamheten eller möjligen en del som har en egen ekonomisk enhet.
3. Verksamheten måste överföras som en egen ”going concern”.

Terminologin förefaller bekant, vilket beror på att EU-rätten har varit en inspirationskälla för den sydafrikanska regleringen. Även i sydafrikansk rätt verkar man fastna i samma frågeställningar som inom EU-rätten beträffande identitet i verksamhet och vad som kan utgöra en verksamhetsövergång. Man hänvisar även till behandlingen av dessa frågor i EUD som en referensram i doktrinen.

Denna korta översikt är avsedd att visa att nationell reglering hela tiden bildar ramen för hur övergång av verksamhet kommer att uttolkas. Detta för oss metodologiskt tillbaka till avhandlingens huvudfråga: Var går gränserna för skyddssyftet vid entreprenadövergång utifrån EU-rätt och nationell rätt? För att kunna svara på detta måste ett helhetsperspektiv anläggas och tidigare forskning beaktas.

1.7 Övergång av verksamhet i svensk och EU forskning

Många forskare inom svensk rättsvetenskap har bidragit till avhandlingens ämne på olika sätt. Jag vill i detta kapitel bara belysa några av de svenska forskare som har varit mest relevanta och därefter kortfattat även nämna några av de många internationella forskare inom EU som har givit stora bidrag.

Ronnie Eklund skrev sin avhandling om rättsläget beträffande anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse redan 1983 och var därmed den första att göra en större sammanställning av rättsläget innan EU-medlemskapet 1995.[106] Här skildras de rättsliga frågor som kunde uppstå både vid företagsövergång och entreprenad utifrån den tidens reglering. Eklund visar att företagsövergångar har blivit allt vanligare och att rättsfrågorna därmed har kommit i fokus. [107] De företagsövergångar som skedde de 23 åren mellan 1946 – 1969, 265 000 stycken, sätts i kontrast till de 276 000 stycken som skedde bara under de fyra åren 1971 – 1975, vilket visar på en närmast explosionsartad utveckling. Han klargör även den mycket viktiga betoning som AD har tagit med sig från det han benämner ”civilrättsliga grundsatser.”[108]

Eklund syftar här på de allmänna principerna för avtalsbundenhet och partsautonomi, där ett nytt rättssubjekt enligt dåvarande reglering hade begränsade skyldigheter vid övergång, oavsett att det var samma verksamhet som fortsatte. Utifrån olika undersökningsmodeller går Eklund igenom de rättsliga effekterna av olika typer av företagsövergångar ur olika partsperspektiv och klargör även vilka samhällsintressen som ställs mot varandra. Hans avhandling berör även de rättsliga problem som enligt då gällande reglering förelåg vid entreprenadliknande övergångar och förutsåg även flera av de rättsliga problem som svensk rätt stod inför vid jämförelse med EU-rättens syn på lagenlig övergång. Från Ronnie Eklunds avhandling hämtar denna avhandling vikten av att utgå från de avtalsrättsliga implikationerna vid övergång av verksamhet, vilket här ska utvecklas genom granskning av entreprenadkonstruktionen.

Johann Bernard Mulder bidrog i sin avhandling från 2004 med ett fokus på utvecklingen av direktiven om övergång av verksamhet och dess tillämpning beträffande anställningsvillkor.[109] Avhandlingen ger en

---

[106] Eklund, Ronnie, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, Norstedts & söners förlag, Lund, 1983.
[107] Eklund, 1983, s. 17 där de företagsövergångar som skedde de 23 åren mellan 1946 – 1969 (265 000) sätts i kontrast till de 276 000 som skedde bara under de fyra åren 1971 – 1975, vilket tydliggör en närmast explosionsartad utveckling.
[108] Eklund, 1983, s. 20.
[109] Mulder, 2004.

mycket god historisk genomgång samt tillför en intressant teoretisk diskussion beträffande vad som är att betrakta som identitet i verksamhet utifrån då gällande rätt. Särskilt intressant är den modell Mulder ställer upp för vad som utgör en ekonomisk enhet. Fokus i avhandlingen ligger på företagsköp och dess påverkan på anställningsavtal. Rättsförhållandet för entreprenader vid övergång av verksamhet berörs därför i begränsad utsträckning, liksom kollektivavtalens ställning. Härifrån hämtas intresset för vad som ger identitet i verksamhet, vilket denna avhandling vill visa blir extra komplext vid entreprenadövergång. Norsk rätt har till flera delar följt Johann Mulders trestegsmodell för fastställande av identitet i verksamhet och ekonomisk enhet,[110] till skillnad mot AD.

Birgitta Nyströms insatser på området kan knappast överskattas. Hon har bidragit med struktur till vår förståelse av EU-arbetsrätten, genom sitt standardverk EU-arbetsrätten, men även gjort flera fördjupade studier. Hennes arbeten har utgjort en grund för arbetsrättslig forskning på området.[111]
Lena Maiers avhandling[112] berör tolkningen av vilket arbetsrättsligt normgivningsutrymme som medlemsstaterna i EU hade år 2000, vilket ger viktiga grundvärden än i dag för föreliggande avhandling.

En stor förebild i forskningen, som har haft stor praktisk betydelse, är Kerstin Ahlberg, som tillsammans med Niklas Bruun har stakat ut stora delar av EU-rätten, särskilt genom sitt arbete om kollektivavtalens betydelse.[113] Niklas Bruun har även klargjort flera aspekter av arbetsrätt och övergång av verksamhet i ett antal verk.[114] Flera forskare har bidragit till EU-arbetsrätten generellt och även i förhållande till övergång av verksamhet.[115]

---

[110] Mulder, 2004, kap. 4.3, kap. 1.7 och kap. 4.1.2 samt diskussion i kap 2 beträffande vad av detta som ligger inom nationell möjlighet och vad som går emot den EU-rättsliga skyldigheten att tolka nationell rätt för att uppnå EU-rättsliga syften.

[111] Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Norstedts Juridik, 2021. Se även av samma författare bl.a. Nyström, 'Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet' i Eklund, Ronnie, Koch, Michael, Nilsson, Edvard & Sigeman, Tore (red), *Festskrift till Hans Stark*, 2001, s. 211–233 samt Nyström, 'Några aktuella arbetsrättsliga frågor i samband med övergång av verksamhet' i Nyström et al (red), *Modern affärsrätt: en antologi*, Wolters Kluwer, 2017.

[112] Maier, Lena, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*: *en rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningsutrymmen*, Stockholm, 2000.

[113] Se bl.a. Bruun, Niklas, & Ahlberg, Kerstin, 'Kollektivavtal i EU – Om allmängiltiga avtal och social dumping', Arbetsmarknad & Arbetsliv 1996, s. 291 ff.

[114] Bruun, Niklas, 'Prohibition of Discrimination under Article 14 European Convention on Human Rights' i Dorssemont, Filip, Lörcher, Claus, & Schömann, Isabelle (red), *The European Convention on Human Rights and The Employment Relations*, Hart publishing, 2013; Bruun, Niklas, 'The Old and New Foundations of Labour Law', i Ahlberg, Kerstin, & Bruun, Niklas (red), *The New Foundations of Labour Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2017.

[115] Erik Sjödin som i sin avhandling går igenom inflytandedirektivens genomförande i Sverige och ger många nycklar till information och förhandling. Se Sjödin, Erik, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande: en rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige*, Iustus,

Den kommunala arenan [116] är ett eget forskningsfält där jag endast i mycket begränsad omfattning har trängt in.[117]

Beträffande entreprenadernas särställning vill jag särskilt nämna Síofra O´Leary som angriper problemet med ett avtalsrättsligt perspektiv som i mycket påminner om Eklunds men som även sätter in ”övergång” i ett praktiskt arbetsrättsligt perspektiv.[118] Det har även börjat bli mer vanligt med kritiska nationella granskningar av hur EU-rätten har genomförts beträffande Direktivet.[119]

Inom EU-rätten har flera författare genom åren givit analyser av rättsområdet generellt men även i några fall fördjupat analysen beträffande entreprenadkonstruktioner. Catherine Barnard har givit förtjänstfulla genomlysningar av EU-rättens reglering och lyckats sätta in övergång av verksamhet i ett större EU-rättsligt perspektiv utifrån social arbetsrätt.[120] Här hämtar avhandlingen flera idéer beträffande viktningen mellan de sociala aspekterna inom arbetsrätten och näringsfriheten.

Silvia Rainones avhandling om EUD:s roll i EU:s rättsskapande från 2022, som utgår från en granskning av Direktivet, publicerad i Bulletin of Comparative Labour Relations 2023,[121] har som redan nämnts, gett

---

Uppsala, 2015. Niklas Selberg har i sin avhandling, Selberg, Niklas, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*, Lund, 2017, gjort viktiga insatser för att bl.a. klarlägga anställningsskyddet i komplexa arbetstagarorganisationer, vilket har tjänat som en modell i mina jämförelser av entreprenad och bemanning. Beträffande kollektivavtalens användning inom EU-rätten i allmänhet och framförallt beträffande tjänstepension, ger Caroline Johanssons avhandling en intressant genomgång. Se Johansson, Carolina, *Tjänstepension möter EU-rätten*, Iustus, 2017. Detta vidgas än mer i Erik Sinanders avhandling om internationell kollektivavtalsreglering där han sätter ljuset på den svenska modellen beträffande kollektivavtalens rättsverkan för reglering av anställningsvillkor i ett internationellt privaträttsligt perspektiv. Se även *Sinander, Erik, Internationell kollektivavtalsreglering. En studie i internationell privaträtt av den svenska modellen för reglering av anställningsvillkor*, Universitetsservice-US AB, Stockholm, 2017.

[116] Jag har haft stor nytta av Alf Bohlins omfattande produktion, se t.ex. Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Wolters Kluwer, 2016 samt Olle Lundin och Tom Madells kommentar av kommunallagen, se Madell, Tom och Lundin, Olle, *Kommunallagen*, Norstedts, 2018. Beträffande kommunala befogenheter se *Lindqvist, Ulf m.fl., Kommunala befogenheter: sammanställning gett god vägledning*, Wolters Kluwer, 2016. Se även Madell, Tom, *Det allmänna som avtalspart - särskilt avseende kommunens kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Wolters Kluwer, 2016. Jag vill särskilt framhålla Åsa Örnbergs avhandling som klargör många gränser för kommunens rättskapacitet i näringshänseende, se *Örnberg, Åsa, Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, Jure, Stockholm, 2014.

[117] Att undersöka kommersiella agerande på en offentligrättslig arena ger speciella förutsättningar. Jag vill särskilt tacka Tom Madell som i sin avhandling på ett förtjänstfullt sätt går igenom förutsättningar och risker i att träffa avtal med det allmänna och därmed gett mig underlag till flera tankemodeller.

[118] Se t. ex. O´Leary, 2002.

[119] Se t. ex. Carvalho Martins, David, ‘Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling’, 9(1) *European Labour Law Journal* 2018, s. 29-49, samt McMullen, 2021.

[120]Se t.ex. Barnard, 2012 and Barnard, *European Union Law*, Oxford, 2023; samt Nielsen, Ruth, *EU labour law*, DJOF Publishing, 2019 som klargör bl.a. gränserna för genomförande av EU-rätt nationellt.

[121] Rainone, 2023.

en ny vinkel beträffande hur olika direktiv ger utrymme för olika typer av rättslig utveckling beroende på bl.a. graden av öppenhet i direktivens skrivning. Rainones statistiska genomgång av de domar som Direktivet har föranlett beträffande vissa begrepp och domstolens motiveringar ger ett i flera delar nytt perspektiv beträffande EUD:s roll i den arbetsrättsliga utvecklingen inom EU. Här finns många viktiga bidrag som denna avhandling har beaktat om Direktivets utveckling men främst om EUD:s förutsättningar.

Skyddssyftets genomslag vid driftsformsförändringar i allmänhet och entreprenadövergångar i synnerhet är dock ännu ett till stora delar outforskat område inom arbetsrätten. Entreprenadövergångar ses som komplicerade inom arbetsrätten och kan därför vara intressanta på flera olika sätt. Om någon tydlighet kan skapas beträffande detta, kommer det att ge ökad klarhet både beträffande flera frågor som kvarstår för hela området, övergång av verksamhet, och beträffande skyddssyftets omfattning.

1.8 Disposition

Avhandlingens uppläggning har bestämts utifrån att tydligt kunna skildra basen och utvecklingen av rättsläget för vald frågeställning. Denna disposition ger en kortfattad genomgång av varje del samt kapitlens upplägg för att sedan i inledningen av varje del återkomma med en mer utförlig genomgång.

Avsikten är att genom rättslig sammanställning och analys kunna visa på vad som gäller för entreprenadövergångar generellt och skyddssyftet i synnerhet. Avsikten är att skapa praktiskt användbara konstruktioner och att särskilt påtala de rättsliga problem som kan uppkomma, samt i förekommande fall även se om de är möjliga att lösa.

Avhandlingen är uppdelad i tre materiella delar. Därutöver presenteras ett inledande metodkapitel och ett avslutande kapitel med sammanfattning och slutsatser.

Kapitel 1 – Inledande tankar om arbetstagarens skydd vid entreprenadövergång, föregår avhandlingens materiella del.
Det första kapitlets syfte är att klargöra rättsfrågorna baserat på grundfråga, problemformulering, syfte och frågeställning. Skyddssyftet definieras som Direktivets avvägning mellan anställningsskydd och näringsfrihet och skyddar därmed båda sidor. Avgränsningen klargör vad som inte kommer att behandlas inom syftets ram för att mer detaljerat definiera behandlat område, d.v.s. skyddssyftet. Metoddelen avser att

beskriva varför materialet har insamlats och hur det har bearbetats samt förhållningssättet till rättsdogmatik, EU-rätten och den metodmässiga anknytningen till EU-rättslig metod och Purposive Approach. Här görs även en första generell genomgång av forskningsläget.

Del 1 - EU-rätten - EU-rättsliga utgångspunkter för reglering av övergång av verksamhet
Del 1 avser, huvudsakligen att utifrån en EU-rättslig metod,[122] att identifiera verktyg och termer för att fastställa skyddssyftet vid övergång av verksamhet och därigenom kunna besvara första frågan i frågeställningen samt frågan om tolkning av ekonomisk enhet.

Dessa svar kommer sedan att sättas in i ett större samband i de senare delarna av avhandlingen.

- *Hur långt går skyddet för arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet i förhållande till näringsfriheten vid tolkning av Direktivets syfte och EUD:s domar beträffande entreprenad.*
- *Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och vilka effekter har det gett?*

Kap. 2 Utvecklingen av unionsrättens sociala dimension rörande övergång av verksamhet
Kapitlet inleds materiellt med en kortfattad genomgång av EU-rättens utveckling när det gäller övergång av verksamhet och det skyddssyfte som överlåtelsedirektivet ger i syfte att beskriva bakgrunden till regleringens uppkomst. Diskussion förs sedan om vilket anställningsskydd som är möjligt i förhållande till näringsfriheten inom Direktivets ram utifrån EU-rätten.

Kap. 3 Övergång av verksamhet och dess aktörer
Kapitlet presenterar några centrala begrepp såsom lagenlig övergång, identitet i verksamhet, arbetstagare och arbetsgivare, partsbyte, going concern, konkurs och insolvens. Gränserna för dessa begrepp kommer senare i avhandlingen att relateras till i diskussionen om avgränsning av skyddsbegreppet, framför allt vid entreprenadövergång. Kapitlet avser även att tydliggöra en generell avgränsning av begreppet entreprenad och därefter inleda en diskussion om hur entreprenaden påverkas vid en övergång av verksamhet.

---

[122] Här avses även det samspel som sker mellan den rättsdogmatiska metoden och den EU-rättsliga på så sätt att EU-rätten i Direktivet ger medlemsstaterna rätt att, inom vissa ramar, definiera begreppet arbetstagare, vilket därmed sker rättsdogmatiskt. De slutsatser som dras kommer även att diskuteras utifrån Purposive approach.

Kap. 4 Ekonomisk enhet
Kapitlet avser att utreda begreppet ekonomisk enhet för att klargöra begreppets utveckling och EU-rättens gränser för vad som kan innebära en övergång. Vad är det som egentligen behöver övergå, samma ekonomiska enhet eller de produktionsfaktorer som behövs för att skapa den?

Del 2 - När blir det övergång av verksamhet och vad går över enligt EUD?
Del 2 avser att utifrån EU- rättslig metod och Purposive approach besvara följande frågor i frågeställningen:

- *Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?*
- *Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?*

Kap. 5 Övergång av verksamhet och *Spijkers* kriterierna
Kapitlet går igenom ursprunget till de sju kriterierna i *Spijkers*-domen[123] och redogör för deras kontext.

Kap. 6 Arten av företag eller verksamhet.
Kapitlet gör en genomgång av vad som kan särskilja arten av en verksamhet eller företag och vilken betydelse detta kan få beträffande offentlig respektive privat verksamhet samt del av verksamhet.

Kap. 7 Har tillgångar överlåtits?
Kapitlet relaterar till kriterium två och tre i *Spijkers*-domens uppräkning, nämligen att ta över material och värdet av immateriella rättigheter och hur detta även kan vara en ekonomisk enhet i sig.

Kap. 8 Har förvärvaren tagit över (större delen) av personalstyrkan?
I kapitlet diskuteras personalbegreppet vid övergång för att klargöra dels när personal kan utgöra identitet i verksamhet, dels när verksamheten kan anses vara en ekonomisk enhet samt om detta samagerar.

Kap. 9 Kundkrets, verksamhetsbegrepp och kontinuitetskravet.
I kapitlet förklaras betydelsen av den marknadsmässiga avgränsningen i begreppet kundkrets, hur verksamhetsbegreppet relaterar till både

[123] Case 24/85 *Spijkers*.

arbetsuppgifter och ekonomisk enhet samt betydelsen av att verksamheten inte legat nere en alltför lång period.

Kap. 10 Betydelse av extern organisatorisk struktur
I kapitlet kommer fokus att ligga på vad som skyddas vid en övergång både beträffande offentlig sektor, personalbolag och uttolkningen av rätt till övergång av facklig verksamhet vid ”självständighet”.

Kap. 11 Betydelsen av intern organisation
I kapitlet behandlas betydelsen av anställningsvillkor och alternativ organisation, när arbetstagarna inte är anställda direkt i verksamheten. Kapitlet behandlar även hur arbetsorganisation kan inverka både utifrån uppdelning av verksamhet och betydelse av de förändringar i arbetsorganisation och arbetsledning som skett på svensk arbetsmarknad samt vad detta innebär för vad som kan utgöra ekonomisk enhet vid personalintensiv verksamhet.

Kap. 12 Vad blir speciellt vid bedömning av övergång av personal vid entreprenadfallen?
Del två avslutas med en genomgång och sammanställning över vad kriterierna innebär vid övergång av entreprenad, vid ekonomisk enhet och vilket skydd som ges vid olika typer av entreprenader, även med beaktande av skillnader mellan män och kvinnors entreprenadarbetsmarknad.

Del 3 – Den svenska kontexten
Vad händer med anställningsskyddet för arbetstagare i entreprenad vid övergång?

Del 3 har två kapitel, 13 och 14, som avser att utifrån avhandlingens tre metoder[124] analysera och besvara följande fråga i frågeställningen:

Hur har Direktivets skyddssyfte genomförts i svensk rätt och uttolkats i AD beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet och vilka effekter har det gett för entreprenader?

Kap. 13 Sverige – övergång av verksamhet i ett kollektivavtalstungt system
Kapitlet går igenom den svenska ingången i rättssystemet och relaterar tidigare behandlade frågor till vad som händer i ett rättssystem vid övergång av verksamhet, där det huvudsakligen är kollektivavtal som reglerar anställningsvillkor.

[124] Rättsdogmatik, EU-rättslig metod och Purposive approach.

Kap 14 AD:s behandling av entreprenad - identitet i verksamhet och ekonomisk enhet
I kapitlet kommer några viktiga effekter för entreprenader att beskrivas utifrån den svenska rättstillämpningen, såsom arbetsbrist, ekonomisk enhet, preskriptionsregler och effekter för kommunala/regionala entreprenader. Dessa kommer att analyseras utifrån avhandlingens tre metoder.

Kap. 15 Sammanfattning, analys och tankar
Kapitlet ger en möjlighet att se avhandlingens olika delar i ett sammanhang både utifrån både frågorna i frågeställningen och genom att beakta de tre metodologiska frågorna i Purposive approach; ”Vad är syftet med en reglering? Hur ska regleringen klarläggas och uttolkas utifrån sitt sammanhang? Hur kan regleringen ses utifrån en strävan både efter effektivitet och att ge en demokratisk förankring.”

Dessa frågor besvaras bl.a. genom en sammanställning och diskussion om vad avhandlingen tillför om gränsdragning för ekonomisk enhet och identitet i verksamhet och vad detta betyder för entreprenader. Vid uttolkningen av en ekonomisk enhet får frågan huruvida produktionsfaktorer har tagits över stor betydelse för övergångsregleringens förutsägbarhet och effektivitet. Sammanställningen av avhandlingens del 1 och 2 resulterar i den diskussion som klargörs i kapitel 14 och som i kapitel 15 sätts in i ett större mönster av avvägning mellan effektivitet, skydd och demokratisk förankring utifrån flera praktiska frågor såsom:

- Svensk praxis beträffande arbetsbrist vid entreprenadövergång styrs idag av praxis från tiden innan Sverige blev medlem i EU. På denna tid omfattades inte entreprenader av nationella regler om övergång. Är denna praxistolkning förenlig med EU-rättens krav att medlemsstaterna ska tolka nationell rätt för att uppnå EU-rättens syfte?
- Kan de svenska preskriptionsfristerna ses som förenliga med den EU-rättsliga skyldigheten att tolka nationella rättskällor för att uppnå Direktivets skydd?
- Är det skäligt att tolkningen av huruvida den ekonomiska enheten visar på en tydlig struktur och ledning i personalintensiva entreprenader fortsättningsvis ska göras utifrån om arbetsledning tagits över, när verksamheterna i dag alltmer sällan har denna typ av direkt arbetsledning?
- Skulle det vara möjligt med ökad effektivitet och förutsägbarhet vid entreprenadövergångar genom en presumtion för att en ekonomisk enhet föreligger i de branscher där en strukturellt självständig styrmodell är vanlig?

DEL 1: EU-rätten - Utgångspunkter för reglering av övergång av verksamhet (kap. 2-4)

Inledning del 1
Denna första del i avhandlingen avser att ge en kortfattad genomgång av EU-rättens arbetsrättsliga utveckling i allmänhet och specifikt när det gäller övergång av verksamhet för att klargöra bakgrunden till regleringens uppkomst och skyddssyftets omfattning. I kapitel 2-4 inleds diskussionen om hur sociala intressen och näringsfriheten förenas inom ramarna för Direktivet, genom följande två frågor i frågeställningen:

- *Hur långt går skyddet för arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet i förhållande till näringsfriheten vid tolkning av Direktivets syfte och EUD:s domar beträffande entreprenader?*

- *Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätten och vilka effekter har det gett?*

Kapitlet inleds med en kort historik beträffande EU-rättens utveckling av en social dimension. Därefter diskuteras det skyddsändamål som kan härledas i Direktivet och hur avvägningen mellan näringsfrihet och skydd för arbetstagarens ställning behandlas. Vidare sätts en ram för hur intressena viktas mot varandra utifrån rättskällorna.

I kapitel 3 ges definitioner av vissa centrala begrepp såsom vem som är att betrakta som överlåtare, förvärvare och arbetstagare samt hur entreprenad påverkar begreppen och hur föremålet för övergången kan relateras till lagenlig övergång. Genomgående kommer sedan termer att relateras till entreprenadens rättsliga ställning vid övergång av verksamhet enligt EUD:s uttolkning. Därför är en kortfattad introduktion nödvändig för att reda ut de allmänna frågeställningarna och även behandla insolvensfallen. En kort inledande genomgång ges av hur en verksamhets identitet kan fastställas med tillämpning av de ovannämnda sju kriterierna där inriktningen helt ligger på vad som blir relevant för driftsformsförändringar i allmänhet och skyddssyfte för anställda i entreprenader i synnerhet. Denna genomgång kommer sedan att utvecklas i del 2.

Del 1 avslutas i kapitel 4 med ett klargörande av kraven för att en ekonomisk enhet ska föreligga. Det är oftast nödvändigt att fastställa en

ekonomisk enhet för att identitet i verksamhet ska ses som möjlig och att övergång enligt Direktivet därmed kan ske. Begreppet ekonomisk enhet kommer därefter i resten av avhandlingen att användas som en katalysator för att granska vad som omfattas av Direktivets skydd och på vilken grund, för att klargöra EU-rättens gränser för vad som kan innebära en övergång av verksamhet vid entreprenad.

Kapitel 2: Utvecklingen av unionsrättens sociala dimension rörande övergång av verksamhet

I kapitel 2 kommer olika aspekter av en avvägning mellan näringsfrihet och anställningsskydd att skildras i syfte att särskilt belysa de delar av EU-rättens utveckling som på olika sätt kommer att få betydelse för avhandlingens fortsatta sakframställning. Samma reglering kan därför speglas flera gånger men i olika syften. Kapitlet visar dels hur fokus har förflyttats inom EU, från att främst ha varit en handelsunion till ett större beaktande av skydd för sociala värden, dels hur gränserna för skyddsvärde är komplexa.

Kapitel 2: Utvecklingen av unionsrättens sociala dimension rörande övergång av verksamhet
2.1 EU-rättens utveckling och tillkomsten av Överlåtelsedirektiv 77/187/EEG – Ett steg mot tydligare sociala inslag på unionsnivå
2.1.1 EU:s rättsstruktur
2.1.2 Befogenhet, subsidiaritet och proportionalitet
2.1.3 Lojalitetsprincipen
2.1.4 Den EU-rättsliga utvecklingen som ledde fram till Direktivet
2.2 En starkare social EU plattform
2.3 Tolkning av EU-arbetsrätt i nationell tillämpning
2.3.1 Rättighetsstadgan och samstämmigheten
2.3.2 Ett förtydligande av Direktivets skyddssyfte beträffande sammanvägning av näringsfrihet och sociala hänsyn
2.4 Grunden för näringsfrihet
2.4.1 Arbetsledningsrätt kontra skyddsintresse
2.4.2 Applicable fundamental rights
2.4.3 Rätten att bedriva näring
2.5 Näringsfrihet som en yttersta gräns för EU:s skydd?
2.5.1 Medlemsstaternas möjlighet att värna egna intressen
2.5.2 Nationell rätt kontra de grundläggande friheterna
2.5.3 Nationell rätt kontra arbetstagarens skydd i EU-rätt
2.5.4 Vad händer om utvecklingen av nationell praxis starkt försvagar det nationella skyddet för arbetstagaren vid övergång av verksamhet?
2.6 Proportionalitet: Näringsfrihet kontra anställningsskydd
2.6.1 Acquis communautaire
2.6.2 Vissa villkor tolkas mer eller mindre snävt
2.6.3 Balansen mellan parternas intressen
2.7 Nationellt utökat skydd för arbetstagare kontra näringsfrihet
2.8 Vilka villkor skyddas när sociala hänsyn förenas med avtalsfrihet?
2.8.1 Statiskt skydd
2.8.2 Dynamiskt skydd
2.9 Flexibilitet kontra effektivitet

2.1 EU-rättens utveckling och tillkomsten av Överlåtelsedirektiv 77/187/EEG – Ett steg mot tydligare sociala inslag på unionsnivå

> ”Social policy has long been viewed as the poor relation in the integration process”.[1]

För att förstå gränserna för anställningsskyddet i Direktivet måste man initialt dels förstå EU-rättens grundläggande struktur, dels den rättsliga utveckling som leder fram till de avvägningar som görs i Direktiv. Den EU-rättsliga strukturen ger grunden och förutsättningen för bl.a. befogenhet och kompetensfördelning inom EU.

Men hur starka är de sociala värdena när de kommer i motsatsställning till näringslivets intressen eller till föreningsfrihet för arbetsgivare? Delkapitel 2.1 avser att skildra bakgrunden till dagens situation och förklara avvägningen mellan näringsfrihet och sociala intressen i förhållande till Direktivet samt tydliggöra vad som i denna avhandling avses med begreppet näringsfrihet. Framställningen kommer enbart att fokusera på den del som rör arbetsrätten.

1957 startade de sex länder som 1951 bildade Kol-och stålunionen dels en Atomenergigemenskap (Euratom), dels ett ekonomiskt samarbete, den Europeiska Ekonomiska Gemenskapen (EEG).[2] Denna handelsunion startade med en marknadsliberal tanke om att frihandel mellan EU:s medlemsländer är det bästa sättet att gynna utveckling och välstånd och har lett till en stark betoning på näringslivets betydelse.[3] Regelverket bygger på att unionsländerna har starka och konkurrenskraftiga företag men vidgade även handeln till både industri- och jordbruksområdet. Medlemsstaterna fastställde gemensamma ekonomiska och sociala mål.[4] Denna tanke har med åren utvecklats när betydelsen av sociala värden, t.ex. skydd för arbetstagares ställning och rätt att inte bli utsatt för diskriminering, har kommit i fokus.

2.1.1 EU:s rättsstruktur

EU-rätten är på många sätt ett monument över det omöjliga, att förena medlemsstaterna runt en gemensam rättslig grund.[5] EU-rätten är en ny rättsordning sui generis, där medlemsstaterna i vissa delar har inskränkt sina suveräna rättigheter och lämnat över en viss bestämmanderätt till

---

[1] Barnard, 2012, s. 3.
2 Craig, Paul, ‘Development of the EU’ i Barnard, Catherine & Peers, Steve (red), *European Union Law*, 3:e uppl., 2020, s. 10 f.
3 Craig, 2020, s.13 ff.
[4] Romfördraget Art. 153.
[5] Se närmare om EU-rättens regleringsgrund i bl.a. Sjödin, 2015, s. 39 ff., samt om utvecklandet av EU:s sociala dimension i a.a., s. 61-65.

EU, både vad gäller medlemsländerna och medborgarna.[6] Arbetsrätten ses både som ett redskap och som ett möjligt hinder för genomförande av grundprinciperna om fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital.[7] I och med sammanslagningen av Kol- och stålunionen och frihandelsunionen 1956 genom Romfördraget inleddes en ny era inom europasamarbetet. De ursprungliga sex medlemsländerna[8] strävade efter fred och ekonomiskt välstånd, en strävan som kom att utvecklas över tid och med nya medlemsländer. Unionen fokuserade initialt mycket på frihandel. Även om Romfördraget klargjorde behovet att förbättra anställningsvillkor och levnadsstandard, vara detta inte ett huvudsyfte i praktiken.

EU saknade under många år generell lagstiftningskompetens på det socialpolitiska området.[9] Rätten till lika lön för lika arbete stod dock inskriven redan i Romfördraget 1956 och kom under 1970-talet att manifesteras av EUD genom bl.a. Defrenne-målen med en tolkning av Art. 153 i Romfördraget och i ljuset av den Sociala stadga som antogs i Turin 1961.[10] EEG skapade ursprungligen ett frihandelsområde under GATT[11] där de överstatliga institutionerna saknade normgivningsmakt på arbetsrättens område. Medlemsstaterna var tveksamma till att avhända sig en sådan normgivningsmakt. De överstatliga institutionerna tilldelades främst befogenheter att undanröja hinder för rörlighet av produktionsfaktorer och produkter mellan medlemsstaterna. Den praxis som bildades av EUD kunde därmed huvudsakligen bara bevaka marknadsanpassning och näringsfrihet.[12]

Art. 4.1. FEU klargör att i enlighet med Art. 5 FEU ”ska varje befogenhet som inte har tilldelats EU i fördragen tillhöra medlemsstaterna.” Eftersom medlemsstaterna på detta sätt behåller den normgivningsmakt som inte har tilldelats EU:s institutioner, måste EU hela tiden ha en legal utgångspunkt i något av fördragen. Även om fördragen anger mål som EU och medlemsstaterna ska sträva mot, t.ex. Art. 151 FEUF, som rör främjande av sociala rättigheter, är det inte självklart att fördraget

[6] Case 26/62 *van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.
[7] Craig, 2020, s. 13 ff.
[8] Belgien, Frankrike, Italien, Luxemburg, Nederländerna och Tyskland.
[9] Se Malmberg, Jonas, ‘Arbetsrätten efter EU-inträdet’, Svensk Juristtidning SvJT 2011, s. 430–439.
[10] Case 80/70 *Gabrielle Defrenne mot Belgien*, ECLI:EU:C:1971:55 (Mål Case 80/70 *Defrenne*); Case 43/75 *Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* ECLI:EU:C:1976:56 (Mål Case 43/75 *Defrenne*); och Case 149/77 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena,* ECLI:EU:C:1978:130 (Mål Case 149/77 *Defrenne*).
[11] The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).
[12] Näringsfriheten omfattar här både avtalsfrihet, rätt till marknadstillträde och justa konkurrensvillkor.

ger EU befogenheter att agera om dessa inte respekteras. En sådan befogenhet kan i stället framgå separat.[13]

Detta ger ett första klargörande av gränserna för medlemsstaternas rättskapacitet. Gränserna tydliggörs ytterligare i Art. 5 FEU där de viktiga fundamenten förklaras, nämligen befogenhet, subsidiaritet och proportionalitet.

2.1.2 Befogenhet, subsidiaritet och proportionalitet

EU kan endast handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat EU i fördragen i syfte att nå de mål som har fastställts där. De områden där EU har exklusiv befogenhet framgår i Art. 3 i FEUF och innefattar bl.a. de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion.

Beträffande socialpolitiken har EU delad befogenhet med medlemsstaterna enligt Art. 4 i FEUF, och får enligt Art. 5 FEUF ta initiativ för att säkerställa samordningen. Utövandet av principerna om subsidiaritet och proportionalitet ska styra EU:s utövande av befogenheter. Om EU inte har exklusiv befogenhet att vidta en åtgärd får den enligt subsidiaritetsprincipen bara agera om medlemsstaten, till skillnad från EU, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnå målen. Enligt proportionalitetsprincipen ska EU:s åtgärder till innehåll och form inte gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen.[14]

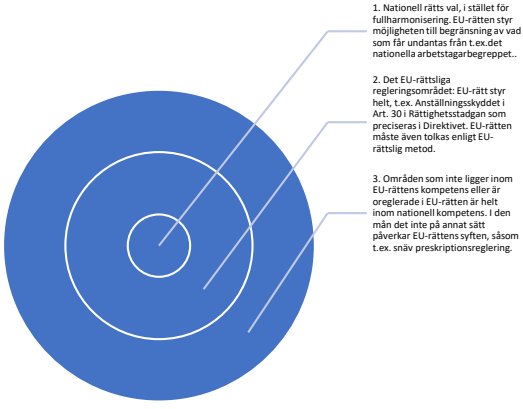
Art. 2-6 FEUF skiljer mellan tre olika kompetenser för EU; exklusiv, delad och supplementär. Om EU har en exklusiv kompetens får EU endast rättsligt agera inom området och medlemsstaterna endast lagstifta inom området efter tillstånd från EU. Exklusiv kompetens är ovanlig. Det vanligaste är att kompetensen är delad, Art. 2(2) FEUF och listan över vilka områden detta gäller framgår i Art. 4 FEUF, som rymmer både den interna marknaden och sociala policies. Vid delad kompetens finns en skyldighet för EU att undersöka vilken reglering som är mest lämplig för att nå målet i enlighet med subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen.[15] Så fort EU har antagit en rättlig reglering, t.ex. ett direktiv, inom området blir den delade kompetensen exklusiv om regleringen i sig inte kräver eller tillåter medlemsstaterna att göra annorlunda. Denna typ av rättsakt kan även vara supplementär på det sättet att många direktiv kräver att medlemsstaterna inför en miniminivå men tillåter medlemsstaterna att införa bättre regler för utökat skydd för i direktivet skyddsvärd grupp.

---

[13] Beträffande Art. 151 finns befogenheten för Unionen att agera i Art. 153(2) FEUF men bara för att säkra vissa grundläggande rättigheter.
[14] Art. 5.3 FEU.
[15] Se subsidiaritetsprincipen i Art 5(3) FEU.

Inom vissa områden är EU:s roll att bara vara samordnande, att försöka stödja nationell utveckling men låta medlemsstaternas kompetens vara oinskränkt. Så är fallet t.ex. med sysselsättningspolitiken i Art. 5(2) FEUF beträffande att koordinera anställningsvillkor mellan medlemsländer, i den mån dessa villkor inte framgår av direktiv, fördrag eller annan bindande rättsakt.
Inom de flesta av EU:s reglerade områden kommer dock den EU-rättsliga lojalitetsprincipen att inverka på medlemsstaternas möjlighet att göra nationella tolkningar.

Regleringsrätten mellan EU och nationell rätt beträffande övergång av verksamhet kan därmed beskrivas enligt nedanstående figur:



2.1.3 Lojalitetsprincipen

Medlemsstaterna är alltid skyldiga att vidtaga lämpliga åtgärder för att säkerställa att EU-rätten iakttas. Detta gäller även sanktioner enligt EUD, vilket följer av Art. 4.3 FEU, den s.k. lojalitetsprincipen.[16] Enligt lojalitetsprincipen måste varje medlemsstat anpassa rättsläget i landet så att det är förenligt med ett direktivs syfte och materiella bestämmelser. I Mål C-*441/14 Ajos*[17] som rör danska pensionsregler, anses det inte vara i strid med rättsstatens krav på förutsebarhet att ändra det nationella rättsläget till följd av ett direktiv, eftersom det följer av direktivets

[16] (17) Mål C-382/92 *Europeiska gemenskapernas kommission mot förenade kungariket* ECLI:EU:C:1994:233 (Mål C-382/92 *Kommissionen*). Se mer om detta i Maier, s. 99 ff.
[17] C-441/14 *Dansk Industri (DI) mot Sucession Karsten Eigil Rasmussen* Begäran om förhandsavgörande från Højesterett, ECLI:EU:C:2016:278, (C-441/14 *Ajos*). Den nationella utvecklingen blev dock en annan eftersom den danske Højesteretten inte accepterade EUD:s dom. Den nationella domstolen ansåg att detta stred mot danska konstitutionella principer om förhållandet mellan lagstiftare och domstol, vilket man inte ansåg att EU-rätten kunde förfoga över, se *Dom den danske Højesterett den 6 december 2016 i mål 15/2014.* Den danska domen visar på en av svårigheterna för EUD:s domar att få nationell effekt. Den praxis som EUD fastställde i målet består dock oförändrad av bristande nationellt genomförande.

rättsverkan. EUD klargör en skyldighet för domstolar i medlemsstaterna att göra allt de kan för att uppnå det resultat som eftersträvas med det aktuella direktivet. Detta betyder även en skyldighet att förena den nationella rättstraditionen med EU-rättens systematik på så sätt att varje nationell lagstiftare och domstol har att göra proportionalitetsavvägningar i varje konkret fråga för att få till en EU-konform tolkning.

Det framgår i Mål *C-441/14 Ajos* att det föreligger en skyldighet för domstolar i medlemsstaterna att göra allt de kan för att uppnå det resultat som eftersträvas med det aktuella direktivet och sålunda iaktta artikel 288 tredje stycket FEUF samt att göra en direktivkonform tolkning i enlighet med lojalitetskravet i Art. 4.3. FEU. Denna skyldighet påverkas inte av att fullgörandet kan få negativa konsekvenser för enskilda eller innebära avvikelser från fast nationell rättspraxis. Mål *C-441/14 Ajos* visar hur en nationell domstol ska gå till väga för att säkerställa lojalitetsprincipen med avseende på tillämpningen av direktiv i horisontella tvister. Det är även viktigt att klargöra att tolkningen måste ske enligt Direktivets syfte, inte utifrån nationella förarbeten.[18] För att EU-rätten ska kunna få genomslag har den EU-rättsliga utvecklingen allt mer kommit att betona medlemsländernas skyldighet att harmonisera sin rättsutveckling. Denna utveckling har skett både genom EUD:s praxis och genom en stärkt ställning för grundläggande rättigheter.[19]

2.1.4 Den EU-rättsliga utvecklingen som ledde fram till Direktivet

Dagens EU har sin kärna i den ekonomiska gemenskapen, en inre marknad med fri rörlighet för kapital, varor, tjänster och personer, d.v.s. ”de fyra friheterna”, men med en allt större strävan att uppnå en social marknadsekonomi. Därutöver finns en femte frihet, rätten att etablera ekonomisk verksamhet i annat medlemsland, den s.k. etableringsrätten. Målen ska uppnås genom en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens över hela den inre marknaden.[20] För detta ändamål integreras nationella marknader genom ”fri rörlighet” för företag och arbetstagare.[21] Sekundärrätten preciserar de avvägningar som måste göras mellan

[18] C-371/02 *Björnekulla Fruktindustrier AB mot Procordia Food AB*, ECLI:EU:C:2004:275 (Mål C-371/02 *Björnkulla*) p.13. När en nationell domstol gör en tolkning av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter ett direktiv, är man 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 kan uppnås och man därmed kan agera i överensstämmelse med artikel 249 tredje stycket EG, även om det i förarbetena till den nationella bestämmelsen finns upplysningar av motsatt innebörd, om hur lagen ska tolkas.

[19] Vilket en stor del av EUD:s praxis om övergång av verksamhet visar liksom t.ex. tillskapandet av Rättighetsstadgan som primärrätt.

[20] Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts juridik Karnov group, 7:e uppl., 2022, s. 35-36.

[21] Som numera återfinns i Artiklarna 45-55 FEUF.

”friheterna” och andra intressen på nationell nivå som kan utgöra hinder för integrationen.[22]

Redan under 1960-talet fanns ett intresse hos främst Frankrike och Tyskland att utveckla anställningsvillkoren inom gemenskapen, bl.a. för att de egna ländernas förhållandevis goda villkor inte skulle medföra konkurrensnackdelar för den inhemska industrin. Genom den Sociala stadgan i Turin 1961 klargjordes en tidig vilja att tillförsäkra befolkningen i de dåvarande sex medlemsländerna även sociala rättigheter i syfte att uppnå högre social levnadsstandard. Medlemsländerna som samtliga även samverkade i EKMR, hade därmed en koppling både till socialt skydd och ekonomisk utveckling. Det sociala skyddet kom även tidigt att tas upp i EUD när domstolen i *Case 80/70 Defrenne* behandlade löneskydd, som är en tydlig social rättighet. Även Kommissionen konstaterade tidigt att det fanns en motsättning mellan dels brist på tilldelade befogenheter att genomföra förändringar av arbetsvillkoren, dels den övergripande målsättningen att öka medlemsstaternas konkurrenskraft på alltmer globaliserade marknader, dels det stora praktiska behovet för att fullt ut kunna nå bättre ekonomiska villkor.[23]

Under stora delar av 1960 talet skedde en stark industrialisering av flera av EU:s länder vilket även ledde till att antalet företagsköp ökade.[24] Under början av 1970-talet var Europas ekonomi starkt påverkad av vad som senare kom att rubriceras som oljekrisen. Flera oljeproducerande länder i mellanöstern gick samman i en kartell, Opec, och ransonerade kraftigt sin export av olja och utövade på detta sätt en exportpolitik som snabbt drev upp oljepriserna. Stora delar av Europas industrier använde direkt eller indirekt oljebaserade drivmedel. Prishöjningen fick till följd att arbetsmarknaden utsattes för turbulens särskilt när det gäller ägarbyte av företag, konkurser, nedläggning av verksamhet som senare återupptas m.m.[25] Under toppmötet i Paris 1972 betonade Europas ledare att utvecklandet av sociala rättigheter var lika viktigt som utvecklandet

---

[22] EUD kom också att föra in alltmer sociala hänsyn i tolkningen av det öppet formulerade portalstadgandet om fri rörlighet av arbetstagare. Denna marknadsutveckling och integrering rörde i princip inte den svenska rättsutvecklingen förrän Sverige blev fullvärdig medlem av EU.
[23] Barnard, 2012, s. 8.
[24] Se introduktionen till COM/1975/0429 final Amended Proposal for a council directive on harmonization of the legislation of Member States on the safeguarding of employees’ right and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations (Amendment presented by the Commission to the Council pursuant to Article 143, second paragraph of the EEC-Treaty) p. 1 “between 1962 and 1970, the annual total of amalgamations in the six original Member States rose from 173 to 612, i.e. an increase of three and a half times in nine years. From 1966 to 1970 alone the rate of increase doubled by comparison with the period 1962 to 1966. In some Member States, the increase in the number of amalgamation has reached the point where 50 % of total industrial turnover is accounted for by one hundred of the largest industrial undertakings.”
[25] Se bl.a. Mulder, 2004 och Nyström, 2011, s. 258 ff. För en historisk skildring om direktivets EU-rättsliga uppkomst, *Kenner, Jeff, EU Employment Law – From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart, 2002 samt muntlig källa: Bercusson, Brian, föreläsning 1998-09-08 Arbetslivsinstitutet ang. direktivet 98/50/EG.

av en stark ekonomi.[26] Det framstod därmed som skäligt för Kommissionen att rättsområdet borde regleras, framför allt för att skydda arbetstagarnas rättigheter. Kommissionen uppmärksammade utvecklingen i Com (74) 351Final /2,[27] som handlade om det första förslaget till direktiv om företagsövergång. Där framgår bl.a. att i de sex ursprungliga medlemsstaterna ökade antalet sammanslagningar av företag från 1962 till 1970 från 173 till 612 och att 2/3-delar av dessa skedde mellan 1966 till 1970, vilket visade på en tilltagande trend. Det sociala området sågs formellt som lika viktigt för EU som en ekonomisk och monetär union.[28]

I rapporten förordar Kommissionen en vidare syn på vad som skulle kunna omfattas av regleringen än bara rent kontraktuella partsbyten. Man ville att förbudet mot uppsägning även skulle vara tillämpligt i ”concentrations between undertakings”.[29]

Rådets handlingsprogram på det sociala området 1974 - 1976[30] som bl.a. ville stärka anställningstryggheten, ledde fram till tre direktiv:

- Rådets direktiv 75/129/EEC om kollektiva uppsägningar (ersatt av Rådets direktiv 98/59/EG om kollektiva uppsägningar)
- Rådets direktiv 77/187/EEC om skydd av arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamhet eller del av verksamhet[31] (ersatt av först av Rådets direktiv 98/50[32] och därefter av Rådets direktiv 01/23 EG[33]) samt
- Rådets direktiv 80/987/EEC om löneskydd vid arbetsgivarens insolvens.[34]

Att dessa tre olika direktiv kom till var vid tillfället anmärkningsvärt, eftersom Romfördraget vid denna tid inte gav EU någon regleringsmakt inom arbetsmarknadsfrågor och sociala policys. Direktiven tillkom

---

[26] Jaspers, Teun ‘Chapter 1. An Introduction to European Labour Law’ i Jaspers, Teun, Pennings, Frans, & Peters, Saskia (red), *European Labour Law*, Intersentia, 2019, s. 5.
[27]Com (74) 351 Final/2 Proposal for a Directive of the Council on Harmonisation of the Legislation of Member States om the Retention of the Rights and Advantages of Employees in the Case of Mergers, Takeovers and Amalgamations, Brussels 21 June 1974(Mål Com (74) 351 Final/2).
[28] Bulletinen EC 10-1972.
[29] Se Art. 11 i Com (74) 351 Final/2, se även diskussionen i Selberg, 2017, s. 122 ff.
[30] Council (1974) Resolution concerning a social action programme.
[31] Överlåtelsedirektivet 77/187.
[32] Överlåtelsedirektiv 98/50.
[33]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 (Direktivet).
[34] Se även Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 (Rekonstruktions- och insolvensdirektiv). Direktivet innehåller bland annat bestämmelser som syftar till att göra rekonstruktionsförfarandet mer effektivt.

därför med stöd av dåvarande Art. 100 i Romfördraget[35] d.v.s. nuvarande Art. 114 och 115 i FEUF,[36] i syfte att harmonisera nationell rätt, där så var nödvändigt, för att främja utvecklandet av EU:s interna marknad.

Överlåtelsedirektivet 77/187 utgick från en tänkt helhetssyn som uttryckligen syftade till ett ökat skydd för den enskilde arbetstagaren genom att sätta en lägsta nivå för medlemsländerna för att undvika social dumping. I praktiken ger den slutliga direktivtexten i flera avseenden en viktning som snarare ger företräde till marknadsintressena.[37] Med Överlåtelsedirektivet 77/187 ville man integrera nationella marknader genom ”fri rörlighet” (av företag och arbetstagare) och harmonisera de olika medlemsländernas rättsordningar. Målsättningen var därmed inte att detaljreglera föremålet för övergång, vilket är en förklaring till EUD:s omfattande praxis angående Direktivet.[38] Direktivet skulle vara genomfört i medlemsländerna 5 mars 1979.

Överlåtelsedirektiv 77/187 antogs för att bl.a. främja en harmonisering av sådan relevant nationell lagstiftning som skyddar arbetstagarnas rättigheter.[39] Det fanns dock en viss reservation hos medlemsländerna att ta in regleringar om sociala rättigheter.[40] Den omfattande rättspraxis från EUD som har blivit resultatet av medlemsländernas olika tolkningar av alla tre överlåtelsedirektiven visar på att avvägningen mellan ekonomiska och sociala intressen, särskilt beträffande anställningsskydd, inte har varit helt självklar.

2.2 En starkare social EU plattform

De tre direktiven, 75/129/EEC om kollektiva uppsägningar, 77/187/EEC om skydd av arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamhet eller del av verksamhet samt 80/987/EEC om löneskydd vid arbetsgivares insolvens,[41] följdes av ytterligare arbeten för

[35]Artikel 100 gav EEG behörighet att anta sekundärrätt som syftade till att säkerställa en fungerande inre marknad och det ej fanns någon annan tillämplig grund) skulle det ha varit i strid med de tilldelade befogenheterna att anta ett direktiv med syfte att säkerställa arbetstagarnas sociala intressen.

[36] Den allmänna befogenheten för Unionen att anta sekundärrätt framgår av Artikel 114 och Artikel 115 ger rådet en ytterligare lagstiftningskompetens Art. 100 och 115 FEUF gav och ger rådet möjlighet att anta direktiv för att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning med direkt påverkan på den gemensamma (Art. 100 Romfördragets formulering) eller inre (Art. 115 FEUF formulering) marknadens upprättande och funktion, den s. k. tillnärmningsklausulen.

[37] Mulder, 2004, s. 118 ff.

[38] Rainone, 2023, s. 88-91.

[39] Skäl 6 i Direktivet.

[40] Jaspers, m.fl., 2019, s. 6.

[41] Det ursprungliga lönegarantidirektivet, Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid

att stärka de sociala rättigheterna för arbetstagare inom EU. 1989 kom The Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, vilken innehöll 12 grundläggande sociala rättigheter för arbetare och som accepterades av 11 av de då 12 medlemsstaterna.[42] Inspirationen kom från ILO och den Europeiska sociala stadgan.

En omfattande praxis om övergång av verksamhet utifrån Överlåtelsedirektivet 77/187 ledde fram till ett behov att kodifiera rättsläget. Kommissionen ville även förtydliga en del begrepp samt klargöra gränser för vad medlemsstaterna fick undanta från arbetstagarbegreppet. Detta ledde till Överlåtelsedirektivet 98/50 och sedan till Direktiv 2001/23 (Direktivet). Direktivet innebär inga direkt ändrade bestämmelser jämfört med Överlåtelsedirektiv 98/50, utan de bestämmelser som fanns i dessa har här sammanförts och omnumrerats. [43] Att Överlåtelsedirektivet 98/50, och därmed även Direktivet, nu även kom att reglera ytterligare företeelser, nämligen övergång av del av företag genom lagenlig övergång eller fusion, har ingen direkt bäring på det resonemang som förs i detta kapitel.

En angelägen förändring var att närmare precisera vad Direktivet avser med övergång.[44] I Överlåtelsedirektivet 98/50 klargjordes direktivets begrepp utifrån EUD:s praxis på området. Lagarna i medlemsländerna som genomfört Överlåtelsedirektivet 77/187 påverkades inte av det nya direktivet och eftersom övergångsbegreppets räckvidd inte hade förändrats, gällde även äldre domstolspraxis fortfarande.[45]

År 2000 antog parlamentet, rådet och Kommissionen i Nice gemensamt en högtidlig deklaration om en stadga om grundläggande rättigheter i EU.[46] Avsikten var bl.a. att uppmärksamma och stärka betydelsen av ett socialt skyddsnät för arbetstagare. Enligt ingressen ville man även tydliggöra de grundläggande rättigheter som EUD behandlat, där domstolen har accepterat grundläggande rättigheter från olika internationella fördrag om mänskliga rättigheter och EKMR som därmed hade blivit en del av EU-rätten. En mer direkt rättslig status var avsedd att ges via ett fördrag som fastslog konstitutionella grundläggande rättigheter 2004[47], men detta blev aldrig verklighet eftersom bl.a. Frankrike och Tyskland motsatte sig. Effekten blev därmed att uppmärksamma och

---

arbetsgivarens insolvens. följdes av ändringsdirektivet, Europaparlamentets och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/74/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 80/987/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.

[42] Jaspers, m.fl., 2019, s. 12.

[43] Nyström, 2017, s. 295.

[44] Nyström, 2017, s. 295 ff.

[45] EU Svar/frågor om EU nr 507, se även Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd - En lagkommentar*, 11:e uppl., Wolters Kluwer, 2016, s. 269 ff.

[46] EUT 2000 C364/1 (Mål Community Charter of Fundamental Rights) Nice 2000.

[47] EUT 2004, Mål C-310/01.

sammanfatta det EUD redan hade meddelat och att utifrån denna startpunkt försöka få medlemsländerna att nationellt vidareutveckla sina sociala skyddsnät för arbetstagare. I stället antogs stadgan i reviderad form i och med fördraget i Lissabon 2009.

I en ren marknadsekonomi kommer den starkes intressen alltid att slå igenom,[48] men för medlemsstaternas gemensamma samhällsansvar var det nödvändigt med en större och mer gedigen avvägning mot sociala intressen. Lissabonrevisionen och den nya fördragsstrukturen 2009 blev brytpunkter i unionsrätten. Trots att grundläggande rättigheter redan dessförinnan erkänts som allmänna rättsprinciper och EUD var benägen att erkänna begränsningar i integrationssträvandena, fanns ändå en stark ovilja hos stora medlemsstater, såsom Tyskland, att avhända sig rätten att definiera grundläggande rättigheter.[49]

Fram till 2009 fanns en viss strukturell slagsida mot den fria rörligheten, kanske på viss bekostnad av sociala intressen.[50] Genom Lissabonrevisionen blev dock EU:s rättighetsstadga primärrätt såsom förklaras i Artikel 6 FEU.[51] Medan Art. 16 i Rättighetsstadgan om näringsfrihet numera är utgångspunkten för den marknadsliberala modell som krävs för marknadsintegration (såsom denna rättighet preciseras i ”de fyra friheterna”), fanns en sådan uttalad grundläggande rättighet endast implicit i form av ”de fyra friheterna” före 2009. Samtidigt finns ett krav på samstämmighet i EU-rätten över tid som gör att direktiven och de förhandsavgöranden som uttolkar innebörden ännu är relevanta. Dock kan EUD frångå sin tidigare praxis om det skulle vara nödvändigt ur ett systematiskt och teleologiskt perspektiv.

En annan betydande aspekt är EU-rättens reglering av likvärdig behandling av män och kvinnor när det gäller anställning och sysselsättning, Art. 157(3) FEUF, som i Art. 153(1) utsträcks till jämställdhet beträffande möjligheter på arbetsmarknaden och behandling på arbetsplatsen. För att uppnå dessa mål måste Parlamentet och Rådet i sitt

---

[48] Som Adam Smith redan 1776 noterade:”What are the common wages of labour, depends everywhere upon the contract usually made between those two parties, whose interests are by no means the same. The workmen desire to get as much, the masters to give as little as possible. The former are disposed to combine in order to raise, the latter in order to lower the wages of labour. It is not, however, difficult to foresee which of the two parties must, upon all ordinary occasions, have the advantage of the dispute, and force the other into a compliance with their terms”, Smith, Adam, Wealth of Nations, Wealth Of Nations 1.viii.11-12, s. 83-84. Citatet är av särskilt intresse eftersom det återfinns i generaladvokatens förslag till dom (30) Mål C-234/98 *G. C. Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd*, ECLI:EU:C:1999:594 (Mål C-234/98 *Allen*).

[49] Hellner, Michael, *Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*, Sieps, 2003.

[50] Rainone, 2023, s. 100 ff.

[51] Genom att rättigheten nu framgår av en stadga får den direkt effekt, till skillnad från sekundärrätt, såsom fördrag och direktiv, som huvudsakligen bygger på att medlemsstaterna ska implementera innehållet i inhemsk lag och där direkt effekt enbart kan uppkomma när ett land åtagit sig att göra detta, men inte gör det inom föreskriven tid.

rättsliga förfarande även konsultera den Ekonomiska och sociala kommittén.[52]

För att väcka nytt liv i de sociala frågorna kom Kommissionen med en rekommendation 2017, den Europeiska sociala pelaren.[53] Rekommendationen omfattar 20 principer och värdegrunder för en rättvis och funktionell arbetsmarknad. Huvudsakligen är detta redan välkända områden, men även nya intressen föreslås tillgodoses, såsom uppdragstagares villkor rörande sociala skydd. Tanken med denna soft law är att medlemsstaterna ska genomföra principerna och därför har även förklarande dokument lagts fram.[54] Även om rekommendationen inte konkret inriktar sig på övergång av verksamhet, berörs detta indirekt genom de förslag som inriktar sig på en socialt tryggare arbetsmarknad och en större social trygghet även för atypiska anställningar i p.5.[55]

Särskilt intressant är punkt b: "In accordance with legislation and collective agreements, the necessary flexibility for employers to adapt swiftly to changes in the economic context shall be ensured". Hänvisningen till att förändringar ska ske utifrån nationell lag och kollektivavtal indikerar en mer balanserad process än tidigare framförts.[56] Även betoningen av transparens och förutsägbarhet i p.7 tyder på en önskan om ett skydd för anställning vid förändring. EU:s ledare antog rekommendation, vilket får utläsas som en ökad vilja att hitta socialt trygga anställningsformer även vid förändringar, såsom övergång av verksamhet.[57] Den sociala pelaren har i praktiken tjänat som en överstatlig programförklaring inom arbetsmarknads- och välfärdsfrågor.

---

[52] Se Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande EUT C 133 31 maj 1995. Diskussion i kapitel 4, avsnitt 4.5, om den Ekonomiska och sociala kommitténs utlåtande om betydelsen av avgränsning av ekonomisk enhet vid entreprenad för likabehandling mellan män och kvinnor. Ett utlåtande från kommittén kommer dock inte alltid att beaktas trots att kommittén är partssammansatt utifrån de olika medlemsländerna och utlåtandet på detta sätt redan speglar ländernas olika inställning. Detta visar på komplexiteten i processen att fastställa intressen även inom de olika medlemsländerna. Se även Jaspers, m.fl., 2019, s. 39.

[53] Com (2017)251 Commission Recommendation (EU) 2017/761 of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights.

[54] Com (2017) 251 European Commission (2017) Staff Working Document Accompanying the document establishing a European Pillar of Social Rights.

[55] Com (2017)251 – 5, Secure and adaptable employment. Se även det paket av åtgärder som Europeiska Kommissionen presenterade 2017 i syfte att komma till rätta med kvinnors underrepresentation på arbetsmarknaden och för att stödja kvinnors karriärutveckling genom förbättrade villkor för att kunna förena arbete och privatliv. Initiativet var också en viktig del av den europeiska pelaren för sociala rättigheter. En av åtgärderna i paketet var ett förslag till ett direktiv om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare. Efter förhandlingar antogs Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1158 om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare och om upphävande av rådets direktiv 2010/18/EU (balansdirektivet) den 20 juni 2019. Balansdirektivet är en revidering av föräldraledighetsdirektivet och ska vara genomfört senast den 2 augusti 2022.

[56] Se Commission of the European Communities COM(2006) 708 final Commissionen's Green Paper, Modernising labour law to meet the challanges of the 21st century Com (2006) 708 final.

[57] Vilket även stöds av Europeiska Kommissionen (2017) (White Paper on the Future of Europe) och Europeiska Kommissionen (2017) (Reflection paper on the social dimension of Europe).

Kommissionen har med stöd av toppmötet lagt fram flera direktivförslag som har antagits,[58] vilket har kritiserats av näringslivet.[59]

Den sociala plattformen har därmed inte haft en rak utveckling utan snarare utvecklats språngvis med start redan 1961genom betoningen av att även sociala värden måste beaktas. Utvecklingen var särskilt stark under 1970- och 80-talet med regleringar om kollektiva uppsägningar, arbetstagares skydd vid insolvens, övergång av verksamhet liksom även sociala skyddsregleringar om t.ex. likabehandling. I Lissabonfördraget blev behovet av en socialt strukturerad arbetsmarknad än tydligare, vilket har återuppväckts i det arbete som startade 2017 utifrån den Sociala pelaren. Rättsutvecklingen inom EU måste dock följas av en anpassning inom medlemsländerna för att bli effektiv, både genom införande av EU-rätt och även genom harmoniserad tolkning av nationell rätt där så krävs.

2.3 Tolkning av EU-arbetsrätt i nationell tillämpning

EU-arbetsrätten är ett redskap för utvecklande av skydd för arbetsskapande resurser och för EU:s uppbyggnad och sammanhållning.[60] Men eftersom harmoniseringen sker med beaktande av subsidiaritetsprincipen, som gör att medlemsstaterna behåller kontrollen över allt som inte måste samordnas, blir de rättsliga verktygen här annorlunda. Det finns inte någon entydig lagstiftarvilja som kan samordna de rättsliga principerna. I stället sker uttolkningen genom beaktande och värnande av vissa grundvärden.[61] Det är också viktigt att förstå rättsverkan av svenska förarbeten beträffande EU-rätt. Nationell rätt som harmoniserats utifrån direktiv måste tolkas med stöd av Direktivet i sig och EUD:s praxis. Uttalande i nationella förarbeten kan inte användas för att tolka EU-direktiv utan kan på sin höjd ses som en prognos om hur en viss bestämmelse skulle tolkas av EUD.[62] Nationella rättstillämpare har en vidare skyldighet att söka systemkoherens än att bara beakta regleringen i ett genomfört direktiv.

---

[58] T.ex. Europaparlamentets och rådets direktiv 2018/957 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare. Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1152 av den 20 juni 2019 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska Unionen (arbetsvillkorsdirektivet); Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1158 av den 20 juni 2019 om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare och om upphävande av rådets direktiv 2010/18/EU (balansdirektivet), (för tidigare EU-rättslig reglering av likbehandling och föräldraskap, se Carlson, Laura, Searching for equality, Iustus, 2007) och i förlängningen även Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2022/2041 av den 19 oktober 2022 om tillräckliga minimilöner i Europeiska Unionen.

[59]Se t.ex. Sociala pelaren hotar den svenska modellen, Almega 2020, https://www.almega.se/2018/12/sociala-pelaren-hotar-den-svenska-modellen (besökte 13 april 2023).

[60] Nyström, 2017, s. 17.

[61]Se Hettne, 2011, s. 62 ff.

[62] Se Selberg, 2017 s. 81 samt där hänvisade JT 2005-06, s. 209. och Nielsen, EU labour law, 2013, s. 110.

Hela den nationella rättsordningen måste därmed beaktas i ljuset av Direktivet.[63] Detta betyder att annan nationell reglering som motverkar Direktivets syfte är i strid med EU-rätten så som tidigare klargjorts.[64]

Samtidigt ger EU-rätten ett utrymme för nationellt självbestämmande för att underlätta och uppnå acceptans av EU:s reglering. Detta blir tydligt i t.ex. Art. 30 i Rättighetsstadgan som förbjuder osakliga uppsägningar i enlighet med EU-rätten ”och nationell rätt och praxis”. Regleringen i sig har inte setts som tillräckligt klar och entydig för att självständigt kunna få direkt rättsverkan. Den har i stället bildat utgångspunkt för annan reglering inom EU-rätten – såsom rätten till transparens[65]– och kommer i praktiken att ge den rättsliga grunden till de preciseringar som har skett genom bl.a. Direktivet.

Bercusson föredrog termen ”europeisk arbetsrätt” för att påtala vikten av varje medlemslands nationella rätt, som i många avseenden kommer att vara styrande för hur EU:s rättsregler praktiseras.[66] Det är viktigt att alltid komma ihåg detta dualistiska perspektiv för att förstå hur EU-arbetsrätten tillkommit och vilka begränsningar den har. I detta arbete kommer EU-arbetsrätten att vara i fokus för att klargöra dess gränser vid tolkning av Direktivets skyddssyfte.

Vid tolkning av Direktivets skyddssyfte måste man beakta EU:s primärrätt, grundfördragen[67] och Rättighetsstadgan[68] samt relevant sekundärrätt. De rättsakter som antas på basis av fördragen är ett resultat av förhandlingar. Dessa källor gör sammantaget syftestolkningar mer komplexa; det finns många olika versioner av vad som borde vara ”lagstiftarvilja”. I förhandlingarna har olika intressen beaktats och sedan kommit till uttryck i ett direktivs ingress. Direktiven ska tolkas syfteskonformt men hur långt kan syftetstolkning utsträckas?

Primärrätten[69] omfattar både ett värnande av avtalsfrihet och näringsfrihet och ett klargörande av flera sociala värden, såsom lika lön och

---

[63] Reichel, 2018, s. 125
[64] Se kapitel 1.4 och särskilt 1.4.2.
[65] Se Kenner, s. 838 ff. i Peers, Hervey, Kenner & Ward, Hart (red), *The EU Charter of fundamental rights – A commentary*, 2:a uppl., Bloomsbury, 2021 som även hänvisar till Art. 9 p.7 i Sociala pelaren.
[66] Bercusson, Brian, *European Labour Law*, 2:a uppl., Cambridge University Press, 2009, s. 94 ff. Se även motsatt rättsuppfattning hos Sjödin, 2015, s. 46, där han uttrycker att även om tvisten löses i en nationell kontext så måste EU-rätt och nationell rätt beaktas i ett sammanhang.
[67] Unionsfördraget, fördraget om Europeiska Unionen (FEU) och Funktionsfördraget, fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF).
[68] Rättighetsstadgan, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.
[69] Primärrätten, som även kallas för primärkällorna, består av EU:s:
1. grundfördrag,
2. ändringsfördrag,
3. anslutningsfördrag,
4. protokoll som är fogade till dessa fördrag,
5. tilläggsavtal som ändrar särskilda delar av grundfördragen,

arbetsmöjligheter för män och kvinnor samt en flexibel arbetsmarknad med bra arbetsvillkor. Ett direktiv kan bara precisera innebörden av primärrättsliga bestämmelser, inte ändra, begränsa eller utvidga den. Således ”beaktas” inte primärrätten. Den preciseras! Men vad ska domstolen göra när primära rättigheter ställs mot varandra? EUD behandlade i Mål *C-438/05 Viking*[70] motsättningen mellan rätten till stridsåtgärder och rätten till näringsfrihet.[71] I stället för att exkludera stridsåtgärder från området för näringsfrihet, såsom konkurrensrätten gör beträffande huruvida egenanställda alltid kunde ses som likställda med företag,[72] klargör domstolen att det inte finns någon hierarki mellan de grundläggande rättigheterna i primärrätten. De enskilda fallen ska i stället avgöras av en tillämpning av proportionalitetsprincipen enligt nedan.

De utredningsarbeten som föregått EU:s sekundärrätt[73] ger som bäst ett extra tolkningsstöd men kan inte ses som självständiga källor, såsom vi tenderar att göra med svenska förarbeten. Tolkningen måste därför basera sig på något annat.[74] För att säkerställa det man kan kalla ”rule of law”[75] har medlemsstaterna skrivit in i grundfördragen att rättskällorna måste berättigas genom systematik och målstyrning som syftar till samstämmighet.[76] EU:s institutioner måste därmed samverka för att uppnå samstämmighet beträffande kärnvärden.[77] I Rättighetsstadgan klargörs flera individuella och kollektiva intressen som måste beaktas. Alla begränsningar i utövandet av rättigheter och friheter måste regleras i lag och vara förenliga med Rättighetsstadgan. Dessutom måste begränsningarna vara nödvändiga, vilket klargörs i Art. 52 i Rättighetsstad-

---

6. EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna (sedan Lissabonfördraget).
Grundfördragen är:

- Parisfördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen (1951),
- Romfördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (1957),
- Euratomfördraget (1957), och
- Maastrichtfördraget (1992).

Ändringsfördragen är Europeiska enhetsakten (1986), Amsterdamfördraget (1997), Niceförfördraget (2001), Lissabonfördraget (2007). Källa EUR-Lex 2023.

[70] C-438/05, *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti,* ECLI:EU:C:2007:772,(Mål C-438/05 *Viking).*

[71] Art. 49 och Art. 56 FEUF.

[72] Se mer om detta i avsnitt 3.4 om arbetstagarbegreppet.

[73] Sekundärrätten är den lagstiftning som utgår från fördragens principer och mål och omfattar förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden. Källa Kommissionens hemsida.

[74] Sjödin, 2015, s. 53 ff. Beträffande befogenheten att anta lagstiftning inom Unionen se även samma verk s. 69 ff.

[75] Jag avser här tanken på att EU ska styras utifrån allmänt vedertagna principer och inte enskildas uttolkning.

[76] Se s. 49 ff. i Hettne, 2011.

[77] Se t.ex. hur Kommissionen för talan i EUD när medlemsland inte anses ha genomfört direktiv 77/187 i (6) Case 235/84 *Europeiska gemenskapernas Kommission mot Italienska republiken,* ECLI:EU:C:1986:303, (38) Mål C-145/01 *Europeiska Kommissionen mot Italienska republiken,* ECLI:EU:C:2003:324 (Mål C-145/01 *Kommissionen*), (43) Mål C-333/03 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Luxemburg,* ECLI:EU:C:2004:369 (Mål C-333/03 *Kommissionen*), (52) Mål C-561/07 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italien,* ECLI:EU:C:2009:363 (Mål C-561/07 *Kommissionen*).

gan.[78] Nationell rätt måste därmed beakta EU-rätten i alla de delar där den har företräde. Medlemsstaterna är här även skyldiga att i sin tolkning av nationella förarbeten se begränsningen i nationell rätt beträffande möjlighet att tolka EU-rätten.

2.3.1 Rättighetsstadgan och samstämmigheten

Rättighetsstadgan hänvisar tillbaka till medlemsstaterna genom att om ”gemensamma konstitutionella traditioner” erkänns i denna stadga ska rättigheterna tolkas i samstämmighet med dessa traditioner.[79] Rättighetsstadgan ger en grund för beaktande av skyddsprinciperna: i Art. 53 klargörs att uttolkningen i stadgan underordnar sig EU-rätten internationell rätt och de internationella konventioner i vilka EU eller samtliga medlemsstater är parter. Särskilt gäller detta europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt i medlemsstaternas författningar,[80] och Art. 54 ger ett förbud mot missbruk av rättigheter.[81]

Men det finns även en strävan efter samstämmighet som stöds av Art. 13 EU-fördraget (FEU) och Art. 7 Funktionsfördraget (FEUF) med kravet på målstyrning, att alla åtgärder måste syfta till att förverkliga EU:s värdegrund och målsättningar. Art. 2 i FEU ger ett stöd för att uttolkningen ska ske utifrån beaktande av gemensamma värden och mänskliga rättigheter och ger därmed en värdegrund som även, som tidigare nämnts, befästs i Rättighetsstadgan.[82] Beträffande målsättningar klargörs i Art. 3 i FEU bl.a. skapandet av en inre marknad som

---

[78] Art. 52 Rättigheternas och principernas räckvidd och tolkning. Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av Unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

[79] Rättighetsstadgan Art. 52 p. 4. I den mån som grundläggande rättigheter enligt medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner erkänns i denna stadga, ska rättigheterna tolkas i samstämmighet med dessa traditioner. Dock har referenser gjorts till respekt för nationell rätt i uttolkningen av Rättighetsstadgan med avseende på “workers rights and social security” se Lord Goldsmith (som var brittisk företrädare i konventet inför antagandet av Stadgan 2000), ‘A Charter of Rights, Freedoms and Principles’, 38 *Common Market Law Review* 1213 där han klargör följande: “This reinforces the notion that the Charter is not interfering with national legislation in these sensitive fields. It emphasizes the need to respect national differences and that it is not for the Union to impose rights in this area except through recognized treaty procedures”.

[80] Ingen bestämmelse i denna stadga får tolkas som att den inskränker eller inkräktar på de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som inom respektive tillämpningsområde erkänns i unionsrätten, internationell rätt och de internationella konventioner i vilka EU eller samtliga medlemsstater är parter, särskilt europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt i medlemsstaternas författningar. Motsvarar en rättighet från Rättighetsstadgan en rättighet i EKMR ska den tolkas på samma sätt som i denna.

[81] Ingen bestämmelse i denna stadga får tolkas som att den medför rätt att bedriva verksamhet eller utföra handlingar som syftar till att sätta ur spel någon av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan eller att inskränka dem i större utsträckning än vad som medges i stadgan.

[82] Art. 6 i EU-fördraget fastställer att stadgan ska ha samma rättsliga värde som fördraget.

karaktäriseras av en social marknadsekonomi och fri rörlighet.[83] Finner EUD att en artikel i Rättighetsstadgan utgör en viktig princip i EU-rätten behöver den inte implementeras i den nationella rätten som en egen regel, utan har direkt effekt, även horisontell sådan, det vill säga stadgan kan i dessa situationer göras gällande även mot privata subjekt, men det ligger i EUD:s uttolkning vad som kan utgöra en viktig princip.[84]

En självständig och enhetlig tolkning inom hela EU eftersträvas enligt EUD:s dom i Mål *C-151/09 Federación de Servicios Públicos.* Där klargörs att enligt fast rättspraxis följer såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen – att en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd, normalt ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela EU.[85]

> ”Det framgår vidare av fast rättspraxis att fastställandet av betydelsen av och räckvidden för sådana uttryck som inte definierats i unionsrätten ska ske i enlighet med deras normala betydelse i vanligt språkbruk, med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas genom det regelverk i vilket de ingår.”[86]

2.3.2 Ett förtydligande av Direktivets skyddssyfte beträffande sammanvägning av näringsfrihet och sociala hänsyn

Tolkning av Direktivets innebörd kan utgå från ordalydelse och sammanhang, men dess skyddssyfte ges en självständig betydelse. Som tidigare har klargjorts fastställdes tidigt i EU:s utveckling två syften, ett ekonomiskt och ett socialt. Det sociala syftet är att förbättra levnadsstandard och arbetsvillkor. Det ekonomiska syftet är att hindra att

---

[83] Se även Art. 52 p. 1 Rättighetsstadgan, som klargör att: “Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av Unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter”.

[84] Nyström, 2021, s. 97. Se även de förenade målen C-569/16 och C-569/17 *Stadt Wuppertal vs Bauer och Wilmeroth vs Brobon, ECLI:EU:C:2018:871*, där EUD klargör att artikel 31.2, om betald semester, är en sådan viktig princip med direkt vertikal effekt. EUD också uttalat att artikel 21, om religionsfrihet, och artikel 47, om effektiva rättsmedel, har direkt effekt. Skillnaden i skrivning mot artiklar som inte har denna verkan är inte alltid helt lättförståelig.

[85] Se, för ett liknande resonemang, se Mål C-433/08, *Yaesu Europe, ECLI:EU:C:2009:750*, p. 18 och där angiven rättspraxis.

[86] Se Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos* p. 39. Domen hänvisar för ett liknande resonemang till C-549/07 *Friederike Wallentin-Hermann mot Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA*, ECLI:EU:C:2008:771 och avser tolkningen av artikel 5.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 (EUT L 46, s. 1).

nivåskillnader i fråga om utvecklingen av medlemsstaternas arbets-och sociallagstiftning leder till nackdelar i fråga om konkurrens för företag i medlemsstater med hög skyddsnivå eller till och med orsakar allvarliga störningar i den gemensamma marknadens funktion.[87]

För att tolka innebörden i Direktivet går EUD tillbaka till anställningsskyddet i skyddssyftet: Att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare genom att göra det möjligt för dem att fortsätta sin anställning hos den nya arbetsgivaren på samma villkor som hos överlåtaren. Skydd ges dels för övergång av arbetstagare som tillhör en ekonomisk enhet och där det föreligger en övergång av enheten enligt Art.1, dels beträffande villkoren i anställning enligt Art. 3, och dels beträffande rätten till övergång för facklig representation i Art. 6.

Utifrån denna senare rättighet tolkar EUD skrivningen i Direktivet Art. 6.1. ”behåller sin självständighet”, när det gäller ställning och funktion för representanterna för de arbetstagare som berörs av övergången, till att inte avgränsas av andra intressen.[88] Man kan härvid dra följande slutsats: Om ett direktiv för att skydda arbetstagares ställning vid övergång av verksamhet innehåller en bestämmelse som inte uttryckligen kan genomföras på annat sätt (såsom t.ex. enbart krav på minimivillkor) av medlemsstaten, ska bestämmelsen i stället ses som att det normalt föreligger ett krav på en enhetlig tillämpning av unionsrätten enligt likhetsprincipen beträffande att bestämma dess betydelse och räckvidd inom hela EU.

Även i Mål *C-108/10 Scattolon*[89] förs ett resonemang om skyddssyftets gränser utifrån en fråga huruvida en omorganisation som påverkade arbetstagare skulle kunna omfattas av Direktivets tillämpningsområde och där EUD klarlägger att undantag från tillämpningen ska tolkas restriktivt:

---

[87] (22) Mål C-298/94 *Annette Henke mot Gemeinde Schierke och Verwaltungsgemeinschaft Brocken* ECLI:EU:C:1996:382 (Mål C-298/94 *Henke*), generaladvokatens förslag till dom p. 31.

[88] Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*, p. 41: “I Art. 6.1 första stycket i direktiv 2001/23, som innehåller huvudregeln om arbetstagarrepresentation, anges att om företaget, verksamheten eller delen av ett företag eller en verksamhet behåller sin självständighet, ska ställning och funktion för representanterna eller representationen för de arbetstagare som berörs av övergången bibehållas på samma villkor som före tidpunkten för övergången.”

[89] (57) Mål C-108/10 *Ivana Scattolon mot Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*, ECLI:EU:C:2011:542 (Mål C-108/10 *Ivana Scattolon*) vid p. 10.

> ”[V]arje fysisk eller juridisk person i egenskap av arbetsgivare, eller med behovet, med hänsyn till det i direktivet eftersträvade målet att uppnå ett socialt skydd, att undantag från tillämpningen av direktivet ska tolkas restriktivt.”[90]

Direktivet klargör att vissa begrepp får avgränsas på nationell nivå, såsom arbetstagare eller arbetsgivare, där nationell rätts uttolkning har företräde. Vad gäller skyddsvärdet i vad som ses som övergång av verksamhet har Direktivet däremot hela tiden företräde framför nationell rätt. Detta har även tydliggjorts beträffande möjligheten för nationell rätt att inskränka Direktivets tillämpning för vissa grupper, se t.ex. fördragsbrottsmålet mot Storbritannien beträffande att man hade valt att exkludera bl.a. offentliganställda från Direktivets skydd, vilket var mer generellt än den tolkning som vid denna tid gällde.[91] Samma sak tydliggörs i Direktivet när medlemsstaterna inte får undanta arbetstagare enbart p.g.a. antalet timmar som ska utföras eller visstidsanställning samt personaluthyrning i vissa fall.[92]

När EUD senare i Mål *C-298/94 Henkemålet* drar upp en distinktion mellan främst myndighetsutövning och annan offentlig verksamhet blir även detta ett klargörande beträffande gränserna för det skydd för offentliganställdas anställning som EUD vill ge. Detta leder till att domstolen i Mål *C-175/99 Didier Mayeur*[93] inte tillåter ett minskat skydd för offentliganställda av andra skäl. Direktivets anställningsskydd ges därmed en stark rättsverkan i skyddssyftets avvägning mellan anställningsskyddet och näringsfriheten, och medlemsstaterna är skyldiga att följa den avvägningen för att uppnå det syfte som fastställs i Direktivet.

Ett skyddssyfte kan hamna i konflikt med näringsfriheten. Vilka avvägningar gör EU-rätten i detta fall och vilka intressen värnas? Vissa

---

[90] Mål C-108/10 *Scattolon* p. 58, domen hänvisar även till dom av den 11 juni 2009 i mål C-561/07, *Kommissionen mot Italien*, REG 2009, s. I-4959, punkt 30 och där angiven rättspraxis.

[91] C-382/92 *Kommissionen*. I målet begränsas tillämpningen till att gälla situationer där det överlåtna företaget ägs av överlåtaren och måste drivas med vinstsyfte, vilket exkluderar bl.a. offentlig sektor.

[92] Art. 2. Detta direktiv skall inte påverka nationell lagstiftning när det gäller definitionen av anställningsavtal eller anställningsförhållanden. Medlemsstaterna får emellertid inte utesluta anställningsavtal eller anställningsförhållanden från detta direktivs räckvidd enbart på grund av följande:

a) Antalet arbetstimmar som utförs eller skall utföras.

b) Anställningsförhållandet regleras av ett tidsbegränsat anställningsavtal enligt artikel 1.1 i rådets direktiv 91/383/EEG av den 25 juni 1991 om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande eller tillfälligt anställningsförhållande (6).

c) Anställningsförhållandena är tillfälliga enligt artikel 1.2 i direktiv 91/383/EEG och det företag, den verksamhet eller den del av ett företag eller en verksamhet som överlåts är, eller är del av, en verksamhet som hyr ut arbetskraft och som är arbetsgivaren.

[93] (33) Mål C-175/99 *Didier Mayeur mot Association Promotion de l’information messine (APIM)*, ECLI:EU:C:2000:505 (Mål C-175/99 *Didier Mayeur*).

sektorer kan regleras separat enligt Art. 58 i FEUF.[94] Näringsfriheten har därmed en stark ställning men hur förhåller sig avvägningen mellan anställningsskydd och näringsfrihet i Direktivet? Detta utvecklas i kommande delkapitel.

2.4 Grunden för näringsfrihet

Rätten att etablera en affärsverksamhet i EU framgår av Art. 49 i FEUF. Art. 16 i Rättighetsstadgan klargör att: ”Näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis”. Etableringsfriheten har tolkats till att inbegripa en rätt för arbetsgivaren att själv bestämma över verksamhetens organisation. Ytterst är företagsorganisation en fråga om avtalsfrihet och därmed en central aspekt av näringsfriheten som säkerställs genom Rättighetsstadgans Art. 16. Men vad ligger egentligen i begreppet näringsfrihet och var det först med Lissabonfördraget som den uppstod inom EU?

EU har länge värnat näringsfrihet som en grund för frihandel.[95] Handelsunionen utgick från värnandet av de fyra friheterna; fri rörlighet för kapital, varor, tjänster och arbetstagare. För att möjliggöra detta infördes krav på konkurrensneutralitet mellan staterna, där särbehandling p.g.a. nationalitet kunde ses som otillbörligt konkurrensbegränsande och förbud att uppställa obefogade krav på medborgarskap.

I tidig praxis beträffande övergång av verksamhet kan man se en avvägning mellan skyddsintresset och nationella regler om vad som måste

---

[94] T.ex. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 av den 14 december 2016 om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg. Se också Europaparlamentets och rådets direktiv 2018/957 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare. Se även diskussion angående den förstnämnda källan av Bayreuther, Frank, ‘Transfer of Undertakings in the Field of Public Passenger Transport Services’ i *Festskrift til Stein Evju – Sui generis*, Universitetsförlaget, 2016.

[95] Se Gill-Pedro, Eduardo, 2017, “The Explanations to the Charter indicate that this entails the recognition of the freedom to exercise an economic or commercial activity, freedom of contract and free competition(Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights[2007] EUT C303/02). Article 6(1) TEU states that these explanations are to be given due regard to in interpreting and applying the Charter.” Se även generaladvokatens förslag till dom Mål C-463/09: ‘27. Genom direktiv 77/187 vilket föregick direktiv 2001/23 utvecklades för första gången ett övergripande skyddssystem på överstatlig nivå för att säkerställa rättigheter för arbetstagare vars anställningsförhållande påverkas av en övergång av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet…’ Utöver nämnda skydd för arbetstagare som är motiverat av socialpolitiska skäl eftersträvades med Överlåtelsedirektiv 77/187 att säkerställa att den gemensamma marknaden fungerar väl, eftersom en skillnad vad gäller skyddsnivån för arbetstagare vid en övergång av företag eller en verksamhet inom medlemsstaterna enligt gemenskapslagstiftarens bedömning kan utgöra ett handelshinder.

ha övergått för att Direktivet ska vara tillämpligt när förvärvaren hade åtagit sig att betala semester för flera anställda hos överlåtaren.[96] Är det enbart anställningen som övergår eller följer även anställningsvillkor med? EUD gör en språklig uttolkning av Överlåtelsedirektiv 77/187 baserat på generaladvokatens sammanställning. Skrivningen i direktivet är dock inte helt klar.

EUD hamnar till slut, efter genomgång av olika översättningar, i slutsatsen att det måste vara anställningsförhållandet som övergår inte bara de rättigheter och skyldigheter som följer av kontraktet. Skyddets omfång måste därmed enligt domstolen baseras på att anställning övergår. En avvägning görs därmed mot att låta alla arbetsrättsliga relationer där rättigheter och skyldigheter kan övergå omfattas, till att snäva in skyddet.

2.4.1 Arbetsledningsrätt kontra skyddsintresse

När rättigheter och skyldigheter mellan arbetspresterande och arbetsmottagande inte är direkt förpackade i ett anställningsförhållande hamnar de utanför Direktivets skydd, oavsett om motsvarande behov ändå existerar.[97] Domstolen ger därmed utrymme för arbetsledningsrätten. Detta blir även tydligt i den gränsdragning som görs mellan arbetstagarens intresse av skydd och samhällets hantering av insolvens i domstolens praxis.[98] Här tydliggörs även effekten av olika nationella regler om insolvensförfaranden.

I ingressen till det första Överlåtelsedirektivet 77/187 klargjordes att de skillnader som fanns mellan medlemsländerna beträffande arbetstagarens ställning vid övergång kunde ha direkt betydelse för den gemensamma marknadens funktioner och borde därför minskas. Här kan oron för vad en konkurrens byggd på sämre arbetsrättsliga villkor skulle innebära för konkurrensen på den gemensamma marknaden utläsas, likaväl som ett skyddsbehov för arbetstagaren.

En byggsten på en liberalistisk arbetsmarknad är en stark arbetsledningsrätt, vilket även kan ses som en del av näringsfriheten. Denna byggsten kom dock i praktiken att behandlas olika utifrån de enskilda medlemsländernas syn på hur arbetsmarknaden skulle regleras.[99] Gemensamt är dock erkännandet av äganderätten och därmed en rätt att

---

[96] (1) Mål C-19/83 *Knud Wendelboe m.fl. mot Masse de faillite L. J. Music ApS*, ECLI:EU:C:1985:54, (Mål C-19/83 *Wendelboe*). Se särskilt generaladvokatens språkliga genomgång.
[97] Se t.ex. det uteblivna skyddet för en beroende uppdragstagare.
[98] (2) Mål C-135/83 *Abels Mot Bedrijfsvereniging Voor De Metaalindustrie En De Electrotechnische Industrie*, ECLI:EU:C:1985:55 (Mål C-135/83 *Abels*). och (3) Mål C-179/83 *Industriebond FNV och Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) mot Nederländska staten*, ECLI:EU:C:1985:57 (Mål C-179/83 *Industriebond*).
[99] Rainone, 2023, s. 55 ff.

förfoga över den verksamhet som arbetsgivaren bedriver inom de gränser som ges av nationell rätt och EU-rätt.

EUD ger tidigt exempel på att näringsfriheten ses som en förutsättning i EU:s verksamhet. I *Case 4/73Nold*[100] behandlas frågan om det är en kränkning av den grundläggande rättigheten att bedriva näring när Kommissionen införde begränsningar av i hur små partier kolhandel kunde ske.

I målet klargör EUD:

> ”If rights of ownership are protected by the constitutional laws of all the Member States and if similar guarantees are given in respect of their right freely to choose and practice their trade or profession, the rights thereby guaranteed, far from constituting unfettered prerogatives, must be viewed in the light of the social function of the property and activities protected thereunder”.[101]

Målet klargör även möjligheten för medlemsstater att under vissa förutsättningar reglera näringsfriheten men för att reglera en frihet måste dess existens först erkännas, annars skulle en rättighet att reglera den inte behövas. Målet visar därmed att näringsfriheten förutsätts och blir tydlig först genom den rätt som ges att begränsa den.

2.4.2 Applicable fundamental rights

EUD beskriver i *Case 4/73 Nold* balansen mellan näringsfrihet och rätten till privatliv som balansen mellan ”applicable fundamental rights”. I Mål *C-270/06 Promusicae* läggs en vidare grund än att bara referera till Art. 16 Rättighetsstadgan. Fallet rör begränsningar i rätten att lämna ut personuppgifter vad gäller datortrafiken på internet som kan förmodas bryta mot upphovsrätten.[102]

---

[100] Case 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission,* ECLI:EU:C:1974:51, 491(Mål Case 4/73 *Nold*).

[101]P. 14 Com (2017) 251 European Commission (2017) (Staff Working Document Accompanying the document establishing a European Pillar of Social Rights.

[102] Se bl.a.C-275/06 *Promusicae Productores de Música de España (Promusicae) mot Telefónica de España SAU*,ECLI:EU:C:2008:54 (Mål C-275/06 *Promusicae*), p. 65. Fallet berör främst de två direktiven Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (direktiv om elektronisk handel). EUD:s slutsats blev att medlemsstaterna inte är “skyldiga att, i ett fall som det som här är i fråga, föreskriva en skyldighet att lämna ut personuppgifter i ett tvistemål, i syfte att skapa ett effektivt skydd för upphovsrätten. Gemenskapsrätten innebär emellertid ett krav på att dessa medlemsstater, när de införlivar dessa direktiv med nationell rätt, ska utgå ifrån en tolkning av direktiven som gör det möjligt att uppnå en korrekt balans mellan de olika grundläggande rättigheter som åtnjuter skydd enligt gemenskapens rättsordning.”

Näringsfrihet kan i sig problematiseras som begrepp. Det ligger en bakomliggande princip i varje rättssystem som väljer att värna olika friheter, en ”moralisk grund” som rättssystemet har anammat för att motivera just denna frihet. Beträffande näringsfrihet anges inte grunden uttryckligt inom EU-rätten men den får utifrån praxis ses som en ekonomisk grund utifrån ställningstagandet att fri handel och den inom varje medlemsstat givna rätten till arbetsledningsrätt ska främja en ekonomiskt gynnsam utveckling.

Gill-Pedro hävdar att näringsfrihet kan betraktas utifrån antingen ”icke dominansposition” (non-domination) eller ”icke inblandning” (non-interference).[103] Näringsfrihet utifrån en icke dominansposition ger arbetsgivaren en rätt att utöva sin verksamhet inom lagens gränser utan att bli utsatt för godtycklighet eller försvårande inverkan, d.v.s. en reglering av näringsfrihetens gränser. Näringsfrihet utifrån ”icke inblandning” vänder i stället på begreppet genom att näringsfriheten ses som grunden. Frågan blir därmed vilken påverkan som kan ses som legitim utan att det blir en för stor inblandning i arbetsgivarens rätt att utöva sin näringsfrihet. Gill-Pedro använder begreppen för att granska EUD:s praxis och hävdar att en förskjutning har skett från non-domination mot non-interference i Mål *C-426/11 Alemo-Herron*.[104]

2.4.3 Rätten att bedriva näring

I denna avhandling kommer begreppet ”näringsfrihet” att användas i den enklare innebörden av ”rätten att bedriva näring” antingen för privata eller offentliga arbetsgivare, och har därmed även ett samband med avtalsfriheten. Detta inkluderar både rätten till ägande av företag och rätten att bestämma om driften av företaget, det som även kallas företagsledningsrätt för privata arbetsgivare. Likaså inkluderas förvaltandet av offentliga medel och en politiskt styrd arbetsledning för den offentliga arbetsgivaren, allt inom den nationella lagens gränser.

Jag menar därmed att EU har byggt sin praxis i EUD utifrån ett antagande om näringsfrihet och att arbetsledningsrätten har setts som en

---

[103] Gill-Pedro, Eduardo, ‘Freedom to conduct business in EU law: freedom from interference or freedom from domination’, 9(2) *European Journal of Legal Studies* 2017, s. 119, definierar non-domination praxis från EUD “I suggest that the case law of the court regarding the right to conduct business can be interpreted as holding that, in situations where the Union rules permit a particular activity, the person has a right to conduct it. But if Union rules do restrict that activity, there is no right to conduct it. It is also consonant with an understanding of freedom as non-domination. The freedom of economic operators means that they have a right to do that which the law allows them, and not to be subject to arbitrary, dominant, impositions on their action. But the freedom of economic operators does not mean that they have a right to do what they choose to do. Their freedom of choice is protected only to the extent that they may choose that which the law allows them to choose”. Samma författares definition av non-interferens innebär i stället en uttolkning av att andra parter kan förhindras att motverka rätten till näringsfrihet, a.a. s. 112 ff.

[104] (58) Mål C-426/11 *Mark Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd*, ECLI:EU:C:2013:521 (Mål C-426/11 *Alemo-Herron*) och Gill-Pedro, 2017, s. 123 ff.

viktig faktor för att uppnå en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.

2.5 Näringsfrihet som en yttersta gräns för EU:s skydd?

Är näringsfriheten en tydlig motsats till Direktivets skyddande av anställning eller finns det begränsningar i vad som kan inkluderas i näringsfrihet enligt EU-rätten som gör situationen mer komplex?

Genomgående för all tolkning av Direktivet är gränsen mellan anställningsskydd och näringsfrihet. I Art. 16 i EU:s rättighetsstadga klargörs att: ”Näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis”. Näringsfriheten blir därmed en nödvändig byggsten, samtidigt har ”flexicurity” i olika former varit en målsättning.[105]

En effektiv arbetsledning förutsätter ett effektivt regelverk för att marknadsekonomin ska fungera. Däremot är avvägningen mot de samhällskostnader som uppkommer för de arbetstagare som inte efterfrågas svårare att beräkna. Lösningen blir ofta en anpassning åt båda håll. Modernisering av arbetsrätten ses som en nyckel för anpassning av arbetstagare och arbetsplatser på ett sätt som möjliggör näringsfrihet men även ger skydd för arbetstagaren.[106]

2.5.1 Medlemsstaternas möjlighet att värna egna intressen

EU-rättens grundläggande reglering värnar ofta näringsfriheten. Både fördragen och stadgan om de grundläggande rättigheterna utgår från en marknadsliberal tanke med sociala värderingar. I praktiken finns dock ofta möjlighet för enskilda stater att värna egna intressen, antingen direkt eller via påverkan på EU:s institutioner. Det är inte alltid klart om motiven bakom ett infört skydd verkligen är att ge skydd eller om de egentligen har en grund i något annat, t.ex. konkurrensskäl. De länder som har en nationellt högre skyddsnivå kan ekonomiskt förlora på detta om de övriga medlemsländerna kan konkurrera med sämre villkor.[107]

---

[105] Flexicurity definieras av Rådet som en avsiktlig kombination av flexibla anställningsavtal, övergripande strategier för livslångt lärande, effektiva arbetsmarknadsåtgärder men även moderna, adekvata och hållbara sociala trygghetssystem. Dok. 16201/07; Gemensamma principer för “flexicurity” – Rådets slutsatser. För ytterligare diskussion se Selberg, 2017, s. 116 f.

[106] Se COM (2006) 708 slutlig. GREEN PER Modernizing labour law to meet the challenges of the 21th century och COM (2007) 359 slutlig, Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security.

[107] Unionen vill skapa ett “level playing field” för att undvika konkurrens mellan medlemsländerna. Framför allt försöker man undvika “a race to the bottom” genom harmonisering som skapar ett “golv av rättigheter” eller genom fullharmonisering.

De fyra friheterna[108] kan också i vissa lägen sättas åt sidan, vilket visar på en anpassning till medlemsländernas olika förutsättningar.

Vid utvidgningen av EU 2004 och 2007, när flera nya medlemsländer kom in i unionssamarbetet från Öst- och Centraleuropa, utnyttjade många av de gamla medlemsländerna möjligheten att begränsa den fria rörligheten för arbetskraft genom övergångsbestämmelser. Situationen visar på de spänningar som ofta finns i en union mellan gamla och nya medlemmar.[109] De gamla medlemmarna är generellt intresserade av att bevaka sin position samtidigt som man ser behovet av utvidgning. I praktiken har färre än väntat använt sig av möjligheten till att som arbetstagare söka arbete i annat EU-land. Dock är siffrorna stigande och det är främst unga välutbildade som flyttar, antingen självständigt eller genom att följa med en arbetsgivare som förlägger verksamheten till annat medlemsland när arbetsgivaren utnyttjar den fria rörligheten för tjänster eller etableringsfriheten. Under 2015 hade ca 4 % av arbetskraften inom EU arbetat i något annat medlemsland.[110] Denna låga grad av rörlighet verkar ha kvarstått under de därpå följande åren.[111]

Avvägningen mellan ett effektivt skydd och en effektiv arbetsmarknad är därmed inte alltid lätt att uppnå, vare sig genom EU-rättsliga styråtgärder eller nationell reglering. EU:s slutsats har dock varit att en välfungerande arbetsmarknad är en viktig faktor för att kunna ha sociala skyddsåtgärder.

2.5.2 Nationell rätt kontra de grundläggande friheterna

Det finns exempel på hur skyddet av grundläggande rättigheter i nationell rätt har åsidosatts när unionsrätten krävt en annan intresseavvägning. I det mycket uppmärksammade Lavalmålet[112] blev strejkrätten, en nationellt grundlagsskyddad rättighet, begränsad eftersom den inte ansågs förenlig med en ekonomisk rättighet, d.v.s. den fria rörligheten för tjänster på EU-nivå.

På samma sätt har ett utökat skydd för arbetstagare vid övergång av verksamhet angripits när det har kommit i strid med direktiv som värnar

---

[108] Fri rörlighet för kapital, varor, tjänster och arbetskraft inom EU.

[109] Utvidgningen av EU till Öst- och Centraleuropa innebar att ett stort antal arbetstagare nu kom att innefattas, arbetstagare som hade ekonomiska levnadsvillkor som klart understeg övriga EU och som därför förväntades ha ett större intresse av att flytta. Detta fick främst Tyskland och Österrike som har gemensamma gränser med flera av de då nya länderna att kräva övergångslösningar. Även den ökande förvärvsfrekvensen för kvinnor inom EU kan ha spelat in där kvinnor 2007 tjänade 82 % av mäns löner, har högre arbetslöshet och jobbar oftare deltid trots en allt mer ökande utbildningsnivå i jämförelse med männen. Se Medlingsinstitutets årsrapport 2015.

[110] Nyström, 2017, s. 20 (refererar till Employment in Europé 2015).

[111] Siffran 4% bekräftas även i Nyström, 2021, s. 138.

[112] C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809, s. 05.

näringsfrihet inom viss sektor. Så var fallet i Mål *C-460/02 Kommissionen mot Italien*,[113] där Italien hade infört längre gående skyddsregler för marktjänstpersonal vid flygplatser innebar detta en begränsning i flygbolagens möjlighet att konkurrera. Konkurrensen inom denna sektor skyddas uttryckligen i Art. 18 i Rådets direktiv 96/97/EG.[114] Ett utsträckt nationellt skydd kan på detta sätt både inkräkta på ett annat direktivs skyddsområde, som tidigare nämnts,[115] och strida mot någon av de fyra friheterna.

2.5.3 Nationell rätt kontra arbetstagarens skydd i EU-rätt

Direktivet bygger i dag sin primärrättsliga grund på Art. 30 i Rättighetsstadgan. Enligt Art. 30 har varje arbetstagare rätt till skydd mot uppsägning utan saklig grund, i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Som tidigare har klargjorts finns det en skyldighet att använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det syfte som fastställs i Direktivet. Effekten av att inte göra en nationell tolkning i överensstämmelse med EU-rättens primärrätt är att tolkningen inte anses giltig:

> De grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan måste således iakttas när en nationell lagstiftning omfattas av unionsrättens tillämpningsområde. Följaktligen är ett fall som sålunda omfattas av EU-rätten, utan att de grundläggande rättigheterna äger tillämplighet, inte möjligt. Är unionsrätten tillämplig innebär detta att de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan är tillämpliga.[116]

2.5.4 Vad händer om utvecklingen av nationell praxis starkt försvagar det nationella skyddet för arbetstagaren vid övergång av verksamhet?

EU:s institutioner och nationella lagstiftare, myndigheter, domstolar osv måste alltid beakta Rättighetsstadgan inom ramen för unionsrätten, inom EU har EU:s primärrätt alltid företräde.[117] Enligt Art. 52 i Rättighetsstadgan ges nationell lag och praxis stort utrymme, men det är oklart i vilken utsträckning detta påverkar Art. 30 i

---

[113] (41) Mål C-460/02 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien*, ECLI:EU:C:2004:780 (Mål C-460/02 *Kommissionen*).

[114] I mål Mål C-460/02 *Kommissionen* hade Republiken Italien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 96/67/EG av den 15 oktober 1996 genom att i Art. 14 i lagstiftningsdekret nr 18 av den 13 januari 1999 om tillämpning av direktiv 96/67/EG om tillträde till marknaden för marktjänster på flygplatserna inom gemenskapen införa en social skyddsbestämmelse som är oförenlig med Art. 18 i nämnda direktiv och genom att i Art. 20 i nämnda lagstiftningsdekret införa övergångsbestämmelser som inte är tillåtna enligt samma direktiv.

[115] Se diskussionen i kap. 2.1.2. ang. Mål C-386/03 *Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*.

[116] C-617/10 *Åkerberg Fransson*, p. 21.

[117] Se Mål C- 617/10 *Åkerberg Fransson*. För en närmare diskussion se även Fast, Katarina. 'Dubbelbestraffningsförbudet i EU:s rättighetsstadga och det svenska systemet med skattetillägg och skattebrott – en kommentar till EU-domstolens avgörande i fallet Åkerberg Fransson', 2 *Svensk Skattetidning* 2013, s. 138.

Rättighetsstadgan.[118]Att direkt gå emot det skydd som ges i Direktivet i lagstiftning kan därmed självklart ifrågasättas. Men hur blir det om en medlemsnation i lag delvis ger bättre rätt för arbetstagares skydd än Direktivet, men i praxis delvis ger sämre rätt? Kan ett sådant genomförande rymmas inom balansen mellan, å ena sidan, arbetstagarnas intressen och, å andra sidan förvärvarens intressen och de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten, eller ska Direktivets lägstanivå alltid gälla?

Vilket utrymme finns för hur långt nationell praxis kan tillföra egna balanspunkter? EUD:s praxis klargör en del av dessa frågor, vilket kommer att diskuteras i denna avhandling, men grundfrågan hur långt nationell praxis kan sträcka sig känns i praktiken svårare att direkt besvara, även om vissa hållpunkter går att fastställa efter genomgång av gränserna för det skydd Direktivet ger arbetstagare. Mycket blir dock beroende av hur nationell praxis har hanterat skyddsvärdet.[119]

En annan fråga är: hur förhåller sig ett sådant genomförande i praxis till den transparens som krävs både för att Kommissionen ska kunna granska genomförandet och för att aktörerna ska kunna veta vad som gäller? Här finns stora risker att transparensen blir begränsad.

Transparens är i flera avseenden alltmer prioriterat i Kommissionens arbete, vilket har märkts inte minst genom de insatser som har gjorts för att få nya direktiv mer inriktade på genomlysning av olika sektorer, allt ifrån minimilön[120] och kvinnlig styrelsemedverkan[121] till lönetransperens[122]. Huruvida detta kommer att även innebära krav på ökad transparens i andra avseenden är oklart men förefaller fullt möjligt.

2.6 Proportionalitet: Näringsfrihet kontra anställningsskydd

I Fördraget klargörs möjligheten att begränsa värnandet om näringsfrihet om särskilda intressen motiverar det. EU:s stadga omfattar sociala

---

[118] Beträffande Article 30, se Kenner, Jeff, ‘Article 30 – Protection in the Event of Unjustified Dismissal’ i Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*. Hart Publishing, 2014, s. 807. Se även C-488/12–C-491/12 och C-526/12 *Nagy Sándor m.fl. mot Hajdú-Bihar megyei Kormányhivatal m.fl* (Mål C-488/12–C-491/12 och C-526/12 *Nagy)* begäran om förhandsavgörande från Debreceni Munkaügyi Bíróság, ECLI:EU:C:2013:703. Målet rör Art. 30 i Rättighetsstadgan men där prövning avvisas av EUD.
[119] Mer om detta i kapitel 14 och 15.
[120] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2022/2041 av den 19 oktober 2022 om tillräckliga minimilöner i Europeiska Unionen.
[121] KOM (2012) 299 (Mål COD).
[122] KOM (2021) 93 Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om stärkt tillämpning av principen om lika lön för kvinnor och män för lika eller likvärdigt arbete tack vare insyn i lönesättningen och efterlevnadsmekanismer.

rättigheter och även direkt uttalade arbetsrättsliga rättigheter. Om dessa rättigheter skulle vara oförenliga med näringsfriheten i en viss fråga, får näringsfriheten begränsas i enlighet med Art. 52 EU:s Rättighetsstadga. Värnande av en inre marknad är inte nödvändigtvis detsamma som värnandet av näringsfrihet men inom EU-rätten verkar detta till stora delar bli en avvägning mellan sociala hänsyn och näringsfrihet, där näringsfriheten viktas tungt. Avvägningen mellan de grundläggande ekonomiska målen kontra de sociala målen när det gäller övergång av verksamhet har uppmärksammats tidigare i forskningen.[123]

När EUD dömer sker det utifrån ett beaktande av de målsättningar och principer som finns i fördragen, Europakonventionen och Rättighetsstadgan. Målen avgörs i ett större sammanhang och kommer ofta att innehålla en proportionalitetsavvägning mellan skydd för sociala intressen och näringsfrihet. Prejudikatsvärdet bedöms utifrån sådana faktorer som domstolens sammansättning, om det finns ett yttrande från generaladvokaten, om rättsfrågan har fått medlemsstater att intervenera och om målet kan antas klargöra en aspekt som inte varit berörd i tidigare praxis.[124]

Rättskällorna, hur de ges företräde och hur detta ger effekter i nationell rätt på det sätt som EUD har angett, är det som främst skiljer EU:s autonoma rättsordning från internationell rätt.[125] Enligt Art. 52(1) i Rättighetsstadgan måste varje begränsning av rättigheterna ”vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter”. Begränsningar av rättigheterna får enligt Art. 52 i Rättighetsstadgan endast göras ”med beaktande av proportionalitetsprincipen” och ”om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av EU eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter”. Barnard har hävdat att de sociala rättigheterna bör ses som möjliga att mer eller mindre jämställa med ekonomiska intressen.[126] EUD:s tillämpning verkar dock inte entydigt tala för detta.

På denna grundläggande nivå framträder ett trestegstest. Testet kan användas vid tolkning och tillämpning av primärrätt, medan sekundärrätten preciserar intresseavvägningarna i olika materiella hänseenden genom bestämmelser som ska genomföras:[127]

---

[123] Se t.ex. Nielsen, Ruth, *European Labour Law*, 2019, och Mulder, 2004, generellt.
[124] Derlen, Mattias & Lindholm, Johan, *The Court of Justice of the European Union -Multidisciplinary Perspectives*, London, Hart Publishing, 2018, generellt.
[125] Granmar, JT, 2018, s. 846.
[126] Barnard, *EU Employment Law*, 2012, s. 27.
[127] Genom trestegstestet förtydligas att näringsfriheten är utgångspunkten för regleringen men att sociala hänsyn kan berättiga till begränsningar som är proportionerliga. På ett visst område kan denna avvägning preciseras genom ett direktiv. Beroende på omständigheterna kan de sociala intressena väga tungt på Direktivets tillämpningsområde. Att helt bortse från

Steg 1) Är åtgärden i strid med näringsfriheten?
Steg 2) Är åtgärden i så fall berättigad för att skydda någon annan rättighet eller något annat samhällsintresse?
Steg 3) Är åtgärden proportionerlig för ändamålet?

Beträffande arbetsrätt materialiseras dessa utgångspunkter i EU-stadgan generellt, i Funktionsfördragets kapitel om fri rörlighet för person, tjänster och i någon mån även etableringsfrihet.[128]

Medlemsstaternas regeringar kan genom ministerrådet tillsammans med Europaparlamentet anta sekundärrätt (harmonisering, s.k. positiv integration) som utöver negativ integration genom fördragsbestämmelserna kan uppställa krav på hur en fråga ska regleras på nationell nivå eller helt reglera frågan (d.v.s. en förordning som gäller direkt som lag i alla medlemsstater). Ovan nämnda avvägningar görs då i lagstiftningsakten.

2.6.1 Acquis communautaire

De flesta EUD:s domar är enbart förhandsavgöranden, men när Kommissionen för talan kan dock direkt bundenhet uppstå. EUD:s förhandsavgöranden bygger på en annan tradition än t.ex. den anglosaxiska där endast domstolens svar på den direkta rättsfrågan ges fullständigt värde och där domstolens övriga utlåtanden ses som av mindre värde, s.k. Obiter dictum. EUD vill i stället bygga en ”kropp” (the body of European Union law) genom att dra konturerna i form av principer och sedan fylla i innehållet.

EUD:s domar blir därmed ofta ”vida” i bemärkelsen att de gå långt utanför den rättsfråga som domstolen ställs inför. EUD:s domar blir en del av acquis communautaire, ibland kallad EU acquis. Avsikten är inte att den EU-rättsliga regleringen i form av t.ex. stadga, fördrag eller direktiv ska ge hela bilden. EUD:s uppgift är att vara den levande uttolkaren av principer. De konkreta rättsfrågorna i individuella fall får därmed ibland en underordnad roll om de inte passar in i mönstret av principer. EUD:s domare och generaladvokater kommer från de olika medlemsländerna och är fostrade i olika juridiska skolor. De möts i skapandet av unionsrätten men bär även med sig en del av sin ursprungliga syn på rätten, rättsbildningen och rättsskipandet.[129] En del uttalanden från EUD eller generaladvokater kan därmed bära en prägel av ett visst lands

---

marknadsaspekten skulle dock vara oförenligt med de befogenheter som Sverige och andra EU-medlemsstater har tilldelat EU-institutionerna.

[128] Som utgångspunkt tillämpas Artiklarna 45-62 FEUF om den nationella åtgärden är diskriminerande beroende på ursprungsland. I vissa fall kan även hinder för marknadstillträde utöver indirekt diskriminering anses stå i strid med näringsprincipen och bli föremål för unionsrättslig prövning i steg ett. I steg två kan dock som sagt hindret berättigas genom andra rättigheter och samhällsintressen om det i steg tre är proportionerligt.

[129] Granmar, JT, 2018, s. 848.

speciella syn på frågan, men de flesta olikheter slipas av under EUD:s arbete.

> ”Normalt arbetar dock domstolen så att den lägger ett pussel där olika aspekter av unionsrätten på ett område förklaras först i allmänna ordalag och sedan efterhand alltmer specifikt. Ett vanligt misstag är att läsa förhandsavgörandet så som man läser ett avgörande i sak. Bara för att EUD säger olika saker i olika förhandsavgöranden innebär det inte att domstolen använder ”olika metoder” eller resonerar på ”olika sätt” när den i själva verket ger medlemsstaterna nya tolkningsdata för att säkerställa en samstämmig och teleologisk rättsutveckling”.[130]

Detta gör att det blir nödvändigt att kartlägga Direktivets skyddssyftes omfattning genom en närmare granskning av inte bara Direktivet utan också dess källor. Framför allt gäller detta EUD:s uttolkning av de principer som domstolen finner särskilt viktiga att betona.

2.6.2 Vissa villkor tolkas mer eller mindre snävt

Skiljelinjen mellan näringsfrihet och skydd kan ibland även behandlas direkt i Direktivet genom att vissa villkor tolkas mer eller mindre snävt. Ett exempel är Mål *C-164/00 Beckmann*[131], där undantaget för ålderspensioner ska tolkas snävt.

> ”Mot bakgrund av den allmänna målsättningen att skydda arbetstagarnas rättigheter i händelse av en företagsövergång som eftersträvas i Art. 3.1 och 3.2 i direktivet, där det föreskrivs att överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal, ett anställningsförhållande eller kollektivavtal övergår på förvärvaren, ska undantaget enligt Art. 3.3 i direktivet tolkas restriktivt.
>
> Detta undantag ska således endast tillämpas på de förmåner som uttömmande uppräknats i Art. 3.3, vilken sålunda ska tolkas snävt.” [132]

EUD konstaterar därmed att undantaget för pension ska tolkas snävt och kan därmed inte tillämpas på andra rättigheter såsom förtidspension.[133]

---

[130] Granmar, JT, 2018, s. 852.

[131] (35) Mål C-164/00 *Katia Beckmann mot Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd.*, ECLI:EU:C:2002:330 (Mål C-*164/00 Katia Beckmann*), p. 29-30.

[132] C-164/00 *Katia Beckmann*.

[133] (37) Mål C-4/01 *Serene Martin, Rohit Daby och Brian Willis mot South Bank University*, ECLI:EU:C:2003:594 (Mål C-4/01 *Martin*): “29 Mot bakgrund av den allmänna målsättningen att skydda arbetstagarnas rättigheter i händelse av en företagsövergång som eftersträvas i Art. 3.1 och 3.2 i direktivet, där det föreskrivs att överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal, ett anställningsförhållande eller kollektivavtal övergår på förvärvaren, skall undantaget enligt Art. 3.3 i direktivet tolkas restriktivt. 30 Detta undantag skall således

2.6.3 Balansen mellan parternas intressen

I mål *C-336/15 Unionen*[134] återkommer EUD även till en annan avvägning inom Direktivets skyddssyfte – balansen mellan parternas intressen:

> ”Domstolen har med avseende på Art. 3 i direktiv 2001/23 funnit att syftet med det direktivet även är att säkerställa en skälig balans mellan, å ena sidan, arbetstagarnas intressen och, å andra sidan förvärvarens intressen. Av detta följer bland annat att förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten.”[135]

Den skäliga balans som EUD refererar till framgår inte i Art. 3, som anger skyddssyftet för arbetstagarens ställning och inte innehåller övervägande beträffande näringsfrihet.[136] I ingressen till Överlåtelsedirektiv 77/187 framgår dock:

> ”På både nationell nivå och gemenskapsnivå medför den ekonomiska utvecklingen förändringar i företagsstrukturer genom att företag, verksamheter eller delar av verksamheter genom lagenlig överlåtelse eller fusion övergår till andra arbetsgivare. Det är nödvändigt att utarbeta bestämmelser till skydd för arbetstagarna vid byte av arbetsgivare, särskilt för att säkerställa att deras rättigheter skyddas.”

I de därefter kommande direktiven, Överlåtelsedirektiv 98/50 och Direktivet kvarstår inte denna formulering och inget förtydligande har gjorts i övrigt beträffande en balans mellan arbetstagarskyddet och förvärvarens intressen. Det finns dock en förändring beträffande avvägningen mellan ekonomiska och sociala intressen. Den starkare viktning av ekonomiska intressen gentemot sociala intressen, som finns i de tidigare versionerna av överlåtelsedirektivet, direktiv 77/187 och till viss del i direktiv 98/50, har i Direktivet delvis modifierats till ett starkare skydd för de sociala intressena.[137] EUD:s praxisutveckling verkar dock

---

endast tillämpas på de förmåner som uttömmande uppräknats i Art. 3.3, vilken sålunda skall tolkas snävt.” Se även EFTA-domstolens mål, förenade målen E-15/15 och E-16/15 *Franz-Josef Hagedorn v Vienna-Life Lebensversicherung AG* och *Rainer Armbruster v Swiss Life (Liechtenstein) AG* beträffande uttolkning av bl.a. om livförsäkring omfattades.

[134] (65) Mål C-336/15 *Unionen mot Almega Tjänsteförbunden och ISS Facility Services AB* ECLI:EU:C:2017:276 (Mål C-336/15 *Unionen*).

[135] Se Mål C-336/15 *Unionen*, p. 19. EUD hänvisar i domen till ett liknande resonemang, dom av den 11 september 2014, Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2014:2197, punkt 29 och där angiven rättspraxis.

[136] Rådets direktiv 2001/23/EG: KAPITEL II Skydd för arbetstagarnas rättigheter Art. 3: 1.

[137] Se ingressen till Direktivet samt Mulder, 2004, s. 218, fotnot 582. Se även diskussionen i *de Vries, Sybe de, Bernitz, Ulf, and Weatherill, Stephen (red), The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, 15 Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart 2013, samt Vries, Sybe de, Bernitz, Ulf, and Weatherill, Stephen (red), *The EU*

i vissa fall ske fristående från direkta formuleringar i direktiven och direktiven verkar inte heller när det kommer nya versioner vilja återspegla den rättsskapande verksamhet som skett i EUD beträffande balans och överväganden utifrån näringsfrihet. När de två senare direktiven har motiverats med en vilja att kodifiera de ståndpunkter som EUD tagit, är det förvånande att detta inte sker på ett tydligare sätt.[138]

Direktivet har ett skyddssyfte, för att skydda just arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet, av sociala skäl. Även en mer eller mindre dold konkurrensrättslig neutralitetssträvan kan uttolkas.[139] Genom att ta bort skillnader i medlemsländerna beträffande skydd vid övergång, vill man uppnå en bättre gemensam marknad.[140] Detta innebär att det finns en rättslig grund för Direktivet, men att den tolkas snävt. Något hårddraget kan gränsen uttryckas som att allt som inte uttryckligen undantas från strävan efter näringsfrihet ska i stället tolkas för att uppnå näringsfrihet. Men å andra sidan, det som undantas från strävan efter näringsfrihet genom att ges ett skydd inom Direktivets räckvidd har en stark grund.

Detta delkapitel avsåg att skildra de problem som kan uppkomma i avvägningen mellan skyddsintresse och näringsfrihet inom Direktivet. Men problem kan även uppkomma när tillämpning av Direktivet inkräktar på andra intressen, vilket behandlas i kommande delkapitel.

Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument Five Years Old and Growing, Vol. 20, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart, 2015.

[138] Se Direktivets preambel (1) och (7).

[139] Blanpain, Roger, *European Labour Law*, 14:e uppl., Wolters Kluwer, 2013, s. 823, sammanfattningen "The employers are somehow protected against the consequences of the function of the common market."

[140] Se (4) i preambeln till Direktivet samt även COM/1975/0429 final som utvecklar vad som ska skyddas:" The aim of the proposed Directive is to protect employees from losing acquired and future rights in the event of transfers of undertakings or amalgamations by introducing provisions affording protection and safeguards. This aim is to be achieved by the following means :transfer of the employment relationship from the transferor to the transferee in the event of a change of ownership; - protection of employees against dismissal on the sole ground of transfer of an undertaking or an amalgamation ; provision of information, consultation and negotiations with employee representatives regarding the interests of the employees affected." Se även Generaladvokatens förslag till dom i Mål C-426/11 *Mark Alemo-Herron* s. 48-54 där det klargörs att näringsfriheten har gamla anor i unionsrätten, ursprungligen ett utflöde av den grundläggande rätten till egendom men kom under 1980-talet att utformas som en självständig rättighet för att så småningom utgöra en allmän unionsrättslig princip liksom även avtalsfriheten och principen om fri konkurrens. Näringsfriheten Art. 16 i stadgan fungerar som en garanti för ekonomiskt initiativ och ekonomisk verksamhet och som en gräns för Unionens ageranden inom ramen för dess roll som lagstiftare och verkställande makt, samt för medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätten. Näringsfriheten skyddar den ekonomiska initiativkraften och handlingsförmågan på en marknad, men inte de konkreta vinsterna i ekonomiska termer, som utvinns från nämnda marknad. Näringsfriheten utgör en grundläggande rättighet som mycket väl kan tillämpas som motvikt. Att rättigheten inte är absolut bidrar till att den mycket ofta tillämpas i kontrast till andra grundläggande rättigheter, vilket visas av domstolens rättspraxis där näringsfriheten tillämpats som motvikt till andra grundläggande rättigheter såsom integritetsskydd, hälsoskydd, och immaterialrätter.

2.7 Nationellt utökat skydd för arbetstagare kontra näringsfrihet

Direktivet ger i Art. 8 en rätt för medlemsstat att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna. EUD har dock visat att denna rätt har en gräns mot näringsfrihet. Nationell rätts genomförande av Direktivet kan därmed bli problematisk när ett införande av bättre skydd för arbetstagaren kan ge negativa effekter för näringsfriheten. I Mål *C-426/11 Alemo-Herron* där nationell rätt gav ett starkare skydd åt arbetstagarna vid övergång än vad EUD fann var generellt befogat, kom frågan upp om hur detta skulle avvägas. Anställningsavtalen för berörda arbetstagare hänvisade till ett relevant kollektivavtal i branschen för offentliganställda som ett s.k. levande avtalsvillkor.[141] När verksamheten övergick i privat drift hade förvärvaren inte möjlighet att vara avtalspart utifrån sin sektorstillhörighet. Vid bedömning om förvärvaren ändå hade skyldighet att beakta tidigare anställningsvillkor i avtalet fann domstolen att en sådan skyldighet inte förelåg.

Frågan blir: Hur håller Direktivets reglering av möjligheten att genomföra ett bättre skydd för arbetstagares ställning stånd mot näringsfriheten? Enligt utgången i Mål *C-426/11 Almon-Herron* vann näringsfriheten. Fallet är dock vida kritiserat och lämnar utrymme för flera olika tolkningar.[142]

Med applicerande av de ovan angivna trestegstestet kan man konstatera:

- Att åtgärden att ge ett starkare skydd åt arbetstagarna vid övergång än vad EUD fann var befogat inte generellt var i strid med näringsfriheten.
- Att samma åtgärd var berättigad enligt Direktivets skyddssyfte.

---

[141] Med "ett levande avtalsvillkor" avses här en hänvisning i ett anställningsavtal till ett vid varje tidpunkt rådande kollektivavtal. Detta innebär att de villkor som gällde vid övergången senare kan förändras när nytt kollektivavtal träffas.

[142] Se Weatherill, Stephen, 'Use and Abuse of the EU:s Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of freedom contract - Comment on Case Mål C-426/11 Mark Alemo-Herron v Parkwood Leisure', 10 *European Review of Contract Law* 2014, 167; Prassel, Jeremias, 'Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case Mål C-426/11 Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd.', Industrial Law Journal, 2013 s. 434-446 samt beträffande samma princip i senare praxis Mål C-201/15 *AGET*, och Iraklis, Countouris & Koukiadaki, The glass half full: collective redundancies, public interest, and the (unfulflled) potential of Europe's "highly competitive social market economy" Manchester Centre for Regulation and Governance and Public Law PMO General, 2017, s. 193–201 samt Sjödin, 'Näringsfriheten förtydligad - Kommentar till Mål C-201/15 *AGET, Iraklis*', 1 Europarättslig tidskrift 2018 där näringfriheten viktas något lättare.

- Att denna åtgärd av EUD sågs som oproportionerlig för ändamålet i den förevarande situationen eftersom förvärvaren inte kunde påverka det avtal denne indirekt blev bunden av.

Direktivet är i sig en proportionalitetsavvägning mellan de olika intressen som ligger till grund för den primärrättsliga regleringen. Skyddet i Direktivet ska säkerställa att arbetstagaren inte förlorar förvärvade och framtida rättigheter,[143] vilket även bekräftas i Direktivet.[144] Här tillkommer dessutom en ytterligare reglering från Art. 3 i Direktivet som klargör kollektivavtalets egen status som avtalsinstrument.[145]

Skydd för arbetstagares rättigheter kan även härledas ur andra källor och måste då avvägas utifrån balansen i den aktuella rättskällan. Arbetstagares ställning omfattas som tidigare nämnt av Rättighetsstadgan men den förstärkning av arbetstagarens skydd som ges i Rättighetsstadgan från 2009 och den förändring som Art. 31[146] om rättvisa arbetsförhållanden innebar har i praktiken först fått genomslag i praxis efter 2016. Detta är något som måste beaktas för förståelse av hur grunden för Domstolens bedömning kan ändras i förhållande till tidigare praxis.[147]

2.8 Vilka villkor skyddas när sociala hänsyn förenas med avtalsfrihet?

Det har genom de olika versionerna av direktiven om övergång av verksamhet blivit allt tydligare att de utgör en avvägning mellan skydd för arbetstagaren vid övergång av verksamhet kontra näringsfrihet och

[143] Se COM/1975/0429 final: "The aim of the proposed Directive is to protect employees from losing acquired and future rights in the event of transfers of undertakings or amalgamations by introducing provisions affording protection and safeguards."
[144] Art. 3(1): "Överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen skall till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren."
[145] "Efter överlåtelsen skall förvärvaren 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. Medlemsstaterna får begränsa den period under vilken de skall vara bundna av ett sådant avtal, med det förbehållet att den inte får vara kortare än ett år."
[146] Fördraget om Europeiska Unionen (konsoliderad version) EUT C 326 av den 26.10.2012 s. 13; Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) EUT C 326 av den 26.10.2012 s. 47; Europeisk Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna EUT C 83 av den 30.3.2010 s. 389. Se ang. stadgans "rättsliga värde" Art. 6 (1) FEU. Se även Art. 31, Rättvisa arbetsförhållanden: 1. Varje arbetstagare har rätt till hälsosamma, säkra och värdiga arbetsförhållanden. 2. Varje arbetstagare har rätt till en begränsning av den maximala arbetstiden samt till dygns- och veckovila och årlig betald semester, 30.3.2010 SV Europeiska Unionens officiella tidning C 83/397.
[147] Se kap 5-12 beträffande vad detta betyder i praktisk tillämpning.

föreningsfrihet för arbetsgivare. Detta återverkar även på uttolkningen av vilka villkor som skyddas vid en övergång av verksamhet.

Hur inverkar denna avvägning på nationell möjlighet att införa regleringar med mer förmånliga skyddsregler? EUD klargör att det inte är tillåtet att nationellt utsträcka ett skydd om det sker på bekostnad av andra primära värden.

Skyddssyftet i Direktivet uttrycks ofta som att arbetstagarens ställning skyddas i och med att anställningsavtalet går över om det är identitet i verksamhet. Reglering av villkor ligger i svensk rätt dock huvudsakligen i kollektivavtalen medan anställningsavtalen medvetet hålls relativt tomma för att kollektivavtalsregleringar ska kunna få full kraft.

En övergång av ett anställningsavtal kan därmed antingen ses som en övergång av ett avtal som inte reglerar särskilt mycket, d.v.s. ett skydd för själva anställningen, eller övergång av ett avtal som vid varje tidpunkt får sitt innehåll av gällande kollektivavtal. Här har EUD inte prövat anställningsavtalets innehåll utifrån kollektivavtalspåverkan men däremot olika aspekter av vad som går över av kollektivavtal.

Både näringsfriheten och föreningsfriheten kommer att begränsa vilka villkor som förvärvaren kan bindas av vid en övergång vilket i vissa situationer kan hamna i motsatsställning till det skydd som var avsett att ges. Det skulle strida mot den negativa föreningsfriheten att förvärvaren tvingas in i en viss arbetsgivarorganisation likväl som det skulle kunna strida mot rätten att bedriva en effektiv näringsverksamhet, om omstrukturering inte är möjlig. Utrymme finns dock för nationell rätt att påverka skyddets omfattning.

2.8.1 Statiskt skydd

Ett statiskt skydd kan uppnås genom att vid övergång av verksamhet inte tillåta att villkor i anställningsavtal refererar till det vid varje tidpunkt gällande kollektivavtalet utan enbart till det kollektivavtal som förvärvaren är part i. I Mål *C-499/04 Werhof* [148] klargör domstolen att

> ”…att Art. 3.1 i direktivet skall tolkas så, att bestämmelsen inte hindrar att förvärvaren av ett företag inte är bunden av kollektivavtal som har slutits senare än det som var i kraft vid tidpunkten för överlåtelsen, när det i ett anställningsavtal hänvisas till ett kollektivavtal som överlåtaren men inte förvärvaren är part i.”[149]

[148] (47) Mål C-499/04 *Hans Werhof mot Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2006:168 (Mål C-499/04 *Werhof*), p. 4.
[149] C-499/04 *Werhof.* p. 37.

Detta får uttolkas så att anställningsavtalet får karaktär av en spegel som enbart speglar de avtal som gäller för tillfället hos den aktuella arbetsgivaren och att det inte finns något självständigt innehåll av kollektivavtalade villkor i anställningsavtalet. En klausul i ett anställningsavtal, i vilken det hänvisas till ett kollektivavtal, kan inte vara mer långtgående än det avtal som det hänvisas till.

Det ovannämnda Mål *C-499/04 Werhof* handlade om bestämmelser i tysk rätt som innebar att kollektivavtal blev en del av anställningsavtalen endast beträffande det innehåll som bestämmelserna hade vid tidpunkten för övergången av företaget eller verksamheten, och att de inte kunde uppdateras efter övergången. Bestämmelserna gav därmed ett ”statiskt” skydd för arbetstagare efter en övergång av ett företag eller en verksamhet. Att skyddet därmed kan finnas, och får finnas enligt nationell rätt, framstår därmed som givet, men kan det finnas ett skydd av villkoren i något annat avseende?

2.8.2 Dynamiskt skydd

I Mål *C-426/11 Alemo-Herron* uppkom frågan om ett ”dynamiskt” skydd med tillämpning av nationell avtalsrätt, det vill säga ett skydd enligt vilket kollektivavtal som gällde vid den aktuella övergången, liksom kollektivavtal som har trätt i kraft efter denna övergång, kan göras gällande mot förvärvaren. Detta besvarar domstolen nekande så länge bundenheten inte kan påverkas av förvärvaren;

> ”Art. 3 i direktiv 2001/23, jämförd med Art. 8 i det direktivet, kan dock inte tolkas så, att medlemsstater får vidta åtgärder som visserligen är gynnsammare för arbetstagarna men som kan påverka själva kärnan i förvärvarens näringsfrihet.”[150]

Kollektivavtalen kan däremot gå över helt eller beträffande vissa villkor, för olika perioder. De kommer därmed att ge ett skydd för villkor i många situationer men inte utifrån intolkade villkor i anställningsavtalet, såsom vid utfyllande eller normerande verkan. Även här kan skillnader i olika länders arbetsrättsliga reglering säkert ha inverkat på vad avtalen avsåg att skydda samt vilket utrymme som i dag finns för att hävda att klausuler i kollektivavtal går över. Är arbetsreglering huvudsakligen stadgad i lag eller förordning, blir avtalsinnehållet dock av mindre betydelse vid övergång än i svensk rätt. EUD har i sin praxis haft orsak att ta ställning till fler situationer beträffande tillåtligheten av en koppling till kollektivavtalade villkor vilket kommer att diskuteras i kapitel 11.[151]

---

[150] Mål C-226/11 *Alemo-Herron* p. 36. domen hänför sig även till C-544/10 *Deutsches Weintor eG mot Land Rheinland-Pfalz* ECLI:EU:C:2012:526 p. 54 och 58.
[151] Se mer om kollektivavtalens inverkan i kap.11.1.

2.9 Flexibilitet kontra effektivitet

Arbetsrätten har i vissa avseenden motstridiga funktioner där det företagsekonomiskt effektiva kan hamna i motsatsställning till anställningsskydd för individen. Till detta kommer även viktningen av samhällskostnader när individer blir arbetslösa och har svårt att hitta ny sysselsättning liksom strukturella samhällsförluster när företag väljer att dra ner på eller avsluta verksamhet utifrån bristande lönsamhet.

De arbetsrättsliga reglerna syftar till en avvägning mellan kravet på effektivitet och sociala och humanitära hänsyn. I många länder har detta lett till att näringslivet har utvecklat andra kontraktsformer för att öka flexibiliteten för företagen. Det går att se tendenser till bl.a. fragmentisering, där verksamheterna bolagiseras så att t.ex. speciella personalbolag bildas som hyr ut anställda.[152] En annan tendens är att externalisera kostnader och risker genom att antingen lägga ut verksamhet på entreprenad eller genom att hyra in personal.

Genomgående för dessa konstruktioner är att den traditionella arbetsgivarfunktionen förändras. Personalansvaret ligger i dessa fall inte hos den arbetsgivare som drar nytta av arbetet utan hos en extern arbetsgivare som anställer och fördelar arbetstagarna på arbete, men som inte alltid utövar en direkt arbetsledning. Personalansvaret växlas mot att den arbetsgivare som drar nytta av arbetet i stället betalar mer för att få ett större oberoende. Innebär detta att personer som arbetar i dessa typer av alternativa anställningar, jämfört med att vara direkt anställd, har ett lägre skyddsvärde?

Vad händer med anställningstryggheten för den som utför arbetet och inte är anställd på arbetsplatsen? Den EU-rättsliga regleringen har brottats med motsättningen att försöka behålla de positiva sidorna av flexibilitet men minska de negativa effekterna för anställningstrygghet och bristande förutsägbarhet för de arbetstagare som arbetar i t.ex. entreprenader.[153]

För arbetsgivaren märks motsättningen mellan skydd, å ena sidan, och flexibilitet och effektivitet å andra sidan tydligt i Direktivet och dess praxis, där regleringen ursprungligen tillkom för att reglera företagsövergångar, men allt mer har kommit att tillämpas både på alternativ till direkta anställningar, såsom entreprenader, och övergång av bemanning/inhyrning. Skyddssyftet kontra näringsfriheten får här ännu en

[152] Se t.ex. Eklund, *Bolagisering - ett mode eller ett måste?*, Juristförlaget, 1992, generellt.
[153] Se t.ex. under senare decennier Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (Bemanningsdirektivet) och Rådets direktiv (EU) 2019/1152 av den 20 juni 9 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska Unionen (Villkorsdirektivet).

aspekt. Är alla arbetstagare lika skyddsvärda eller ska entreprenad och bemanning ses som en konstruktion där arbetstagarna medvetet ges ett sämre skydd för att prioritera flexibilitet? Hur stämmer detta med det starkare skyddsvärde som Rättighetsstadgan ger de sociala rättigheterna? Förutsättningarna för att ett skydd ska kunna existera inom Direktivets ram är att de legala grunderna finns, såsom att alternativ till direkta anställningar, såsom t.ex. entreprenad, kan omfattas av att det föreligger en lagenlig övergång och att de även ingår i begreppen för anställda i verksamheten. Vidare att den arbetsgivare som inte anställer de alternativt anställda, men som drar nytta av deras arbete, ändå ses om omfattad av Direktivets arbetsgivarbegrepp. Det är därmed viktigt att reda ut begreppens innehåll och omfattning, samt ge en grund beträffande vad som kan vara identitet i verksamhet, vilket sker i det kommande kapitlet.

Kapitel 3: Övergång av verksamhet och dess aktörer

Inledning
Direktivets skyddssyfte innebär att en uppsägning inte får ha orsakats av övergången i sig. Det råder i detta avseende ett materiellt uppsägningsförbud av de arbetstagare som är anställda i verksamheten vid tidpunkten för den faktiska övergången. För att uppsägningsförbud ska föreligga måste det både finnas aktörer som omfattas av skyddet och en lagenlig övergång av verksamhet.

Kapitel 3: Övergång av verksamhet och dess aktörer
3.1 Lagenlig övergång
3.2 Kort om identitet i verksamhet som förutsättning för aktörerna
3.3 Tidpunkten för övergång
3.4 Aktörerna
3.4.1 Överlåtare
3.4.2 Förvärvare
3.4.3 Arbetstagare
3.5 Entreprenadens aktörer
3.5.1 Entreprenadens förutsättningar
3.5.2 Överlåtare, förvärvare och huvudman vid entreprenad
3.6 Arbetstagarens skydd vid en övergång
3.7 Partsbyte och uppsägningsförbud
3.8 Konkurs och insolvensförfaranden m.m.

Detta kapitel syftar till att reda ut vilka aktörer som skyddas, vad som kan vara en lagenlig övergång och hur detta förhåller sig till alternativa organisationer där arbetstagarna inte är anställda i primärverksamheten. Eftersom lagenlig övergång förutsätter funktionen överlåtare och förvärvare måste även innebörden av dessa aktörsbegrepp granskas. Här startar diskussionen om hur aktörsbegreppen förhåller sig vid entreprenad. En mer genomgående presentation av begreppens betydelse i sitt sammanhang beträffande entreprenad kommer att göras senare i arbetet. Begreppens innehåll har fått sin betydelse via praxis, vilket ger ett behov att försöka se hur EUD har definierat begreppen och vilken rättsverkan som har knutits till dem i allmänhet, och i entreprenadfallen i synnerhet.

3.1 Lagenlig övergång

EUD har, som tidigare klargjorts, spelat en mycket aktiv roll i att uttolka de olika direktiven om övergång av verksamhet. Det rådande Direktivets innehåll kan i dag inte förstås fristående utan endast genom den rättsutveckling som praxis har lett fram till.

En fråga i några av de mål som domstolen har haft att ta ställning till är när en lagenlig övergång av verksamhet faktiskt har skett. I Direktivet klargörs att det ska ”tillämpas vid övergång av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion”.[1] Generaladvokat G. Fredrico Mancini klargör att detta betyder varje lagligt relevant handling såsom kontrakt, testamente, administrativt eller rättsligt beslut.[2] En fusion kommer i sig själv att jämställas med en lagenlig övergång enligt Direktivet.[3]

Förekomsten av en lagenlig övergång eller en fusion är första steget för att avgöra om en övergång i Direktivets mening är för handen. Det ställs krav på minst två agerande parter, en överlåtare och en förvärvare.[4] Huruvida lagenlig övergång eller fusion föreligger mellan dessa parter har fastställts genom EUD:s uttolkning.

I *Case 135/83 Abels*[5] klargörs att det att det inte kan vara en lagenlig övergång när en av parterna är försatt i konkurs eller konkursliknande förhållande, såvida inte nationella regler har undantagit detta eller att insolvensförfarande föreligger i syfte att verksamheten ska kunna drivas vidare.[6]

Rättsfrågan om innebörden av lagenlig övergång återkommer i *Case 324/86 Tellerup*.[7] I fallet hade Irma Catering A/S arrenderat restauranger och barer av A/S Palads-Teatret. Vid upplåtelseavtalets upphörande sade Irma Catering A/S upp personalen. Ett nytt upplåtelseavtal

---

[1] Se Direktivet Art. 1:1 a.

[2] Generaladvokatens förslag till dom (12) Förenade målen 144/87 och 145/87 *Harry Berg och Johannes Theodorus Maria Busschers mot Ivo Martin Besselsen*, ECLI:EU:C:1988:236 (Förenade målen 144/87 och 145/87 *Berg*), vilket har kommit att bli EUD:s inställning.

[3] Se Direktivet: (2) På både nationell nivå och gemenskapsnivå medför den ekonomiska utvecklingen förändringar i företagsstrukturer genom att företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter genom lagenlig överlåtelse eller fusion övergår till andra arbetsgivare.

[4] Samt att övergången skett under den tid Direktivet varit tillämpligt i landet, se (26) Mål C-336/95 *Pedro Burdalo Trevejo m.fl. mot Fondo Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:1997:204 (Mål C-336/95 *Trevejo*).

[5] Se även Case 179/83 *Industriebond* och (4) Case 186/83 *Botzen Rotterdamsche Droogdok Maatschappij Botzen*, ECLI:EU:C:1985:58 (Mål C-186/83 *Botzen*). för olika aspekter av samma rättsfråga.

[6] (29) Case 399/96 *Europièces SA mot Wilfried Sanders och Automotive Industries Holding Company SA*, ECLI:EU:C:1998:532 (Mål C-399/96 *Europièces SA*).

[7] (10) Mål C-324/86 *Tellerup mot Daddy's Dance Hall*, ECLI:EU:C:1988:72 (Mål C-324/86 *Tellerup*).

ingicks mellan A/S Palads-Teatret och Daddy´s Dance Hall A/S med verkan från samma dag. Daddy´s Dance Hall övertog även varulager från Irma Catering A/S. Daddys Dance Hall återanställde omedelbart de tidigare anställda hos Irma Catering A/S som nu var uppsagda men fortfarande arbetade kvar under sin uppsägningstid. Anställningsvillkoren för en av de anställde, Tellerup, skiljde sig dock något åt, han fick fast lön i stället för provisionslön. På Tellerups begäran avtalades det dessutom om en tre månaders prövotid under vilken en ömsesidig uppsägningstid på 14 dagar gällde. Den nationella tvisten handlade i huvudsak om vilken uppsägningstid som skulle gälla när bolaget med hänvisning till anställningsvillkoren sade upp Tellerup.

EUD konstaterar beträffande den första rättsfrågan huruvida lagenlig övergång har skett, att Överlåtelsedirektivet 77/187 är tillämpligt.[8] Domstolen konstaterar vidare att det förhållande att överföringen sker i två steg, genom att företaget först återförs från den första arrendatorn till ägaren som därefter upplåter verksamheten på nytt, inte förändrar situationen. Detta förutsätter dock att den ekonomiska enheten i fråga behåller sin identitet. Domstolen påpekar att det i detta fall är mycket tydligt att identiteten har behållits eftersom Daddy´s Dance Hall har tagit över verksamheten utan att något uppehåll har skett av driften och med samma personal som före övertagandet.

Det bör särskilt anmärkas att i detta rättsfall ses det inte som betydelsefullt huruvida den första arrendatorn helt upphörde med sin verksamhet efter övergången. Övergången ses som ett faktum utifrån tidigare bedömning av om identitet föreligger.

Huruvida det har förelegat en lagenlig övergång ska enligt EUD ges en vid tolkning.[9] Situationen har rättsligt sett många gemensamma nämnare med den utläggning av verksamhet som kan ske vid entreprenadutläggning, där en viss verksamhet, avgränsad via upphandlingsförfarandet och konkurrensutsätts via upphandling.[10] EUD klargör den stora grad av variation som förekommer i praxis i de förenade målen *Case 171/94* och *172/94* Merckxdomen:

> ”29 Sålunda har domstolen ansett direktivet vara tillämpligt vid uppsägning av ett hyreskontrakt för en restaurang som

[8] Se p. 9 Case 324/86 *Tellerup* “[N]är det genom en lagenlig överlåtelse eller fusion sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som ansvarar för driften av företaget och som på grund därav som arbetsgivare ådrar sig skyldigheter gentemot företagets anställda och det saknar därvid betydelse om äganderätten till företaget har överlåtits eller inte.”

[9] (21) Case 171/94 och Case 172/94 *Albert Merckx och Patrick Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA*, ECLI:EU:C:1996:87 (Mål Case 171/94 och Case 172/94 *Merckx*). s. I-1253), p. 28.

[10] Se t.ex. (84) Mål C-675/21 *Strong-Charon Soluções de Segurança, S.A. mot 2045 Empresa de Segurança, S.A.*, ECLI:EU:C:2023:108 (Mål C-675/21 *Strong Charon*) i p. 39 och där angiven rättspraxis.

> följdes av att ett nytt hyresavtal ingicks med en annan hyresgäst (dom av den 10 februari 1988, kallad ”Daddy's Dance Hall”, Tellerup, 324/86, Rec. s. 739), vid uppsägning av ett hyreskontrakt som följdes av en försäljning från ägarens sida (dom av den 15 juni 1988, i målet Bork International, 101/87, Rec. s. 3057) och slutligen när en offentlig myndighet inte längre beviljar bidrag till en juridisk person, vilket medför att dennes verksamhet helt och hållet upphör och överlåts till en annan juridisk person med en liknande verksamhet...”

Språkligt sett kan ordet ”överlåtelse” eller ”övergång”, ge intryck av ett krav på ett direkt avtalsrättsligt samband mellan gammal och ny arbetsgivare. EUD har dock valt en vidare tillämpning än så. Sambandet krävs i stället antingen mellan överlåtaren och förvärvaren eller mellan gammal och ny arbetsgivare eller korsvis mellan dessa.

Det behöver därmed inte finnas något rättsligt samband eller någon relation mellan förvärvaren och den förre arbetsgivaren. Om övergången grundas på ett avtal, ett administrativt beslut, en rättsakt eller ett domstolsbeslut, som inte behöver vara mellan överlåtaren och förvärvaren, så är detta tillräckligt. Domstolen har även konstaterat att ett myndighetsbeslut kan ersätta ett avtal och på det sättet bilda grund för en övergång förutsatt att övriga kriterier är uppfyllda.[11]

Kommissionen har även behandlat frågan huruvida Direktivet endast ska begränsas till “contractual transfers, that is a transfer by a willing transferee to a willing transferor (by sale, lease or other contract)”. Kommissionen har dock avvisat detta utifrån att Direktivet ska tolkas vitt och i sak inkludera all övergång av företag, verksamhet eller del av verksamhet för att kunna uppfylla sitt skyddssyfte.[12]

Det kan dock noteras att lagenlig övergång inte för med sig att även andra avtal som kan påverka möjligheten för anställningar att bestå också förs över. Ett hyresavtal för en lokal som är väsentlig för att en verksamhet ska kunna bedrivas kommer inte att per se ses som en del av övergången.[13] Inkluderandet av vad som kan ses som lagenlig

---

[11] “Domstolen har således slagit fast att den omständigheten att övergången sker till följd av ensidiga myndighetsbeslut och inte genom ett avtal inte utesluter att Direktivet är tillämpligt (Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos* punkt 25 och där angiven rättspraxis)” not 38 i mål (69) Mål C-416/16 *Luís Manuel Piscarreta Ricardo mot Portimão Urbis, E.M., SA, i likvidation, Município de Portimão, Emarp – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, EM, SA*, ECLI:EU:C:2017:574 (Mål C-416/16 *Ricardo*).

[12] Se t.ex. Kommissionens förslag COM (94)300 final 8 September 1994; p. 17 Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employes rights in the event of transfers of undertakings, businesses or part of businesses.

[13] (49) C-313/07 *Kirtruna SL och Elisa Vigano mot Red Elite de Electrodomésticos SA m.fl.*, ECLI:EU:C:2008:574 (Mål C-313/07 *Kirtruna*). Från detta får naturligtvis skiljas den situation

övergång har emellertid gått så långt att EUD i Mål *C-344/18 ISS Facility*[14] har klargjort att begreppet övergång till följd av avtal enligt Art. 1.1 a i direktiv 2001/23, ska tolkas ”tillräckligt extensivt för att direktivets syfte att skydda arbetstagarna vid övergång till ett nytt företag skall kunna uppnås”.

EUD har slagit fast att tillämpningsområdet för Direktivet utsträcks till att omfatta:

> ”[S]amtliga fall när det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift och som har en arbetsgivares skyldigheter gentemot de anställda i företaget.” [15]

Detta gäller oberoende av huruvida äganderätten till företaget har överförts samt om det finns ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren. Rainone konstaterade att fram till 2022 hade EUD behandlat vad som utgör en legal övergång i 35 mål, i 27 av dessa var grunden till motiveringen just denna. I 26 av de 35 målen förelåg även övriga omständigheter såsom att överlåtelsen skedde i två steg, avsaknad av skriftlig överenskommelse eller kontrakt, att överlåtares och förvärvares rörelser fortsätter att vara sammanlänkade, att parterna inte var vinstdrivande, att övergången skedde p.g.a. en administrativ eller juridisk sammanslagning m.m.[16] Sammanställningen visar hur vid EUD:s tolkning av begreppet lagenlig övergång har blivit.

I Mål *C-29/91 Redmond Stichting*[17] slog EUD fast, beträffande situationen att en kommun drog in ett offentligt bidrag till en privat verksamhet för att i stället föra över pengarna till en annan privat verksamhet, att med ”lagenlig överlåtelse” avsågs alla tänkbara ändringar inom ramen för avtalsrelationer för den person som var ”faktiskt eller moraliskt ansvarig för driften av verksamheten och som åtagit sig arbetsgivarens förpliktelser gentemot företagets anställda”.[18] EUD går därmed långt utöver en ren avtalsrelation mellan överlåtare och förvärvare. En förutsättning är dock att funktionen att bedriva verksamhet finns kvar. EUD

---

att avtalet är av sådan betydelse att verksamheten inte kan bedrivas, varvid det inte skulle finnas möjlighet att se det som att det är en going concern som övergår.

[14] (78) Mål C-344/18 *ISS Facility Services NV mot Sonia Govaerts och Atalian NV*, Begäran om förhandsavgörande från Arbeidshof te Gent ECLI:EU:C:2020:239 (Mål C-344/18 *ISS Facility Services*). p. 34.

[15] Se bland annat, (9) Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*, p. 12; (Mål C-340/01 *Carlito Abler*) p. 41; (46) Förenade målen C-232/04 *Nurten Güney-Görres och* C-23/04 *Gul Demir mot Securicor Aviation (Germany) Ltd och Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2005:778 (Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir*).

[16] Rainone, 2023, s. 103-110.

17 (14) Mål C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol m.fl.* ECLI:EU:C:1992:220 (Mål C-29/91 *Redmond Stichting*).

[18] C-29/91 *Redmond Stichting*.

har, med utgångspunkt i den målsättning som eftersträvas genom Direktivet, funnit att Direktivet ska vara tillämpligt oberoende av karaktären av den rättshandling varigenom ett företag har efterträtt ett annat företag och även helt oberoende av om det finns ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren. Av denna rättspraxis följer klart att formerna för övergången saknar betydelse.[19]

EUD:s vida tolkning av vad som inkluderas i lagenlig övergång utgör även en spärr för medlemsstaterna att definiera bort många typer av transaktioner från att kunna vara en lagenlig övergång och därmed inkluderas i Direktivet. Domstolen har således varit konsekvent utifrån Direktivets rättsliga grund i Art. 100, senare Art. 115, när det gäller att harmonisera grundnivån i vad som kan omfattas för medlemsstaterna och har därigenom skapa en lägsta nivå, som genom praxisutvecklingen inte har blivit så låg.

3.2 Kort om identitet i verksamhet som förutsättning för aktörerna

En förutsättning för övergång av verksamhet är att föremålet för övergången har en sådan avgränsning att den kan ges en egen identitet. Detta kan skapas genom en ekonomisk avgränsning, t.ex. kan begreppet ”ekonomisk enhet” fungera på detta sätt, men även utifrån andra kriterier som särskiljer den övergående enheten.[20]

EUD har i sin praxis haft att klarlägga uttolkningen av identitetskriterier i flera olika situationer. Detta har inneburit en komplex och mångfasetterad praxis där domstolen navigerar i okända vatten och försöker balansera skyddsintresset för arbetstagarna mot ekonomiska intresset av effektivitet för näringslivet.

Här ställs EUD inför en svår utmaning: Att ge för stort skydd till arbetstagarna riskerar det ekonomiska välståndet samtidigt som för stor hänsyn till de ekonomiska intressena riskerar att urholka skyddet för arbetstagare så pass mycket att det blir en chimär, vilket i sin tur kan ge oönskade ekonomiska effekter. Klart är att identitetsprövningen kommer att spela en viktig roll i denna balansgång. Det är genom avgörandet av huruvida det föreligger identitet i verksamhet som domstolen också gör en skälighetsbedömning av hur balansgången mellan skyddsintresse och ekonomi ska göras.[21]

[19] Se svensk översättning i Prop. 1994/95:102, s. 30.
[20] Se kapitel 4 om ekonomisk enhet.
[21] Se kapitlen 6-10.

Utgångspunkten i Direktivet är att överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal övergår på förvärvaren om identitet i verksamhet finns och det föreligger en ekonomisk enhet. Föreligger förutsättningarna enligt Direktivet så finns en rätt till skydd för arbetstagaren vid övergång. EUD har tidigt beskrivit detta skydd som att ”the transferee stands in the shoes of the transferor”.[22] Regeln beskrivs ibland som en substitutionsmodell, där förvärvaren träder i överlåtarens ställe men med en ändamålstolkning.[23]

EUD har i och med *Spijkers*-domen[24] kommit att huvudsakligen omfatta sju kriterier som sammanviktas för att kunna avgöra om det föreligger identitet i verksamhet före och efter att verksamheten övergått till ny utförare. De sju kriterierna behandlar sju olika omständigheter som EUD har kommit att se som särskilt viktiga för en bedömning av om det föreligger en identitet i verksamheten hos överlåtaren som även består hos förvärvaren. Det som bedöms är;

1. Arten och inriktningen på verksamheten.
2. Huruvida materiel har tagits över.
3. Värdet av eventuella immateriella rättigheter som har övergått.
4. Huruvida personal övergått.
5. Om kunderna tagits över.
6. Graden av likhet mellan verksamheterna.
7. Om verksamheten legat nere och i så fall hur länge.

Kriterierna är inte uttömmande och de ska dessutom ses i en sammanvägning. De är snarare att se som faktorer som ska beaktas olika beroende på den konkreta situationen och verksamhetens karaktär avseende såväl enheten som aktiviteten.[25]

Det har i praxis utvecklats olika syn när det gäller material- och immaterialrättsligt tung verksamhet kontra personaltung verksamhet, en skillnad som blir särskilt tydlig vid entreprenadövergång. Det är lättare att visa på identitet i verksamhet vid utläggning av material- eller immaterialrättsligt tung verksamhet än vid personaltung verksamhet.[26] Kriterierna måste även ses i en interaktion med begreppet ekonomisk enhet, där samspelet mellan identitetsbedömningen och avgränsningen

[22] Case 324/86 *Tellerup*.
[23] Se Källström, Kent, & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet*, Iustus, 2022, s. 320. Se även Malmberg, Jonas, & Öman, Sören, ‘Något om kollektivavtal vid övergång av verksamhet’ i Ahlberg, Kerstin, Herzfeld Olsson, Petra, & Malmberg, Jonas, (red), *Niklas Bruun i Sverige - En vänbok*, 2017.
[24] Case 24/85 *Spijkers*.
[25] Mulder, Johann, ‘Komparativ skiss över reglerna vid verksamhetsövergång’ i *Festskrift til Stein Evju – Sui generis*, Universitetsforlaget, 2016.
[26] Mer om detta i kapitlen 6-10.

av vad som utgör en ekonomisk enhet ännu tydligare särskiljer olika typer av entreprenader från varandra.[27]

3.3 Tidpunkten för övergång

Kan parterna i övergången välja tidpunkt för när övergången ska anses ha skett? Här betonar EUD att tidpunkten för övergången bestäms av ett faktiskt skeende oberoende av vad parterna har avtalat.[28] I de förenade målen *144/87 och 145/87 Berg* klargörs att partsviljan inte har någon betydelse för om övergång föreligger eller inte. Övergången blir, om förutsättningarna är uppfyllda, automatisk och sammanfaller därmed med den tidpunkt

> ”…då ställningen som ansvarig arbetsgivare för driften av den enhet som övergången avser överförs från överlåtaren till förvärvaren. Det är fråga om en särskild tidpunkt som inte kan flyttas fram till en annan tidpunkt enligt överlåtarens eller förvärvarens önskemål.”[29]

Det betyder att ett anställningsavtal som gällde vid den tidpunkten ska övergå oavsett att parterna på papper har kommit överens om en annan tidpunkt. Detta får betydelse för det uppsägningsförbud som råder för de som är anställda vid den faktiska övergången. Uppsägningen får inte ha orsakats av övergången i sig.

3.4 Aktörerna

Det finns tre huvudaktörer när det gäller Direktivet: överlåtare, förvärvare och de anställda. Dessa aktörer får något andra förutsättningar vid entreprenad, vilket klargörs i kapitel 3.5.

---

[27] Mer om detta i kap. 12.

[28] (45) Mål C-478/03 *Celtec Ltd mot John Astley m.fl.*, ECLI:EU:C:2005:321 (Mål C-478/03 *Celtec Ltd*). De anställningsavtal och anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången, i den mening som avses i Art. 3.1 i Direktivet, mellan överlåtaren och de anställda vid det företag som övergången avser, övergår automatiskt från överlåtaren till förvärvaren på grund av själva företagsövergången se även (13) Case 362/89 *Giuseppe d’Urso och Adriana Ventadori m.fl. mot Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA m.fl.*, ECLI:EU:C:1991:326 (Mål Case 362/89 *d’Urso*), p. 20 och (23) Mål C-305/94 *Claude Rotsart de Hertaing mot J. Benoidt SA i likvidation och IGC Housing Service SA*, ECLI:EU:C:1996:435 (Mål C-305/94 *Rotsart*), p. 18, där EUD även i p. 26 klargör att en förutsättning för att överlåtaren blir befriad från sina skyldigheter är att det finns någon vid övergångstillfället som ansvaret kan övergå på, därav är övergången automatisk oavsett vad överlåtare eller förvärvare anser.

[29] Mål C-478/03 *Celtec Ltd*, p. 44.

3.4.1 Överlåtare

Denna första aktör när det gäller övergång av verksamhet är överlåtaren. Följande definitioner anges i Art. 2. En ”överlåtare” är ”varje fysisk eller juridisk person som till följd av en övergång enligt Art. 1.1 upphör att vara arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten”. En överlåtare är därmed den juridiska eller fysiska person som överlåter sin verksamhet, helt eller delvis via lagenlig övergång eller via fusion.[30]

Den första, och även den vanligaste, situationen är att en företagsägare, tillika arbetsgivare, överlåter hela eller delar av sitt företag till en annan person, juridisk eller fysisk. Att företagsägaren i detta exempel är överlåtaren och köparen är förvärvaren framstår som självklart.

Samma person som i ett läge agerar överlåtare kan vid senare övergång av samma verksamhet återkomma som förvärvare, vilket är särskilt vanligt i entreprenadfallen.

Överlåtaren blir därmed synonym med den faktiska arbetsgivaren för de anställda i verksamheten, det vill säga den arbetsgivare som står i avtalsställning till arbetstagaren och som normalt även utövar arbetsledning. Detta betyder att överlåtaren måste vara faktisk arbetsgivare för anställda i den enhet som övergår. Är enheten inte tydligt avgränsad, blir det viktigt att klargöra om det föreligger en ekonomisk enhet hos överlåtaren som övergår till förvärvaren. En ekonomisk enhet blir därmed minsta gemensamma nämnare för att kunna klargöra gränserna för det som kan övergå.[31]

3.4.2 Förvärvare

Förvärvare är den juridiska eller fysiska person som förvärvar verksamheten, helt eller delvis, från överlåtaren genom en lagenlig övergång eller via fusion.[32]

Arbetsgivarbegreppet kan för en förvärvare vara ganska komplext eftersom det inte alltid är självklart att en övergång har skett.

---

[30] Se Direktivet Art. 2 1. I detta direktiv avses med a) överlåtare: varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse enligt Art. 1.1 upphör att vara arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten. Direktivet äger därmed inte tillämpning på en övergång där det inte föreligger ett arbetsgivarbyte såsom kan vara fallet vid en aktieöverlåtelse, se Förenade målen 144/87 och 145/87 *Berg*.

[31] Se mer om detta i delkapitel 4 om ekonomisk enhet.

[32] Se Direktivet Art. 2 b) förvärvare: varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse enligt Art. 1.1 blir arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten. Se även Art. 1.1. en “förvärvare” är “varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse blir arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten”.

Förvärvarens insikt saknar dock betydelse eftersom övergången inträder oberoende av denna insikt när Direktivets villkor är uppfyllda.

Än mer komplicerat blir det om ett företag eller en del av ett företag säljs till flera olika personer. Vem är då förvärvaren, med andra ord: till vem ska personalen eventuellt gå över? Uppfylls övriga kriterier för övergång så kommer en situation med en arbetsgivare som överlåter verksamhet, och flera personer som tar emot olika delar, att behandlas som en överlåtare och flera förvärvare.[33]

Avtalsrättsligt kan förvärvarens ställning ses som mer oklar än överlåtarens. När det framstår som oklart om det föreligger en övergång i Direktivets mening, innebär detta även en oklarhet om det föreligger en arbetsrättslig relation. Oklarheten kan ses som ineffektiv och ett argument mot att ingå en avtalsrelation med huvudmannen i en entreprenad. Förmodad förvärvare får dock sällan problem med att ha en partsställning. Så snart någon initierar en förhandling eller en talan om att det skulle föreligga en övergång av verksamhet har eventuell förvärvare automatiskt en partsställning.

Arbetsgivarbegreppet som sådant kan lättare problematiseras i relationen mellan förvärvare och arbetstagare kontra överlåtare och arbetstagare. Det skydd som Direktivet avser att ge innebär en utsträckning av arbetsgivaransvaret för främst förvärvaren. Övergången sker oavsett om detta är önskvärt för förvärvaren eller inte. Situationen är därmed mycket annorlunda mot när förvärvaren själv anställer och i och med det även styr vilka anställda som anses gynna verksamheten. Man kan här tala om att EU-rätten konstruerar ytterligare en relation, den mellan arbetstagaren och den verksamhet som förvärvaren har tagit över.[34]

3.4.3 Arbetstagare

En förutsättning för övergång av verksamhet är även att det finns anställda som kan övergå,[35] men arbetstagarbegreppet inom EU har inte getts ett gemensamt innehåll.[36] Definitionen av vem som är att se som arbetstagare var initialt till viss del oklar men kom att fastställas via praxis från EUD.

---

[33] C-344/18 *ISS Facility Services*.
[34] Se Selberg, 2017, s. 474.
[35] Case 19/83 *Wendelboe*. Målet visar att endast de som är anställda hos överlåtaren vid själva övergången omfattas. Språklig uttolkning, både i generaladvokatens yttrande och i domen, landar i att det är anställningsförhållandet som måste föreligga inte bara rättigheter och skyldigheter generellt. Detta blir därmed uttolkningen av Överlåtelsedirektivet 77/187:s skrivning "The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of the transfer within the meaning of Article 1(1) shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee."
[36] Jaspers, m.fl., 2019, s. 42.

EUD hade i tidigare mål rörande andra delar av unionsrätten fastslagit att begreppet arbetstagare är av speciell gemenskapsrättslig betydelse och inte får definieras av olika medlemsländer var för sig.[37] Arbetstagare enligt Art. 45 ses som ett begrepp som ska tolkas entydigt inom gemenskapen.

I Mål *C-66/85 Lawrie-Blum*[38] tolkades huruvida en lärarkandidat som genomgick en av skolmyndigheten övervakad kurs i pedagogik hade ställning som arbetstagare. Domstolen uppställde tre kriterier:

- Arbetet utförs för någon annans räkning.
- Den som utför arbetet är under arbetsledning.
- Arbetet sker mot vederlag.

EUD:s praxis ledde fram till Art. 45 FEUF[39], som vill tillförsäkra en bred uttolkning av vem som faller under arbetstagarbegreppet vid beaktande av den fria rörligheten. Samma breda definition av arbetstagarbegreppet har använts av EUD beträffande särskilt viktiga sociala rättigheter, t.ex. Art. 157 FEUF om lika lön för män och kvinnor.[40] Även beträffande konkurrensrätt har det funnits ett intresse att ha en bred definition. I tidig praxis klargjorde EUD att konkurrensrätten inte kan utsträckas till kollektivavtal som ingåtts för att förbättra anställdas arbetsförhållande.[41] Frågan som behandlades var om en tjänstepensionsfond är ett företag i den mening som avsågs i konkurrensrätten, vilket EUD kom fram till att det inte var, eftersom syftet var ett annat.[42]

Arbetstagarbegreppet har dock utsträckts till att även i vissa fall omfatta självanställda i EUD:s praxis, som därmed inte alltid faller under konkurrensrättens företagarbegrepp beroende på grad av självständighet

---

[37] Case 53/81 *Levin mot Secretary of State for Justice*, ECLI:EU:C:1982:105 (Mål Case 53/81 *Levin*).

[38] Case 66/85 *Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1986:284 (Mål C-66/85 *Lawrie-Blum*).

[39] Se även Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen.

[40] C-256/01 *Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional och Secretary of State for Education and Employment*, ECLI:EU:C:2004:18 (Mål C-256/01 *Debra Allonby*).

[41] C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430 (Mål C-67/96 *Albany*).

[42] Mål C-67/96 *Albany* p. 59. Kollektivavtal som har slutits mellan de organisationer som företräder arbetsgivarna respektive arbetstagarna har visserligen ett visst inneboende konkurrensbegränsande inverkan. Det socialpolitiska syftet med sådana avtal skulle emellertid allvarligt äventyras om arbetsmarknadens parters gemensamma strävan att vidta åtgärder som förbättrar anställnings- och arbetsförhållandena skulle omfattas.

och om man kommer att ingå i samma ekonomiska enhet[43] som de anställda.[44]

Arbetstagarbegreppet har i övriga socialrättsliga direktiv fått andra definitioner. Ett direktiv, Hälsa och säkerhet på arbetsplatsen,[45] ger en helt egen definition av vem som är att betrakta som arbetstagare. En del direktiv ger ingen definition alls, medan andra hänvisar till det nationella arbetstagarbegreppet. Detta kan ge upphov till nationella skillnader i tolkningen av vem som omfattas av skyddssyftet i egenskap av arbetstagare, men EUD har klargjort att medlemsstaterna i de direktiv som hänvisar till ett nationellt arbetstagarbegrepp inte får exkludera kategorier av arbetstagare som avses skyddas av det enskilda direktivet.[46] Arbetstagarbegreppet har på senare tid fått en ny utveckling via förslaget till det s.k. Plattformsdirektivet där ingående diskussioner har skett beträffande hur detta påverkar den svenska modellen.[47]

Arbetstagarbegreppet vid övergång av verksamhet har i praxis från EUD och sedan i de två senaste direktiven fått en nationell avgränsning. I Direktivet Art. 2 1 d) klargörs att arbetstagare är varje person som i den berörda medlemsstaten åtnjuter skydd som arbetstagare enligt nationell reglering av anställningsförhållandet. Direktiv ska inte heller påverka nationell lagstiftning när det gäller definitionen av anställningsavtal eller anställningsförhållanden. Men medlemsstaterna får inte utesluta anställningsavtal eller anställningsförhållanden från detta direktivs räckvidd enbart på grund av antalet arbetstimmar som utförs eller ska utföras, att anställningsförhållandet är tidsbegränsat

---

[43] Se skrivningen i Teun s. 43 som hänvisar till kap. 5 och 9.

[44] C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media mot Staat der Nederlanden*, ECLI:EU:C:2014:2411 (Mål C-413/13 *Kunsten*). Domens sammanfattning: "Unionsrätten ska tolkas så, att en bestämmelse i ett kollektivavtal, som den i det nationella målet, om att egenföretagare som tillhandahåller tjänster och som är anslutna till en av de avtalsslutande arbetstagarorganisationerna och som på grundval av ett uppdragsavtal utför samma arbete åt en arbetsgivare som dennes anställda ska erhålla en viss lägsta ersättning, inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF om, och endast om, personerna i fråga är "falska egenföretagare", det vill säga tjänsteleverantörer som befinner sig i en situation som är jämförbar med den situation som de anställda arbetstagarna befinner sig i. Det ankommer på den nationella domstolen att göra denna bedömning."

[45] Directive 89/391/EEC – OSH "Framework Directive".

[46] C-216/15 *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH mot Ruhrlandklinik gGmbH*, ECLI:EU:C:2016:883 (Mål C-216/15 *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*). Domens sammanfattning "Artikel 1.1 och 1.2 i direktiv 2008/104 ska tolkas så, att Direktivet är tillämpligt på det fallet att en ideell förening i utbyte mot ekonomisk ersättning ställer en av sina medlemmar till förfogande för ett kundföretag för att där primärt och under dess ledning tillhandahålla en arbetsprestation mot lön, när denna medlem är skyddad i denna egenskap i den berörda medlemsstaten – vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva – och detta även om medlemmen inte har ställning som arbetstagare i nationell rätt av den anledningen att denne inte har ingått ett anställningskontrakt med föreningen."

[47] Europaparlamentets och rådets direktiv om bättre arbetsvillkor för plattformsarbete. Se även Charlotta Asplund, Riksdagsutskott vill underkänna ny EU_reform https://www.europaportalen.se/2022/02/riksdagsutskott-vill-underkanna-ny-eu-reform (besökte 5 dec. 2023). Rådet antog sin ståndpunkt den 12 juni 2023. De nya reglerna måste förhandlas fram med Europaparlamentet innan de kan bli EU-lagstiftning.

eller tillfälligt enligt Art. 1.2 i direktiv 91/383/EEG. Detta gäller också om det företag, den verksamhet eller del av ett företag eller en verksamhet som överlåts är, eller är del av, en verksamhet som hyr ut arbetskraft.[48]

Orsaken till att arbetstagarbegreppet på detta sätt till stora delar ges en nationell avgränsning kan ses utifrån gränserna för Direktivets skyddssyfte. Behovet av skydd för arbetstagarbegreppet vid övergång av verksamhet ses inte som lika långtgående som i delar av övrig socialrätt.

I *Case 105/84 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* kom i stället skiljelinjen att dras mellan ägare och arbetstagare beträffande uttolkningen av vilken reglering som skulle styra arbetstagarbegreppet. Målet rör bl.a. om Mikkelsen ska ses som anställd eller som ägare efter övergången, eftersom han då kom att äga en stor andel samt sitter i företagets styrelse.

Här ställs det skydd som Direktivet ska ge arbetstagare mot vad som inte kan ses som skyddsvärt i ett ägarövertagande. Arbetstagarbegreppet diskuteras av domstolen dels utifrån huruvida arbetstagaren är underordnad arbetsledning, dels utifrån om ägande är förenat med ett bestämmande inflytande.[49]

Domstolen konstaterar att definitionen av vem som är att se som arbetstagare inte är fastställd i det dåvarande direktivet men att tolkningen bör ske utifrån vad som begreppet generellt bör täcka i sitt sammanhang samt utifrån vad det täcker i EU-rätten i övrigt samt i medlemsstaterna.[50]

Slutsatsen blir därmed att en arbetstagare måste kvarstå som arbetstagare även efter övergången för att kunna omfattas av Direktivets skydd. Har personen i stället kommit att ses som arbetsgivarföreträdare genom

---

[48] Se Direktivet Art. 2. Se även (81) Mål C-550/19 *EV mot Obras y Servicios Públicos SA, Acciona Agua SA*, ECLI:EU:C:2021:514 (Mål C-550/19 *EV*).

[49] Se (5) Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Danmols Inventar*, ECLI:EU:C:1985:331 (Mål Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*) p. 20-21: "The Commission observes in the first place that it is necessary to establish a Community definition of the term 'employee' within the meaning of Directive No 77/187. It takes the view that the term covers any person who in return for remuneration carries out work on behalf of, and as the subordinate party in a relationship with, another person. That definition does not mean that a person cannot be regarded as an employee within the meaning of the directive because he possesses a certain, or even a substantial, shareholding in the undertaking. On the other hand, the directive does not apply where the person's position in the undertaking is such that he is no longer the subordinate party in an employment relationship."

[50] "23…In order to establish its meaning it is necessary to apply generally recognized principles of interpretation by referring in the first place to the ordinary meaning to be attributed to that term in its context and by obtaining such guidance as may be derived from Community texts and from concepts common to the legal systems of the Member States."

ett ägande förenat med ett stort inflytande föreligger inte skyddsbehov.[51]
Efter EUD:s generella bedömning av huruvida ett skyddsintresse förelåg för Mikkelsen att ses som arbetstagare inte fanns vara uppfyllt blir i stället liknande situationer beroende av nationell rätts bedömning av arbetstagarbegreppet och det skydd som begreppet ges i nationell rätt.[52] Domen betonar dock att bedömningen måste vara reell och inte en konstruktion för att undgå övergång.[53] Här kan man ifrågasätta om man på motsvarande sätt kan hitta en skyddsvärd kärna som är svår att kränka och en mer perifer rättighet som lättare kan åsidosättas?

När ett grundläggande begrepp såsom ”arbetstagare” knyts till nationell rätts avgränsning innebär det som tidigare nämnts att skyddsnivån kan vara skiftande. Hur har EUD generellt förhållit sig till direktivs skyddssyfte för arbetstagare? Här kan två olika linjer skönjas: Behovet av unionsövergripande skydd och ett skydd avpassat efter nationellt regelverk där effekterna kan delas upp på följande vis:

-*Unionsövergripande skydd av arbetstagarbegreppet*
I *Case 53/81 Levin* klargörs att arbetstagarbegreppet (worker)[54] inte fick avgränsas genom dess nationella definition eftersom detta skulle kunna

[51] Se Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, p. 12 f. “For those reasons it must be held in reply to the first question that Article 3 (1) of Council Directive No 77/187 of 14 February 1977 must be construed as not covering the transfer of the rights and obligations of persons who were employed by the transferor at the date of the transfer, but who, by their own decision, do not continue to work as employees of the transferee.” Se även p. 26 samma dom beträffande att Direktivets skydd får ses som endast partiellt eftersom definitioner I stor utsträckning lämnas till nationell rätt.
[52] “28 In reply to the second question it must therefore be held that the term ‘employee within the meaning of Directive No 77/187 must be interpreted as covering any person who, in the Member State concerned, is protected as an employee under national employment law. It is for the national court to establish whether that is the case in this instance.”
[53] Article 1(1) of council directive no 77/187 does not apply to the transfer of an undertaking, business or part. Of a business where the transferor has been adjudged insolvent and the undertaking or business in question forms part. Of the assets of the insolvent transferor, although the member states are at liberty to apply the principles of the directive to such a transfer on their own initiative. However, the mere fact that the transfer has occurred after the transferor has suspended payment of its debts is not sufficient to exclude the transfer from the scope of the directive. Article 3(1) of council directive no 77/187 must be construed as not covering the transfer of the rights and obligations of persons who were employed by the transferor at the date of the transfer, but who, by their own decision, do not continue to work as employees of the transferee. Den resa som EUD börjar redan i Case19/83 *Wedelsboe* där en avgränsning görs till nationell rätt för vem som är att se som anställd under ett insolvensförfarande tas i detta mål vidare till att helt avgränsa arbetstagarbegreppet till det nationella, så länge det inte sker i syfte att undkomma Överlåtelsedirektivet 77/187. Domen klargör därmed att arbetstagarbegreppet i detta direktiv, till skillnad mot när det rör den fria rörligheten, endast är partiellt harmoniserat och i första hand avgränsas av nationell lag.
[54] Det kan noteras att den engelska versionen av direktiv 77/187, använder ordet “employee” och inte “worker” som i fördraget.”Whereas it is necessary to provide for the protection of employees in the event of a change of employer, in particular, to ensure that their rights are safeguarded;” Medan i Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union begreppet skiftar “Title iv free movement of persons, services and capital Chapter 1 Workers.” (min markering) varvid begreppet får flera

leda till minskad rörlighet genom att vissa grupper undantogs. I stället skulle begreppet ges en innebörd i unionsrätten för att undvika missbruk.

-Nationell definition av arbetstagarbegreppet

Tolkningen av Direktivets skrivning att det var den anställde arbetstagarens ställning som skyddas, var att det nationella arbetstagarbegreppet blir avgörande för huruvida den anställde ska omfattas av Direktivets skydd.[55] Detta eftersom fokus läggs vid att det är anställningsförhållandet som sådant som ska överföras och inte i första hand att det ska ske via en unionsgemensam bedömning av vem som omfattas. Effekten blir därmed att skyddssyftet sänks i jämförelse med det som uttalas i *Levin* beträffande fri rörlighet. Eftersom gränsöverskridande övergång av verksamhet till stor del berör fri rörlighet kan detta förefalla märkligt.

När EUD väljer att bortse ifrån den unionsövergripande definitionen av arbetstagarbegreppet, till förmån för en nationell definition vid prövning av huruvida övergång föreligger, är det en tydlig markering, att man ser regleringen om övergång av verksamhet som något som inte inverkar på den fria rörligheten.

Arbetstagarbegreppet har beträffande övergång i stället behövt uttolkas beträffande vem som är skyddsvärd i Direktivets mening. Men även om arbetstagardefinitionen är en fråga för medlemsstaterna så finns det som tidigare nämnts begränsningar i hur medlemsstaterna kan bestämma begreppet. Direktivet fastslår att undantag inte får göras för att utesluta anställningsavtal eller anställningsförhållanden från Direktivets räckvidd enbart på grund av antalet arbetstimmar, tidsbegränsade anställningar[56] och att anställningsförhållandena är tillfälliga[57]och det företag, den verksamhet eller den del av ett företag eller en verksamhet som överlåts är, eller är del av, en verksamhet som hyr ut arbetskraft och som är arbetsgivaren.[58]

---

tolkningsmöjligheter. I svensk rätt används dock begreppet “arbetstagare” både i fördragsöversättningen och i direktiv 77/187.

[55] Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, p. 26: It is clear from those provisions that Directive No 77/187 is intended to achieve only partial harmonization essentially by extending the protection guaranteed to workers independently by the laws of the individual Member States to cover the case where an undertaking is transferred. Its aim is therefore to ensure, as far as possible, that the contract of employment or the employment relationship continues unchanged with the transferee so that the employees affected by the transfer of the undertaking are not placed in a less favourable position solely as a result of the transfer. It is not however intended to establish a uniform level of protection throughout the Community on the basis of common criteria.

[56] Enligt Art. 1.1 i rådets direktiv 91/383/EEG av den 25 juni 1991 om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande eller tillfälligt anställningsförhållande.

[57] Enligt Art. 1.2 i direktiv 91/383/EEG.

[58] Direktivet Art. 2:2.

Praxis visar även en begränsning genom att inte tillåta undantag som underminerar Direktivets syfte att skydda arbetstagare. Att undanta VD och styrelseledamöter från arbetstagarbegreppet för insolvens går däremot bra, eftersom dessa anses ha ett större ansvar för insolvens uppkommande och därmed inte vara skyddsvärda i Direktivets mening.[59] Av rättssäkerhetsskäl måste dock undantag från arbetstagarbegreppet vara lagstadgade, och inte enbart framgå av praxis.[60]

3.5 Entreprenadens aktörer

Entreprenaden utgör ofta en atypisk eller alternativ organisationsform på så sätt att den som är arbetsgivare för personalen i entreprenaden inte alltid är den som arbetsleder och att arbetet oftast inte utförs i arbetsgivarens lokaler.[61] En vanlig form av entreprenad är insourcing där personalen utför arbetet hos huvudmannen, ofta även benämnt driftentreprenad eller tjänsteentreprenad.

Personalen som utför arbete är inte utvald av verksamhetens ägare eller företrädare för att vara särskilt lämpade att utföra vissa speciella sysslor. Styrsystemen för personalledning blir annorlunda när det är någon annans personal som utför arbetet. Normalt tar en huvudman in en entreprenad för att antingen spara pengar eller slippa ett arbetsgivaransvar. Verksamhetens avgränsning påverkas av hur arbetet utförs. Men hur kommer detta att inverka på skyddssyftet? Delkapitel 3.5 vill visa hur en reglering som den i Direktivet, som bygger på konventionella organisationsformer och begrepp, påverkas när det är en entreprenad som övergår.

Kapitlet behandlar först de förutsättningar som måste föreligga för en entreprenad för att därefter granska begreppen överlåtare och förvärvare vid övergång av entreprenad.

3.5.1 Entreprenadens förutsättningar

Huvudman är, beträffande entreprenader, en beteckning på den som äger, företräder eller organisatoriskt sett ansvarar för en verksamhet, d.v.s. den som tar in entreprenaden. Det kan vara en fysisk eller en juridisk person. I praktiken kan det vara t.ex. ett företag, en förening eller en kommun.

---

[59] C-101/21 *HJ mot Ministerstvo práce a sociálních věcí mot Tjeckien,* ECLI:EU C:2022:356.
[60] (82) Mål C-237/20 *Federatie Nederlandse Vakbewegning mot Heiploeg Seafood International BV och Heitrans International BV*, ECLI:EU:C2022:321 (Mål C-237/20 *Federatie Nederlandse Vakbewegning*).
[61] Med undantag för outsourcing där arbetsuppgiften läggs ut att utföras hos entreprenören, t.ex. callcenter.

Huvudmannen väljer att anlita en entreprenad, vilket kan ske nationellt eller genom nationsöverskridande kontrakt. I utstationeringslagens 4 § regleras bl.a. den situation att en arbetsgivare för egen räkning och under egen ledning sänder ut hos sig anställd arbetstagare till Sverige enligt avtal med en tjänstemottagare i Sverige. Detta brukar benämnas entreprenadfallet.[62] Att arbetstagaren står under arbetsgivarens ledning ska dock inte tolkas som en direkt arbetsledning utan mer som ett organisatoriskt ansvar.[63]

Huvudmannen kan välja att lägga ut hela eller delar av sin verksamhet på entreprenad. I privat sektor kan stora delar av verksamheten läggas ut men det kan fortfarande finnas krav på att t.ex. vissa arbetsrättsliga och skatterättsliga funktioner kvarstår hos huvudmannen. I offentlig sektor styrs verksamheten ofta av ett regelverk som klargör vad som kan bli föremål för huvudmannabyte och för entreprenad. Inom t.ex. kommunal verksamhet görs skillnad på s.k. obligatorisk och fakultativ verksamhet där endast den fakultativa verksamheten kan bli föremål för huvudmannabyte. En entreprenad kan dock förekomma inom både obligatorisk och fakultativ verksamhet, men där begränsningarna i stället kan vara beträffande t.ex. att lägga ut myndighetsutövning.[64]

Entreprenad kan beteckna många former av konstellationer och kan i vissa lägen vara svåra att skilja från inhyrning av personal. Begreppet täcker det som kallas totalentreprenad, där huvudmannen åtar sig ett kontraktsansvar gentemot slutmottagaren såväl som gentemot självständiga delentreprenader som agerar fristående från övrigas arbete. Företagsekonomiskt skiljer man på out- och insourcing, beroende på om man lägger ut verksamhet att utföras utanför verksamheten eller tar in entreprenaden inom verksamheten.

Selberg[65] skiljer på om arbetsledningen ligger kvar eller inte och om den utnyttjas hos det företag som skickar ut en viss arbetstagare vilket även gäller rätten att kontrollera arbetets utförande. Om

---

[62] Nyström, 2021, s. 181.

[63] Nyström, 2021, s. 167. Se även Mijke Houwerzijl: "Although the worker remains linked to his initial employer, it is true that the actual work is provided by the employer in the host Member State for the needs of his company and it is carried out under his control and direction. The worker made available is hired in the same way as a local worker and thus directly competes with local workers on the labour market of the receiving Member State, which inevitably has consequences for that market", Houwerzijl, Mijke, 'Regime shopping" across (blurring) boundaries' i Evju, Stein (red), *Regulating Transnational Labour in Europe: The quandaries of multilevel governance* (Skriftserie nr. 196 ed., s. 95-130). [Chapter 3] (Department of Private Law Skriftserie; No. 196). UiO 2014.

[64] Se Madell, Tom, 'Socialtjänst på entreprenad: kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?', *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, ISSN 0015-8585, s. 15-46, 2003. Se även *Länsrättens dom, målnummer 6565-01, samt prövningstillstånd från Stockholms Kammarrätten målsnummer 287-2002*, om att Stockholms stad inte fick lägga ut socialnämndens verksamhet på entreprenad eftersom myndighetsbeslut måste fattas av huvudmannen även om verkställigheten kan ske hos entreprenör.

[65] Selberg, 2017, s. 61 ff.

arbetsledningen ligger kvar rör det sig enligt Selberg om entreprenad, samma gäller om ett företag köper in en viss avgränsad tjänst. En hård styrning av arbetsstyrkans utformning, t.ex. beträffande antal arbetande, anser Selberg kan tala för inhyrning. Detta tyder han även till att ”en starkt integrerad arbetsprocess i praktiken omöjliggör förekomsten av en entreprenadrelation”.[66] Både inhyrning och entreprenad definieras av att arbetstagaren utför sitt arbete i en arbetsorganisation där personen inte är anställd men, till skillnad från entreprenad, definieras inhyrning i lagstiftningen.[67] Selberg konstaterar att skillnaden mellan att hyra in en viss funktion, t.ex. en ekonomichef, eller att kontraktera en ekonomichef som konsult från en konsultbyrå, d.v.s. entreprenad, inte alltid är lätt att dra och att entreprenadbegreppet skulle tjäna på att tydliggöras.[68] Selberg konstaterar även att huvudmannen för verksamheten och entreprenören kan bilda en sammanflätad verksamhet därmed och en ”ekonomisk enhet”.[69]

För detta arbete blir det dock relevant att betrakta entreprenaden i en annan arbetsrättslig kontext – övergång av verksamhet i privat eller kommunal/regional verksamhet. Här kan entreprenaden agera självständigt utifrån ett uppdrag från en huvudman, en s.k. driftentreprenad, vilket kan ske både inom och utanför verksamhetens lokaler. Arbetstagarna är anställda och arbetsleds till viss del av entreprenören, men det kan även finnas utrymme för arbetsledning från huvudmannen inom kontraktets ramar. Föreliggande arbete kommer huvudsakligen att behandla driftentreprenader inom entreprenadbegreppet, d.v.s. den situation att huvudmannen lägger ut driften av hela eller delar av en viss verksamhet på en eller flera entreprenörer.

Verksamheten kan utgöra huvudmannens huvudsakliga verksamhet eller vara en stödverksamhet i syfte att tillhandahålla viss service. För kommuner är det oftast den senare typen av övergång som har ett intresse, d.v.s. att kommunen lägger ut viss serviceverksamhet på entreprenad, t.ex. städning.[70]

I princip kan tre olika situationer uppstå där det skulle kunna bli fråga om en övergång av entreprenadverksamhet i syfte att tillhandahålla viss service till huvudmannen:[71]

- När huvudmannens egen serviceverksamhet läggs ut för första gången till en ny utförare (en entreprenör).

[66] Selberg, 2017, s. 65, se även den hänvisning som där görs till Prop. 1970:166 s. 22 f.
[67] Lag (2012:584) om uthyrning av arbetstagare, s. 99.
[68] Selberg, 2017, s. 68 och där refererade SOU 2014:55 s. 51.
[69] Selberg, 2017, s. 62-63.
[70] Se mer om entreprenadbegreppet i kommun och region i kap. 11-12.
[71] Det som i Storbritannien går under beteckningen “Service provision change”.

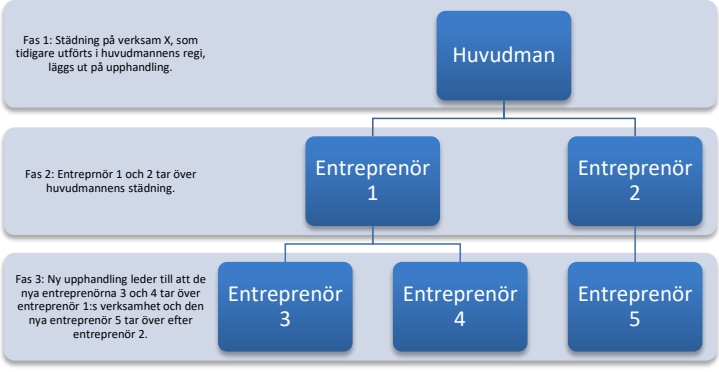
- När det sker ett byte av entreprenör som utför serviceverksamheten, oftast efter upphandling.
- När huvudmannen återtar verksamheten från entreprenören för att själv driva den.

Naturligtvis skulle även delmoment av dessa situationer kunna uppstå såsom att huvudmannen aldrig har haft verksamheten i egen regi men väljer att i stället för att ”köpa in tjänsten” starta upp en egen serviceverksamhet, där arbetet avgränsas och utförs på precis samma sätt. Detta har i praktiken uppkommit beträffande olika typer av teknikanvändning.[72]

3.5.2 Överlåtare, förvärvare och huvudman vid entreprenad

Entreprenader har behandlats av EUD i flera fall, där det framgår att en verksamhet som bedrivits på entreprenad, och som senare kommer att bedrivas av huvudman eller annan entreprenör, kan omfattas av Direktivet.[73] Men vem ses som överlåtare, huvudmannen eller den gamla arbetsgivaren (entreprenören)? Här uppstår ofta en skillnad mellan den juridiska eller fysiska person som först svarar för verksamheten (huvudmannen) och den juridiska eller fysiska person som tar över utförandet av driften. Huvudmannen består vid varje förändring medan arbetsgivarskapet övergår vid en verksamhetsförändringen.

Diagram över ett entreprenadbyte



[72] Intervju, Söderlöf, Göran, Jurist, Tidigare SKL (SKR) 2019.
[73] Se t.ex. Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*, p. 13. Härav följer att i den mån som den till vilken upplåtelsen skett i enlighet med upplåtelseavtalet får ställning som arbetsgivare i ovan angiven mening, ska upplåtelsen betraktas som en överlåtelse av ett företag till en annan arbetsgivare genom en lagenlig överlåtelse, i den mening som avses i Art. 1.1 i Direktivet. Följaktligen ska även upplåtarens övertagande av driften betraktas som en överlåtelse av ett företag till en annan arbetsgivare genom en lagenlig överlåtelse i den mening som avses i Art. 1.1 i Direktivet, i den mån som övertagandet i fråga medför att den till vilken upplåtelsen skett förlorar sin ställning som arbetsgivare och ägaren återfår denna ställning.

Vid fas 1 så är huvudmannen arbetsgivare och svarar för drift, finansiering och det ansvar som följer med huvudmannaskapet. Huvudmannen blir också överlåtare gentemot kommande förvärvare.

Vid fas 2 har arbetsgivarskapet övergått till entreprenör 1 och 2 för den personal som följt med verksamheten från huvudmannen. Verksamheten kan dock fortfarande bedrivas hos huvudmannen.

Vid fas 3 övergår arbetsgivarskapet vid övergång av verksamhet mellan entreprenörer.[74] Den personal som tidigare har arbetat hos entreprenör 1 kan nu återfinnas hos antingen entreprenör 3 eller 4 om personen har valt att gå över.

Avtalsförhållandet föreligger å andra sidan inte mellan den gamle och den nya entreprenören, utan i stället mellan huvudmannen för verksamheten och antingen den gamla eller den nya entreprenören. Huvudmannen blir på detta sätt spindeln i nätet som gör övergången möjlig. Om det inte föreligger samma huvudman för verksamheten blir inte sambandet tydligt.

Jämför situation 1 och 2:

1. Ett sjukhus har lagt ut sin cafeteria på entreprenad. Sjukhuset byter efter någon tid entreprenör och, förutsatt att identitet i verksamhet föreligger och att cafeterian kan ses som en egen ekonomisk enhet, är detta att se som övergång av verksamhet enligt domstolens praxis.
2. Bredvid det sjukhus som omnämns under punkt 1 byggs en ny cafeteria som konkurrerar ut sjukhusets egen cafeteria, så att denna läggs ner. Här har ingen övergång skett trots att verksamhetens art och kundkretsen förmodligen är desamma. Den nya cafeterian kan säkerligen köpa sjukhuscafeterians materiella utrustning, ta över en del av personalen, m.m. utan att det ses som övergång av verksamhet. Detta gäller oavsett om den nya cafeterian startar efter nedläggning av sjukhusets cafeteria. Det finns inget avtalsrättsligt samband ens via någon huvudman, och därmed är det inte möjligt att betrakta situationen som övergång av företag eller verksamhet enligt Direktivet.

Krävs det alltid en gemensam huvudman? Skulle en dominerande leverantör kunna ge samma avtalsrättsliga samband? Betänk följande hypotetiska exempel; det är endast en cafeteria i varje område som får sälja ett visst, mycket inarbetat glassmärke. Glassen är så eftertraktad att rätten att sälja glassen är helt avgörande för om verksamheten ska kunna

[74] Förutsättningen är, som antyds i texten, att det just är att se som en övergång av verksamhet. Alla entreprenadbyten är inte övergångar i Direktivets mening.

existera eller inte. Om glassbolaget drar in försäljningsrättigheterna för sjukhuscafeterian och i stället låter den nya cafeterian sälja glassen, är detta att se som övergång?

Glassbolagets handlande blir det som faktiskt avgör att en verksamhet läggs ner och en annan öppnas, men det är ändå svårt att se glassförsäljningen som en egen verksamhet i cafeterian – detta är dock ett gränsfall. Om det förelåg en licens att tillverka en produkt som går över från ett företag till ett annat på samma sätt, skulle förändringen mycket väl kunna ses som övergång av verksamhet, förutsatt att övriga förhållanden som är nödvändiga för övergång föreligger.[75]

I Mål *C-29/91 Redmond Stichting* ges ytterligare en aspekt av detta. Här överförs ett kommunalt bidrag från en stiftelse till en annan med samma verksamhetsinriktning, och detta sågs av EUD som övergång av verksamhet. Det avtalsrättsliga sambandet är här än mer försvagat eftersom kommunen endast är bidragsgivare, om än stiftelsens ende sådan. Därmed tyckte man sig kunna stödja den verksamhet som man såg som mest ändamålsenlig.

Det blir därmed inte förekomsten av ett avtalsrättsligt samband mellan den gamla och nya arbetsgivaren som blir avgörande, eftersom de fortfarande är en och samma arbetsgivare. Inte heller kan vi se två olika avtalsparter i begreppen överlåtare och förvärvare, eftersom även dessa är samma juridiska person. Övergång av verksamhet kan därmed ses på två olika sätt; direkt samband och indirekt samband.

Förvärvaren som arbetsgivare

När Direktivet tillämpas på en övergång av entreprenad eller inhyrd verksamhet är förvärvaren ännu längre ifrån att själv kunna styra vilka personer som kommer att bli anställda i förvärvarens verksamhet.

Det är därmed inte fråga om ett rakt funktionellt arbetsgivarbegrepp, där den som utövar arbetsgivarens maktbefogenheter blir bärare av arbetsgivaransvaret och där utväxlingen är att arbetsgivaren ges möjlighet att ta vinsten av utfört arbete mot att ge arbetstagaren ett socialt skydd under vissa förutsättningar och under viss period. I denna situation blir det viktigt för arbetsgivaren att kunna styra över vilka arbetstagare som kommer in i verksamheten.

En traditionell kommunal driftentreprenad ger en situation där entreprenören hos överlåtaren har utövat det formella arbetsgivarskapet och där överlåtaren kan ha haft viss faktisk arbetsledning och visst ansvar för

[75] Se C-171/94 och Mål C-172/94 *Merckx*., rättsfrågan i målet kommer att utvecklas i kapitel 8.

arbetsmiljön. Vid en övergång av en driftentreprenad kommer förvärvaren, om Direktivets förutsättningar är uppfyllda, att bli både formell och faktisk arbetsgivare.

Entreprenad har blivit en viktig faktor för att hitta effektiva organisationsformer, b.la. genom en flexibilitet där huvudmannen får större möjlighet att fokusera på kärnverksamhet eller välja mellan olika utförarformer. Samtidigt innebär det ett externaliserat personalansvar som till vissa delar kan strida mot ett skyddssyfte, om det inte kan motiveras utifrån näringsfrihet. EU-rätten gör i Direktivet en balansakt mellan flexibilitet och effektivitet kontra de negativa effekterna för arbetstagarna med fragmentisering och externalisering.

EU-rätten laborerar med ett utökat arbetsgivarbegrepp men har samtidigt valt att göra en sådan utökningen till en formaliserad rättsföljd utifrån de i Direktivet givna rättsfakta och rättsföljderna. EUD:s uttolkning kommer dock att göra denna formalisering mer töjbar. Men det är uppenbart både utifrån Direktivet och EUD:s praxis att skyddsvärdet för arbetstagare har en gräns.

Entreprenadens förutsättningar måste ses i samband med Direktivets regler om identitet i verksamhet och vad som kan utgöra en ekonomisk enhet. Detta kommer att löpande behandlas i avhandlingens del 2 och sammanfattas i kapitel 12 och 14.

3.6 Arbetstagarens skydd vid en övergång

Som tidigare framgått i detta kapitel är det enbart den som definieras som arbetstagare enligt nationell rätt som omfattas av det skydd som Direktivet ger.[76] Den som definieras som arbetstagare i en lagenlig övergång som uppfyller Direktivets krav har rätt att välja om denne vill gå över till förvärvaren eller inte. Art. 3.1 i Direktivet uppställer inget hinder för en arbetstagare att vid tidpunkten för övergången motsätter sig att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet övergår till förvärvaren. I ett sådant fall ankommer det på medlemsstaterna att fastställa hur anställningsavtalet eller anställningsförhållandet ska tolkas.[77]

---

[76] I Art. 3.1 första stycket anges att "överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen ska till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren". För praxis se t.ex. (77) Mål C-317/18 *Cátia Correia Moreira mot Município de Portimão*, ECLI:EU:C:2019:499 (Mål C-317/18 *Moreira*), p. 39-40.

[77] Se generaladvokatens talan i C-29/91 *Redmond Stichting*. Se även Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*, p. 12, Case 324/86 *Tellerup* p. 9, (11) Case 101/87 *P. Bork International A/S, konkurs med ackord, m.fl. mot Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, i egenskap av ombud för Birger E. Petersen, och Jens E. Olsen m.fl. mot Junckers Industrier A/S,*

Det framgår även av Förenade målen *C-132/91, C-138/91 och C-139/91 Katsikas*[78] att Direktivet inte kan tolkas på så sätt att arbetstagaren skulle vara skyldig att fortsätta sitt anställningsförhållande med förvärvaren. En sådan skyldighet skulle strida mot den grundläggande rättighet som arbetstagaren har att fritt välja sin arbetsgivare. Arbetstagaren kan därmed inte tvingas arbeta för en arbetsgivare som denne inte själv har valt.[79] EUD har dock accepterat att medlemsstaterna utformat regleringen i enlighet med sin egen arbetsrättslagstiftning så länge skyddet för arbetstagaren är säkerställt.[80] Detta har inneburit flera olika sätt att hantera situationen där en anställd inte vill gå med över till en förvärvare, antingen genom att betona arbetstagarens rätt att säga upp sig eller anse att anställningen med överlåtaren består.[81]

Portugals tolkning 2008, att arbetstagaren är en del av verksamhetens tillgångar, gör att tolkningen snarare handlar om övergång av ett kunskapskapital än huruvida arbetstagarens ställning skyddas, även om arbetstagarens rätt att säga upp sig ger en möjlighet.[82] Detta visar tydligt hur medlemsstaternas tolkning av vad som är EU-rättens syften kan variera inom EU.

I Mål *C-242/09 Albron Catering* visas en utvidgning av arbetstagarbegreppet utifrån koncern. Arbetstagarna var anställda i ett personalbolag i koncernen men fick ändå rätt att övergå när ett annat bolag i koncernen övergick, där man faktiskt utförde sitt arbete, trots att de formellt inte var anställda i detta bolag.

När en arbetstagare på detta sätt är etablerad som part i en legitim övergång av verksamhet uppkommer även rätten att få behålla anställningsvillkoren i övergången. Anställningsavtalet och dess innehåll ”are automatically transferred to the transferee by the mere fact of the transfer”.[83] Om förvärvaren erbjuder sämre villkor likställs detta med att en uppsägning har skett.[84] Men eftersom skyddet hos förvärvaren blir beroende av nationell rätts möjlighet till förändring kan detta i praktiken

---

ECLI:EU:C:1988:308 (Mål Case 101/87 *Bork*) p. 13, och i Case 362/89 *d'Urso*, cit. op. 9. ‘the purpose of the directive is to ensure, so far as possible, that the rights of employees are safeguarded in the event of a change of employer by enabling them to remain in employment with the new employer on the terms and conditions agreed with the transferor.’

[78] (15) Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Grigorios Katsikas mot Angelos Konstantinidis och Uwe Skreb och Günter Schroll mot PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, ECLI:EU:C:1992:517 (Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas*), p. 31-32.

[79] Se även C-171/94 och Mål C-172/94 *Merckx*, p. 39.

[80] Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas*, p. 35.

[81] För en ingående diskussion om olika regleringar beträffande arbetstagarens rätt att neka att följa med till förvärvaren i Frankrike, Portugal, Sverige, Tyskland, Storbritannien och Ungern se Hartzén, Ann-Christine, m.fl., ‘The Right of the Employee to Refuse to be Transferred. A comparative and theoretical analysis’, EUI Working Papers LAW 2008/20.

[82] Hartzén, 2008, s. 6.

[83] Case 362/89 *d'Urso*.

[84] Se t.ex. Mål C-172/94 *Merckx*.

bli ganska urholkat. Bestämmelserna är däremot tvingande på det sättet att en arbetstagare inte kan avstå från sina rättigheter om denne faktiskt följer med till förvärvaren.[85] Tanken är att förvärvaren inte ska kunna göra några ändringar i anställningsvillkor som inte överlåtaren hade kunnat göra. Medlemsstaterna har dock frihet att reglera vad som ska gälla i den situationen att arbetstagarna av egen fri vilja avstår från att följa med till den nya arbetsgivaren.[86]

Skydd ges även via erkännande av fackliga rättigheter genom information och förhandling. Information ska ges i god tid innan övergången. Informationen bör omfatta vad som kommer att hända med arbetstagarnas anställningsvillkor enligt både anställningsavtal och kollektivavtal. Överlåtaren ska enligt Direktivet lämna information i god tid innan övergången genomförs medan förvärvaren är skyldig att lämna information i god tid och i vart fall före arbets- och anställningsvillkoren för dennes arbetstagare direkt påverkas av övergången enligt Art. 7 i Direktivet. Tidpunkten för när förvärvaren därmed är skyldig att informera kommer att variera mycket utifrån hur medlemslandet har valt att implementera bestämmelsen.

Det föreligger en skyldighet att samråda, för både överlåtare och förvärvare vid planerade åtgärder i förhållande till sina egna arbetstagare enligt Direktivet. Det saknas dock klargörande praxis från EUD vad som avses med ”planerade åtgärder i förhållande till arbetstagare”.[87] Uttolkningen har i praktiken ofta skett nationellt i medlemsländerna.

I svensk rätt har t.ex. MBL:s reglering om ”viktigare förändring” i 11 § gjort att förhandlingsskyldighet kan föreligga vid ett ägarbyte eller en utläggning av verksamhet oavsett om det är en övergång av verksamhet i Direktivets mening, eller om det gäller en arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal. En arbetsgivare som är, och brukar vara, obunden av kollektivavtal har dock endast förhandlingsskyldighet om det är en övergång i laglig mening enligt 13 § 2 st. MBL. Förutsättningarna knyts till att rätt aktörer föreligger samt att Direktivets förutsättningar för övergång är uppfyllda.

3.7 Partsbyte och uppsägningsförbud

Enligt Art. 2 i Direktivet definieras överlåtare och förvärvare som:

---

[85] Mål- C-324/86 *Tellerup*.
[86] Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas*.
[87] Sjödin, s. 175 ff. Se även författarens kritik i samma verk s. 244 beträffande oklarheten i Direktivet beträffande syftet med just information och samråd.

> ”a) överlåtare: varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse enligt artikel 1.1 upphör att vara arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten,
>
> b) förvärvare: varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse enligt artikel 1.1 blir arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten.

Tidpunkten för övergången i Art. 3 i Direktivet ska, som tidigare nämnts, förstås såsom den tidpunkt när ställningen som ansvarig arbetsgivare för driften av den aktuella enheten överförs från överlåtaren till förvärvaren.

EUD har slagit fast att utövandet av de rättigheter som arbetstagarna ges i Art. 3 i Direktivet inte får göras beroende av något samtycke från vare sig överlåtaren eller förvärvaren, eller från arbetstagarrepresentanter och inte heller från arbetstagarna själva. För de sistnämnda gäller dock det förbehållet att de har möjlighet att fritt välja att inte fortsätta arbetsförhållandet med den nye arbetsgivaren efter den nämnda övergången. Partsbytet måste vara reellt, det räcker inte med att förvärvaren inträder i en arbetsledande position utan att något partsbyte av arbetsgivarrollen har skett.[88]

Övergång av verksamhet förutsätter därmed att det dels finns en ekonomisk enhet som kan övergå, att det är identitet i den verksamhet som övergår och slutligen att det sker ett partsbyte mellan en eller flera överlåtare och förvärvare. Föreligger dessa omständigheter på ett sådant sätt att det utgör en övergång av verksamhet, blir effekten att de anställda får rätt att övergå från överlåtaren till förvärvaren i samband med verksamhetsövergången. Överlåtaren har då att informera förvärvaren om innehållet i de anställningsavtal som övergår enligt Art. 3.2 i Direktivet.

Effekten av att Direktivet ger rätt till en automatisk övergång om förutsättningarna är uppfyllda är att ett uppsägningsförbud blir knutet till övergången. Detta uppsägningsförbud gäller både för överlåtare och förvärvare.[89] EUD har klargjort att en uppsägning från överlåtarens sida som bryter mot uppsägningsförbudet inte hindrar tjänsten från att automatiskt övergå till förvärvaren.[90]

---

[88]Se Mål C-478/03 *Celtec Ltd*, p. 34-36 och Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, p.16, samt Case 362/89 *d'Urso* m.fl., p. 11.
[89] Se t.ex. Målen C-324/86 *Teller*up och (24) C-319/94 *Jules Dethier Équipement SA mot Jules Dassy och Sovam SPRL*, ECLI:EU:C:1998:99 (Mål C-319/94 *Dethier Équipement)*.
[90] Case 101/87 *Bork*.

Uppsägningsförbudet vid övergång av del av verksamhet kommer dock att avgränsas till de arbetstagare som är berörda genom att de arbetar i den berörda delen. Övriga arbetare omfattas inte av ett uppsägningsförbud.[91] EUD har dock inte funnit det väsentligt hur anställningen utformas, så länge som den existerar. I Mål *C-317/18 Moreira* framfördes det från motpartens sida att den anställda vid övergången var i en företrondeposition på sådant sätt att det enligt nationell rätt hade kunnat ifrågasättas om hon verkligen var en arbetstagare. EUD ansåg dock inte att detta uteslöt skydd som anställd enligt Direktivet.[92]
En uppsägning hos överlåtaren som sker efter att övergången aktualiserats kan ses som otillåten om det efteråt kan fastställas att förvärvaren fortsatt verksamheten på sådant sätt att identitet i verksamhet föreligger.[93] Detta innebär att den arbetstagare som sagts upp av överlåtaren i strid med Direktivet ska anses som anställd vid tidpunkten för övergången.[94] Uppsägningsförbudet gäller för uppsägningar som relaterar till övergången. Sker uppsägningen av tekniska, ekonomiska eller organisatoriska skäl är den tillåten inom EU-rätten.[95]

Art. 4.1 i Direktivet ger därmed arbetstagaren ett tvingande skydd mot de uppsägningar som motiveras enbart av övergången, oavsett om de har skett hos överlåtare eller hos förvärvare. Uppsägningar som sker av tekniska, ekonomiska eller organisatoriska skäl ses därmed inte av EU-rätten som något som enbart motiveras av övergången och kan, till skillnad mot svensk rätt, i alla dessa situationer ske hos både överlåtare och förvärvare.[96] EUD lämnar till nationell rätt huruvida man vill reglera vem av överlåtare eller förvärvare som ska stå som uppsägande part när tekniska, ekonomiska eller organisatoriska skäl föreligger.[97]

Att en uppsägning hos överlåtaren kan förklaras ogiltig och att tjänsten ses som bestående vid övergången skapar ett oklart rättsläge för överlåtare, förvärvare och berörd arbetstagare. Dels uppkommer en osäkerhet beträffande bedömning men även utifrån att förvärvarens eventuella val att ta över personal kan vara styrande för huruvida övergång enligt Direktivet föreligger. Exakt vad förvärvaren kommer att göra kan vara svårt för överlåtare och berörd arbetstagare att förutse.[98] Beltzer påpekar att det vid entreprenad blir än svårare eftersom överlåtande och förvärvande entreprenörer sällan känner varandra och att möjligheten att säga

[91] Case 186/83 *Botzen*.
[92] Se domstolens sammanfattning i Mål C-317/18 *Moreira*.
[93] Case 101/87 *Bork*.
[94] Mulder, 2004, s. 315.
[95] Märk att svensk rätt i praktiken har en annan reglering även om skrivningen i 7 § LAS ger ett intryck av något annat, se kap. 13-14.
[96] Mål C-319/94 *Dethier Équipement*.
[97] Case 362/89 *d'Urso*, p.19.
[98] Märk här att diskussionen i detta avseende rör den EU-rättsliga regleringen, inte den svenska.

upp p.g.a. arbetsbrist hos överlåtande entreprenör då lätt överanvänds för att överlåtaren inte ska bli stående med uppsägningskostnader.[99]

3.8 Konkurs och insolvensförfaranden m.m.

Direktivet begränsar möjlig övergång till att den verksamhet som övergår ska kunna ha ett fortsatt liv, vilket enligt tidigare praxis exkluderar även konkurs.[100] Medlemsländerna har även en möjlighet att via lag reglera att även andra insolvensförfaranden ska behandlas på samma sätt. Har man inte reglerat detta kommer det avgörande vara om förfarandet omöjliggör att den gamla verksamheten lever vidare, vilket, men inte alltid, är fallet.[101] EU-domstolen slog i domen i Mål *C-135/83 Abels*[102] fast att Direktivet inte är tillämpligt på en övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet inom ramen för ett konkursförfarande. I domen i Mål *C-113/94 Dethier Équipement* framgår att Direktivet är tillämpligt på en övergång av ett företag i tvångslikvidation när företaget fortsätter driften. I domen i Mål *C-399/96 Europièces* drog EU-domstolen samma slutsats i fråga om ett övertaget företag som försatts i frivillig likvidation.

Företagsrekonstruktion eller andra typer av så kallat prepack-förfarande[103] kommer, om de inte har undantagits i nationell lag, fortfarande

---

[99] Beltzer, Ronald, 'The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle', 23(1) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2007, s. 150-155. Beltzer förordar i stället en ekonomisk helhetssyn såsom i den engelska regleringen samt att arbetsmarknadens parter skulle ges utrymme att avtala om entreprenadövergång.

[100] Se Cases 135/83 *Abels* och 179/83 *Industriebond.* Fallet rör insolvens och behandlar olika medlemsstaters olika skrivning: "12 moreover, it should be noted that the concept of contractual transfer is different in the insolvency laws of the various member states, as has become apparent in these proceedings. Whilst certain member states consider that in certain circumstances a sale effected in the context of liquidation proceedings is a normal contractual sale, even if judicial intervention is a preliminary requirement for conclusion of such a contract, under other legal systems the sale is in certain circumstances regarded as taking place by virtue of a measure adopted by a public authority.

13 "…in view of those divergencies, the scope of the provision at issue cannot be appraised solely on the basis of a textual interpretation. Its meaning must therefore be clarified in the light of the scheme of the directive, its place in the system of community law in relation to the rules on insolvency, and its purpose." Se även diskussion om vilken mån konkurs kan påverka vid övergång i Danhard, Erik, *KonkursArbetsrätt - Om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion,* Jure, 2018.

[102] Case 179/83 *Industriebond*.

[102] Se även (80) De förenade målen C-674/18 och C-675/18 *EM och FL mot TMD Friction GmbH och TMD Friction EsCo GmbH,* ECLI:EU:C:2020:682 (Förenade målen C-674/18 och C-675/18 *EM och FL*).

[103] Prepack-förfarande kan beskrivas som en variant av företagsrekonstruktion med den skillnaden att den även innehåller ett konkursmoment. Parterna förhandlar innan konkurs om hur verksamheten ska rekonstrueras, en konkurs sker och delar av verksamheten kommer enligt den uppgörelse som gjordes innan skulle kunna leva vidare. I mål (67) Mål C-126/16 *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. mot Smallsteps BV*, ECLI:EU:C:2017:489 (Mål C-126/16 *Federatie Nederlandse Vakvereniging*). centreras tvisten till vilken rättsverkan konkursen som

att kunna utgöra ett förfarande där samma verksamhet lever vidare, varvid även Direktivet är tillämpligt.[104] Ett konkursförfarande är inte i sig tillräckligt utan det blir viktigt att undersöka när övergången har skett i förhållande till konkurs eller insolvens för att värna skyddssyftet för arbetstagarna.[105]

EUD har preciserat de förutsättningar under vilka Direktivet är tillämpligt vid övergång av företag i tvångslikvidation eller frivillig likvidation. I *C-688/13 Seguridad Social*[106] behandlas bl.a. arbetstagarens rätt att vända sig mot överlåtare eller förvärvare för arbetsrelaterade skulder. EUD konstaterar att om överlåtaren vid övergång av företag är föremål för ett insolvensförfarande som står under tillsyn av en behörig myndighet och om den berörda medlemsstaten har valt att tillämpa Art. 5.2 i detta Direktiv, utgör Direktivet inte något hinder för att medlemsstaten föreskriver eller tillåter att förvärvaren inte övertar ansvaret för de avgifter för vilka överlåtaren har varit betalningsskyldig på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden vid tidpunkten för övergången.

Förvärvaren kan även befrias från kostnader vid inledandet av insolvensförfarandet, däribland sådana avgifter som omfattas av det författningsreglerade socialförsäkringssystemet, under förutsättning att detta förfarande säkerställer ett skydd för arbetstagarna som minst motsvarar det skydd som införts genom direktiv 80/987.[107] Medlemsstaten är emellertid oförhindrad att föreskriva att sådana avgifter ska bäras av förvärvaren, även om överlåtaren är insolvent.

Med förbehåll för Art. 3.4 b föreskrivs i nämnda direktiv dock inga skyldigheter avseende överlåtarens ansvar för avgifter på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden som upphört före

---

sådan ska ges i ett sådant förfarande, ska detta omfattas av Direktivets tanke att konkurs bryter övergångskedjan eller ses som något annat. Beträffande övergångsreglerna vid konkurs se även Danhard, 2018, s. 54, 87-94, 158-169.

[104] Se Mål C-126/16 *Federatie Nederlandse Vakvereniging*.

[105] Mål C-172/94 *Merckx*. p. 23 "I detta hänseende är det tillräckligt att påpeka att detta direktivs tillämplighet inte berörs enbart av den omständigheten att det överlåtande företaget upphör med sin verksamhet och sedan träder i likvidation. En motsatt tolkning strider nämligen mot Direktivets målsättning att skydda arbetstagarnas rättigheter. Den omständigheten att detta företags verksamhet tas över av ett annat företag talar snarare för att det är fråga om en övergång enligt Direktivet."

[106](62) C-688/13 *Gimnasio Deportivo San AndrésTesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fondo de Garantía Salaria,* ECLI:EU:C:2015:781l (Mål C-*688/13 General de la Seguridad*).

[107] Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens. Se även Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/74/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 80/987/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.

övergången. Direktivet utgör dock inte något hinder för medlemsstaterna att reglera att ansvaret för sådana avgifter övergår på förvärvaren.[108]

En förutsättning för att en övergång av verksamhet ska vara möjlig är, som tidigare nämnts, att det föreligger en ekonomisk enhet hos överlåtaren som övergår till förvärvaren. Avgränsningen av vad som utgör en ekonomisk enhet är inte självklar och effekterna av att det inte finns en identifierbar ekonomisk enhet är antingen att det inte är möjligt att se förändringen som en övergång av verksamhet eller, såsom i bemanningsfallen, att enheten i sig inte ses som väsentlig. Kommande kapitel kommer att ägnas åt att klargöra vad som utgör en ekonomisk enhet och i vilket sammanhang gränsdragningen för den ekonomiska enheten blir avgörande för om övergång av verksamhet kan anses ha skett.

[108] Se C-688/13 *General de la Seguridad Social* uttolkning i not 59.

Kapitel 4: Ekonomisk enhet

Begreppet ekonomisk enhet har i praxis i många fall inte särskilts från prövningen om det föreligger en identitet i verksamhet. Liknande termer används i båda fallen, vilket har skapat en otydlighet om begreppet ekonomisk enhets avgränsning. I en statisk tillämpning av begreppet kan detta ändå fungera eftersom faktorerna då ofta samspelar, men i en dynamisk tillämpning av begreppet blir det viktigt att klargöra, och särskilja, vad som innefattas i en ekonomisk enhet.

I en dynamisk tillämpning kommer begreppet ekonomisk enhet, och dess roll som avskiljare av de produktionsfaktorer som behövs för att verksamheten ska kunna fortsätta, att bli avgörande. Diskussionen om produktionsfaktorers roll i en ekonomisk enhet börjar utvecklas i detta kapitel och fortsätter sedan i kommande kapitel. Kapitlet avser att svara på följande fråga i frågeställningen:

Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och vilka effekter har det gett?

Kapitel 4: Ekonomisk enhet
4.1 Begreppet ekonomisk enhet och dess innebörd
4.1.1 Inledande praxisutveckling om begreppet ekonomisk enhet
4.1.2 Ekonomisk enhet, ekonomisk verksamhet och aktivitet
4.2 Tillämpning och avsikt – identitet kontra övergång
4.2.1 Likhet före och efter övergång
4.2.2. Betydelsen av begreppet ”självständighet” i Art. 6 i Direktivet och dess förhållande till ekonomisk enhet
4.2.3 Den ekonomiska och sociala kommitténs kritik av Kommissionens förslag beträffande arbetsbaserad verksamhet
4.2.4 Sambandet av ömsesidigt beroende och komplementaritet som föreligger mellan produktionsfaktorerna – den holistiska synen
4.3 Ett vidare perspektiv på ekonomisk enhet
4.3.1 Måste den ekonomiska enheten vara samma hos överlåtare och hos förvärvare?
4.3.2 Kan tydliggörande av begreppet ekonomisk enhet ge större förutsägbarhet?
4.4 Sammanfattning och reflektion utifrån del 1, kapitel 2 – 4

Detta kapitel introducerar diskussionen om vad som avses med begreppet ”ekonomisk enhet” enligt Direktivet och EUD:s praxis samt klargör vilken betydelse detta får vid övergång av verksamhet i allmänhet och för entreprenadövergång i synnerhet. Vid köp av t.ex. en hel fabrik, där driften fortsätter på samma sätt, kan det relativt lätt avgöras om det finns en identitet i verksamheten före och efter övergång utifrån de sju kriterierna från *Spijkers*. Vid många andra verksamhetsförändringar är det dock mer

komplicerat. I EUD:s praxis har därför betydelsen av att en ”ekonomisk enhet” har övergått kommit att utvecklas.

4.1 Begreppet ekonomisk enhet och dess innebörd

Begreppet ekonomisk enhet används i dag för att se om de produktionsfaktorer som behövs för att verksamheten ska kunna fortsätta har övergått från överlåtare till förvärvare. Det är därmed inte längre avgörande om den ekonomiska enhet som fanns hos överlåtaren har gått över i samma form till förvärvaren. EUD:s praxis har i stället landat i en mer dynamisk tillämpning där förutsättningarna för att bedriva en verksamhet granskas genom att undersöka om den ekonomiska enhetens produktionsförutsättningar har gått över till förvärvaren, vilket får stor betydelse för entreprenadövergångar. Denna förändring kan även påverka värderingen av identitet i verksamhet. Bedömningen av om produktionsfaktorer har övergått ger i vissa avseenden en annorlunda bedömningen av om verksamheten har en tillräckligt tydlig identitet som övergår, särskilt beträffande personalintensiv verksamhet.[1] Frågan vad som är produktionsfaktorer i en verksamhet får för tjänsteentreprenader i dag ofta ett annat svar än när arbetsledningen var mer direkt. Det är inte längre arbetsledarna som får en nyckelroll för den ekonomiska enhetens struktur utan i stället de enskilda arbetstagarna som bildar förutsättningen för att produktionsfaktorerna kan gå över vid tjänsteentreprenad.[2] Rättsutvecklingen för att komma till denna punkt har varit snårig och i detta kapitel beskrivs några viktiga delar av processen samt några av effekterna av denna förändring.

En ”ekonomisk enhet” förekommer i flera olika rättsliga och ekonomiska sammanhang utanför Direktivet. Nästan alla typer av organisationer eller enheter i samhället kan vara en ekonomisk enhet. Exempel på ekonomiska enheter är aktiebolag eller andra typer av bolag, offentliga sjukhus, kommuner och regioner. De kan bestå av en eller flera ekonomiska enheter. En koncern kan betraktas som en ekonomisk enhet vid konkurrensrättsliga bedömningar.[3] Gemensamt för de ekonomiska enheterna är att de innehåller de produktionsfaktorer som behövs för att kunna driva verksamheten.

Företagsekonomiskt är en ekonomisk enhet en enhet som är åtskild från alla andra enheter, individer eller företag, och som har viss finansiell aktivitet. Begreppet kommer ifrån redovisning, eftersom många

[1] Se diskussion om detta i kap. 8.
[2] Se diskussion om detta i kap. 11.4.
[3] Mål C-73/95 *Viho Europe BV mot Europeiska Kommissionen*, ECLI:EU:C:1996:405 (Mål C-73/95 *Viho*).

nationella redovisningsstandarder definierar enheter baserade på företagsekonomisk eller finansiell aktivitet. En ekonomisk enhet måste skilja sina transaktioner från individerna i företaget, till exempel ägare eller chefer. Blandning av transaktioner mellan flera enheter kan leda till allvarliga juridiska konsekvenser.

Skatterättsligt finns liknande behov av uppdelning i begreppet ”verksamhetsgren”, som utifrån en EU-rättslig avgränsning särskiljer enheter inom en juridisk person. ”Med verksamhetsgren avses sådan del av en rörelse som lämpar sig för att avskiljas till en självständig rörelse.”[4] Med rörelse avses enligt 2 kap. 24 § IL annan näringsverksamhet än innehav av kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar.

En enhet kan vara en redovisningsmässigt redan organiserad enhet i den överlåtande verksamheten men behöver inte vara det. Förvaltning av fastighet är inte undantagen från definitionen av rörelse och en fastighet kan således bilda en verksamhetsgren enligt Skatteverkets utlåtande.[5] Genomgående präglas det skatterättsliga begreppet av en företagsekonomisk syn på enhetens bärkraft och som även avgränsar de produktionsfaktorer som behövs för att kunna driva en verksamhet, precis som den företagsekonomiska avgränsningen av begreppet. Finns det en tanke i att avgränsa begreppet ekonomisk enhet till en enhet som innehåller tillräckliga produktionsfaktorer för att kunna bedriva verksamheten som även har bäring på arbetsrätten? Låt oss återkomma till frågan efter en arbetsrättslig genomgång av begreppet.

Begreppet ekonomisk enhet kom för första gången in i direktivens reglering från Överlåtelsedirektivet 98/50,[6] som ett resultat av EUD:s praxisutveckling och är ett autonomt begrepp som ska tolkas EU-konformt. I dag klargörs i Art. 1.1.b. i Direktivet att begreppet avser:

> ”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.”

---

[4] Begreppet får betydelse i regler om verksamhetsövergång i några olika sammanhang som t. ex. Inkomstskattelagen (IL) 23 kap, IL 38a kap. och definieras där i 2:25 §.

[5] Skatterättsnämndens förhandsbesked beträffande begreppet Verksamhetsgren diarienummer 14-07/D meddelandedatum 2007-04-11 LAGRUM 23 kap. 17 § inkomstskattelagen (1999:1229) sökande X AB (X) motpart Skatteverket.

[6] “b) Med förbehåll för vad som sägs under a och i nedan följande bestämmelser i denna artikel, skall med överlåtelse enligt detta direktiv förstås 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.” vilket upprepas ordagrant i Direktivet.

Begreppet ”ekonomisk enhet” har i Direktivet en något annan innebörd i arbetsrätten jämfört med företagsekonomi och skatterätt. Begreppet är en konstruktion för att klargöra en organisatorisk avgränsning och ge en separat definition av de begrepp som används i Direktivet för att beskriva vad som kan vara föremål för övergång till annan arbetsgivare, nämligen ”företag”, ”verksamhet” eller ”del av verksamhet”. Begreppet ”ekonomisk enhet” kom därmed att introduceras parallellt med de organisatoriska begreppen.[7]

Som redogjorts för i kapitel 2 fanns det motstridiga viljor inför tillkomsten av Övergångsdirektiv 77/187 beträffande vad som skulle omfattas; å ena sidan en vilja att skyddssyftet skulle omfatta alla övergångar, å andra sidan en större tonvikt på näringsfrihet och företagsekonomisk effektivitet. Formellt segrade näringsfriheten men EUD:s uttolkningar har ändå varit extensiva, och i många fall i samklang med viljan att skyddssyftet ska omfatta mer än bara kommersiella övergångar av företag verksamheten eller del av verksamheten.

Begreppet ekonomisk enhet har i EUD:s praxisutveckling dock blivit något av ett tveeggat svärd. I vissa fall har verksamhet avgränsats bort, utifrån att den inte tillhör en ekonomisk enhet, vilket har givit större spelrum för vad som är företagsekonomiskt effektivt. I andra fall har ekonomisk enhet förklarats vara något som inte blir relevant, eftersom verksamhetens specifika karaktär i stället ska vara avgörande, vilket utökar skyddssyftet.[8] Ofta ställs personalintensiva entreprenader praktiskt sett utanför skyddssyftet, medan inhyrd personal i senare praxis har inkluderats eller setts som en del av en verksamhets specifika karaktär på ett sätt som gör att ekonomisk enhet inte anses relevant.

Detta leder till frågan vad som egentligen är skillnaden mellan personalintensiva entreprenader och inhyrd personal samt om det föreligger någon skillnad i skyddssyftet? EUD:s praxis beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet har utvecklats successivt. Innan frågan om skillnader mellan personalintensiv entreprenad och inhyrd personal, det som i dag kallas bemanningsanställda, kan behandlas i delkapitel 4.8, måste några nedslag göras beträffande vad som framkommit i domstolens praxis

4.1.1 Inledande praxisutveckling om begreppet ekonomisk enhet

I EUD:s praxis ägde tidigare en diskussion om föremålet för övergång ”remain in operation as a going concern”[9] men den direkta

[7] Generaladvokatens förslag till dom, Mål C-234/98 *Allen*, p. 23.
[8] (48) Mål C-458/05 *Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH (PPS)*, ECLI:EU:C:2007:512 (Mål C-458/05 *Jouini*), p. 34.
[9] Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*, p. 22.

användningen av begreppet ekonomisk enhet dyker för första gången upp i Mål *C-48/94 Rygaard.*[10] Diskussionen i domen relaterar till stora delar tillbaka till skrivningarna i *Case 24/85 Spijkers.*[11] I *Spijkers* framhölls att förvärvaren måste överta en "going concern", d.v.s. en verksamhet som är igång hos överlåtaren, och ha möjlighet att fortsätta tidigare aktiviteter, eller åtminstone aktiviteter av samma slag, inom en verksamhet.[12] *Spijkers*-domen klargör därmed att det finns en aktivitet som pågår hos överlåtaren, och att förutsättningarna för att fortsätta denna eller liknande aktivitet tas över. Det vill säga, detta kan tolkas till att produktionsfaktorer går över från överlåtare till förvärvare. Vad som är produktionsfaktorer kommer dock att variera utifrån bl.a. verksamhetens natur.

I Mål *C-48/94 Rygaard* utvecklade EUD detta ytterligare:

> 20 Ovan nämnda rättspraxis förutsätter "att överlåtelsen hänför sig till en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete.
>
> 21 Detta är inte fallet då ett företag överlåter en entreprenad till ett annat företag i syfte att entreprenaden skall färdigställas. En sådan överlåtelse skulle endast kunna omfattas av direktivet, om den åtföljdes av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gjorde det möjligt att stadigvarande fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet." [13]

EUD betonade att det är den bristande varaktigheten som är problemet i Rygaard; den överförda entreprenaden har endast som syfte att avsluta ett inlett arbete och de produktionsresurser som överförs möjliggör inte för arbetet att fortsätta därutöver.

Enligt min mening kan det inte ses som korrekt att utifrån enbart Rygaard helt likställa begreppet ekonomisk enhet med att en "going concern" måste föreligga. Detta eftersom skrivningen i Rygaard inriktar sig på avsaknaden av överförda produktionsresurser som möjliggör en

---

[10](20) Mål C-48/94 *Ledernes Hovedorganisation, agissant pour Ole Rygaard mot Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Strø Mølle Akustik A/S*, ECLI:EU:C:1995:290 (Mål C-48/94 *Rygaard*).

[11] Case 24/85 *Spijkers*.

[12] Case 24/85 *Spijkers*, p. 10: "The United Kingdom government and the Commission suggest that the essential criterion is whether the transferee is put in possession of a going concern and is able to continue its activities or at least activities of the same kind. The Netherlands government emphasizes that, having regard to the social objective of the directive, it is clear that the term ' transfer ' implies that the transferee actually carries on the activities of the transferor as part of the same business."

13 Mål C-48/94 *Rygaard* samt, för närmare detaljer om begreppet "Ekonomisk enhets" framväxt, se Mulder, 2004, s. 148 ff.

fortsatt verksamhet, inte att verksamheten faktiskt sker. [14] En going concern får ses som en ekonomisk enhet som består, direkt eller indirekt, och som har förutsättningarna och viljeinriktningen att producera.

Begreppet ekonomisk enhet utvecklas dock senare i EUD:s praxis till att avse en varaktigt organiserad enhet, vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete, utan en organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.[15] Om en ekonomisk enhet kan fastställas hos överlåtaren, blir nästa fråga om en övergång av den ekonomiska enheten har skett till förvärvaren.

Att föremålet för övergången ska vara en ekonomisk enhet har kodifierats genom Art. 1.1.b i Direktivet.[16] Kommissionen har i Direktivet försökt precisera objektet för övergång på ett tydligare sätt än i Överlåtelsedirektiv 77/187 genom sin skrivning i Art. 1.Detta görs främst genom att avgränsa begreppet till en överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet, och att denna med en organiserad gruppering av tillgångar har ett syfte att bedriva ekonomisk verksamhet. Den organiserad grupperingen av tillgångar blir det som i denna avhandling benämns produktionsfaktorer. Den ekonomiska verksamheten kan utgöra antingen huvud- eller sidoverksamhet. Kommissionen gjorde på detta sätt ett försök till förtydligande av objektet för övergång genom att använda uttrycket ”ekonomisk enhet”.[17] Det fanns även en politisk vilja att begränsa vad som kunde omfattas av övergångsregleringen.[18]

Kommissionen underströk att det inte räckte med att en aktivitet pågår, eller att arbetsuppgifter utförs, utan dessa måste knytas till något för att kunna ses som en ekonomisk enhet. Enbart den omständigheten att verksamheten hos överlåtaren och senare hos förvärvaren är likartad har i EUD:s praxis inte heller ansetts vara tillräckligt för att en ekonomisk enhet ska ha övergått.[19] EUD har i sin praxis även uttryckt att det ska

---

[14] Tolkningen stöds av McMullen, 2019, s. 321 ff.
[15] Se (25) Mål C-13/95 *Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, ECLI:EU:C:1997:141 (Mål C-13/95 *Süzen*) p. 13.
[16] b) Med förbehåll för vad som sägs under a och i nedan följande bestämmelser i denna artikel, skall med överlåtelse enligt detta direktiv förstås 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.
[17] Art. 1b.
[18] Rainone, 2023, s. 91.
[19] Se t.ex. (27) Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez och Contratas y Limpiezas SL (*Mål *C-127/96), Friedrich Santner mot Hoechst AG (*Mål *C-229/96), och Mercedes Gómez Montaña mot Claro Sol SA och Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (*Mål *C-74/97)*, ECLI:EU:C:1998:594 (Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, *Vidal*) samt (28) Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser och Sociedad Cooperativa Minerva samt* C-247/96 *Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH och Horst Bohn Sicherheitsdienst*, ECLI:EU:C:1998:595 (Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.)*.

vara fråga om en ”ännu bestående stabil ekonomisk enhet”.[20] Detta antyder krav på en kontinuitet i den ekonomiska enheten som dock kan ställas lägre för det fall en integration av den ekonomiska enheten i förvärvarens verksamhet är möjlig.

De kriterier som domstolen initialt tillämpade efter Direktivets tillkomst för att definiera om det förekommit en ”överlåtelse” i den mening som avses i Art. 1.1 i Överlåtelsedirektivet 77/187 inkluderar för att en ekonomisk ska anses föreligga:

1. Att en sådan organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet föreligger;
2. Genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas;
3. Att denna enhet är varaktigt organiserad;
4. Verksamheten inte är begränsad till att utföra ett visst arbete;
5. Att det sker en avtalsgrundad förändring av vilken fysisk eller juridisk person som svarar för enhetens drift;
6. Att den nye ägaren bedriver samma verksamhet som ger kontinuitet i fråga om dess personal, arbetsledning, arbetsorganisation, driftsmetoder eller det driftskapital som den förfogar över. [21]

En enhet kan nämligen inte reduceras till att innebära den verksamhet som den bedriver. Dess identitet följer även av andra omständigheter såsom just dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftsmetoder och, i förekommande fall, det driftskapital som den förfogar över.[22]

Det kan inte uteslutas att kriterier såsom organisation, drift, finansiering, förvaltning och tillämpliga rättsregler under vissa omständigheter kännetecknar en ekonomisk enhet på så sätt att en ändring av kriterierna på grund av en övergång av enheten, skulle ändra dennas identitet.[23] Man kan här märka en glidning mellan ekonomisk enhet, d.v.s. den organisationsmässiga avgränsning som trätt i stället för en företagsbaserad avgränsning, och hur allt fler faktorer räknas in i identitetkravet och här likställs med ekonomisk enhet. Främst det sjätte kriterier från *Case 24/85 Spijkers*[24], ”verksamhetskriteriet”, är till stora delar likt vad som utgör en ekonomisk enhet men även det fjärde kriteriet, personalkriteriet, visar flera likheter. Skillnaden mellan identitet i verksamhet och ekonomisk enhet framstår som allt mer otydlig.

---

[20] Se t.ex. Mål C-48/94 *Rygaard*.
[21] Generaladvokatens förslag till dom, Mål C-234/98 *Allen* p. 34, som senare har bekräftats av EUD.
[22] Se domarna i de ovannämnda Mål C-13/95 *Süzen*, p. 15 och Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 30.
[23] Mål C-175/99 *Didier Mayeur*, p. 35.
[24] Case 24/85 *Spijkers*.

Det följer av EUD:s praxis att en bedömning av huruvida en ekonomisk enhet föreligger måste vara flexibel. Den vikt som ska tillmätas de olika delarna i bedömningen varierar därför i förhållande till målet i fråga. Förhållandet mellan material- och personalintensiv verksamhet blir komplex. EUD har slagit fast att identiteten hos en ekonomisk enhet i en bransch där verksamheten huvudsakligen grundar sig på arbetskraft inte kan bibehållas om huvuddelen av personalstyrkan inte övertas av den tänkta förvärvaren. Å andra sidan, när en viss verksamhet huvudsakligen grundar sig på materiella anläggningstillgångar räcker inte den omständigheten, att ett företags tidigare anställda inte övertas av det nya företaget för att bedriva verksamheten, för att utesluta att det rör sig om en övergång av ett företag i den mening som avses i Direktivet.[25]

EUD har oftast lämnat åt nationell domstol att avgöra om det är en ekonomisk enhet som övergått men, till skillnad från arbetstagarbegreppet, ska bedömningen av huruvida en ekonomisk enhet föreligger ske genom tillämpning av EU-rätt och inte nationell rätt. Begreppet ekonomisk enhet kom först att införas i svensk rätt genom Överlåtelsedirektiv 98/50 och bekräftade senare i Direktivet. Genomförandet av Övergångsdirektiv 98/50 och Direktivet skedde utan någon formell reflektion om lagändring i Sverige, vilket inte heller har krävts av Kommissionen.

Det finns även mål där EUD har klargjort att verksamheten i fråga kan vara en sådan ekonomisk enhet som kan omfattas av Direktivet.[26] Detta verkar främst ske när det föreligger olika uppfattningar mellan medlemsländerna beträffande om verksamheten kan omfattas eller inte.

4.1.2 Ekonomisk enhet, ekonomisk verksamhet och aktivitet

I den ekonomiska enheten ska det finnas en ekonomisk verksamhet. En ekonomisk verksamhet ska förstås som en verksamhet som har en ekonomisk ”aktivitet”, syssla eller funktion, vilket är ett mycket enklare krav än att se det som att det krävs ett företag, en rörelse eller en affär.[27] Det föreligger inget krav på att den ekonomiska verksamheten ska ha ett vinstsyfte. Detta gör att företagsekonomin och skatterättens syn på ekonomisk enhet som innehållande de produktionsfaktorer som behövs

[25] (68) Mål C-200/16 Securitas - Serviços e Tecnologia de Segurança SA mot ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA m.fl. ECLI:EU:C:2017:780 (Mål *C-200/16 Securitas*). p. 29-30.

[26] Se t.ex. (16) Mål C-209/91 *Anne Watson Rask och Kirsten Christensen mot Iss Kantineservice A/S*, ECLI:EU:C:1992:436 (Mål C-209/91 *Rask*).

[27] Beträffande begreppet “aktivitet” se Mulder, 2004 s. 205. Se även beträffande ekonomisk verksamhet Mål C-108/10 *Scattolon*, p. 43: “Begreppet ekonomisk verksamhet i den definition som anges i föregående punkt utgörs av all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad”.

för enhetens fortlevnad här får ses som något enklare och får uttolkas till att det ska finnas förutsättningar för produktion.

Mulder föreslår i sin avhandling från år 2004 att bedömningen av om en ekonomisk enhet föreligger ska föregå identitetsbedömningen enligt de sju kriterierna.[28] Detta kan förefalla naturligt om ”ekonomisk enhet” ska uttolkas som en statisk associationsmässig eller organisationsmässig avgränsning. Han konstaterar även att det inte är tillräckligt att beakta om den ekonomiska enhetens tillgångar överförs för att kunna avgöra om det föreligger identitet i verksamhet. En verksamhets identitet kan bestå av mer än de materiella tillgångarna i en ekonomisk enhet. Mulder uttrycker det som ”att det måste vara en *övergång* i enlighet med direktivet av en ekonomisk enhet som efter övergången behåller sin *identitet*”. Utifrån detta drar han slutsatsen att de fem första punkterna i *Spijkers*-kriterierna hänför sig till huruvida det föreligger en ekonomisk enhet som övergått, medan punkt sex och sju rör frågan om huruvida den ekonomiska enhet som övergått har bibehållit sin identitet efter övergången. Han urskiljer därutöver tre ytterligare krav; att det är en aktiv ekonomisk enhet som övergår, att den fortsätter efter övergången och att det föreligger en likhet mellan den ekonomiska enhet som fanns innan övergången och efter.[29] Mulder påpekar att EUD initialt inte gjorde någon skillnad på övergång av ekonomisk enhet och övergång av ekonomisk verksamhet/aktivitet, vilket ledde till de tidiga domarnas breda tillämpningsområde. Detta förändrades i och med Direktivet. Jämfört med det tidigare överlåtelsedirektivet 98/50, gjordes nu skillnad mellan den ekonomiska enheten och aktiviteten. Det klargjordes också att det inte räckte med att enbart aktiviteten övergick.

Stora material och förändringar i rättsläget, såsom EUD:s rättsutveckling och bedömning samt nationellt genomförandet av ett direktiv, behöver ofta en förklarande struktur för att bli begripliga. År 2004, när Mulders avhandling kom, gav denna uppdelning en logik till den utveckling som hade varit. För att förstå EUD:s praxis efter 2004 kommer dock även andra faktorer att bli betydelsefulla. Av den anledningen blir det i detta arbete ändamålsenligt att bryta loss det fjärde kriteriet, och begreppet ekonomisk enhet kommer därmed inte att granskas fullt ut utifrån Mulders modell, eftersom en mer dynamisk rättsutveckling har skett.

---

[28] Mulder, 2004, s. 134 ff. Se även (83) Förenade målen C-583/21 och C-586/21 *NC m.fl. mot notarierna BA, DA, DV och CG,* ECLI:EU:C:2023:435 (Förenade målen C-583/21 och C-586/21 *NC m.fl.*), p. 35: ”Innan domstolen prövar huruvida det föreligger en överlåtelse i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 2001/23, ska det således prövas huruvida sådan verksamhet som den som utövas av spanska notarier omfattas av begreppet ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 c i direktivet” vilket stödjer Mulders tankegång i denna del.

[29] Mulder, 2004, s. 144 -145 samt avsnitt 4.3.

McMullen tar upp tanken att ekonomisk enhet egentligen kan ses som det åttonde kriteriet, som då fogas till *Spijkers* sju kriterier.[30] Att på detta sätt jämställa den ekonomiska enheten med de andra kriterierna skapar dock andra problem. Detta eftersom kriterierna själva inverkar på vad som kan utgöra en ekonomisk enhet och därför måste kunna värderas fristående. Således verkar det inte lösa några problem att lägga till ekonomisk enhet som ett åttonde kriterium. Det krävs något mer för att hitta en logik bakom den praxisutveckling som har varit, där bestämningen av ekonomisk enhet ofta blir avgörande för om övergång enligt Direktivet föreligger, nämligen vad som kan utgöra produktionsfaktorer som möjliggör fortsatt drift.

4.2 Tillämpning och avsikt – identitet kontra övergång

Ekonomisk enhet har i EUD:s praxis använts dels som en avgränsning av vad det är som går över, dels som ett tydliggörande av att något kan gå över enligt Direktivet och att de anställda i denna del därmed är berättigade till skydd. Carvalho Martins gör en vid tolkning av ekonomisk enhet som en samling av tillgångar såsom kontrakt, klienter, intellectual property rights, offentliga licenser eller tillstånd, faciliteter, verktyg och människor. Han ser dock ett krav på att den ekonomiska enheten ska vara självständig och organiserad med ”definierade arbetsmetoder och hierarkisk struktur” samt att den utövar någon form av ekonomisk aktivitet.[31]

Beträffande EUD:s avgränsning av vad som kan gå över är det tydligt att arbetsuppgifter i sig inte ses som en ekonomisk enhet, utan det krävs något mer, en struktur eller en organisation, dock verkar det inte vara självklart att arbetsmetoderna ska vara definierade eller att strukturen måste vara hierarkisk.[32] Den ekonomiska enheten tjänar här syftet att klargöra hur omfattande, kvantitativt eller kvalitativt, något måste vara för att Direktivet ska bli tillämpligt.

Inte heller tidsmässig kontinuitet i verksamheten vid entreprenörsbyte är alltid ett krav för att det ska föreligga en ekonomisk enhet. Detta framgår t.ex. i Mål *C-472/16 Colino*,[33] där EUD ansåg att det fortfarande kunde vara en ekonomisk enhet, trots att det hade varit ett

---

[30] McMullen, 2019, s. 321.
[31] Carvalho Martins, 2018, s. 30.
[32] Se t.ex. Mål C-298/18 *Grafe* där busschaufförerna inte förutsätts vara vare sig hierarkiskt organiserade eller ha definierade arbetsmetoder annat än allmän yrkesskicklighet.
[33] (70) C-472/16 *Jorge Luís Colino Sigüens mot Ayuntamiento de Valladolid, In-Pulso Musical SC, Miguel del Real Llorente, Administrador Concursal de Músicos y Escuela SL, Músicos y Escuela SL, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2018:646 (Mål C-472/16 *Colino*).

uppehåll mellan de olika verksamheterna på ca. fem månader, d.v.s. två månader mer än det lov som också låg inom perioden. Orsaken till detta är enligt domen att skyddssyftet annars skulle bli alltför uttunnat:

> ”48. Domstolen erinrar inledningsvis om att den tidigare vid flera tillfällen har slagit fast att direktiv 2001/23 avser att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare genom att göra det möjligt för dem att fortsätta sin anställning hos den nye arbetsgivaren på samma villkor som hos överlåtaren (dom av den 27 november 2008, Juuri, C-396/07, EU:C:2008:656, punkt 28 och där angiven rättspraxis)…”

En förutsättning för att anställningen ska kunna gå över till förvärvaren är dock att det föreligger en anställning vid tidpunkten för övergången. EUD har dock tydliggjort att om anställningen har avslutats enbart på grund av övergången ska arbetstagaren ses som anställd vid tidpunkten.[34]

Det kan även finnas ett samband med en materiell eller immateriell ekonomisk verksamhet som också övergår, varvid den ekonomiska enheten värderas även utifrån sambandet, på samma sätt som det finns ett samband med uttrycket ”going concern”. Det vill säga, att det är en pågående verksamhet som ges möjlighet att fortsätta existera, något som vid avgränsning av ekonomisk enhet klargörs genom en övergång av de produktionsfaktorer som möjliggör fortsatt drift, direkt eller indirekt. Detta betyder att personalen generellt inte ses som ett kunskapskapital, lika lite som det arbete som utförs, till skillnad från när en maskinpark eller en byggnad köps och den ekonomiska enheten kan fastställas. Personalen måste vara strukturerad i ett kollektiv för att kunna utgöra en ekonomisk enhet av egen kraft.

Även effekten av denna organisatoriska klassning blir annorlunda i en personalintensiv verksamhet jämfört med en verksamhet med material- eller immaterialrättslig tyngd. Går bara en del av maskinparken över, kan det vara övergång av del av verksamhet. Effekten av att majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, inte går över är att de resterande inte har något skydd enligt Direktivet, eftersom de inte ses som ett ankarkriterium för att identitet i verksamhet ska anses föreligga.[35] Därmed blir avgränsningen till ekonomisk enhet i del av verksamhet annorlunda mellan materialintensiv och personalintensiv verksamhet. Avgränsningen i personalintensiv verksamhet av vad som kan utgöra

---

[34] Se C-472/16 *Colino* p. 52. Vid bedömningen av huruvida övergången var det enda skälet för uppsägningen “ska det beaktas under vilka objektiva omständigheter uppsägningen ägde rum.” Se Case 101/87 *Bork*, p.18.

[35] Mål C-13/95 *Süzen*, en något annan syn klargörs i (76) Mål C-298/18 *Reiner Grafe och Jürgen Pohle mot Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH och OSL Bus GmbH*, ECLI:EU:C:2020:121 (Mål C-298/18 *Grafe*) p. 22 “en organisation av personer och medel” vilket indikerar begreppets utveckling.

en ekonomisk enhet i en del av verksamheten har av EUD setts som svårare att bryta ned i tydliga delar. Skulle tanken på huruvida tillräckliga produktionsfaktorer finns kunna skapa en tydligare avgränsning? Är personalen att se som en ekonomisk enhet, kan det ge personalen rätt att gå över. Förutsättningen för detta är att personalen kan ses som en organiserad grupp. Vad som praktiskt ger en tillräcklig organisation kan dock inte ses som helt klarlagt. Utifrån EUD:s generella behandling av vad som utgör en ”organiserad grupp” verkar det logiskt att det skulle kunna vara den situation där personalen i sig kan vara en produktionsresurs. Organisationen föreligger då för att säkerställa en möjlighet att producera.

För en grupp arbetstagare kan arbetsledaren vara den samordnande faktor som styr gruppens mål och resurser, vilket är vanligt i t.ex. industriella verksamheter, där varje arbetstagare enbart har kunskap om en del av produktionskedjan och därmed måste samordnas av någon överordnad. Samma sak kan gälla i vissa typer av tjänsteproduktion där arbetstagarna inte själva styr sitt arbete.

En större egenkontroll blir dock i dag allt vanligare med mer avgränsade arbeten, där arbetstagaren får ett ansvar för utförandet av det egna arbetet. Styrmodeller ändras när vi går från ett industrisamhälle till ett tjänsteproducerande samhälle. Det finns i dag ofta färre chefer på olika nivåer för kontroll och ledning av anställda på lägre nivåer. Organisationen ska vara slimmad och alltmer platt. Många arbetslag får därmed klara sig utan ledare. Det ställs större krav på varje person i arbetslaget; alla måste ha kunskap om större delar av arbetsprocessen för att kunna gå in som ersätta vid behov. Större krav ställs på utbildning, kunskap och förmåga. Det krävs därmed en större strukturell självständighet och mer kunskap i många yrken som tidigare sågs som okomplicerade.[36] Ett sådant exempel är vården där kunskapsbehovet har ökat för att kunna säkerställa korrekt användning av mediciner, arbetsmetodik och minska hälsofarlig smittspridning. Numera är direkt arbetsledning ovanligt för undersköterskor och en större egenkunskap förutsätts, vilket inte minst under Covid19-pandemin blev avgörande för att arbetet skulle kunna utföras. Viktiga frågor är således: Hur samspelar organisatoriska förändringar med EU-rättens avgränsning av ekonomisk enhet och vad utgör en organiserad verksamhet i dag?

4.2.1 Likhet före och efter övergång

När EUD ska tolka Direktivet uppstår ibland något som kan liknas vid en dragkamp mellan olika intressen, huvudsakligen näringsfriheten kontra skyddsbehovet, där EUD inte bara agerar passiv uttolkare utan

[36] Se kap. 11.4.

även, genom sin sammansättning, många gånger agerar motpart till t.ex. Kommissionens uttolkning utifrån nationella intressen.

Vid en första anblick utgör *Rygaard* och *Süzen*-målen en praxisändring beträffande bl.a. frågan huruvida den överförda enheten tillhör den organisatoriska huvudenheten, något som tidigare inte hade varit fallet.[37] Vid en granskning av senare praxis verkar detta dock inte ha upprätthållits. Skyddet för anställningsförhållandet mellan överlåtaren och de anställda som övergår till den nya utövaren av verksamheten utgör den yttersta kärnan i Direktivet.[38] Både bedömningen huruvida den berörda enhetens identitet behålls och bedömningen av de kringliggande faktiska omständigheterna ska således göras för att upprätthålla detta skydd.

Med övergång enligt Direktivet avses, förutom identitet i verksamhet enligt *Spijkers*-kriterierna, övergång av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, oavsett om denna utgör huvud- eller sidoverksamhet. Frågan är därmed om en ekonomisk enhet är en förutsättning för att en övergång ska vara möjlig överhuvudtaget. Direktivet syftar till att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom en ekonomisk enhet, även vid ett ägarbyte. Det avgörande kriteriet för att fastställa om det föreligger en övergång enligt Direktivet är om enheten i fråga behåller sin identitet, ”vilket är fallet i synnerhet när driften faktiskt fortsätter eller återupptas”.[39]

En ekonomisk enhet måste vara tillräckligt strukturerad. Ett tecken på tillräcklig struktur är att den ekonomiska enheten kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.[40] För att en enhet ska kunna behålla sin identitet efter en övergång måste den redan innan ha existerat i egenskap av en självständig enhet.[41] I Mål *C-458/12 Amatori*[42] klargörs dock att nationell rätt har möjlighet att införa att den ekonomiska enheten inte behöver ha uppfyllt kraven på

[37] Mulder, 2004, s. 167.
[38] Se motivering till Kommissionens förslag till ett direktiv, COM (74) 351, final/2 av den 21 juni 1974, s. 2, 3 och 5. Under 1970-talet var övergång av företag, kollektiva uppsägningar och arbetsgivares obestånd de tre huvudfrågorna i social politik som först reglerades av Europeiska Unionen utanför området för jämställdhet mellan könen, se Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme (EGT C 13, 1974, s. 1).
[39] Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir*, p. 31.
[40] Se Mål C-13/95 *Süzen*.
[41] Se t.ex. Målen C-48/94 *Rygaard*, p. 20; C-13/95 *Süzen*, p. 13. (32) C-172/99 *Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi och Pentti Juntunen*, ECLI:EU:C:2001:59 (Mål C-172/99 *Oy Liikenne*), p.31 och (39) Mål C-340/01 *Carlito Abler m.fl. mot Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2003:629 (Mål C-340/01 *Carlito Abler*), p. 30.
[42] (60) Mål C-458/12 *Lorenzo Amatori m.fl. mot Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2014:124 (Mål C-458/12 *Amatori*).

självständighet före övergången eftersom det enligt Direktivet föreligger en rätt till ökat skyddet för arbetstagaren.

I *Case 24/85 Spijkers*[43] bekräftade EUD att Direktivets ändamål är att garantera kontinuiteten i befintligt anställningsförhållande i en ekonomisk enhet, oberoende av ett ägarskifte, och att det avgörande kriteriet för att bestämma om en övergång i Direktivets mening skett är om enheten i fråga bevarar sin identitet. För att kunna bedöma om det är en fortlevande ekonomisk enhet, a going concern, kontrolleras om den nya ägaren faktiskt planerar, fortsätter eller återupptar driften av samma eller liknande ekonomisk verksamhet. Det väsentliga är därmed vad som faktiskt har övergått och inte vad som inte har övergått.[44] Den ekonomiska enheten måste ha en tillräcklig struktur och avgränsning. I generaladvokat van Gerven utlåtande i Mål *C-392/92 Schmidt*,[45] p.12-13, förs ett klargörande resonemang där det framgår att det inte räcker med att överlåtaren avyttrar spridda delar för att en övergång av verksamhet ska anses ha skett.[46]

McMullen konstaterar:

> "A transfer of an undertaking is defined by Article 1(1)(b) of the Directive as being the transfer of an economic entity that retains its identity, meaning an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not for gain. This can occur as between an outgoing service provider and an incoming service provider who both supply services to a client, provided that this meets the business transfer criteria laid down by the Court."[47]

Den ekonomiska enheten består av en organiserad gruppering av tillgångar som syftar till en ekonomisk aktivitet. Det måste därmed

---

[43] Case 24/85 *Spijkers*.
[44] Mulder, 2004, s. 161.
[45] (18) Mål C-392/92 *Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, ECLI:EU:C:1994:134 (Mål C-392/92 *Schmidt).*
[46] "12…Consequently, a transfer of an undertaking, business or part of a business does not occur merely because its assets are disposed of. Instead it is necessary to consider, in a case such as the present, whether the business was disposed of as a going concern, as would be indicated, inter alia, by the fact that its operation was actually continued or resumed by the new employer, with the same or similar activities" samt "13. It is apparent from the above passage that the Court recognizes a common denominator underlying the three concepts of "undertaking", "business" and "part of a business", namely that of an "economic unit" or a "business", terms which, in my opinion, refer to a unit with a minimum level of organizational independence, which can exist by itself or constitute part of a larger undertaking. In its judgment in *Botzen*, which was delivered before that in *Spijkers*, the Court had already held that for the question whether there has been a transfer of employees' rights and obligations within the meaning of the directive 'the only decisive criterion... is whether or not a transfer takes place of the department to which they were assigned and which formed the organizational framework within which their employment relationship took effect."
[47] McMullen, 2019, s. 320.

indirekt finnas en produktionsfaktor i den enhet som överlåts, i form av en materiell, immateriell eller en tillräckligt tydligt organiserad grupp personal. Denna typ av produktionsfaktor framgår tydligt när verksamheten antingen övergår eller återupptas som en going concern och produktionen därmed fortsätter hos förvärvaren och kan därigenom utgöra en ekonomisk enhet – där produktionsfaktorerna utgör den ekonomiska verksamheten i den ekonomiska enheten.

Generaladvokaten tydliggör att EUD ser en gemensam faktor hos "undertaking", "business" och "part of a business", nämligen den hos en ekonomisk enhet som hänför sig till en enhet "with a minimum level of organizational independence, which can exist by itself or constitute part of a larger undertaking." Tankegången återkommer i domen och får därmed ses bekräftad, även om den rättsliga diskussionen är tydligare i generaladvokatens inlaga.

4.2.2. Betydelsen av begreppet "självständighet" i Art. 6 i Direktivet och dess förhållande till ekonomisk enhet

Angående begreppet "självständighet" i Art. 6 i Direktivet[48], som får betydelse för facklig representations övergång, har EUD i Mål *C-151/09 Federación de Servicios Públicos* klargjort att begreppet självständighet inte ska tolkas som liktydigt med begreppet identitet i Art. 1.1 b i Direktivet. Huruvida identiteten bibehålls ska i stället prövas med hänsyn till förhållandena vid tidpunkten för den avtalsenliga övergången eller fusionen av den berörda ekonomiska enheten.

En "övergång", i Direktivets mening, kan enbart uppstå om enheten bibehåller sin identitet. Detta betyder att prövningen av huruvida en övergång föreligger görs först och därefter prövas huruvida självständigheten bibehålls. Självständighet hos den ekonomiska enheten kan även prövas av andra skäl än för att se om facklig representant har rätt att övergå. Direktivet ska tillämpas på samtliga övergångar som uppfyller villkoren i Art. 1.1, oavsett om den övertagna ekonomiska enheten behåller sin självständighet inom förvärvarens struktur eller inte.

Om detta inte vore fallet skulle självständighet alltid uppstå så fort den ekonomiska enheten behöll sin identitet. I stället måste prövningen om självständighet göras separat, efter det att det har fastställts att det har skett en övergång i Direktivets mening.[49] I stället fokuserar domstolen

---

[48] Direktivet Art.6: "1. Om företaget, verksamheten eller delen av ett företag eller en verksamhet behåller sin självständighet, skall ställning och funktion för representanterna eller representationen för de arbetstagare som berörs av överlåtelsen bibehållas på samma villkor som före överlåtelsetidpunkten gällde enligt lag, annan författning eller avtal, förutsatt att de villkor som är nödvändiga för inrättande av arbetstagarrepresentationen uppfylls."

[49] Se (51) Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg mot Ferrotron Technologies GmbH*, ECLI:EU:C:2009:85 (Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*), p. 50 samt Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*, p. 34-36.

på att en ekonomisk enhet efter övergång bevarar sin självständighet enligt Art. 6.1. i Direktivet ”när de befogenheter som enhetens ansvariga har inom förvärvarens organisationsstruktur i allt väsentligt förblir oförändrade.”[50]

4.2.3 Den ekonomiska och sociala kommitténs kritik av Kommissionens förslag beträffande arbetsbaserad verksamhet

Kommissionens förslag till inskränkning av vad som omfattades av skyddssyftet[51] kritiserades av den Ekonomiska och sociala kommittén utifrån att detta skulle drabba personalintensiv verksamhet som oavsett om den bedrevs i privat eller offentlig regi ofta bemannades av kvinnor.[52] Kommittén konstaterade att flera problem hade uppkommit utifrån direktiv 77/187 något som EUD hade försökt lösa via tolkning i flera olika rättsfall. Även om man såg behovet av förändring var man därför tveksam till vissa delar av Kommissionen förslag.

Kommittén var framför allt fundersam över den distinktion som Kommissionen ville införa mellan verksamhetens aktivitet och vad som utgör en ekonomisk enhet. Redan i *Case 24/85 Spijkers* hänvisas till ekonomisk enhet, men i Kommissionens förslag att exkludera det som endast utgör övergång av ”undertaking, business or part of a business”[53] blev det enligt kommittén oklart om detta skulle tolkas enligt EUD:s praxis eller anses tillföra ett nytt element som skulle ge en mer restriktiv tolkning.

Att betrakta detta som ett nytt element att ta hänsyn till i tolkningen, skulle kunna ha en indirekt diskriminerande effekt om den nya tolkningen av Art. 1 i Direktivet skulle exkludera ”sub-contracting of ancillary activities from the scope of the Directive”, vilket förväntades få

---

[50] Se p. 56 i Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*: ”En ekonomisk enhet som varit föremål för övergång bevarar sin självständighet, i den mening som avses i Art. 6.1 i direktiv 2001/23, när de befogenheter som enhetens ansvariga har inom förvärvarens organisationsstruktur i allt väsentligt förblir oförändrade. Dessa befogenheter består i att relativt fritt och oberoende organisera arbetet inom enheten för att bedriva dess ekonomiska verksamhet och, mer specifikt, i att ge order och instruktioner, fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare inom den aktuella enheten samt ta beslut om hur de materiella tillgångar som enheten förfogar över ska användas, detta utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer. Endast den omständigheten att de högsta överordnade byts ut kan inte i sig anses undergräva den övertagna enhetens självständighet, såvida inte de nya högsta överordnade har befogenhet att direkt organisera arbetstagarnas verksamhet och på så sätt ta över beslutsfattandet från dem som är arbetstagarnas närmast överordnade inom denna enhet.”

[51] COM (94) 300 final 8 September 1994, 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.

[52] Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande EUT C 133 31 maj 1995.

[53] p. 1.2.4 Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande EUT C 133 31 maj 1995.

en större effekt för kvinnor än män, eftersom det är fler kvinnor som arbetar i denna typ av tjänsteentreprenader.[54]
EUD har givit en vid definition av vad som ska inrymmas i begreppet övergång av verksamhet. Men Kommittén menade att avsaknaden av ett klargörande av att alla övergångar som påverkar arbetare ingår i begreppet skapar en otydlighet. Detta framgår framför allt av EUD:s praxis beträffande vad som utgör en ”ekonomisk enhet”.

Kommittén riktade därmed på ett tidigt stadium kritik mot Kommissionens förslag till nytt direktiv, därför att skillnaden mellan ekonomisk enhet och aktivitet blev svår att särskilja, särskilt beträffande arbetskraftsintensiv entreprenad, och riskerade att undergräva dessa anställdas skydd.[55] Kommittén föreslog därför ett tillägg till det av Kommissionen föreslagna direktivet för att det tydligt skulle framgå att skyddet var riktat mot arbetstagare som övergår och även omfattade entreprenad fullt ut.[56] Även inom Kommittén fanns dock motsättningar beträffande avvägningen mellan näringsfrihet och anställningsskydd men en majoritet enades om att skyddet som sådant även borde utsträckas till entreprenadanställda generellt.

Kommitténs yttrande år 1995 visade redan då på en insikt om att skyddet gavs utifrån olika premisser beträffande den direkt anställde i en kärnverksamhet och den som i stället utförde samma arbete men var anställd hos en entreprenör, utifrån tolkningen av vad som skulle anses ingå i en ekonomisk enhet. Yttrandet ledde inte till någon förändring av skrivning i Överlåtelsedirektivet 98/50 eller i Direktivet, men får ändå ses som tolkningsdata som kan ha fått påverkan på den praxisutveckling som har skett.

4.2.4 Sambandet av ömsesidigt beroende och komplementaritet som föreligger mellan produktionsfaktorerna – den holistiska synen

Organisationen är en omständighet som är väsentlig för begreppet ekonomisk enhet och som kan vara utmärkande för dess identitet om den ses tillsammans med skyddssyftet. Men det är det funktionella sambandet av ”ömsesidigt beroende och komplementaritet”[57] som föreligger

---

[54] p. 1.3 Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande EUT C 133 31 maj 1995: “As the labour force statistics of the OECD make clear, the majority of workers employed in such occupations in both the public and private sectors are women. If the proposed text is adopted by the Council then many women will find themselves deprived of rights that are otherwise more generally available to men at work. It is strongly arguable that this is contrary to the Treaty provisions guaranteeing equal treatment of men and women and other equal opportunities legislation.”
[55] p. 2.3.3.ff. Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande EUT C 133 31 maj 1995.
[56] The Committee would add the following phrase to the first subparagraph of Article 1(1): ‘and which affects workers.’ The Committee would amend the second subparagraph of Article 1(1) as follows: “For the purposes of this Directive, the transfer of an undertaking, business or part. of a business shall be deemed to occur when there is a transfer of an economic entity which retains its identity”.
[57] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg* , p. 47.

mellan produktionsfaktorerna som gör att de gemensamt bidrar till utövandet av viss ekonomisk verksamhet. Detta oavsett om enheten är solitär eller integrerad i förvärvarens verksamhet. I överensstämmelse med rättspraxis ska bedömningen av huruvida Direktivet är tillämpligt eller inte i ifrågavarande situation göras både mot bakgrund av Direktivets lydelse och mot bakgrund av, sammanhanget och de mål som eftersträvas. Detta benämns ”den holistiska synen” och visar på en mer dynamisk tillämpning i EUD.

I Mål *C-466/07 Dietmar Klarenberg* ges ett mer komplicerat samband mellan de faktorer som klargör att en ekonomisk enhet kan föreligga. Det följer av Art. 1.1 a, jämförd med bestämmelserna i Art. 1.1 b i Direktivet, att en förutsättning för att övergång ska föreligga är att en ekonomisk enhet som berörs av en övergång måste behålla sin identitet hos förvärvaren. Men vad ligger i detta organisationskriterium? Vad betyder det att den ekonomiska enheten ska behålla sin identitet?

Beträffande organisationskriteriet har domstolen tidigare fastställt att det bidrar till att definiera en ekonomisk enhets identitet samtidigt som en ändring i den övertagna enhetens organisationsstruktur inte i sig utgör något hinder för att tillämpa Direktivet.[58]

Skälet är att det är en bestämmelse som inskränker Direktivets skydd och därmed ska tolkas strikt, d.v.s. restriktivt.[59] Syftet med Direktivet är att ge ett effektivt skydd för de anställda vid övergång av verksamhet. En utsträckt tolkning med innebörden att den ekonomiska enheten ska återfinnas hos förvärvaren som organisatoriskt självständig skulle innebära en inskränkning av skyddssyftet.

> ”En sådan föreställning skulle nämligen innebära att blotta omständigheten att förvärvaren beslutar att upplösa den övertagna delen av företaget eller verksamheten och integrera den i sin egen struktur medför att direktiv 2001/23 inte är tillämpligt på den delen av företaget eller verksamheten, vilket sålunda skulle beröva de berörda arbetstagarna det skydd som direktivet ger.”[60]

En ekonomisk enhet kan därmed övergå utan att den är organiserad på samma sätt hos förvärvaren som hos överlåtaren.

Enligt Art. 1.1 b i Direktivet 2001/23 förstås, som tidigare klargjorts, övergång av en ekonomisk enhet som ”en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig

[58] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*, p. 44.
[59] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*, p. 41.
[60] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*.

denna utgör huvud- eller sidoverksamhet", vilken behåller sin identitet trots övergången.

Organisationen – en organiserad gruppering av tillgångar – är därmed bara en omständighet som är väsentlig för begreppet ekonomisk enhet och som kan vara utmärkande för dess identitet. Men organisationen måste även ses tillsammans med skyddssyftet. Organisationen behöver inte heller avse den specifika organisation som förvärvaren har beslutat beträffande de olika produktionsfaktorerna. Det kan snarare handla om det samband av *"ömsesidigt beroende och komplementaritet"*[61] som föreligger mellan dessa produktionsfaktorer, vilket gör att de gemensamt bidrar till utövandet av viss ekonomisk verksamhet. Detta kan gälla även när enheten integreras i förvärvarens verksamhet och inte längre kan ses som samma enhet som hos överlåtaren. Därmed gäller detta även för det fall den ekonomiska enheten skiljer sig från överlåtarens struktur vad beträffar storlek eller organisationsformer.

Sammanfattningsvis krävs det inte att enhetens "organisatoriska självständighet" upprätthålls, utan att det befintliga funktionella och ändamålsenliga sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna upprätthålls, vilket möjliggör för förvärvaren att använda dessa, om än integrerade i en annan organisationsstruktur, i syfte att bedriva viss ekonomisk verksamhet.[62] EUD:s föreställning om hur en ekonomisk enhet kan avgränsas utvecklas ytterligare i generaladvokatens förslag till dom i de Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*.[63] Begreppet ekonomisk enhet kommer här att behandlas vid övergång av en sidoverksamhet, bevakning av vissa lokaler. EUD konstaterade att ett "särskilt syfte eftersträvas"[64] (som dock är underordnat verksamhetens huvudsyfte) och att detta syfte återfinns i förvärvarens verksamhet och om den bedrivs av en organiserad enhet, det vill säga en organisation av personer och/eller tillgångar, "kan denna sistnämnda enhet anses utgöra en ekonomisk verksamhet som i enlighet med direktivet utgör grundvalen för varje företag, verksamhet eller del av verksamhet."[65]

Verksamheten måste ha en organisation, hur liten den än är, för att kunna utgöra ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet. Organisationen skulle dock kunna bestå av sådana saker som

> "den konkreta organiseringen av personal, verksamhetens

[61] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*, p. 47.
[62] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*, p. 48: "Om det funktionella sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna bevaras kan förvärvaren nämligen använda dem även om de, efter övergången, integreras i en ny och annorlunda organisationsstruktur, för att fortsätta en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet." Se även Mål C-427/21 *LD mot ALB FILS Kliniken GmbH*, ECLI:EU:C:2023:505 (Mål C-427/21 *LD*).
[63] Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 144-147.
[64] Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 144.
[65] Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 144.

varaktighet och kontinuitet, förekomsten av ett arbetsprogram med fasta tider, valet av personal och anvisandet av de konkreta uppgifterna till dessa personer."[66]

Resonemanget utvecklas delvis annorlunda i mål om entreprenadutläggning av städning, d.v.s. tjänsteentreprenad, utifrån en skiljelinje om vad som kan ingå i en ekonomisk enhet och vad som kan innebära att endast arbetsuppgifter överförs. Det måste finnas en organisation av personer och tillgångar hos överlåtaren som övergår till förvärvaren. Denne kan sedan bedriva en ekonomisk verksamhet som eftersträvar ett särskilt syfte.[67] Det blir tydligt att det krävs något mer vid städning än vid t.ex. vaktarbete, vilket gör att bedömningen av ekonomisk enhet kommer att skilja sig åt. Det är dock oklart om detta är att se som en utveckling eller som ett statiskt ställningstagande.

I Mål *C-472/16 Colino*, som rör en kommunal musikskola utlagd på entreprenad, ser generaladvokaten tidsavbrottet mellan att en entreprenör avbryter och en annan återupptar verksamheten som avgörande för att det inte ska kunna vara en ekonomisk enhet. Tidsavbrottet orsakas av att den första entreprenören avbryter i förtid vilket gör att avbrottet är längre än sommarlovet. EUD håller dock inte med utan ser bortom ordalydelsen i tidigare praxis och tolkar i stället syftet med regleringen utifrån huvudmannens perspektiv.[68] Det avgörande blir huruvida huvudmannen förväntar sig att aktiviteten ska bli återupptagen och eftersom så är fallet, finner domstolen att verksamheten är att se som en ekonomisk enhet. EUD gör därmed en verklighetsanpassning till hur den praktiska situationen ofta ser ut oavsett att avbrottet inte följer lov och termin när det gäller tidsaspekten.[69] Även Carvalho är inne på samma tankegång att den praktiska situationen vid entreprenadövergång måste beaktas utifrån ett vidare syfte.[70] Slutsatsen blir därmed att en av de avgörande faktorerna beträffande bedömningen av om en ekonomisk enhet kan övergå vid entreprenadbyte, där verksamheten har haft ett tidsavbrott, är huruvida huvudmannen förväntar sig att verksamhetens ska återupptas.

---

[66] Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 146.
[67] Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 35: "Svaret på de ställda frågorna blir därför att Art. 1.1 i direktiv 77/187 skall tolkas så, att direktivet är tillämpligt när ett företag, som har anförtrott städningen av sina lokaler åt ett annat företag, beslutar att säga upp avtalet med detta företag för att hädanefter själv utföra arbetet i fråga, förutsatt att transaktionen inkluderar en överlåtelse av en ekonomisk enhet mellan de två företagen. Begreppet ekonomisk enhet avser en organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. Enbart den omständigheten att den lokalvård som i tur och ordning utfördes av städföretaget och av det företag som äger lokalerna är likartad kan inte leda till slutsatsen att en sådan enhet har överlåtits."
[68] Mål C-472/16 *Colino*, p. 41-44.
[69] Se diskussionen i McMullen, 2019, s. 319-322.
[70] Carvalho, 2018, s. 29-49.

4.3 Ett vidare perspektiv på ekonomisk enhet

EUD har i Mål *C-73/95 Viho*, där det inte var fråga om företagsövergång, fastslagit att ett moderföretag och dess dotterbolag utgör en ekonomisk enhet, inom vilken dotterbolagen inte åtnjuter någon verklig rätt att själva bestämma sitt handlande på marknaden, utan tillämpar anvisningar som lämnats av det moderbolag som kontrollerar dem. Denna praxis härrör dock från det konkurrensrättsliga området, där begreppet ”företag” bör anses avse en ekonomisk enhet med utgångspunkt i avsikten med avtalet i fråga, även om enheten i juridisk mening består av olika juridiska personer. Som synes skiljer sig den definition av begreppet företag som ligger till grund för den konkurrensrättsliga tillämpningen av dåvarande Art. 85 och 86 i EG-fördraget,[71] i hög grad från detta begrepp i meningen ekonomisk enhet, såsom det utvecklats av domstolen för tillämpningen av Överlåtelsedirektiv 77/187.[72]

Som redan nämnts, förespråkar EUD sedan Direktivets införande en ”holistisk” syn,[73] där det inte går att enbart mot bakgrund av ordalydelsen i bestämmelserna i Direktivet ge ett klart och tydligt svar på den fråga som ska prövas. I överensstämmelse med rättspraxis ska bedömningen av frågan huruvida Direktivet är tillämpligt eller ej i en viss situation inte bara göras mot bakgrund av nämnda Direktivs lydelse, utan också mot bakgrund av sammanhanget och de mål som eftersträvas.[74]

I Mål *C-194/18 Dodič* [75] uppkommer frågan huruvida en övergång av finansiella instrument hade skett, vilket föranledde EUD att klargöra följande beträffande ekonomisk enhet:

- Den måste hos överlåtaren ha varit en varaktigt organiserad ekonomisk verksamhet
- Den kan avse en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerade och oberoende

[71] Nu Art. 81 och 82 EG.
[72] Generaladvokatens förslag till dom, Mål C-234/98 *Allen*, p. 46-47. Se även Mål C-108/10 *Scattolon*, p. 42: “Begreppet företag i artikel 1.1 i direktiv 77/187 omfattar varje varaktigt organiserad ekonomisk enhet, oberoende av dess rättsliga form och oberoende av hur den finansieras. Begreppet avser en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.”
[73] Se Risenhuber, Karl, *European Employment Law*, Interscentia, 2021, generellt.
[74] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*.
[75] (75) Mål *C-194/18 Jadran Dodič mot Banka Koper och Alta Invest, ECLI:EU:C:2019:385 (Mål C-194/18 Dodič).*

- Denna/dessa ska kunna bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilket ett särskilt syfte eftersträvas

I målet vid den nationella domstolen var det ostridigt att Banka Kopers avdelning för investeringstjänster utgjorde en ekonomisk enhet ”eftersom bolaget förfogade över personal och logistiska resurser som kunde användas för att bedriva en ekonomisk verksamhet”[76]. I detta fall bestod verksamheten av en värdepappershandel och investeringsverksamhet för uppdragsgivare. Att överlåtaren, Banka Koper, hade upphört med att tillhandahålla investeringstjänster men fortsatt verka som icke-oberoende finansmäklare och i denna roll samarbetat med uppdragsgivare skulle enligt EUD inte ha någon inverkan på huruvida detta kunde klassificeras som övergång av del av företag enligt Direktivet. EUD:s uttalade att avgörande för huruvida det föreligger identitet i verksamhet mellan överlåtare och förvärvare, vilket är fallet i synnerhet när driften faktiskt fortsätter eller återupptas, kommer i stället att bli beroende av samtliga omständigheter som kännetecknar den aktuella transaktionen.

> ”34 … Till dessa omständigheter hör särskilt vilket slags företag eller vilken verksamhet som det är fråga om, huruvida några materiella tillgångar – såsom fastigheter eller lös egendom – har övertagits, värdet på de immateriella tillgångarna vid tidpunkten för övergången, huruvida huvuddelen av personalstyrkan har övertagits av den nya arbetsgivaren, huruvida kundstocken har övertagits samt hur lika de verksamheter är som har bedrivits före och efter övergången och hur länge ett eventuellt avbrott i verksamheten har varat.”[77]

Alla dessa omständigheter är emellertid endast aspekter av den helhetsbedömning som ska göras och kan därför inte bedömas var för sig. Här måste man särskilt värdera den verksamhet som bedrivs eller de produktions- eller driftsmetoder som används i det aktuella företaget, verksamheten eller delen av en verksamhet. I *Banka Koper*-fallet var det ostridigt att den ekonomiska verksamheten inte krävde några större materiella tillgångar för att kunna fungera; i stället blev övergången av immateriella tillgångar det betydelsefulla. Att dessa har överlåtits innebar att det kunde föreligga en ekonomisk enhet och därmed en övergång av del av ett företag.[78]

Problemet är dock att detta förutsätter kundernas uttryckliga eller underförstådda samtycke, eftersom ett företag som upphör med sin

[76] Mål C-194/18 *Dodič,* p. 31.
[77] Mål C-194/18 *Dodič,* p. 34.
[78] Mål C-194/18 *Dodič,* p. 37: ”De immateriella tillgångar som utgörs av uppdragsgivarnas, det vill säga kundernas, finansiella instrument och övriga tillgångar, redovisning, övriga investeringstjänster och sidotjänster samt arkiven, det vill säga dokumenteringen av investeringstjänsterna som företaget tillhandahåller kunderna och investeringsverksamheten, ingår nämligen i den berörda ekonomiska enhetens identitet…”

verksamhet i denna typ av verksamhet inte kan kräva av sina kunder att överlåta förvaltningen av sina värdepapper till det företag som utsetts av det överlåtande företaget. ”I detta sammanhang är antalet kunder, oavsett om det är mycket stort, vilka faktiskt överlåtits inte ensamt avgörande för klassificeringen som ”överlåtelse”.[79]

Målet visar betydelsen av att övergången av de finansiella instrumenten m.m. både kan ge en ekonomisk enhet och klargöra en identitet i verksamhet. Här kommer en immaterialrättsligt tung verksamhet att utgöra en ekonomisk enhet och därmed ge förutsättningar för att den personal som arbetar i den ekonomiska enheten kan få ett skydd för anställningen enligt Direktivet.[80]

4.3.1 Måste den ekonomiska enheten vara samma hos överlåtare och hos förvärvare?

Avgränsningen av ekonomisk enhet, utifrån om den alltid är densamma hos överlåtare som förvärvare, kommer även upp i Mål *C-298/18 Grafe*[81] , där rättsfrågan gällde huruvida det utgör hinder för att transaktionen ska anses utgöra en övergång av företag om en ekonomisk enhet inom ramen för ett upphandlingsförfarande övertar en viss verksamhet, men utan att överta verksamhetstillgångar som tillhörde den ekonomiska enhet som tidigare bedrev verksamheten.

I Art. 1.1 b i Direktivet anges att med övergång ska förstås ”överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet”. Härmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet. Kan detta då omfatta övergång av en busspark, som har varit en ekonomisk enhet hos överlåtaren, men som inte tas över av förvärvaren?

I Mål *C-298/18 Grafe*, som rörde övergång av busstrafik, togs bussarna inte över av övertagaren, eftersom upphandlingen krävde en annan miljöcertifiering än vad den befintliga bussparken hade. Trots det såg EUD ändå detta som en möjlig övergång av verksamhet. Det framgår i domen att om överlåtaren hade lämnat anbud, skulle denne ha varit tvungen att i en nära framtid byta ut sina verksamhetstillgångar med hänsyn till de tekniska och miljömässiga normer som den upphandlande myndigheten föreskrivit. Betydelsen av verksamhetstillgångar i en materialtung verksamhet får här en ytterligare belysning genom att externa krav i t.ex. en upphandling kan göra verksamhetstillgången mer eller mindre obsolet, vilket påverkar viktningen av vad som utgör den ekonomiska enheten. Domstolens resonemang stämmer väl överens med tanken att se en ekonomisk enhet som att ge förutsättningar för produktionsfaktorer. När

[79] Mål C-194/18 *Dodič,* EUD:s sammanfattning.
[80] Se kap 7 beträffande hur ekonomisk enhet kommer att samspela med identitet i verksamhet.
[81] Mål C-298/18 *Grafe.*

förutsättningarna ändras genom yttre förutsättningar kommer även andra produktionsfaktorer att kunna bli relevanta.

Prövningen förskjuts på detta sätt från att sätta likhetstecken mellan vad som utgjorde en ekonomisk enhet hos överlåtaren och vad som återfinns hos förvärvaren, till att verksamhetskrav kan påverka den ekonomiska enheten och innebära att den består även vid förändring. I detta fall verkar en avgörande faktor ha varit att även överlåtaren blivit tvungen att förändra sin busspark.
EUD förde i stället in andra faktorer i sin värdering:

- att den nya aktören tillhandahåller en busstransporttjänst som i huvudsak motsvarar den tjänst som den tidigare aktören tillhandahöll
- att busstrafiken inte har avbrutits
- att det är troligt att busstrafiken till största delen bedrivs på samma linjer
- att samma passagerare troligen kommer att åka.

Domstolen förde därmed in kriterium fem, sex och sju, d.v.s. att kunderna övergår, att likheten i verksamheten är stor och att det inte har varit något uppehåll i verksamheten, i sin bedömning av om det föreligger en ekonomisk enhet som består.

Därutöver argumenterade EUD för att det fjärde kriteriet, övergång av personal, kan bli relevant i bedömningen: ”tillgången på erfarna bussförare i en landsbygdsregion som distriktet Oberspreewald-Lausitz är av avgörande betydelse för att kunna säkerställa kvaliteten på den aktuella kollektivtrafiktjänsten.”[82]

Det förhållandet att merparten av chaufförerna hade övertagits ansågs i detta sammanhang därmed utgöra en omständighet som ska beaktas enligt domstolen. Särskilt som den personal som övertagits av den nya aktören hade ”tilldelats identiska eller liknande uppgifter, och besitter särskilda kvalifikationer och färdigheter som är absolut nödvändiga för att den aktuella ekonomiska verksamheten ska kunna fortgå utan avbrott.”[83] Målet klargör att det just är värderingen av vad som ligger i den ekonomiska enheten som blir avgörande:

> ” …den omständigheten att en ekonomisk enhet inom ramen för ett upphandlingsförfarande övertar en viss verksamhet som fordrar betydande verksamhetstillgångar men på grund av rättsliga, miljömässiga eller tekniska krav som den upphandlande myndigheten uppställt inte övertar sådana verksamhetstillgångar som tillhörde den ekonomiska enhet som tidigare bedrev denna

[82] Mål C-298/18 *Grafe*, p. 38.
[83] Mål C-298/18 *Grafe*, p. 40.

> verksamhet, inte nödvändigtvis utgör hinder för att denna verksamhetsövergång ska anses utgöra en överlåtelse av företag, förutsatt att andra sakomständigheter – såsom att merparten av personalen övertagits och verksamheten har fortgått utan avbrott – ger vid handen att den ifrågavarande ekonomiska enheten har bevarat sin identitet, vilket det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera." [84]

Märk dock att EUD i målet inte skiljer mellan fastställandet av ekonomisk enhet och övergången i sig.

4.3.2 Kan tydliggörande av begreppet ekonomisk enhet ge större förutsägbarhet?

Skulle ett utökat och tydliggjort användande av begreppet ekonomisk enhet i allmänhet kunna lösa en del av de problem som föreligger vid övergång av verksamhet? Här måste man komma ihåg att begreppet är autonomt och ska tolkas EU-konformt. Emellertid har EUD har i Mål *C-458/12 Amatori*[85] klargjort att nationell rätt har möjlighet att införa att den ekonomiska enheten inte behöver ha uppfyllt kraven på självständighet före övergången.

I delkapitel 3.6 om partsbyte och uppsägningsförbud ovan diskuterades situationen att en bristande förutsägbarhet kan uppkomma när förvärvarens framtida agerande styr huruvida överlåtaren kan göra en korrekt arbetsbristuppsägning av berörd arbetstagare innan övergången har skett.[86] Osäkerhet kan uppstå beträffande den rättsliga bedömningen av situationen i sig men även utifrån att förvärvarens agerande verkar styrande för om det föreligger en övergång i Direktivets mening. Överlåtarens möjlighet att ha fullständig kunskap om huruvida förvärvaren t.ex. tänker återanställa uppsagd personal är vid tillfället för uppsägningen begränsad.

Bevisvärdering blir komplicerad när parterna måste laborera med okända faktorer såsom:

- Partsvilja hos förvärvaren att ta över personal.
- Huruvida den ekonomiska enheten hos överlåtaren har en roll att fylla hos förvärvaren.
- Den rättsliga bedömningen huruvida identitet i verksamhet föreligger.

---

[84] Mål C-298/18 *Grafe*, p. 41.
[85] (60) Mål C-458/12 *Lorenzo Amatori m.fl. mot Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2014:124 (Mål C-458/12 *Amatori*).
[86] Diskussionen avser den EU-rättsliga regleringen, inte den svenska.

Uppsägningsförbudet blir stokastiskt när det är beroende av för överlåtaren okända faktorer.

EUD:s praxisutveckling går mot ett allt större fokus på ekonomisk enhet. Vad skulle hända om man än mer tydliggjorde vad den ekonomiska enheten består av hos överlåtaren och lät personalen i den ekonomiska enheten följa med över till förvärvaren, såsom i den svenska implementeringen för primärverksamheter? Det vill säga att förvärvaren var den som fick svara för arbetsbristuppsägningar som inte kan visas direkt bero på andra faktorer än övergången.

Direktivet och EUD:s praxis laborerar med begreppet ekonomisk enhet parallellt med huruvida det föreligger en identitet i verksamhet. I vissa situationer verkar de samagera och i andra situationer utesluta varandra, vilket kommer att utvecklas i del 2 av detta arbete där de sju kriterierna för identitet i verksamhet presenteras.

Genom en tydligare begreppsanvändning av ekonomisk enhet, utifrån dess olika delar, klargörs gränserna för möjliga produktionsfaktorer – d.v.s. den egentliga ekonomiska verksamheten. De verksamheter vars särskilda art inte har ansetts vara förenliga med begreppet ekonomisk enhet, såsom t.ex. bemanning, skulle i ett sådant läge kunna hamna utanför begreppet, men har just beträffande bemanning i stället direkt skyddats av skrivningen i Direktivet. Vad skulle hända med andra alternativa organisationsformer där arbetstagarna inte är anställda i verksamheten, såsom t.ex. entreprenad? Skulle de hamna inom eller utanför Direktivets skydd?

För att klarlägga detta måste en diskussion föras utifrån gränserna för ekonomisk enhets i samband med identitet i verksamhet, och en genomgång ske av entreprenadens förutsättningar, vilket sker i avhandlingens del 2. Där även avhandlingens grundfråga, beträffande vilka arbetstagare som är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning, får en del av svaret.

4.4 Sammanfattning och reflektion utifrån del 1, kapitel 2 - 4

Del 1 har gett en inledande diskussion till den första frågan i avhandlingens frågeställning i kapitel 2:

Hur långt går skyddet för arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet i förhållande till näringsfriheten vid tolkning av Direktivets syfte och EUD:s domar beträffande entreprenader?

Kapitel 2 har visat på den motsättning som kan finnas mellan en effektiv reglering av näringsfriheten och ett uppnående av de skyddsvärden som fördragen (FEU och FEUF), Rättighetsstadgan och rättsakter klargör och hur skyddsvärdet har fått större tyngd efter det att Rättighetsstadgan blev primärrätt. Det sociala handlingsprogrammet ledde fram till flera direktiv för att stärka anställningsskyddet och däribland utvecklingen av regleringen om övergång av verksamhet. Kapitlet har även gett en introduktion till bakgrunden till och effekterna för en av dessa rättsakter; Direktivet om övergång av verksamhet, i dess tre olika utvecklingsformer, 77/187, 98/50 och 01/23 (Direktivet).

Det finns en stor vilja till rättslig harmonisering inom EU-rätten. Om Direktivet innehåller en bestämmelse som inte uttryckligen kan ändras av medlemsstaten ska den i stället ses som att det normalt föreligger ett krav på en enhetlig tillämpning av unionsrätten enligt likhetsprincipen.Enligt fast rättspraxis följer såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen att en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd, normalt ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela EU.

Tolkningen kan därmed utgå från ordalydelse och sammanhang men Direktivets skyddssyfte ges en självständig betydelse. Beträffande skyddssyftets gränser klarlägger EUD att det som kan inskränka skyddssyftet ska tolkas restriktivt. Samspelet mellan nationell rätt och EU-rätt kan därmed sägas vara en skyldighet att använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det syfte som fastställs i Direktivet.

EU-rättens grundläggande reglering värnar ofta näringsfriheten, utifrån de gränser som ges inom varje nation. Både fördragen och stadgan om de grundläggande rättigheterna utgår från en marknadsliberal tanke med sociala värderingar. Ett utökat skydd för arbetstagare vid övergång

av verksamhet har rättsligt angripits när det har kommit i strid med direktiv som värnar näringsfrihet inom viss sektor.

I fördraget klargörs möjligheten att frångå värnandet om näringsfrihet såvida särskilda intressen motiverar det. EU:s stadga omfattar sociala rättigheter och även direkt uttalade arbetsrättsliga rättigheter. Om dessa rättigheter skulle vara oförenliga med näringsfriheten i en viss fråga, får näringsfriheten begränsas i enlighet med Art. 52 EU:s rättighetsstadga.

När EUD dömer sker det utifrån ett beaktande av de målsättningar och principer som finns i fördragen, Europakonventionen och Rättighetsstadgan och därtill anslutna källor. Målen avgörs i ett större sammanhang och kommer ofta att innehålla en proportionalitetsavvägning av skyddssyfte kontra näringsfrihet. Avvägningen sker utifrån en prövning av om en åtgärd är i strid med näringsfriheten, och i så fall om den är till för att skydda någon annan rättighet eller något annat samhällsintresse, samt om åtgärden är proportionerlig för ändamålet.

Det blir därför nödvändigt att kartlägga Direktivets skyddssyftes omfattning genom en närmare granskning av inte bara Direktivet utan också dess källor, framför allt EUD:s uttolkning av de principer som domstolen finner särskilt viktiga att betona.

Kapitlet introducerade ett trestegstest för att klargöra vilka begränsningar av rättigheterna som får göras i t.ex. Direktiv enligt Art. 52 ”med beaktande av proportionalitetsprincipen” och ”om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av EU eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.”

> Steg 1) Är åtgärden i strid med näringsfriheten?
> Steg 2) Är åtgärden i så fall berättigad för att skydda någon annan rättighet eller något annat samhällsintresse?
> Steg 3) Är åtgärden proportionerlig för ändamålet?

Kapitel 3 avsåg att klargöra den vidgning av lagenlig övergång som skett via EUD till att även omfatta en övergång utan avtalsbindning mellan överlåtare och förvärvare. Kapitlet behandlade även vilka som är avgränsade som aktörer vid övergång av verksamhet för att klargöra möjlig rättsföljd, såsom huruvida identitet i verksamhet kan uppstå samt effekterna av insolvens under ett övergångsförfarande. EUD:s praxisutveckling har generellt lett till att beaktandet av skyddssyfte och näringsfrihet parallellt skapat en del oklarheter i förutsägbarhet för de agerande parterna.

I kapitel 4 inleddes en diskussion beträffande avhandlingens andra fråga i frågeställningen:

Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och vilka effekter har det gett?

Beträffande begreppet ekonomisk enhet konstaterades både dess betydelse för att säkerställa att en övergång har skett och dess komplexitet i att skapa den kärna som EU-rätten söker för att kunna fastställa att en övergång är för handen.

Ekonomisk enhet har kommit att bli ett centralt begrepp både i Direktivet och i EUD:s praxis. Uttolkningen av vad som utgör en ekonomisk enhet är dock komplicerad. Tidigare statisk uttolkning fungerar i dag sämre i en mer dynamisk organisation, vilket visas i EUD:s senare praxis. En statisk uttolkning fungerar lättare i ett industritungt samhälle men har svårare att ge en adekvat avgränsning i ett allt mer dynamiskt tjänstesamhälle. Uttrycket tillkom ursprungligen för att komplettera en strikt associationsrättslig avgränsning, för att även det som inte är möjligt att i företagstermer kategorisera som företag, del av företag, verksamhet eller del av verksamhet skulle kunna omfattas av Direktivets skydd.

Här framstår det även som intressant att se skillnaden i Direktivets skydd för bemanningsanställda, d.v.s. inhyrd personal, och för personalintensiva entreprenader när det gäller betydelsen av ekonomisk enhet. Bemanningsanställda skyddas direkt i Direktivet vilket inte är fallet med anställda i entreprenader, som enbart skyddas partiellt av EUD:s praxis. Vid Överlåtelsedirektiv 77/187:s tillkomst var inhyrning av personal i princip förbjudet för de länder som ratificerat ILO-konvention 181 om privat arbetsförmedling; många länder valde senare att säga upp konventionen, vilket gav upphov till ett intresse att reglera gruppens inhyrdas villkor vid övergång.

Begreppet ekonomisk enhet ska tolkas EU-rättsligt, d.v.s. autonomt, och inte överlämnas till medlemsstaternas uttolkning. EUD har konstaterat att begreppet inte kan ges en mer inskränkt betydelse eftersom detta i så fall även skulle inskränka skyddssyftet i Direktivet. Till exempel kommer tolkning av om tidsavbrott kan innebära att en ekonomisk enhet föreligger i Mål *C-472/16 Colino* att relateras till huruvida huvudmannen förväntar sig att aktiviteten ska bli återupptagen.

Gränserna för vad som inte är att se som ekonomisk enhet är dock inte helt klarlagda och i denna avhandling kommer detta bli ett återkommande tema för att pröva gränserna beträffande ekonomisk enhet och entreprenad.

Vad som krävs för att personalintensiva entreprenader ska definieras som utgörande en ekonomisk enhet, antingen utifrån övergång tillsammans med andra kriterier, såsom t.ex. materiella eller immateriella rättigheter, eller enbart utifrån övergång av en ekonomisk enhet, kommer att utvecklas i nästa del av avhandlingen.

De spår som förs vidare till nästa del i avhandlingen är därmed:

1. Avgränsningen av Direktivets anställningsskydd kontra näringsfrihet och skyldigheten att tolka nationell rätt i syfte att uppnå Direktivets skydd.
2. EU-rättens balansakt beträffande övergång av verksamhet mellan flexibilitet och effektivitet kontra de negativa effekterna för arbetstagarna med fragmentisering och externalisering– är ett effektivt skydd möjligt?
3. Ekonomisk enhet och identitet i verksamhet i en alltmer dynamisk organisation – avgränsningens betydelse för entreprenader i allmänhet och personalintensiva entreprenader i synnerhet.

DEL 2: När blir det övergång av verksamhet och vad går över enligt EUD? (Kap. 5-12)

Inledning
Efter att i del 1 ha granskat de EU-rättsliga grundförutsättningarna är det nu dags att i del 2 fokusera på EUD:s uttolkning av de kriterier som har kommit att ses som avgörande för att identitet i verksamhet ska anses föreligga och hur dessa kriterier interagerar med begreppet ekonomisk enhet.
Kapitel 5–12 kommer att främst behandla tre frågor i frågeställningen:

- *Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?*
- *Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?*

Del 2 av avhandlingen syftar till att skapa större klarhet beträffande den rättsliga innebörden i de sju kriterierna. Efter en allmän inledning delas genomgången upp på de olika kriterierna och hur de har behandlats av EUD. De sju kriterierna från *Case 24/85 Spijkers* klargörs för att tydliggöra vad som krävs för att identitet i verksamhet ska uppkomma.

Genomgången av det för avhandlingen viktiga fjärde kriteriet, huruvida personal har tagits över, ges extra vikt. Övertagande av personal blir särskilt viktigt för att klargöra avhandlingens skyddssyfte i praktiken, d.v.s. kommer personalen i en tjänsteentreprenad ha en rätt att övergå och i så fall med vilka anställningsvillkor?

Direktivet har ett uttalat skyddssyfte för arbetstagaren, som ses som den svagare parten. Genomgången avser att utifrån vissa parametrar försöka klargöra grunden för om uppdelningen i de sju kriterierna stödjer detta syfte.

En förutsättning för att de sju kriterierna ska kunna inverka på en identitetsbedömning är att det finns en ekonomisk enhet hos överlåtaren som i någon form kan återfinnas hos förvärvaren, med undantag av

bemanning. Utan en övergång av en ekonomisk enhet blir de sju kriterierna oftast meningslösa. Granskningen av de sju kriterierna i del 2 inskränks därför till att klargöra i vilken grad de kan indikera och samspela med en övergång av en ekonomisk enhet.

En speciell situation är de alternativa organisationer där arbetstagarna inte är anställda i verksamheten och dit både bemanning och entreprenad hör. Här görs ett försök i kapitel 10 och 11 att klarlägga rättsliga förutsättningar vid ett övergångsförfarande i denna typ av organisation och även fastställa om skyddsvärdet ses som olika, särskilt vid beaktande av skydd genom fastställande av ekonomisk enhet, eller via direkt reglering i Direktivet. I den andra delen av avhandlingen, kapitel 12, är fokus på effekterna för entreprenad. Hur påverkas entreprenadövergångar av EUD:s praxis och hur förhåller sig rättsutvecklingen till de förändringar som har skett i en övergång från ett industrisamhälle till en allt större förekomst av ett tjänstesamhälle?

Kapitel 5: Övergång av verksamhet och *Spijkers*-kriterierna

Inledning
Kapitel 5 ger en första introduktion till Direktivets materiella syfte. Därefter sker en genomgång av Case 24/85 Spijkers för att klargöra grunden till de sju identitetskriterierna och hur dessa generellt har använts. Kapitlet introducerar begreppet "ankarkriterium" för de kriterier som troligast förankrar arbetstagare i en verksamhet vid övergång och på det sättet lättare leder till en övergång av verksamhet i Direktivets mening. Begreppet ankarkriterier används därmed för att klargöra att det är identitet i verksamheten enligt Spijkers-kriterierna som diskuteras, inte ekonomisk enhet.

Här börjar diskussionen om följande frågor i frågeställningen:

- *Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?*

5.1 Bakgrunden till överlåtelsedirektivens materiella reglering
5.2 Ursprunget till de sju kriterier - Case 24/85 *Spijkers*
5.3 De sju kriterierna

5.1 Bakgrunden till överlåtelsedirektivens materiella reglering

För att uppnå det skyddssyfte som finns i Direktivet har EUD valt att anlägga ett funktionellt perspektiv på vilka övergångssituationer som ska vara skyddade av Direktivet. Detta tar sig uttryck i en vid syn på vad som är en lagenlig övergång, vilka arbetsgivarbyten som omfattas, men främst en av EUD egenskapad bild av vad som indikerar identitet i verksamhet.

Vid övergång av företag eller verksamhet är det arbetsgivarbytet som står i fokus, inte ägarbytet, d.v.s. företaget kan byta ägare t.ex. genom aktieförsäljning, men det avgörande är om man även byter

arbetsgivare.[1] Direktivet ska tillämpas om det företag eller den verksamhet som ska överlåtas ligger inom EU-fördragets territoriella räckvidd. Direktivet gör ingen skillnad på fysisk och juridisk person som arbetsgivare, utan omfattar båda. Däremot möjliggör Direktivet för medlemsländerna att undanta tillämpning på sjöfarten, något som svensk rätt valt att inte göra.

I Art. 1c i Direktivet anges att Direktivet är tillämpligt på offentliga och privata företag som bedriver ekonomisk verksamhet med eller utan vinstsyfte. Av EUD:s praxis framgår att verksamhet som läggs ut på entreprenad kan betraktas som övergång av verksamhet, om en prövning visar att det är frågan om just en övergång, inte en ny verksamhet som bildas. Som visats i kap. 3 har EUD haft en extensiv syn på vad som utgör en legal övergång. Beträffande bedömningen av vad som kan utgöra föremål för övergång, d.v.s. företag, verksamhet eller del av verksamhet skiljer bedömningen beträffande EUD praxis från inkluderande och exkluderande verksamhet.[2]

Sverige valde redan från införandet av regleringen 1995 att utsträcka skyddet att även omfatta arbetstagare inom offentlig sektor där arbetsgivarbegreppet blir än mer komplext.[3]

5.2 Ursprunget till de sju kriterier – Case 24/85 *Spijkers*

EUD hamnade tidigt i problem med att försöka fastställa vad som skulle kunna bli föremål för övergång av verksamhet eftersom detta inte definieras särskilt väl av Överlåtelsedirektiv 77/187. I stället fick domstolen visa vägen vilket man gör genom det s.k. *Spijkers*fallet.[4] I målet mellan Jozef Maria Antonius Spijkers och Gebroeders Benedik Abattoir CV, Alfred Benedik en zonen BV, uppkom frågan vad som egentligen gav en identitet i verksamhet. Omständigheterna i fallet var följande.

Företaget Colaris överlät den 27 december 1982 ett slakthus med lokaler och visst lösöre till Abattoir. Verksamheten hade då upphört och det fanns ingen goodwill i denna. Den 7 februari 1983 återupptog Abattoir driften av slakthuset. Alla anställda övertogs utom Spijkers och ytterligare en anställd. Verksamheten var av samma slag som den Colaris hade drivit, även om kunder inte togs över. Den 3 mars 1983 försattes Colaris i konkurs. Spijkers krävde lön från den 27 december 1982 och rätt till anställning hos Abattoir i slakthuset. Han åberopade därvid att

[1] Förenade målen 144/87 och 145/87 *Berg*.
[2] Se bl.a. Beltzer, 2007, s. 150-155 och Rainone, 2023, s. 110.
[3] Mer om den praktiska betydelsen av detta i kap 14.
[4] Case 24/85 *Spijkers*, p. 85.

övergången mellan Colaris och Abattoir omfattades av Direktivet. Nationell domstol[5] riktar tre frågor till EUD:

> ”'(1) Is there a transfer within the meaning of Article 1 (1) of Council Directive No 77/187/EEC where buildings and stock are taken over and the transferee is merely enabled to continue the business activities of the transferor and does in fact subsequently carry on business activities of the same kind in the buildings in question?
>
> (2) Does the fact that at the time when the buildings and stock were sold the business activities of the vendor had entirely ceased and that in particular there was no longer any goodwill in the business prevent their being a ”transfer” as defined in question 1?
>
> (3) Does the fact that the circle of customers is not taken over prevent there being such a transfer?”

Domstolen uttalar att det avgörande vid bedömningen var om verksamheten hade bevarat sin identitet. En övergång föreligger inte bara på grund av att tillgångarna försäljs. Det är nödvändigt att avgöra också om verksamheten var i gång vid övergångstillfället, d.v.s. en ”going concern”.

En indikation på detta är att den nya arbetsgivaren fortsätter eller återupptar driften med samma eller liknande innehåll. Vid bedömningen är det nödvändigt att iaktta alla de fakta som är karakteristiska för transaktionen. Domstolen hänvisade till sju omständigheter och skapade därmed indirekt en checklista i ett försök att ge förutsägbarhet.[6]

Verkligheten har dock visat att det många gånger är komplicerat att använda kriterierna. Bedömningen kan nämligen inte göras enbart utifrån isolerade kriterier, utan omständigheterna i fallet måste sammanvägas och ses som en helhet. Domstolens resonemang kan sammanfattas i sju punkter. Utifrån EUD:s rättspraxis i *Case 24/85 Spijkers* används därmed följande sju kriterier för att skapa ett bedömningsunderlag vid analys av huruvida identitet i verksamhet föreligger:

---

[5] The Hoge Raad der Nederlanden.

[6] Case 24/85 *Spijkers*, p. 13 in order to “determine whether those conditions are met, it is necessary to consider all the facts characterizing the transaction in question, including the type of undertaking or business, whether or not the business ‘ s tangible assets, such as buildings and movable property, are transferred, the value of its intangible assets at the time of the transfer, whether or not the majority of its employees are taken over by the new employer, whether or not its customers are transferred and the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer and the period, if any, for which those activities were suspended. It should be noted, however, that all those circumstances are merely single factors in the overall assessment which must be made and cannot therefore be considered in isolation.”

1. Arten av företag eller verksamhet?
2. Har materiella tillgångar, t.ex. byggnader och lösöre, överlåtits eller inte?
3. Har immateriella tillgångar överlåtits och i så fall värdet därav?[7]
4. Har förvärvare tagit över (större delen) av arbetsstyrkan?
5. Har förvärvaren tagit över kundkretsen?
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen?
7. Har verksamheten legat nere och i så fall hur länge?

De sju kriterierna är inte uttömmande och ger därmed inte hela bilden men får ses som en utgångspunkt. Genom att använda dessa kriterier analyseras särdragen i den konkreta transaktionen, dock måste varje fall ses utifrån från dess egna utgångspunkter. EUD:s rättspraxis har därmed avsett att betrakta övergången på ett ickeformalistiskt sätt för att undvika att binda bedömningen av övergång till stela kriterier. I stället prövas övergångsbegreppet efter hand som det används för varje fall. På så sätt blir de faktiska omständigheterna som kännetecknar varje enskild övergång utmärkande för vad som ska beaktas, och EUD kan även tillföra nya omständigheter att beakta.[8]

EUD kom dock tidigt att visa på vissa ”ankarkriterier” som ökar troligheten för att det föreligger identitet i verksamhet och som ”förankrar” personalen till verksamheten. Som Ronald Beltzer uttrycker det –”Alla faktorer är lika men en del är mer lika än andra”[9].

Om ankarkriterier föreligger blir det även intressant att undersöka om det går att identifiera en ekonomisk enhet hos överlåtaren. Föreligger en ekonomisk enhet, där produktionsenheterna går över och ger möjlighet att fortsätta verksamheten, även om den kan ske i annan form, tyder detta på övergång av verksamhet enligt Direktivet. Att vissa kriterier på detta sätt blir tyngre än andra innebär inte att de kan ses som ensamt avgörande. EUD fäster alltid vikt vid att det fortfarande är fråga om samma bransch, enligt det första kriteriet och att verksamheten fortsätter. Med detta sagt är det ändå ett sätt att skapa större klarhet att försöka se vad som ger större sannolikhet både för att identitet i verksamhet ska föreligga och för att en ekonomisk enhet ska kunna fastställas. Begreppet ”ankarkriterier” används för att klargöra att det är identiteten i verksamheten som diskuteras, inte ekonomisk enhet. De sju kriterierna och

[7] Detta är endast en språklig omformulering av “värdet av överlåtna immateriella tillgångar” och avser inte att ge något annat sakinnehåll.
[8] Se t.ex. Mål C-13/95 *Süzen* där EUD:s viktning av kriterierna betonas utifrån att en ekonomisk enhet ska bestå.
[9] Beltzer, 2007, s. 143.

begreppet ekonomisk enhet har ofta vävts samman i EUD:s praxis på ett sätt som ibland kan vara förvillande.

Förekomsten av dessa ankarkriterier syns tydligast i verksamhet som är materialintensiv och/eller immaterialrättsligt tung. Förekomsten av för verksamheten viktig maskinell utrustning eller licenser kommer troligare att på ett tydligare sätt förankra rätten för de anställda i verksamheten att gå över än vad som sker i personalintensiv verksamhet.

I personalintensiv verksamhet måste antingen majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, gå över för att ses som identitet i verksamhet, och för att ses som en ekonomisk enhet måste personalen ha en tydlig ledning eller struktur. Här får man av praxis förstå detta som två separata krav där det räcker att det ena är uppfyllt. Har förvärvaren tagit över majoriteten av de anställda, och övriga förutsättningar är uppfyllda, så föreligger en identitet i verksamhet. Har personalen en tillräcklig ledning eller struktur föreligger en ekonomisk enhet vilket möjliggör övergång. Se t.ex. Mål C-51/00 Temco, där övergång av en majoritet av kvarvarande personal gav identitet i verksamhet och inget krav ställdes på att de dessutom skulle behöva kunna ses som en ekonomisk enhet enligt de vanliga grunderna.[10]

Orsaken till att entreprenadfall ofta har blivit föremål för rättslig prövning i EUD är att sambanden mellan förvärvare och överlåtare här blir vagare. Däremot anses skyddsintresset ändå bestå, så länge det finns en ekonomisk enhet som följer med till förvärvaren. De sju kriterierna får även en delvis annan viktning när en övergång sker i en verksamhet där arbetstagaren inte har sin grundanställning. Man kan kalla en sådan anställning atypisk eller alternativ till en traditionell anställning där arbetsgivarskap och arbetsledning sammanfaller. Bedömningen av dessa alternativa anställningar måste grundas utifrån om kärnan i den enskilda verksamheten består. Kärnan kan ses både utifrån verksamhetens karaktär, verksamhetens art, ekonomisk avgränsning eller tillståndsgivningens förutsättningar.[11]

Många av de domar som har kommit från EUD innehåller flera olika omständigheter som har varit avgörande för det konkreta målets utgång. I nedanstående redovisning i del 2 av avhandlingen renodlas vissa särdrag som kan ses som särskilt betydelsefulla och som därmed kan anses klargörande för hur praxis har kommit att behandla vad som utgör identitet i verksamhet antingen vid förändrade driftsformer eller inom offentlig sektor.

---

[10] (34) Mål C-51/00 *Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen m.fl.*, ECLI:EU:C:2002:48 (Mål C-51/00 *Temco*).

[11] Uppdelningen i verksamhetens karaktär, verksamhetens art, ekonomisk avgränsning eller tillståndsgivningens förutsättningar diskuteras ytterligare i kap. 8-10.

Redovisningen baseras på samtliga rättsfall som har behandlat Direktivet fram till november 2023, men där de rättsfall som inte har bedömts ge ny information i just dessa sakfrågor har utelämnats. Särskild vikt har naturligtvis lagts vid de rättsfall som relaterar till praxisutvecklingen för entreprenader. Dessutom har nyttig information angående kriteriernas vidare uttolkning inhämtats från övriga mål angående Direktivet. I många domar är det flera kriterier som har varit avgörande. Dessa domar behandlas antingen under det kriterium som är huvudsakligen intressant eller återfinns under flera olika kriterier.

5.3 De sju kriterierna

I en skildring av de sju kriterierna utifrån EUD:s praxis måste de ses som enskilda pusselbitar snarare än en helhetsskildring. Syftet med att bryta ner kriterierna är att kunna granska dem närmare för att sedan bygga upp en säkrare bild av vad som verkligen kan ses som identitet i verksamhet i allmänhet och särskilt utifrån entreprenadförhållande i entreprenader i synnerhet. Kriterierna måste även läsas utifrån en generell bedömning av om det är en going concern som överlåts, det vill säga, det måste finnas förutsättningar för fortsatt drift. Därför uppställs ett krav på varaktighet i domstolens praxis, en sammanhängande uppsättning av olika produktionsfaktorer – däribland materiella eller immateriella tillgångar samt nödvändig personalstyrka – som gör det möjligt för den övertagna enheten att fortsätta bedriva den för övergången relevanta ekonomiska verksamheten.[12]

Föreligger det en uppsättning produktionsfaktorer, som redan vid tidpunkten för övergången tenderar att skapa en obalans som kan verka hämmande på produktionen och gradvis leda till att den övertagna verksamheten upphör, kan dessa inte anses uppfylla kravet på varaktighet.[13] Inte heller om den övertagna enhetens verksamhet begränsas till att slutföra vissa bestämda avtal eller program utan en organiserad gruppering av tillgångar, kan en going concern anses övergå.

Begreppet going concern samspelar till vissa delar med begreppet ekonomisk, som tidigare har behandlats i kapitel 4. I del 2 kommer fokus först vara på identitet i verksamhet och därefter på hur detta påverkar ekonomisk enhet.

---

[12] Se, för ett liknande resonemang, Mål C-48/94 *Rygaard*, p. 21.
[13] Se diskussionen i p. 50-54 (73) Mål C-664/17 *Ellinika Nafpigeia AE mot Panagiotis Anagnostopoulos m.fl.*, ECLI:EU:C:2019:496 (Mål C-664/17 *Ellinika Nafpigeia*).

Kapitel 6: Arten av företag eller verksamhet

Inledning
Det första kriteriet ”Arten och inriktningen för en verksamhet” har ibland kallats för branschkriteriet men lär i praktiken innehålla mer. Bransch blir dock den minsta gemensamma nämnaren. Är verksamheten inte inom samma bransch före och efter övergången kommer det att vara svårt att se en identitet i verksamhet. Ett slakthus som efter försäljning blir en dansrestaurang lär för de flesta ses som ett byte av bransch, vilket innebär att identitet inte kan uppnås och arbetstagarna inte kan påräkna skydd.

Bara förekomsten av samma bransch räcker dock inte för att identitet ska kunna uppstå, eftersom inriktningen kan vara så passa annorlunda inom en och samma bransch. Däremot kan man se kriteriet som en nödvändig grund. Eftersom en övergång kan omfatta antingen ett företag, del av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet, kan dock en verksamhet som går över, och där åtminstone en del behåller tidigare branschidentitet, ändå omfattas antingen för hela företaget eller för del därav.

Att förvärvaren t.ex. beslutar att bedriva en mer differentierad verksamhet och därmed byter bransch, men där kärnan fortfarande är kvar inom samma bransch, kan därmed ses som en övergång i vart fall beträffande den del som kvarstår i branschen. En tidig fråga som behandlades i EUD är huruvida utläggning av offentlig verksamhet till privat entreprenad kan omfattas av Direktivet. EUD verkar inte heller tolka kriteriet snävt i detta avseende. I detta kapitel kommer fokus att ligga på art och inriktning utifrån offentlig kontra privat verksamhet och utläggning av en del av en verksamhet, något som ofta blir relevant för entreprenader.

6.1 Myndighets entreprenadutläggning - *Redmond Stichting*
6.2 Utläggning av del av verksamhet - sidoverksamhet

6.1 Myndighets entreprenadutläggning - *Redmond Stichting*

Hur har EUD behandlat fall om övergång från offentlig sektor till privat genom entreprenadutläggning? Här hade det formellt varit möjligt att klassa övergången som att den organisatoriskt övergick till en annan typ av, även om branschen i sak var den samma. Men inte heller en övergång från offentlig till privat sektor har i sig setts som en

branschöverskridande övergång av EUD. Intressant att notera är att domstolen inte för diskussionen utifrån bransch i dessa fall, vilket hade varit fullt möjligt. Ett tidigt exempel på detta är Mål *C-29/91 Redmond Stichting* där domstolen träder in på en väg som så småningom i domstolens praxis leder fram till dagens syn på kommunala entreprenader.

I Mål *C-29/91 Redmond Stichting* har Groningen kommun i Nederländerna helt finansierat stiftelsen Dr Sophie Redmond, som sysslar med att hjälpa missbrukare ”tillhörande vissa kretsar i det nederländska samhället.” Stiftelsen tar därmed hand om kommunens missbrukare och blir på det sättet en utförare av den drift som kommunen själva hade kunnat sköta. Groningen kommun upphör efter ett tag att finansiera stiftelsen eftersom man inte är nöjda med utförandet. Man tar tillbaka uppdraget och ger i stället pengarna till Sigma-stiftelsen som också bedriver hjälpverksamhet för missbrukare. Den första stiftelsen har hyrt en del fast egendom av kommunen, men uthyrning upphör och hyreserbjudandet riktas i stället till den nye utföraren, Sigma-stiftelsen.

Kontongerecht i Groningen, den nationella domstolen, ställer flera frågor beträffande huruvida egendom har överlåtits via erbjudande om uthyrning av fast egendom eller övertagande av lös egendom i olika konstellationer. Intressant är även delfrågan om ställningstagandet blir annorlunda om övergången inte har avtalsmässig grund utan beror på ett myndighetsbeslut. Det är dock svårt att riktigt förstå tankegången. Även om beslutet att upphöra med finansiering till den första stiftelsen säkerligen blir ett myndighetsbeslut i kommunen, likaväl som beslutet att i stället finansiera verksamheten hos den andre stiftelsen, så måste kontakten mellan kommunen och respektive stiftelse ha en avtalsmässig grund. EUD kommer också fram till att frågan måste besvaras nekande.[1]

Huruvida det föreligger en övergång i Direktivets mening måste bedömas mot bakgrund av samtliga faktiska omständigheter som är karaktäristiska för ifrågavarande förfarande, såsom vilken typ av företag eller verksamhet som det är fråga om, materiella tillgångar mm. Domstolen uttalar i just detta fall att det måste:

> ”[B]edömas om den utövade uppgiften faktiskt fortsätter med eller återupptas av den juridiska personen med samma eller liknande verksamhet, varvid det skall anmärkas att en aktivitet av särskild beskaffenhet som fyller en självständig funktion i förekommande fall kan likställas med en verksamhet eller en del av en verksamhet i direktivets mening.”[2]

Mål *C-29/91 Redmond Stichting* ger i detta fall ännu en möjlig förklaring till vad som utgör del av verksamhet där kriterierna blir ”*aktivitet*

[1] Se Mål C-29/91 *Redmond Stichting*, p.16.
[2] Se Mål C-29/91 *Redmond Stichting*, p. 2.

av särskild beskaffenhet" och "*som fyller en självständig funktion*". Detta täcker in både outsourcing av sidoverksamheter och delar av huvudverksamhet. Mål *C-29/91 Redmond Stichting* är en av de tidigaste offentliga entreprenadliknande konstruktioner som domstolen haft att behandla. Den alternativa organisationen, där arbetstagarna inte är anställda i verksamheten är inget hinder. Inte heller konstruktionen där det inte föreligger något avtal mellan överlåtare och förvärvare utan endast avtal med den offentliga huvudmannen är ett problem.

Diskussionen utvecklas än mer i Mål *C-298/94 Henke* utifrån om kommunen kan anses bedriva ekonomisk verksamhet och därmed överhuvudtaget befinna sig i en bransch som omfattas av Direktivet. Domen tar även upp huruvida myndighetsutövning i sig ska ses som en egen art. En kommun beslutar att samarbeta med några andra kommuner och bildar en kommungrupp. Genom detta arbete förs en del arbetsuppgifter över från den enskilda kommunen till kommungruppen, varvid fråga uppstår om detta kan ses som övergång av verksamhet. Målet aktualiserar dels hur Direktivet tillämpas på offentlig verksamhet, dels synen på huruvida en kommun kan utöva sådan verksamhet att den är att se som en sådan ekonomisk enhet att den kan gå över med bevarad identitet.

I detta mål förs först en rättslig diskussion rörande generaladvokatens förslag till dom vad gäller Direktivets tillämpning på offentlig verksamhet i allmänhet och kommunal verksamhet i synnerhet, som är av stort intresse.[3] Domstolen väljer dock att gå en annan väg. Generaladvokaten Lenz hävdar utifrån Mål *C-29/91 Redmond Stichting* att domstolens praxis redan visar att en verksamhet inte behöver vara vinstsyftande för att omfattas av Direktivet vilket även bekräftas i dom Mål *C-382/92 Förenade Kungariket*.[4]

Ingen av dessa domar behandlar dock renodlat den offentliga sektorn eller i vilken mån man kan anse att t.ex. en kommun är att betrakta som, eller likställa med, ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet. Medlemsstaterna förhåller sig olika när det gäller Direktivets tillämpning på offentlig verksamhet. Tyskland motsätter sig i detta mål helt tanken på att en kommun skulle kunna vara att betrakta som en verksamhet i Direktivets mening. Motiveringen är bl.a. attmyndighetsutövning ingår i den kommunala verksamheten, vilket inte kan överlåtas.[5]

---

[3] Generaladvokatens utlåtande Mål C- 298/94 *Henke*.

[4] Mål C-382/92 *Kommissionen* p. 9. Se även Mål C-108/10 *Scattolon*, p. 44: "Verksamhet som innebär myndighetsutövning omfattas inte av begreppet ekonomisk verksamhet." samt "Tjänster som tillhandahålls utan myndighetsutövning i det allmännas intresse, utan vinstsyfte och i konkurrens med de tjänster som vinstdrivande näringsidkare erbjuder har däremot ansetts omfattas av begreppet ekonomisk verksamhet."

[5] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/94 *Henke*, p. 17-18.

Generaladvokat Lenz anser dock att den tyska inställningen är felaktig. En kommun utövar flera typer av verksamhet, varav en del tydligt faller inom en ekonomisk verksamhet. Att trots detta hävda att all verksamhet ska falla utanför Direktivets tillämpningsområde, eftersom en del av kommunens verksamhet är att se som myndighetsutövning, är enligt generaladvokaten fel.[6] Generaladvokaten åberopar även att Kommissionen är av uppfattningen att offentlig sektor omfattas eftersom den inte uttryckligen undantas i Direktivet.[7] Enligt Kommissionens mening faller endast ren myndighetsutövning såsom ”de funktioner som utövas av borgmästare, polis eller fångvårdspersonal” utanför Direktivet.[8] Man kan här notera en något annorlunda syn på myndighetsutövning än vad som återfinns inom den svenska förvaltningsrätten. Det förs inget resonemang som skiljer av myndighets beslutsfattande från verkställighet av det samma.

Kommissionens uttalande får därmed en begränsad betydelse redan utifrån den generalisering det ger. Kommissionen väljer i stället att skilja på vem som utför verksamheterna och klargör följande: Däremot gäller Direktivet sådan förvaltning som innebär ekonomisk verksamhet och traditionellt bedrivs av kommunala bolag, såsom renhållningsbolag, vattenverk och trafikföretag. Även uppgifter som innebär myndighetsutövning kan enligt Kommissionen emellertid hänföras till denna kategori, nämligen när de utförs av personer som enligt nationella arbetsrättsliga föreskrifter är skyddade i egenskap av arbetstagare (till sådana hör enligt Kommissionens mening till exempel borgmästarens anställda sekreterare) eller av personer som enligt domstolens rättspraxis inte har någon myndighetsutövande funktion och vilkas uppgifter i princip skulle kunna utföras av ett privat företag och i vinstsyfte.[9]

När en verksamhet utövas av personer som enligt nationell rätt anses vara arbetstagare samt utförs av personer utan myndighetsutövande funktion kan det vara möjligt med övergång i Direktivets mening enligt Kommissionen. E contrario så är det enligt detta resonemang tvärtom för personer som inte omfattas av nationellt arbetstagarskydd, eller som utövar myndighetsutövning, inte möjliga att räkna till Direktivets skyddsområde vid denna tid i EUD:s rättsutveckling. Huruvida denna slutsats verkligen gäller i dag verkar dock tveksamt. Att en verksamhet bl.a. innehåller myndighetsutövande funktioner verkar enligt senare praxis inte utesluta att den kan gå över i Direktivets mening. Särskilt

[6] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/94 *Henke*, p. 22-23.
[7] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/94 *Henke*, p. 24.
[8] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/94 *Henke*, p. 25.
[9] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/94 *Henke, p. 25.* Se även Mål C-675/21 *Strong Charon* där notarieverksamheten ansågs omfattas av Direktivet trots viss myndighetsutövning eftersom man agerade på en konkurrerande marknad.

som beslut och verkställighet av myndighetsutövning får ses som skilda saker, åtminstone enligt ett svenskt synsätt.[10]

Eftersom Direktivet har ett nationellt styrt arbetstagarbegrepp är det inte konstigt att Kommissionen väljer att exkludera de som är utanför de nationella arbetstagarbegreppen. Mer förvånande är att man inte gör en mer nyanserad genomgång av de arbetstagare som har vissa myndighetsutövande uppgifter i sin tjänst, där i vissa fall myndighetsutövningen kan utgöra en oerhört liten del. Möjligen ska detta tydas i enlighet med domstolens tidigare syn på tjänsten som utgörande en helhet och där arbetsgivaren har en stor frihet i att organisera arbetets uppläggning. Generellt sett har dock deltidsarbete godtagits och ger rätt till samma skyddsnivå så länge det är faktiskt och verkligt arbete och inte framstår som helt marginellt.[11] Efter EUD:s uttalande i Mål *C-344/18 ISS Facility Service*, där arbetstagaren ges en rätt att gå över till flera olika förvärvare och därmed dela upp tjänsten i flera olika delar, är argumentet att tjänsten ska ses som en helhet dock ännu svårare att upprätthålla.[12] EUD gör här ett förtydligande av *Case 186/83 Botzen* (Art. 3.1) ska tolkas så att bestämmelserna inte täcker överlåtarens rättigheter och skyldigheter med anledning av ett anställningsavtal som vid tidpunkten för överlåtelsen förelåg med anställda. Detta trots att de inte var anställda i den del som överläts, t.ex. arbetade vid en administrativ avdelning av verksamheten som inte överlåtits, och därvid utförde vissa uppgifter till nytta för den överlåtna delen. Administrationen i Mål *C-344/18 ISS Facility Services* ses som integrerad och inte som en annan verksamhetsdel.

Kommissionen konstaterar dock att Överlåtelsedirektivet 77/187 kan vara tillämpligt om området där det föreligger myndighetsutövning är privaträttsligt organiserat, t.ex. när statliga fångvårdsanstalter drivs i privat regi.[13] Generaladvokatens syn på direktivets skyddsområde som innefattande alla som enligt nationell rätt är arbetstagare verkar utifrån detta som en framkomlig väg. Särskilt som domstolen tidigare har fastslagit att begreppet ”lagenlig överlåtelse” ska tolkas vidsträckt.[14]

EUD gör dock en helt annan bedömning än generaladvokat Lenz i detta mål. Domstolen väljer att göra en snäv tolkning av frågeställningen och tolkar händelseförloppet till att endast administrativa uppgifter har överförts och att en sådan omorganisation av offentlig förvaltning inte faller inom tillämpningsområdet. Enligt detta synsätt finns det i detta mål ingen ekonomiskt avgränsbar enhet som kan föras över eftersom domstolen inte anser att kommunen bedriver ekonomisk verksamhet.

---

[10] Se *AD 1999 nr 21*. som ett exempel på nationell rättstillämpning.
[11] Se Case 53/81 *Levin*, p. 17.
[12] EUD:s brasklapp är dock en hänvisning till nationell rätt.
[13] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/94 *Henke*, p. 26.
[14] Se bl.a. Mål C-171/94 *Merckx*.

EUD stödjer sin tolkning på en språklig genomgång av ordet ”företag” i de olika medlemsstaternas versioner av Överlåtelsedirektiv 77/187. Domstolen kommer därmed fram till att ingen språkversion stödjer en utsträckning av övergångsbegreppet till att omfatta kommunal verksamhet. Begreppet övergång av verksamhet anses därmed inte omfatta att en kommun överlåter förvaltningsuppgifter till en sådan kommungrupp som är aktuell i tvisten vid den nationella domstolen. Det ska dock observeras att det i detta fall är fråga om en ren förvaltningsuppgift. Om det i stället hade varit en förvaltning kopplad till en faktisk verksamhet och den faktiska verksamheten övergår, kan utgången förmodas bli en annan.

Här visar praxis på att den stiftelse som i Mål *C-29/91Redmond Stichting* utförde verksamhet, i detta fall missbruksvård, med kommunala medel omfattas av skyddsområde men om samma verksamhet utförs inom kommunen är det enligt denna dom mer oklart huruvida missbruksvården skulle omfattas. En sådan slutsats verkar dock mycket märklig; en verksamhet med en tydlig ekonomisk identitet borde inte vara beroende av huruvida huvudmannen är offentlig eller privat. Man får i stället anta att detta ska tolkas som att avsaknaden, antingen av verksamhet eller möjligen av förändring i denna verksamhet, knuten till den administration som övergått gör att förändringen i administrationen som sådan inte kan omfattas av Direktivets skyddsområde. Det verkar inte troligt att man utifrån denna dom kan dra några helt säkra slutsatser om rättsläget när en faktisk verksamhet som organiseras via en förvaltning förs över till en annan kommun. Detta resonemang är också mer förenligt med senare praxis.

Domstolen nämner även argumentet myndighetsutövning, men i ett annat skede än vad som framkom av generaladvokatens uttalanden. I domen är detta argument klart underordnat den föregående diskussionen:

> ”17 Omständigheterna i målet vid den nationella domstolen ger vid handen att överlåtelsen från kommunen till kommungruppen endast berörde verksamhet som innebar myndighetsutövning. Även om det kan antas att denna verksamhet hade ekonomiska inslag, har dessa endast kunnat vara av underordnad betydelse.”[15]

Om det ovanstående ses utifrån begreppet ekonomisk verksamhet kan man konstatera att myndighetsutövning som ska undvika att medborgaren betalar mer än självkostnad inte primärt kan ses som bedriven i ett ekonomiskt intresse. Även om det i Direktivet inte finns något krav på vinst så bör inriktningen skilja mellan t.ex. utläggning av drift i en offentlig verksamhet och ren myndighetsutövning.[16]

---

[15] Se Mål C-298/94 *Henke*, p. 17.
[16] Mer om detta i kap. 11 och 14.

6.2 Utläggning av del av verksamhet - sidoverksamhet

Driftentreprenader sker ofta genom utläggning av annat än kärnverksamhet. Detta blir därmed en utläggning av antingen en hel verksamhet eller en del därav, beroende på hur verksamheten avgränsas. Inte heller när entreprenaden sker genom att en del av en verksamhet eller en sidoverksamhet läggs ut, kommer branschkriteriet att aktualiseras enligt EUD.

Vid entreprenadutläggningar, antingen inom privat eller offentlig sektor, är det vanligt att endast en liten del av huvudmannens verksamhet läggs ut, ofta en sidoverksamhet till den verksamhet företaget egentligen bedriver. Hur förhåller det sig med branschkriteriet i dessa fall? Måste branschen identifieras utifrån hela överlåtarens verksamhet eller bara utifrån den del som går över? Denna diskussion har förts i flera olika domar.

Vid utläggning av måltidsverksamhet på ett företag, Philips Company, som tidigare bedrivit detta i egen regi, till en entreprenör, ISS Kantineservice A/S, uppkom fråga dels om detta var en lagenlig övergång, dels om vilken skyldighet förvärvaren hade att tillämpa samma anställningsvillkor som överlåtaren tidigare tillämpat.[17]

Domstolen konstaterar att Direktivet typiskt sett kan vara tillämpligt på förevarande situation men att det ankommer på nationell domstol att ta ställning till om identitet i verksamhet föreligger utifrån kriteriernas viktning i det enskilda fallet.

Förvärvaren tillämpade en annan löneutbetalningsdag än överlåtaren hade gjort enligt kollektivavtal och betalat vissa tillägg till lönen, vilket förvärvaren inte gjorde. Var detta förenligt med Direktivet?

Förvärvaren är enligt Direktivet skyldig att iakttaga de anställningsvillkor som gäller enligt kollektivavtal, på samma sätt som för överlåtaren, fram till att avtalet löper ut, ersätts med annat avtal eller nationell bestämd tidsfrist efter övergången förlöper.[18] Domstolen kommer här till samma slutsats som i *Case 324/86 Tellerup*, att förvärvaren endast kan ändra anställningsvillkor i den mån överlåtaren kan göra detsamma, så länge övergången i sig inte förorsakar förändringen.

I Mål *C-392/92 Schmidt* förs en diskussion om utläggning av sidoverksamhet. Domen ger en av de tydligaste genomgångarna från domstolen. I målet behandlas rättsfrågorna huruvida del av verksamhet kan omfatta

[17] Mål C-209/91 *Rask*.
[18] Se Mål C-209/91 *Rask*, p. 28-30.

en från kärnverksamheten helt skild typ av verksamhet, i detta fall städning, och huruvida en del av verksamhet måste innehålla ett visst antal anställda för att ses som en fungerande enhet. Christel Schmidt som hade städat på en tysk bank sades upp inför en renovering av banklokalen. Efter renoveringen planerade banken att låta ett städföretag ta över städningen på entreprenad. Städföretaget erbjöd Christel Schmidt förnyad anställning i städföretaget med högre lön. Hon menade dock att hennes anställning hade övergått, så även hennes anställningsvillkor. Erbjudandet om nyanställning fann hon inte intressant eftersom städytan ökade så pass mycket att det ej vägdes upp av lönehöjningen.

Den tyska domstolen, Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, riktar två frågor till EUD:

> 1. Kan lokalvården inom ett företag likställas med en del av en verksamhet i den mening som avses i direktiv 77/187/EEG när den genom ett avtal överlåtes på ett annat företag?
>
> 2. Om svaret på den första frågan är jakande, gäller detta även om ifrågavarande lokalvård före övergången utfördes av en enda anställd?[19]

Domstolen konstaterar att enligt direktivet Art. 1.1 ska detsamma tillämpas oberoende om det är en övergång av företag, verksamhet eller del av verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig övergång eller fusion.

Kommissionen framhåller, i motsats till Tyskland och Storbritannien, att städningen som utförs av företagets personal är en servicefunktion som ska omfattas av direktivet:

> ”…det förhållandet att detta arbete endast är av underordnad betydelse och inte har något direkt samband med föremålet för företagets verksamhet inte kan innebära att överlåtelsen faller utanför direktivets tillämpningsområde.”[20]

Kommissionens ställningstagande i detta mål är fullt förenligt med domstolens tidigare praxis i Mål *C-209/91 Rask*, där domstolen deklarerat samma inställning som Kommissionen intar till huruvida en sidoverksamhet kan ses som en del av huvudverksamheten.[21] Reglerna om verksamhetsövergång är tillämpliga även på outsourcing, när en verksamhet läggs ut på en entreprenör att utföras på annat driftsställe så länge det är en förändring i avtalsrelationen antingen med den faktiska, avtalsbundna arbetsgivaren eller den ”fiktiva” icke avtalsbundna

[19] Se Mål C-392/92 *Schmidt*, p. 6.
[20] Se Mål C-392/92 *Schmidt*, p. 11.
[21] Se Mål C-209/91 *Rask*, p. 17.

arbetsgivaren.[22] Även en insourcing kan omfattas av Direktivets regler om övergång av verksamhet, Den personal som utfört arbetet hos ett företag men varit anställda av ett annat kan få det företag där de arbetar som förvärvare vid en förändring på ett sätt som uppfyller kraven i Direktivet.[23] Domstolen finner inte heller den omständigheten att verksamhetsdelen endast utförs av en enda person som avgörande. Tvärtom framhåller domstolen uttryckligen att det är utan betydelse hur många arbetstagare som övergår med verksamhetsdelen. (Se även resonemanget i *Case 287/86 Landsorganisationen i Danmark* för ställningstagande om det är av vikt att anställda finns generellt, d.v.s. inte hur många som finns.)

De tyska och brittiska regeringarnas invändning att det inte har skett någon övergång av materiella tillgångar, anser domstolen inte heller hållbar:

> ”Den omständigheten att i domstolens rättspraxis nämns överlåtelse av sådana tillgångar som ett av flera kriterier som en nationell domstol skall beakta vid en samlad bedömning av en komplicerad transaktion för att kunna bedöma om det i realiteten föreligger en verksamhetsöverlåtelse, gör det inte möjligt att dra slutsatsen att det inte föreligger någon överlåtelse i avsaknad av detta kriterium. Skyddet för arbetstagarnas rättigheter – vilket såsom framgår av själva rubriken är syftet med direktivet – kan inte vara avhängigt av bedömningen av en enda faktor, vilken i enlighet med vad domstolen för övrigt redan fastslagit inte i sig själv är avgörande (se dom av den 18 mars 1986 i mål 24/85 *Spijkers*, Rec. s. 1119, punkt 12).”

Domstolen väljer i Mål *C-392/92 Schmidt* i stället att betona den del av *Case 24/85 Spijkers* där en sammanviktning av kriterierna leder fram till det egentliga syftet, d.v.s. att avgöra om verksamhetens identitet är bevarad. Domstolen konstaterar att detta bl.a. avgörs av om den nye arbetsgivaren faktiskt fortsätter eller återupptar samma eller liknande verksamhet.

Det som har väckt debatt i denna dom är emellertid att domstolen synes lägga vikt vid de faktiska arbetsuppgifterna, snarare än till verksamheten, genom att konstatera att likheten mellan det städningsarbete som skulle utföras före och efter övergången ses som utmärkande för en transaktion som faller inom Direktivets tillämpningsområde. Domstolens skrivning är dock så pass kortfattad att det är svårt att helt säkert dra slutsatsen att det är de faktiska arbetsuppgifterna man tar fasta på

---

[22] Se EUD:s användning av begreppet “icke avtalsbunden arbetsgivare” i Mål C-242/09 *Albron Catering*.
[23] Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*.

och inte till arbetet i en vidare mening, såsom dess organisation och uppläggning.

Att konstatera, såsom domstolen har gjort i detta mål, att städningen är en del av verksamheten ger möjlighet att fastställa huruvida verksamhetsresultatet fortsätter att vara detsamma efter en övergång. I ljuset av Mål *C-51/00 Temco* kan man även fundera över betydelsen av att förvärvaren faktiskt hade erbjudit Christel Schmidt ny anställning, om än med förändrade anställningsvillkor. Om personalen är att se som verksamhetens kärna, dess identitet, vid städning så borde det vara av betydelse att förvärvaren faktiskt vill ta över den personal som finns, även om det bara är en person.

Kapitel 7: Har tillgångar överlåtits

Inledning
I detta kapitel behandlas det andra och det tredje kriteriet; huruvida materiella och immateriella tillgångar har överlåtits. Gemensamt för dessa är att de dels behandlar överlåtelse av tillgångar, dels den möjlighet detta ger till fortsatt verksamhet, ofta styrker att det är en övergång av ankarkriterier. Detta kan både ge en identitet i verksamhet, och även en övergång av verksamhet utifrån att en ekonomisk enhet har övergått.

Detta kapitel diskuterar betydelse av det andra och tredje kriteriet för övergång och avser att i denna del besvara frågorna:

- *Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?*

7.1 Det andra kriteriet: Har materiella tillgångar, t.ex. byggnader och lösöre, överlåtits eller inte?
7.2 Det tredje kriteriet: Har immateriella tillgångar överlåtits och i så fall värdet därav?

7.1 Andra kriteriet: Har materiella tillgångar, t.ex. byggnader och lösöre, överlåtits eller inte?

Traditionellt har material varit en mycket betydelsefull del av en övergång. Vid ett köp av en fabrik var det oftast byggnader och maskiner som var den reella tillgången och därmed även det som gav en tydlig likhet mellan överlåtaren och förvärvarens verksamhet. I *Case 24/85 Spijkers*, där diskussion om vad som utgör identitet i verksamhet kom i centrum fördes frågan upp huruvida övertagande av materiella tillgångar kunde ses som liktydigt med att identiteten har övergått. Frågan besvarades genom att flera faktorer sammanvägdes:

> "12 Consequently, a transfer of an undertaking, business or part of a business does not occur merely because its assets are disposed of. Instead it is necessary to consider, in a case such as the present, whether the business was disposed of as

> a going concern, as would be indicated, inter alia, by the fact that its operation was actually continued or resumed by the new employer, with the same or similar activities.
>
> 13 In order to determine whether those conditions are met, it is necessary to consider all the facts characterizing the transaction in question, including the type of undertaking or business, whether or not the business's tangible assets, such as buildings and movable property, are transferred, the value of its intangible assets at the time of the transfer, whether or not the majority of its employees are taken over by the new employer, whether or not its customers are transferred and the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer and the period, if any, for which those activities were suspended. It should be noted, however, that all those circumstances are merely single factors in the overall assessment which must be made and cannot therefore be considered in isolation.”[1]

Case 24/85 Spijkers klargör behovet av att sammanvikta kriterierna för att se en helhet. Detta betyder att även om ett kriterium väger tungt måste även de övriga kriterierna beaktas. Domen erinrar om Direktivets skyddssyfte och hur viktigt övertagande av tillgångar är, men även samspelet med de övriga kriterierna som stödjer deras betydelse. I domen beaktas ”tangible and intangible assets”, såsom tillgångar, majoriteten av personalen som en produktionsresurs, kundkrets, likhet mellan verksamheter och tillräcklig tidsmässig kontinuitet, som stödkriterier. Allt kommer dock att avgöras genom en kräftgång, där identitet avgörs dels genom en viktning av kriterierna, dels genom att se att det finns förutsättningar för fortsatt drift av samma verksamhet, det vill säga att det finns en going concern.

Ett övertagande av material kommer i många fall att vara en tydlig indikation på att det även föreligger en ekonomisk enhet, där det material som går över är en förutsättning för verksamhetens bedrivande genom att produktionsresurser finns hos överlåtaren som i någon form kan ge produktion även hos förvärvaren. I senare mål[2] prövades om det krävs att det material som går över gör det i ett kommersiellt syfte. I detta fall rörde det utrustning vid säkerhetskontroll på flygplats, där brukandet gick över men inte exklusivt, eftersom även andra hade rätt att använda utrustningen. Domstolen konstaterar att användning i eget kommersiellt syfte inte är ett avgörande kriterium för bedömningen av huruvida det skett en övergång av tillgångar. Detta eftersom ett sådant krav varken framgår av ordalydelsen eller av syftet med Direktivet, d.v.s. att säkerställa dels skyddet för arbetstagare vid företags- eller verksamhetsbyte,

[1] Case 24/85 *Spijkers*.
[2] Se Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir*.

dels genomförandet av den inre marknaden.[3] Därav följer att övergång av verksamhet kan föreligga i en materialtung verksamhet när material ägt av huvudmannen ställs till förfogande att brukas av en ny entreprenör, även om syftet med brukandet inte är kommersiellt. Målet får ses som en utveckling av den diskussion EUD för i Mål *C-234/98 Allen*, där materialanvändning tolkas snävare.

EUD kommer sammantaget fram till att frågorna från nationell domstol ska besvaras på det sättet att inget i förfarandet hindrar att det skulle kunna vara fråga om övergång av verksamhet i Direktivets mening. En förutsättning är emellertid att det är en stabilt organiserad ekonomisk enhet som övergår på sådant sätt att identitet i verksamhet föreligger.[4] De anställda hos överlåtaren i de Förenade målen Mål C-232/04 och Mål C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir* sägs upp när överlåtaren förlorar kontraktet och tas inte över av den förvärvare som övertar kontraktet. EUD kommer ändå fram till att detta kan vara en övergång, trots att endast brukandet av material gick över till förvärvaren, som en part bland flera. Målet visar att överlåtarens uppsägning inte kan tillåtas avgränsa övergången i förevarande situation, när förvärvaren efterträder överlåtaren som ny utförare utan att ta över vare sig ägande eller exklusivt användande. Utrustningen ses som så viktig för arbetets utförande att den ger ett starkt ankarkriterium, men arbetets art innebär att ägande eller exklusivt brukande inte är en förutsättning. EUD konstaterar dock att samtliga omständigheter i fallet måste beaktas.

Även i Mål *C-509/14 Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*[5] kommer domstolen fram till att i en materialtung verksamhet, där huvudmannen behåller äganderätten, kan användandet av materialet räcka för att konstatera att materialkriteriet är uppfyllt.[6]

I Mål *C-172/99 Oy Liikenne* behandlas flera högintressanta rättsfrågor, dels Direktivet om övergångs kompabilitet med rådets direktiv

---

[3] I målet refereras även till Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir*, p. 40.

[4] "Begreppet ekonomisk enhet avser en sådan organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas," se Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir.*

[5] (64) C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) mot Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios SL, Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:2015:781 (Mål C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*).

[6] C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*, p. 39: "Domstolen har i detta hänseende slagit fast att den omständigheten att de materiella tillgångar som övertogs av den nya entreprenören inte tillhörde dennes föregångare utan endast tillhandahölls av beställaren inte kan medföra att det är uteslutet att det föreligger en övergång av företag i den mening som avses i direktivet." För ett liknande resonemang se dom Mål C-340/01 *Carlito Abler*, p. 42, samt C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*, p. 40: "Såsom Europeiska Kommissionen har framfört i sitt skriftliga yttrande, följer det således härav att en tolkning av Art. 1.1 b i direktiv 2001/23 som från Direktivets tillämpningsområde utesluter fall där materiella tillgångar som är nödvändiga för den aktuella verksamheten aldrig har upphört att tillhöra förvärvaren, skulle beröva Direktivet en del av dess ändamålsenliga verkan."

92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarande för offentlig upphandling av tjänster (Tjänsteupphandlingsdirektivet), dels vad som krävs för att denna typ av entreprenadverksamhet ska kunna omfattas av Direktivet om övergång. Domstolen gör i detta mål en något annorlunda bedömning än i tidigare mål, framför allt beträffande hur man viktar kriterierna. Mål *C-172/99 Oy Liikenne* rör utläggning av busstrafik på entreprenad när verksamhet övergår från en entreprenör till en annan. Busstrafiken finansieras med offentliga medel och upphandlas därför av huvudmannen enligt regelverket för offentlig upphandling. Högsta domstolen i Finland väljer med anledning av ovanstående problematik att rikta följande fråga till EUD:

> ”Skall en situation i vilken driften av linjetrafik med buss övergår från ett bussföretag till ett annat genom ett upphandlingsförfarande enligt direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster anses utgöra en överlåtelse av verksamheten i den mening som avses i Art. 1.1 i direktiv 77/187/EEG?[7]”

Högsta domstolen befarar att en tillämpning av Direktivet om övergång skulle innebära ett hinder i konkurrensen mellan företagen.

> ”[E]nligt vad som anges i tjugonde övervägandet i ingressen till detta direktiv, (Tjänsteupphandlingsdirektivet förf. anm.) till syfte att förbättra tjänsteleverantörernas tillträde till anbudsförfarandena för att undanröja sådan praxis som är allmänt konkurrensbegränsande.”[8]

Enligt bilaga I A till Tjänsteupphandlingsdirektivet omfattar direktivet bl.a. marktransporttjänster, vilket gör att direktivet blir tillämpligt på det förevarande fallet med bussentreprenad. Tjänsteupphandlingsdirektivet definierade i Art. 1 a offentliga tjänsteavtal som skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet. I Art. 1 b klarläggs att en upphandlande myndighet kan vara statlig, regional eller lokal myndighet eller ett organ som lyder under offentlig rätt, samt sammanslutningar av dessa. Det åligger enligt Art. 3.2 i Tjänstedirektivet de upphandlande myndigheterna att säkerställa att ingen diskriminering mellan olika tjänsteleverantörer förekommer.

De förevarande omständigheterna i det konkreta målet är att efter ett anbudsförfarande tilldelade huvudstadsregionens samarbetsdelegation

---

[7] Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster - Kollektivtrafik som ej omfattar sjöfart. Se även Case Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 14. Direktivet utvecklas 2014: Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

[8] Se Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 4.

bolaget Liikenne Oy (förvärvaren) driften av sju lokala busslinjer för tre år som tidigare trafikerats av ett annat bolag, Hakunilan Liikenne Oy (överlåtaren). Överlåtaren hade trafikerat linjerna med 26 bussar och haft 45 chaufförer anställda, vilka sägs upp när överlåtaren förlorar kontraktet. 33 bussförare söker anställning hos förvärvaren och anställs också av denne tillsamman med 18 nya chaufförer. Förvärvaren tillämpar de villkor som framgår av det riksomfattande kollektivavtalet för denna sektor, vilka var mindre förmånliga än de som tillämpats av överlåtaren.

Vid övergången överläts inte några fordon eller någon annan egendom som hade samband med trafikeringen av busslinjerna. Förvärvaren hyrde två bussar under två till tre månader i väntan på leverans av de 22 nya bussar som denne beställt. Förvärvaren köpte även vissa uniformer av överlåtaren.

EUD inleder först med att konstatera att det är klarlagt att ett företags övertagande av kollektivtrafik, som inte omfattar sjöfart, kan omfattas av Direktivet om övergång trots att det också omfattas av tjänsteupphandlingsdirektivet.[9] Farhågorna från Högsta domstolen i Finland delas inte av EUD, som klargör att Direktivet om övergång av verksamhet sätter en ram inom vilken Tjänsteupphandlingsdirektivet verkar. Avsikten med Tjänsteupphandlingsdirektivet är inte att aktörerna ska konkurrera med sämre sociala villkor; de är tvärtom skyldiga att iakttaga regelverket. Det är inom dess ram som aktörerna ska åtnjuta lika möjligheter att fritt konkurrera sinsemellan och inkomma med olika anbud.[10]

Den aktör som inkommer med ett anbud ska även kunna bedöma huruvida den, om den skulle erhålla kontraktet, har intresse av att köpa betydande materiella tillgångar från det företag som för närvarande innehar kontraktet. Samt om man vill överta hela eller delar av dess personalstyrka frivilligt eller huruvida det föreligger en skyldig att göra detta. Vilket blir fallet om det är fråga om en överlåtelse av företag i den mening som avses i dåvarande direktiv 77/187.[11] EUD klargör med detta uttalande att ansvaret för uppgiften att redan i anbudet kunna ta ställning till behovet av materiel och personal ligger på förvärvaren likaväl som kunskap om huruvida övergång av verksamhet föreligger i Direktivets mening. Det blir därmed inte primärt överlåtarens uppgift att veta huruvida näste entreprenör gör ett övertagande i Direktivets mening utan i stället ligger ansvaret i första hand på förvärvaren. Detta är logiskt

[9] Se Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 21 och 25 samt även hänvisning till EFTA-domstolens rådgivande yttrande av den 25 september 1996, E-2/95 *Eilert Eidesund mot Stavanger Catering A/S*, Report of the EFTA Court 1 July 1995-31 December 1996, s. 1 p. 50, och av den 14 mars 1997, E-3/96 *Tor Angeir Ask and Others mot ABB Offshore Technology AS och Aker Offshore Partner AS*, Report of the EFTA Court 1997, s. 1, p. 33.
[10] Se Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 22-23.
[11] Se Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 23.

med tanke på att det är förvärvaren som kan göra en bedömning av huruvida de sju kriterierna är uppfyllda i tillräcklig mån. Med tanke på att talan i dessa mål omväxlande riktas mot överlåtare och förvärvare, blir detta dock i viss mån svårförståeligt. Det är oklart om det föreligger en skyldighet för överlåtaren att inhämta information om förvärvarens planer att överlåtaren också har denna kunskap. Vad händer om parterna gör olika bedömning av föreliggande fakta?[12] Risken att säga upp på felaktig grund verkar bäras av båda på likvärdigt sätt, även om EUD här pekar ut förvärvaren som aktiv part.

I förevarande mål kan även konstateras att en av frågorna som är uppe till bedömning för att avgöra om identitet i verksamhet föreligger är om driften faktiskt fortsätter eller återupptas. Den omständigheten att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan entreprenörerna kan inte i sig avgöra att det inte kan vara fråga om övergång i Direktivets mening, men EUD hävdar även att en sådan omständighet

> ”kan vara ett tecken på att det inte har skett någon överlåtelse i den mening som avses i direktiv 77/187 (dom av den 11 mars 1997 i mål C-13/95, Süzen, REG 1997, s. I-1259, punkt 11).”

Denna skrivning förefaller märklig eftersom det knappast var avsaknaden av avtalsförhållande som sågs som avgörande för Mål *C-13/95 Süzens* utgång. Tidigare praxis har bedömt just avsaknaden av avtalsförhållande mellan entreprenörer som mindre väsentligt än bedömningen av de sju kriterierna för huruvida identitet i verksamhet föreligger. Inget i Mål *C-13/95 Süzen* pekar särskilt på en praxisändring i detta avseende, även om domen naturligtvis kan ses som ett något förändrat synsätt när det gäller viktningen av kriterierna och framför allt bedömningen av vad som utgör en verksamhet eller en del av en verksamhet.

EUD återgår sedan till den traditionella ordningen och konstaterar att överlåtelsen måste hänföra sig till en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete. Överlåtelsen ska även avse en sådan organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. Enbart den omständigheten att den tjänst som utförs påminner om den tjänst som tidigare utfördes räcker inte för att det ska ses som övergång enligt Direktivets mening. Identiteten följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisationen av arbetet, driftsmetoder och, i förekommande fall, det driftskapital man förfogar över.[13]

---

[12] Se diskussion om överlåtare och förvärvares olika rättsliga position i kap XX.
[13] Se Mål C-172/99 *Oy Liik*enne, p. 31-32.

Det som avgörande skiljer sig från Mål *C-13/95 Süzen* är att EUD här slår fast att busstrafik inte kan ses som verksamhet som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft, d.v.s. det räcker inte med att förvärvaren tagit över huvuddelen av personalstyrkan för att identitet i verksamhet ska föreligga. Busstrafik förutsätter, enligt EUD, omfattande materiel och anläggningar, se även Mål *C-234/98 Allen* p. 30, där motsvarande resonemang fördes ang. grävning av gruvtunnlar.
EUD konstaterar även:

> ”Inom en sådan sektor som kollektivtrafik med buss, där materiella tillgångar utgör en viktig del i utövandet av verksamheten, måste den omständigheten att sådana tillgångar, vilket är absolut nödvändiga för att enheten skall 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.”[14]

I den mån övertagande av bussarna är absolut nödvändigt, får det därmed anses klarlagt att någon övergång i Direktivets mening inte kan ha skett om bussarna inte har tagits över. Den intressanta frågan blir då: Vad ska man göra om det inte finns några fasta tillgångar att ta över?

Detta kan tolkas till att det finns en motsättning mellan EUD:s syn på material i Mål *C-234/98 Allen* och i Mål *C-172/99 Oy Liikenne*. I det första målet ansåg domstolen att den omständigheten att äganderätten till de tillgångar som var nödvändiga för driften av företaget inte hade överlåtits till det nya företaget inte hindrade att en övergång kan ha skett. Under dessa omständigheter är det faktum att ingen överlåtelse av tillgångar gjorts mellan ACC och AMS inte av avgörande betydelse. I Mål *C-172/99 Oy Liikenne* förklarade i stället EUD att just inom en sådan sektor som kollektivtrafik med buss, där materiella tillgångar utgör en viktig del i utövandet av verksamhet, får det materiella kriteriet en särskild betydelse. Tillgångarna är absolut nödvändiga för att enheten ska kunna fungera väl. Det faktum att de inte i betydande utsträckning har övergått från den tidigare till den nya innehavaren måste enligt EUD leda till att denna enhet inte kan anses ha bevarat sin identitet.[15]

Entreprenadövergång beträffande busstrafik kom även upp i Mål *C-298/18 Grafe*. I detta fall övertogs inga bussar eftersom ny miljöstandard gjorde överlåtarens gamla busspark mindre intressant för förvärvaren. Förvärvaren återanställer större delen av de bussförare som tidigare arbetat hos överlåtaren, men ser inte detta som en övergång i Direktivets mening. Överlåtaren hävdar att chaufförernas kunskap är den viktigaste tillgången, medan förvärvaren hävdar, i enlighet med Mål *C-*

[14] Se Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 42.
[15] Se Målen C-234/98 *Allen* och C-172/99 *Oy Liikenne*. Se även Storbritanniens kommentar beträffande detta i generaladvokatens förslag till dom till Mål C-340/01 *Carlito Abler*.

172/99 Oy Liikenne, att det är bussarna som ska betraktas som det avgörande kriteriet. Prövningen gäller därmed om identitet i verksamhet kan föreligga vid övergång av bussentreprenad utan att bussarna gått över. Kommissionen intervenerar och försöker upprätthålla tidigare praxis utifrån önskemål om enhetlighet och förutsägbarhet, men både generaladvokaten och domstolen kommer till motsatt slut.[16]

Generaladvokat Sharpston påtalar behovet av att se till omständigheterna i det enskilda fallet för att kunna fullfölja skyddssyftet och därmed en anpassning till entreprenadens verklighet.[17] Det finns inget i Mål *C-172/99 Oy Liikenne* som antyder att bussarna var av mindre vikt utifrån t.ex. miljömässiga krav i upphandlingen, såsom i Mål *C-298/18 Grafe*. Generaladvokaten finner även stora skillnader i avtalslängd där upphandlingsavtalet i Mål *C-172/99 Oy Liikenne* var på tre år och i Mål *C-298/18 Grafe* på tio år, vilket gör att domstolen i stället bör inrikta sig på andra kriterier i sin bedömning av huruvida övergång har skett.[18] Domstolen instämmer i stort och tillför även aspekten; vad som ska beaktas för de fall att de materiella tillgångarna inte ses som viktiga, och hamnar då i att chaufförernas kompetens får stor tyngd.[19] Vare sig

---

[16] Beträffande Kommissionen se p. 28. I generaladvokatens förslag till dom "Kommissionen har på samma sätt gjort gällande att det följer av domstolens dom i målet Liikenne(25) att busstransport inte är en sektor där driften av verksamheten är beroende av personalen. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida det föreligger tillräckliga omständigheter som visar att fråga är om en övergång. Enligt dess uppfattning kan inte betydelsen av förhållandet att inte några materiella tillgångar överläts uppvägas av den omständigheten att den tidigare utövaren bedrev verksamheten i fråga med materiella tillgångar som hade förlorat det mesta av sitt materiella värde på grund av sin ålder och att de var otidsenliga med hänsyn till tekniska förbättringar som gjorts inom denna sektor.

[17] Generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/18 *Grafe*, p. 44 "Överlåtelse av ett företag sker inte i teorin. De förhållanden som nämnts av den hänskjutande domstolen är tvärtemot förenliga med de faktorer som EU-domstolen funnit vara relevanta i dess omfattande praxis. Det är just på grund av att överlåtelsen av ett företag har verkliga och praktiska verkningar inte endast för berörda enheter utan även för deras anställda som unionslagstiftaren beslutade att vidta åtgärder inom detta område. Det vore därför bakvänt att pröva sådana mål ur ett rent teoretiskt perspektiv. Det test som domstolen tillämpar är i grunden ett praktiskt realistiskt test: föreligger 'en överlåtelse av en ekonomisk enhet som behåller sin identitet' i den mening som avses i Art. 1.1 b i direktiv 2001/23? Denna bedömning kan inte reduceras till ett avgörande av huruvida de materiella tillgångarna övergår från den gamla till den nya utövaren av verksamheten."

[18] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/18 *Grafe*, p. 54-55 samt p. 57. Under omständigheter "under vilka rättsliga, tekniska och miljömässiga inskränkningar betyder att det inte är kommersiellt gångbart för den nya utövaren att överta de materiella tillgångarna från den gamla utövaren förefaller det mig som om den rätta vägen för den nationella domstolen är att bortse från vad som hänt med de materiella tillgångarna och att inrikta sig på de övriga momenten i transaktionen vid bedömningen av huruvida en överlåtelse av ett företag föreligger som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2001/23."

[19] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/18 *Grafe*, p.38: "För det andra har den hänskjutande domstolen understrukit att tillgången på erfarna bussförare i en landsbygdsregion som distriktet Oberspreewald-Lausitz är av avgörande betydelse för att kunna säkerställa kvaliteten på den aktuella kollektivtrafiktjänsten. Den hänskjutande domstolen har bland annat påpekat att dessa måste ha tillräcklig kännedom om rutter och tidtabeller i det aktuella området, prisvillkor, samt andra regionala busslinjer, järnvägslinjer och anslutande linjer, inte enbart för att kunna garantera biljettförsäljningen, utan även för att ge passagerarna den information som är nödvändig för att genomföra den planerade resan."

generaladvokaten eller domstolen klargör emellertid vad som är annorlunda i detta mål beträffande krav på kompetens mot vad som alltid brukar gälla. Generaladvokaten menar dock att bussförarna är en viktig del av den ekonomiska enheten, eftersom övergång sker i ett praktiskt sammanhang och inte i det abstrakta. Tidigare har det setts som ett normalt inslag att busschaufförer ska förväntas hitta fram på rutterna och kunna vara hjälpsamma med upplysningar om vilka anslutningar som finns längs färdvägen – vad skiljer då i detta fall? McMullen ser det som ett tecken på att EUD intar en mer holistisk hållning.[20]

Catherine Barnard ifrågasatte tidigt om en ”assets or non-assets based” verksamhet verkligen skulle vara avgörande för om det föreligger en övergång, eftersom det inte stämmer med Direktivets skyddssyfte.[21] Skillnaden i det skydd som ges materiell/immateriell verksamhet kontra personaltung verksamhet blir särskilt tydlig i en entreprenad. Därför är Mål *C-298/18 Grafe* intressant. Ska domen tydas till att domstolen de facto byter åsikt eller finns det en annan förklaring?

Om man i stället ser detta utifrån huruvida en ekonomisk enhet övergår, och därmed de produktionsfaktorer som finns i enheten, kan ett förklarande ljus uppstå. En ekonomisk enhet måste alltid avgränsas utifrån verksamhetens förutsättningar, såsom har klargjorts i kapitel 4. I vissa verksamheter är inte den ekonomiska enheten relevant, vilket EUD har uttalat beträffande övergång av bemanning. I de materialintensiva verksamheter som behandlas i detta kapitel är den ekonomiska enheten betydelsefull – men vad består produktionsfaktorerna av? För att en ekonomisk enhet ska kunna övergå måste förutsättningarna för fortsatt verksamhet finnas. I det treåriga kontraktet i det äldre målet om bussentreprenad, Mål *C-172/99 Oy Liikenne*, sågs bussarna som avgörande för att verksamheten skulle kunna bedrivas. I målet 19 år senare Mål *C-298/18 Grafe* blir andra faktorer avgörande. Kontraktet är på tio år, vilket är längre än bussarnas avskrivningstid. Tredjemanskrav, som ingen av parterna kunde styra över, krävde viss miljöcertifiering av bussarna och busschaufförernas kompetens påtalas. Personalens kompetens blir viktig om den ses som ett kunskapskapital som man förväntar sig ska bestå längre än avskrivningstillgångar.

Kan materiella tillgångar överföras utan att de egentligen överförs? I Mål *C-340/01 Carlito Abler* prövas vad som händer när endast rätten att bruka ett sjukhuskök förs över mellan två entreprenörer. Krav i upphandlingen var att maten måste tillagas på sjukhuset. Därmed blir de materiella kriterierna viktiga, men inget ägandebyte kan ske, eftersom

[20] McMullen, 2021, s. 131, ser det som ett tecken på att EUD intar en mer holistisk hållning i Mål C-298/18 *Grafe* än i Mål C-172/99 *Oy Liikenne*.
[21] Barnard, 2012, s. 597.

det hela tiden är sjukhuset som är ägare av sjukhusköket, och därför kan endast en rätt att bruka sjukhusköket gå över.

> ”Den omständigheten att de materiella tillgångar som övertogs av den nya entreprenören inte tillhörde dennes föregångare utan tillhandahölls av beställaren kan således inte innebära att det skall uteslutas att det föreligger en övergång av verksamhet i den mening som avses i direktiv 77/187.”[22]

Samma tankegång återfinns i *C-509/14 Administrador de Infraestructuras Ferroviarias* [23] där EUD konstaterar:

> ”Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Art. 1.1 i direktiv 2001/23 ska tolkas så, att tillämpningsområdet för direktivet omfattar ett fall där ett offentligt företag, som ansvarar för ekonomisk verksamhet bestående i hanteringen av intermodala transportenheter, medelst ett avtal om tillhandahållande av allmännyttiga tjänster anförtror åt ett annat företag att bedriva verksamheten genom att ställa nödvändig infrastruktur och anläggningar som de äger till det sistnämnda företagets förfogande, och därefter beslutar att säga upp avtalet utan att överta det sistnämnda företagets personal med motiveringen att det i fortsättningen självt önskar bedriva verksamheten med sin egen personal.”

Rätten att använda huvudmannens lyftkranar m.m. skapade det band som behövdes i denna materialtunga verksamhet och gav identitet i verksamheten när huvudmannen återtog så väl verksamhet som utlånat material. Målet rör offentlig verksamhet som återtas men EUD ser inte att detta gör någon skillnad. Samma resonemang finns som redan har berörts även i Förenade målen *C-232/04 och C-233/04 Nurten Güney-Görres och Gul Demir*, som rör privat driven verksamhet.

Även i Mål *C-472/16 Colino* betonar EUD att det materiella kriteriet är uppfyllt när huvudmannen behåller ägandet och lägger ut driften på ny utförare:

> ”…direktivets tillämpningsområde omfattar en sådan situation, som den i det nationella målet, i vilken den som tilldelats ett kontrakt att driva en kommunal musikskola, vilken kommunen hade tillhandahållit alla materiella resurser som krävdes för att driva denna verksamhet, upphör med denna verksamhet två månader före läsårets slut och därvid säger upp personalen och lämnar tillbaka dessa materiella resurser till kommunen, som gör en ny upphandling som endast avser

[22] Se Mål C-340/01 *Carlito Abler*, p. 42.
[23] Se Mål C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*, p. 44.

följande läsår och tillhandahåller den nya tjänsteleverantören samma materiella resurser."[24]

Sammanfattningsvis kan konstateras att det materiella kriteriet är starkt i sig och kommer även att fungera som ankarkriterium. Detta gäller även vid betraktandet av alternativa organisationer, där arbetstagarna inte är anställda i verksamheten. Den materiella tillgången måste dock förenas med en ekonomisk enhet med produktionsfaktorer och att förutsättningarna för produktionen går över. Oftast kommer dock identiteten i verksamheten och den ekonomiska enheten att sammanfalla när tunga materiella värden antingen tas över från överlåtaren eller får brukas även om ägandet kvarstår hos denne.

7.2 Tredje kriteriet: Har immateriella tillgångar överlåtits och i så fall värdet därav?

Frågan vad som kan utgöra en immaterialrättslig tillgång är inte helt lätt att besvara. Med immaterialrättsliga tillgångar menar man ofta varumärken och företagsnamn, och ett varumärke kan även kommersialiseras via en varumärkeslicens. I Mål *C-171/94 Merckx* behandlas vad som kan föreligga vid överföring av en licens. Två arbetstagare anställda hos Anfo Motors SA överfördes till ett annat bilförsäljningsföretag, SA Novarobel, som senare övertog det återförsäljaravtal som tidigare innehades av Anfo Motors SA. De två arbetstagarna ifrågasätter i nationell domstol bl.a. om detta utgör övergång av verksamhet och i så fall om det föreligger en rätt för det första företaget att överföra dem till det andra. Anfo Motors SA lämnade då in en genstämning beträffande ersättning för kontraktsbrott. Nationell domstol väljer att rikta följande fråga till EUD: Kan det föreligga en företagsövergång enligt Direktivet när ett företag – som har beslutat upphöra med sin verksamhet, sagt upp den största delen av sin personal. Företaget ingår en uppgörelse som innebär att de kvarvarande personer med anledning av sina förvärvade rättigheter ska arbeta från och med den 1 november för ett företag som inte har ingått något avtal med det förstnämnda företaget. Men det nya företaget innehar det återförsäljningsavtal som tidigare tillhörde det förstnämnda företaget även när detta företag inte hade överfört några av sina tillgångar till det andra företaget?[25]

Frågan syftar till att klargöra huruvida Direktivet ska tolkas på så sätt att det är tillämpligt när ett företag som har ett återförsäljaravtal för bilar (Ford) för ett visst område upphör med sin verksamhet och återförsäljningsavtalet överlåts till ett annat företag som återanställer en del av

[24] Mål C-472/16 *Colino*, p. 46.
[25] Se Mål C-171/94 *Merckx*, p. 14.

personalen och drar nytta av kundkretsen utan att några tillgångar överförs. EUD vidgar på eget bevåg frågeställningen till att även omfatta huruvida Direktivet utgör ett hinder mot att arbetstagaren vid tidpunkten för övergången motsätter sig att anställningsförhållandet förs över till förvärvaren.

Målet är intressant ur flera olika aspekter. Det är arbetstagarna som motsätter sig övergången, d.v.s. att få del av Direktivets skyddsområde. Det hade varit än mer intressant att få svar på frågan vilka rättigheter de arbetstagare hade som sagts upp innan övergången att få följa med över till förvärvaren. Det faktum att det är en verksamhet som baseras på ett återförsäljningsavtal ger ännu en pusselbit till vad som utgör identitet i verksamhet i just detta fall. Därmed vilka kriterier som är tillräckliga för att identitet i verksamhet enligt Direktivets mening ska föreligga. Uppenbarligen är det inte nödvändigt med en övergång av majoriteten, kvalitativ eller kvantitativ, av de anställda för att säkra identitet i verksamhet. I detta fall utgörs identitet av något annat. Verksamhetens starkaste koppling är till själva återförsäljningsavtalet i och med att det är detta avtal som möjliggör verksamhetens fortsatta existens.

Kopplingarna blir därmed tydliga till den övergång som skedde i Sverige när Coca Cola tog tillbaka licensen att tillverka Coca Cola från Pripps och startade upp en egen tillverkningsenhet i Jordbro. Denna transaktion hamnade aldrig i domstol, men utifrån den diskussion den föranledde i medierna, är det lätt att se att verksamhetens identitet i båda dessa fall verkar ligga i den immateriella rättigheten, återförsäljningsavtalet eller licensen. EUD:s uttolkning av vad som innefattas i immateriella tillgångar har kritiserats som kontraproduktiv vid outsourcing eftersom det kan ge näringslivet begränsningar vid effektiv konkurrensutsättning.[26]

När det är fråga om ett kontrakt som ska förnyas i och med övergången, anses kontraktet inte vara en immateriell tillgång eftersom det ska bli föremål för ny upphandling. Om den nya innehavaren av kontraktet ska överta de pågående avtalen med kunderna, eller om huvuddelen av kunderna kan anses fasta, ska det emellertid anses som att kunderna har överlåtits. [27]

Den som innehar denna immateriella rättighet har därmed förutsättningen för att bedriva verksamhet, något som inte är möjligt för den som inte innehar motsvarande rättighet. Växlingen av rättigheten, antingen via avtal eller återtagande, ger därmed även en växling av verksamhet, en övergång, under förutsättning att verksamhet ges möjlighet

[26] Beltzer, 2007, p. 139 – 155.
[27] Mål C-172/99 *Oy Liikenne* p. 40-41 vilket även citeras i Generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/18 *Grafe*.

att fortsätta existera, jämför. Mål *C-48/94 Rygaard*, där identitet i verksamhet inte ansågs föreligga, eftersom verksamheten inte bedömdes som varaktig. Det måste vara en stabil ekonomisk enhet som förs över, den immateriella rättigheten, som även ges förutsättningar att fortsätta sin verksamhet, såsom när produktionsfaktorer kan fastställas ha gått över.

Skulle på motsvarande sätt ett kontrakt om rätt att bedriva verksamhet kunna ses som en immaterialrättslig tillgång? Om kontraktet ger förutsättningar för att verksamheten ska kunna ses som en going concern, verkar mycket tala för att det är en faktor som skulle kunna vägas in. Mot detta talar dock EUD:s uttalande i Mål *C-172/99 Oy Liikenne*, som klargör det begränsade värde den immateriella tillgången har när ett kontrakt löper ut.[28] Skillnaden består helt enkelt i vad som görs till föremål för övergången.

I Mål *C-194/18 Dodič* används begreppet immaterialrättsliga värden på ett sätt som stödjer en utökad tolkning. Målet rör huruvida övergång föreligger beträffande finansiella instrument. Värdepappersmäklarbolaget Banka Koper fattar ett beslut om att upphöra med investeringsverksamhet och värdepappershandel. De sluter ett överlåtelseavtal med Alta Invest enligt nationell reglering, där regleringen kräver att värdepappersmäklarbolaget vidtar alla nödvändiga åtgärder för att överlåta kundernas finansiella instrument och övriga tillgångar som bolaget förvaltar m.m. till en annan godkänd värdepappersförvaltare.

> ” …att den ekonomiska verksamhet som utövas av den berörda enheten inte kräver några betydande materiella tillgångar för att fungera. Denna ekonomiska verksamhet grundar sig tvärtemot på immateriella tillgångar, vilkas överlåtelse har avgörande betydelse för klassificeringen som överlåtelse av en del av ett företag.
>
> De immateriella tillgångar som utgörs av uppdragsgivarnas, det vill säga kundernas, finansiella instrument och övriga tillgångar, redovisning, övriga investeringstjänster och sidotjänster samt arkiven, det vill säga dokumenteringen av investeringstjänsterna som företaget tillhandahåller kunderna och investeringsverksamheten, ingår nämligen i den berörda ekonomiska enhetens identitet, …”[29]

[28] Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 40: “Under sammanträdet betonade ombudet för svarandena i målet vid den nationella domstolen det ekonomiska värdet av det avtal som slutits mellan SAD, den upphandlande myndigheten, och Liikenne genom att ange att det rör sig om en betydande immateriell tillgång. Detta värde kan inte bestridas. När det är fråga om ett kontrakt som skall förnyas, saknar en sådan immateriell tillgång emellertid i princip värde vid utgången av kontraktet med den tidigare kontraktsinnehavaren, eftersom kontraktet skall bli föremål för ny upphandling.”

[29] Se Mål C-194/18 *Dodič,* p. 35-36.

Här ses de immateriella tillgångarna som bärare av verksamheten och självklara när det gäller huruvida de ska ses som något som kan övergå. EUD uttolkar rättsläget till:

> ”…att ett andra företags övertagande av finansiella instrument och övriga tillgångar hos kunder från ett första företag, efter det att det första företagets verksamhet upphör och enligt ett avtal vars ingående krävs i nationell lagstiftning, kan utgöra en överlåtelse av företag eller en del av ett företag, även om det första företagets kunder kan välja att inte anförtro förvaltningen av sina värdepapper till det andra företaget, under förutsättning att kunder har överlåtits, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma. I detta sammanhang är antalet kunder, oavsett om det är mycket stort, vilka faktiskt överlåtits inte ensamt avgörande för klassificeringen som ”överlåtelse” och den omständigheten att det första företaget, i egenskap av icke-oberoende finansmäklare, samarbetar med det andra företaget saknar i princip betydelse.”[30]

Övertagande av kunderna och därmed deras finansiella instrument ses i målet under vissa förutsättningar som ett övertagande av en immateriell rättighet och därmed en övergång av verksamhet. Kunderna blir ”bärare” av den immaterialrättsliga förutsättningen. Förutsättning anges dock till att detta sker genom ett medvetet val från kunden.[31] Diskussion förs i målet om betydelsen av effektiva ekonomiska incitament samt att valet ska ha skett innan övergången för att EUD ska finna det fullt ut möjligt att beakta.[32]

Sammanfattningsvis konstateras att immateriella kriterier kan vara en stark bärare av både en ekonomisk enhet och bidra till att ge en identitet i verksamhet. Det är viktigt att notera att synen på ett kontrakt, till skillnad mot en licens, inte anses ge en egen immaterialrättslig grund vid upphandling eftersom kontraktet ska förnyas. Dock är frågan om skillnaden i praktiken är så stor i dag mellan kontraktuella rättigheter och rättigheter utifrån licensgivning. Jämför även resonemanget i de två fallen om upphandling av busstrafik: Mål *C-298/18 Grafe* där kontraktets

---

[30] Se Mål C-194/18 *Dodič*, domstolens sammanfattning.

[31] Se Mål C-194/18 *Dodič*, p. 42: “Den nationella domstolen ska således ta ställning till huruvida kunderna har gjort ett uttryckligt val eller inte med avseende på överlåtelsen av deras konton till Alta Invest eller huruvida arkiven avseende deras konton per automatik överläts till den sistnämnda.”

[32] Se Mål C-194/18 *Dodič,* p. 44: “Även om den omständigheten att 91procent av Banka Kopers kunder godtog att förvaltningen av deras värdepapper anförtroddes Alta Invest kan tyckas styrka ett sådant incitaments effektivitet, kan klassificeringen som “överlåtelse”, i den mening som avses i Art. 1.1 i direktiv 2001/23, emellertid inte enbart grundas på detta konstaterande. I synnerhet inte, eftersom detta konstaterande gjordes efter det att överlåtelseavtalet hade slutits mellan de båda bolagen.” Se även McMullen, 2021, s. 136-138 som ser detta som ett tecken på att sammanvägningen av *Spijkers* kriterierna fortfarande är den relevanta vägen att gå.

längd på 10 år anses vara en faktor som talar för en identitet i verksamhet och Mål *C-172/99 Oy Liikenne* där kontraktet endast var på tre år. Här finns även andra faktorer som inverkar men fallen väcker även frågan huruvida ett långt kontrakt närmar sig rättsverkan av en licens.

Kapitel 8: Fjärde kriteriet - Har förvärvare tagit över (större delen) av arbetsstyrkan?

Inledning
I detta kapitel ska gränserna för EU-rättens skyddssyfte undersökas beträffande det fjärde kriteriet, övertagande av personal. I vilka avseenden finns ett skyddssyfte och vilket innehåll har det enligt EU-rätten?

Bedömningen av de sju kriterierna ger en grund för en bedömning av om identitet i verksamhet föreligger. Har en ekonomisk enhet övergått från överlåtaren till förvärvaren kan övergång enligt Direktivet föreligga, vilket innebär att personal hos överlåtaren har en rätt att gå över till förvärvaren.[1] *Det fjärde kriteriet berör därmed målet för Direktivets skydd: personalövertagande, där den ekonomiska enheten kommer i fokus, men på ett något annat sätt än för de andra ankarkriterierna.*

Bedömningen av huruvida förvärvaren har tagit över större delen arbetsstyrkan är på flera sätt problematisk. Den adresserar kärnan i vad som egentligen är att se som en verksamhetsövergång och vilka arbetstagare som därmed blir skyddsvärda. Övertagande av personal är dels ett eget kriterium, dels grunden i skyddssyftet. Föreligger övergång av en ekonomisk enhet och identitet i verksamhet ska arbetstagarens anställning skyddas. Hur påverkas identitet i verksamhet av att det är produktionsfaktorer, som även blir viktiga för en ekonomisk enhet, som ska ha övergått? Kommer både ekonomisk enhet och identitet i verksamhet att behöva föreligga för att en övergång enligt Direktivet ska vara möjlig, eller är bedömningen samordnad?

- *Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?*

8.1 Vilka arbetstagare kan ses som anställda och när görs avstämningen?
8.1.1 Kravet att vara anställd vid övergången
8.1.2 När ses övergångstillfället som inträffat?
8.1.3 Vilka arbetstagare omfatta av skyddet?
8.2 Vilken rättsverkan ges av att arbetstagaren av fri vilja säger upp sig innan övergången?
8.3 Viktning av personal utifrån verksamhet

[1] Se dock de speciella förhållandena vid inhyrning/bemanning i kap. 11.

8.4 Sammanvägning av skyddssyfte kontra näringsfrihet i Direktivet vid personalkriteriet?
8.4.1 Majoritetsfallet
8.4.2 Organisationsfallet
8.5 Sammanfattning av kapitel 8

I kapitlet kommer diskussionen att fortsätta utifrån det fjärde kriteriet, övergång av personal och de två frågor i frågeställningen där diskussionen startade i kapitel 5. Detta kapitel börjar med den mest grundläggande förutsättningen för skydd, nämligen att anställningen går över. I kapitel 11 kommer sedan diskussionen om vilka anställningsvillkor som kan gå över att ta vid.

8.1 Vilka arbetstagare kan ses som anställda och när görs avstämningen?

Arbetstagarens ställning ska enligt Direktivet skyddas vid övergång av verksamhet. Detta betyder att skyddet är tvådelat, d.v.s. dels att ett skydd ska ges mot oriktig uppsägning hos överlåtaren, dels att ett skydd ska ges mot att arbetstagaren inte tas över till förvärvaren, om Direktivets förutsättningar är uppfyllda. Skyddssyftet vid övergång av verksamhet gäller endast de arbetstagare som kan betraktas som anställda hos överlåtaren, både beträffande de begränsningar som finns i överlåtarens rätt att säga upp arbetstagare eller de begränsningar som finns för förvärvaren att ändra villkor på ett sådant sätt att det kan jämställas med uppsägning.

Det första steget blir därmed att klargöra om arbetstagare hos överlåtaren har rätt att följa med verksamheten till förvärvaren enligt Direktivet. Nästa steg i fullgörande av skyddssyftet är att se vilka arbetstagare som har tagits över till förvärvaren. Detta övertagande kan antingen ske i direkt anslutning till övergången eller vid senare tillfälle. Om arbetstagare, som vid övergångstillfället var anställd hos överlåtaren, senare återfinns som anställd hos förvärvaren, utan att det direkt skett p.g.a. övergången kan detta ändå få effekter för anställningsskyddet. Skyddssyftet kan i vissa av dessa fall utsträckas genom att en övergång enligt Direktivet ändå anses ha skett.[2]

Skyddets utformning vid bestämmande av vem som omfattas hos överlåtaren baseras på den sociala grunden till ett nationellt arbetstagarbegrepp. Valet av vilka som ska omfattas av ett arbetstagarbegrepp ger grunden för en skyddsnivå i ett direktiv. Det blir därför avgörande för skyddets omfattning vilket arbetstagarbegrepp som väljs – ett unionsövergripande eller ett som är nationellt baserat – samt vilka personer som begreppet kan appliceras på. I det ursprungliga

[2] Mål C-101/87 *Bork*, p. 18.

Överlåtelsedirektivet 77/187 är inte omfattningen av arbetstagarbegreppet reglerad. Detta fastställdes i praxis från EUD och kommer att ingå i efterföljande direktivs reglering. Det är även oklart vilka arbetspresterande som kan omfattas. Praxis får därmed stor betydelse för avvägningen att göra avvägningar mellan skydd och effektivitet. I motsats till begreppet ekonomisk enhet, som ska tolkas unionsövergripande, blir därmed arbetstagarbegreppet till stora delar nationellt avgränsat i Direktivet, såsom klargjorts i kapitel 3.

Det blir viktigt att den person som övergår ska ses som arbetstagare och inte omfattas av arbetsgivarbegreppet enligt nationell rätt.[3] Det är endast de arbetstagare som har skydd mot uppsägning enligt nationell rätt som kan omfattas av Direktivet.[4] Detta får betydelse för de arbetstagare som undantas från anställningsskydd av någon orsak, såsom arbetstagare enligt 1 § LAS som inte ses som arbetstagare i LAS mening. Dessa har således inget anställningsskydd enligt LAS. Däremot kommer de att omfattas av arbetstagarbegreppet enligt andra lagar och t.ex. ha rätt till semester. Detta kan även få betydelse när en grupp i ett land ges starkare rättigheter. Exempelvis när en typ av konstitutorialanställning skapas för statligt anställda, där personer inte kan bli uppsagda p.g.a. arbetsbrist och därmed undantas från arbetstagarbegreppet i nationell rätt, såsom tidigare var fallet enligt italiensk rätt.[5]

Det finns även en rätt till övergång genom att förvärvarens agerande kan ge en legitimitet för övergång. I *C 209/91-Rask* uttalade EUD att Direktivet kan vara tillämpligt om ett företag genom avtal övertar ansvaret för en viss servicefunktion inom ett företag och därvid åtar sig en arbetsgivares förpliktelser för arbetstagare som är knutna till servicefunktionen. Förvärvarens ansvar uppkommer därmed i detta fall genom att dels ingå avtal om servicefunktionen, dels frivilligt åta sig ett arbetsgivaransvar.

8.1.1 Kravet att vara anställd vid övergången

Redan i Mål *C-19/83 Wendelboe m.fl.*[6] klargörs att skyddet endast gäller den som är anställd hos överlåtaren dagen för övergång. I detta mål överlämnas till nationell domstol att avgöra vad detta betyder enligt nationell rätt. I Mål *C-416/16 Ricardo* prövas huruvida en tjänstledig arbetstagare – som enligt nationell rätt inte ses som anställd – fortfarande

---

[3] Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*. För ytterligare klargörande av arbetstagarbegreppet se kap. 3.4 och 3.5 ovan.
[4] Se t.ex. (31) Mål C-343/98 *Renato Collino och Luisella Chiappero mot Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2000:441 (Mål C-343/98 *Collino*): "38. Det följer av denna rättspraxis att direktivet, tvärtemot vad den finska regeringen och Kommissionen har gjort gällande, inte är tillämpligt på personer som inte i egenskap av arbetstagare är föremål för något slag av skydd enligt den nationella arbetsrätten, oavsett vilken typ av arbetsuppgifter dessa personer utför."
[5] Se Mål C-343/98 *Collino*.
[6] Mål C-19/83 *Wendelboe*, p. 16-17.

ska omfattas av Direktivets skydd. EUD frångår här tanken att den tidigare direkta kopplingen till att nationell bedömning av arbetstagarbegreppet ska gälla, utifrån att undantaget inte får göras så att vissa kategorier hamnar utanför. EUD anger dock en reservationen ”under förutsättning att vederbörande åtnjuter skydd som arbetstagare enligt den aktuella nationella lagstiftningen vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.”

Samma resonemang måste kunna föras utifrån andra ledighetsgrunder, såsom föräldraledighet, sjukdom och studieledighet, där arbetstagaren fortfarande ses som anställd enligt nationell rätt.Det utökade skydd som ges för föräldralediga eller de som omfattas av en diskrimineringsgrund kommer normalt att bara aktualiseras vid uppsägning av personliga skäl.

8.1.2 När ses övergångstillfället som inträffat?

I Mål *C-305/94 Rotsart* behandlas frågan när en övergång ska anses ha skett och huruvida övergången av personalen blir automatisk. Kan parterna bestämma ett annat datum för övergång än det faktiska och sker övergången oberoende av om förvärvaren vill att den ska ske eller inte?

EUD klargör i fallet att övergången inte kan avtalas till ett annat datum än det faktiska och att den följer automatiskt av att identitet i verksamhet föreligger.[7]

8.1.3 Vilka arbetstagare omfattas av skyddet?

I rättsfallet *Case 101/87 Bork* väcks flera olika frågeställningar som sammantaget kan formulerats som två huvudfrågor; Vilka arbetstagare som anses som anställda och om denna tillämpning kan utsträckas så att arbetstagare som har sagts upp strax innan en övergång, och senare även anställts av den nye ägaren, också kan omfattas. I det aktuella fallet hade Bork hyrt en fabrik och tagit över uthyrarens personal. När fabriken sedan säljs av uthyraren säger Bork upp personalen. Bork hamnar efter detta i ett insolvensförfarande. Den nye ägaren återupptar produktionen direkt och nyanställer över hälften av de personer som Bork har sagt upp men anställer inga andra personer. I tre fall kräver

[7] “1. Article 3(1) of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 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 is to be interpreted as meaning that the contracts of employment and employment relationships existing on the date of the transfer of an undertaking between the transferor and the workers employed in the undertaking transferred are automatically transferred from the transferor to the transferee by the mere fact of the transfer of the undertaking, despite the contrary intention of the transferor or transferee and despite the latter’ s refusal to fulfil his obligations.
2. The transfer of the contracts of employment and employment relationships pursuant to Article 3(1) of Directive 77/187 necessarily takes place on the date of the transfer of the undertaking and cannot be postponed to another date at the will of the transferor or transferee.”

personer, som blivit uppsagda från Bork och anställda av den nye ägaren, sina utestående löner och semesterersättning, inte från Bork, utan från den nye ägaren av verksamheten. Nationell domstol Danska Hoejesteret, riktar därför följande fråga till EUD för att utröna huruvida övergång av verksamhet har skett:

> ”Does Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 apply where the lessor of the buildings, plant and machinery used for the operation of an undertaking, after giving notice bringing the lease to an end or upon termination thereof and the undertaking´s cessation of operations, retakes possession of the leased property and thereafter transfers it to a third party who shortly afterwards resumes the operation of the undertaking without engaging new staff, inasmuch as the transferee takes on again, without there being an agreement on the subject either with the former lessee or with the transferor or between those two parties, just over half of the employees who were employed in the undertaking by the former lessee?”[8]

Man kan märka att den danska domstolen formulerar frågorna på ett sådant sätt att svaren får en mycket avgränsad betydelse. I stället för generella frågeställningar väljer man mycket specifika frågor utifrån en mycket speciell situation. Effekten av detta blir att svaret därmed kommer att få stor användbarhet just i detta fall medan man nationellt behåller en viss handlingsfrihet beträffande närliggande fall.

De nationella domstolarnas sätt att formulera den fråga de vill ha en bedömning av från EUD varierar stort. Grundförutsättningen är naturligtvis en bedömning av det enskilda fallet. Men en mer generaliserbar formulering får en vidare effekt. Det kan man se i t.ex. Mål *C-29/91 Redmond Stichting*, där nationell domstol formulerar en öppen och allmän frågeställning om övergången är möjlig när övergången inte baseras på avtalsmässig grund utan på myndighetsbeslut.

EUD konstaterar beträffande *Case 101/87 Bork* att situationen faller inom Direktivets ram. Den omständigheten att uthyrningsförhållandet löpt ut och att verksamheten sedan sålts av uthyraren, d.v.s. att övergången har skett i ett flerstegsförfarande, ändrar inte bedömningen att förfarandet kan falla inom Direktivets ram, förutsatt att verksamheten behåller sin identitet.[9] Situationen är snarlik det tvåstegsförfarande som sker vid övergång från en entreprenör till en annan eftersom denna konstruktion rent tekniskt, om än inte praktiskt, förutsätter att huvudmannen återtar kontrollen över verksamheten innan den läggs ut på nytt till en ny entreprenör.

---

[8] Se Case 101/87 *Bork*, p. 8.
[9] Se Case 101/87 *Bork*, p. 14.

EUD påpekar i *Case 101/87 Bork* att verksamhetens identitet behålls om det finns en going concern som fortsätts eller återupptas av den nye arbetsgivaren med samma eller liknande verksamhet.[10] Domstolen utvecklar därmed resonemanget om identitet och pågående verksamhet från *Spijkers*. Verksamhetens identitet definieras här som något pågående, något med en självständig själ, som vandrar vidare till näste arbetsgivare, som dock även måste fortsätta samma eller liknande innehåll i verksamheten för dess fortsatta existens. På många sätt verkar detta påminna om den avgränsning som senare praxis gör beträffande begreppet ekonomisk enhet. En annan förutsättning i rättsfallet är att verksamheten inte har legat nere under en längre period. Se dock resonemanget om Mål *C-472/16 Colino* hos McMullen, där tidsutdräkten för när verksamheten låg nere överskred lovet och ändå accepterades av domstolen.[11] McMullen ser detta som en anpassning till verkligheten för entreprenadbyten. I fallet fanns dock både personal och materiella kriterier.

EUD betonar att det är viktigt att beakta alla omständigheter vid transaktionen särskilt hur man har förfarit med överlåtningsbara och icke överlåtningsbara tillgångar samt huruvida majoriteten av de anställda har tagits över. EUD beaktar även graden av likhet mellan den aktivitet som utfördes innan transaktionen och den som sker efter samt väger in huruvida verksamheten legat nere i samband med övergången och i så fall hur länge. I generaladvokatens La Pergola förslag till dom i *C13/95 Süzen* p.10 förs denna tankegång fram:

> ”... det faktum att större delen av de arbetstagare som är sysselsatta i en viss verksamhet senare har anställts för motsvarande sysslor i ett annat företag [utgör inte] något avgörande kriterium, 'the controlling test', för att man skall kunna anse att verksamheten i fråga har de drag av organisatoriskt oberoende som kännetecknar begreppet företag, verksamhet eller del av verksamhet ...”

Det är enligt generaladvokaten därmed endast om en verksamhet har fortsatts, och ett företag samtidigt har överlåtit materiella eller immateriella tillgångar till förvärvaren som det är fråga om övergång i Direktivets mening. Det är dock viktigt att notera att EUD i sin dom inte tar upp ”the controlling test” utan tvärt om betonar att även övergång av en personalstyrka i sig kan ge den identitet i verksamhet som krävs under vissa förutsättningar. Man får nog i stället se generaladvokatens förslag som en tanke som snarare rör den ekonomiska enheten, mer än kriterierna för identitet i verksamhet.

---

[10] Se Case 101/87 *Bork*, p. 14.
[11] McMullen, 2021, s. 132 ff.

I *Case 186/83 Botzen* prövas vad som gäller för arbetstagare som var anställda hos överlåtaren vid dagen för övergång och som senare får ny anställning hos förvärvaren, men där dessa arbetstagare arbetade inom delar av överlåtarens verksamhet som inte togs över, huvudsakligen administration. Överlåtaren hävdar att endast de som arbetar heltid eller näst intill heltid inom överförd verksamhet kan anses omfattas av skyddssyftet. Kommissionen väljer dock att beakta placeringen och inte omfattningen, vilket EUD instämmer i.[12] EUD tydliggör att, liksom i *Case 287/86 Landsorganisationen i Danmark*, är avsaknaden av anställda vid övergången en faktor att väga in, bland många andra, men den tillfälliga avsaknaden av anställda vid övergången utesluter på intet sätt att det kan vara fråga om övergång av verksamhet i Direktivets mening.

Utgångspunkten är dock att det endast är de arbetstagare som är anställda vid tidpunkten för övergången som kan omfattas av Direktivets skydd. Vilka arbetstagare som anses som anställda vid denna tidpunkt bestäms av nationell rätt inom Direktivets ram. Direktivets skyddssyfte är något vidare än den nationella rättens bestämning på så sätt att det skyddar arbetstagare att bli uppsagda som ett resultat av övergången. Detta innebär att trots att en arbetstagare blivit uppsagd, och enligt nationell rätt inte skulle kunna omfattas av det skydd som de anställda har, kan detta skydd ändå utsträckas till dessa arbetstagare förutsatt att uppsägningen hade sin grund i övergången. De faktorer som EUD särskilt begrundar för att avgöra om uppsägningen var relaterad till övergången är omständigheterna för uppsägningen, hur nära datumet för övergången som uppsägningen sker samt huruvida de uppsagda personerna sedan får anställning hos förvärvaren.

EUD kommer sammanfattningsvis fram till att Direktivet även är tillämpligt när bytet av arbetsgivare sker i ett tvåstegsförfarande, d.v.s. när personalen, som i detta fall, tas över av den som hyr verksamheten och där verksamheten sedan säljs av uthyraren till en köpare. EUD klargör att Direktivet är tillämpligt även när arbetstagarna tillfälligt har upphört att vara anställda i verksamheten, förutsatt att uppsägningen relaterar till verksamhetsövergången. Det senare framgår genom att anställningens upphörande inte kan visas ske av andra skäl, att den sker tidsmässigt nära övergång samt att samma arbetstagare senare anställs av förvärvaren.

Detta framkommer även i Mål *C-319/94 Dethier Équipement*, där EUD konstaterar att de arbetstagare vars anställningsavtal sagts upp av

[12] Case 186/83 *Botzen*, p. 14: "…the commission considers that the only decisive criterion regarding the transfer of employees ' rights and obligations is whether or not a transfer takes place of the department to which they were assigned and which formed the organizational framework within which their employment relationship took effect." Se även p. 13 och p. 15 samma dom.

överlåtaren på ett rättsstridigt sätt strax före övergången, och vilka inte återanställts av förvärvaren, har ett val. De kan inte enbart föra talan mot överlåtaren utan även gentemot förvärvaren. Där kan de göra gällande den omständigheten att uppsägningarna varit rättsstridiga gör att deras anställningsavtal alltjämt ska gälla i förhållande till förvärvaren.[13] Reglering beträffande övertagna arbetstagare kan därmed ske hos förvärvaren. Vid kontroll av om en ekonomisk enhet har förts över från överlåtare till förvärvare kan den situationen uppkomma att det enbart är de anställda i just denna enhet som räknas vid en kontroll av om anställda från överlåtaren står att återfinna hos förvärvaren. De anställda som kommit över kommer senare att inordnas i förvärvarens verksamhet, men de skyddsreglerna som gäller för övergången kommer att göra att förvärvaren måste veta vilka arbetstagare som har kommit över och från vilken överlåtare. Detta blir särskilt viktigt när förvärvaren ofta tar över personal såsom är fallet hos många entreprenadföretag som löpande tar över kontrakt.

Det blir här viktigt att klargöra vilket skydd som gäller för kollektivavtalade villkor för den personal som har kommit över från en överlåtare. Om till exempel anställningsvillkoren i överlåtarens kollektivavtal endast ska tillämpas av förvärvaren under ett år kan det innebära att de övertagna arbetstagarna får andra villkor under ett år än vad de tidigare anställda har. Hos överlåtaren omfattar därmed Direktivets skyddssyfte de arbetstagare som enligt nationell arbetsrätt är att se som arbetstagare vid tillfället för övergången och hade en anställning i berörd verksamhet. Detta gäller oavsett om de för tillfället var tjänstlediga. Direktivets skyddssyfte inverkar på förvärvaren genom att omfatta de arbetstagare som i enlighet med Direktivet hade rätt att gå över vid det faktiska övergångstillfället eller, i vissa fall, som vid övergångstillfället var anställda hos överlåtaren och som först senare återfinns som anställda hos förvärvaren.

8.2 Vilken rättsverkan ges av att arbetstagaren av fri vilja säger upp sig innan övergången?

I *Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 Katsikas*[14] prövades rättsfrågan vad som ska gälla när en anställd hos överlåtaren av egen fri vilja inte vill följa med till förvärvaren. EUD konstaterar att Direktivet ger den anställde rätt att neka att följa med över till förvärvaren

[13] Se Mål C-319/94 *Dethier Équipement*, p. 94 som klargör: De arbetstagare som sagts upp i strid med Art. 4.1 före överlåtelsen av företaget skall alltjämt anses vara anställda i företaget vid tidpunkten för övergången. Vidare har bestämmelserna i Direktivet, särskilt de som rör arbetstagares skydd mot uppsägning med anledning av övergången, tvingande verkan, och det är därmed inte tillåtet att frångå dem förutom om det gynnar arbetstagaren.
[14] Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas*, p. 32.

men klargör inte vad som händer med anställningsförhållandet för den enskilde arbetstagaren. EUD hävdar därför att medlemsstaterna inte har någon skyldighet att föreskriva att anställningen i ett sådant fall ska kvarstå hos överlåtaren men konstaterar också att det inte finns något som hindrar att den nationella rätten låter anställningen bestå hos överlåtaren i detta läge. Arbetstagaren befinner sig därmed i en annan situation än förvärvaren. Arbetstagaren har inte deltagit i avtalet om överlåtelse av företaget och kan således enligt EUD inte vara tvungen att mot sin vilja arbeta för den nye arbetsgivaren,[15] se:

> ”En sådan skyldighet skulle strida mot en arbetstagares grundläggande rättigheter. Denne skall vara fri att välja sin arbetsgivare och inte vara skyldig att arbeta för en arbetsgivare som han inte fritt har valt.”[16]

Det är dock viktigt att betona att arbetstagarens val att inte följa med över till förvärvaren måste ske av egen fri vilja. Om arbetstagaren inte vill följa med över till förvärvaren eftersom denne erbjuder sämre anställningsvillkor än vad som är möjligt enligt Direktivet, är arbetstagarens val inte att se som dennes fria vilja.

Man kan notera att tidigare tysk rätt, Art. 613 a i Bundesarbeitsgerichts, gav ett längre gående skydd åt arbetstagaren i och med att anställningsförhållandet vid övergång fortsatte att gälla med överlåtaren, om arbetstagaren motsatte sig en övergång av anställningsförhållandet, på liknande sätt som gäller i svensk rätt för material- och immaterialrättsligt tung verksamhet. EUD klargör även i målet att uttrycket ”lagar eller andra författningar” i Art. 7 i Direktivet även innefattar de nationella domstolarnas tolkning av lagar eller andra författningar i nationell rätt.[17] Detta är en intressant kommentar med tanke på den svenska arbetsrättens starka praxisstyrning.

I Mål *C-466/07 Dietmar Klarenberg* klargörs följande:

> ”52 Domstolen har redan slagit fast att en eventuell skyldighet att säga upp privaträttsliga anställningsavtal vid övergång av en ekonomisk verksamhet till en offentligrättslig juridisk person utgör, enligt Art. 4.2 i direktiv 2001/23, en väsentlig förändring av arbetsvillkoren, till nackdel för arbetstagaren, som en direkt följd av övergången, vilket innebär att arbetsgivaren i ett sådant fall ska anses vara ansvarig för att anställningsavtalen har upphört (domen i det ovannämnda målet

[15] För ett utökat resonemang om tillämpningen i några olika medlemsländer se Hartzén, m.fl., 2008, generellt.
[16] Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas.*
[17] Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas*, p. 38. Detta är även i överensstämmelse med Art. 30 i Rättighetsstadgan.

> Mayeur, punkt 56). Att det eventuellt är omöjligt efter en övergång att ge en arbetstagare en tjänst i den organisationsstruktur som förvärvaren inrättat som motsvarar arbetstagarens tjänst hos överlåtaren kan, om den leder till en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för arbetstagaren, jämställas med att arbetsgivaren är ansvarig för att anställningsavtalet har upphört enligt denna bestämmelse."

Detta ger därmed ett långtgående ansvar för anpassning hos förvärvaren för att arbetsvillkoren inte ska anses ha genomgått en väsentlig negativ förändring, även när en sådan förändring följer av organisationsstrukturen. Det kan även uttryckas som att det föreligger en legitim förväntan hos arbetstagarna både på övergång enligt Direktivets avvägning och att kunna påräkna en förutsägbarhet för anställningsvillkor.[18]

I Mål *C-396/07 Juuri*[19] tydliggör EUD att ansvaret blir olika om en arbetstagare säger upp sig själv på grund av förändringar i anställningsavtalet eller i kollektivavtalade villkor. Målet handlar om arbetsgivarens ansvar gentemot en anställd som själv har avslutat sitt anställningsavtal med anledning av att anställningsvillkoren avsevärt har försämrats, eftersom övergången har lett till att ett annat kollektivavtal tillämpas.

Medlemsstaterna är inte skyldiga att garantera arbetstagaren samma rätt till ekonomisk ersättning från förvärvaren som när det rör sig om ett rättsstridigt upphävande från arbetsgivarens sida av anställningsavtalet eller anställningsförhållandet. Den nationella domstolen har emellertid skyldighet att garantera att förvärvaren under sådana omständigheter åtminstone ansvarar för de följder som föreskrivs i de nationella bestämmelserna. Detta gäller under förutsättning att dessa bestämmelser är tillämpliga på ett upphävande av anställningsavtalet eller anställningsförhållandet från arbetsgivarens sida. Bestämmelserna kan röra utbetalning av lön och andra motsvarande förmåner som gäller under uppsägningstiden.

Detta betyder att ett formellt skydd ges mot att förvärvaren ändrar anställningsvillkoren på ett sådant sätt att arbetstagaren säger upp sig, och där förvärvaren ses som ansvarig, men ansvarig för vad? Ersättningsnivån måste garanteras utifrån t.ex. den uppsägningslön som skulle ha utbetalats av förvärvaren, om förvärvaren sagt upp arbetstagaren. Dock ger Direktivet ingen garanti för en avskräckande påföljd likt den som normalt ges vid felaktig uppsägning eller felaktigt avsked.

---

[18] Skandalis, Ioannis, *Balancing Employer and Employee Interests: Legitimate Expectations and Proportionality under the Acquired Rights Directive*, Thesis, Trinity College, University of Oxford, 2012, s.223 ff.

[19] (50) Mål C-396/07 *Mirja Juuri mot Fazer Amica Oy*, ECLI:EU:C:2008:656 (Mål C-396/07 *Juuri*).

8.3 Viktning av personal utifrån verksamhet

Vid bedömning av huruvida identitet i verksamhet föreligger, ska olika verksamheter viktas olika. Värderingen kommer därmed att skilja om det är en materialintensiv, en immaterialrättsligt intensiv eller en personalintensiv verksamhet. Vad är det som utmärker en personalintensiv verksamhet?

Redan i Mål *C-13/95 Süzen* p. 19 klargörs att ett frivilligt övertagande av majoriteten av arbetstagarna i vissa fall kan vara tillräckligt för att övergång enligt Direktivet ska anses föreligga. Detta tydliggörs och utvecklas i Mål *C-51/00Temco*. Följande utspelar sig i *Temco-domen*. Företag A lägger ut städningen på entreprenör B, som i sin tur lägger ut det på underentreprenör C. B mister entreprenaden och A gör en förnyad upphandling av städningen och lägger i stället ut städningen till entreprenör D. C säger upp alla utom fyra arbetstagare. På grund av tillämpningen av ett kollektivavtal i branschen anställer D 75% av C:s arbetstagare. Inga tillgångar övergår från företag C till företag D. Företag C fortsätter att existera under en begränsad period men bedriver ingen verksamhet, eftersom det förlorade kontraktet var det enda uppdraget.

EUD drar konsekvensen utifrån sitt resonemang i Süzen-domen, d.v.s. att en övergång i städentreprenad är beroende av att processen är förenad antingen med betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan företagen eller med ett övertagande av en huvuddel, till antal och kompetens, av den personal som föregångaren avdelade för att utföra uppgiften. EUD:s bedömning blir därmed att det föreligger en övergång i Direktivets mening. Initialt jämställer man här identitet i verksamhet med avgränsningen av ekonomisk enhet för personal, något som i senare praxis utvecklas till två bedömningar, även om argumenten ofta sammanlänkas. Inom verksamheter, som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft, behöver det inte finnas några betydande materiella eller immateriella tillgångar. Ett strukturerat kollektiv av arbetstagare kan utgöra en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, om grupperingen av arbetstagare är tillräckligt självständig. Med det förstås att ledningen för grupperingen relativt fritt och oberoende kan organisera arbetet inom gruppen och ge order och instruktioner samt fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare inom den aktuella enheten utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer.[20]

Frågan om det föreligger identitet mellan enheterna före respektive efter det att enheten övertagits av en ny arbetsgivare är beroende av vilken typ av verksamhet som bedrivs av den ekonomiska enheten. En

[20] Mål C-108/10 *Scattolon*, p. 51.

ekonomisk enhet, som utgörs av ett kollektiv av arbetstagare, kan anses behålla sin identitet om dessa övertar en huvuddel av personalstyrkan såvitt avser antal och kompetens. I sådant fall anses den nye arbetsgivaren förvärva en organisation av tillgångar som gör det möjligt för honom att varaktigt fortsätta överlåtarens verksamhet eller viss del av denna verksamhet.[21].

Även i Mål *C-60/17 Somoza Hermo*[22] kommer EUD fram till att en reglering om att ta över personal kan, på samma sätt som i Mål *C-51/00 Temco*, ha sitt ursprung i en skrivning i kollektivavtal. Märk här knytningen till ”en ekonomisk enhet”:

> ”Vidare gäller att även om den spanska regeringen i sitt skriftliga yttrande har hävdat att VINSA enligt ett kollektivavtal var skyldigt att låta personalen i Esabe Vigilancia gå över till VINSA, ändrar en sådan omständighet i vart fall inte det faktum att övergången avser en ekonomisk enhet. Det ska för övrigt understrykas att kollektivavtalet för säkerhetsföretag har samma syfte som direktiv 2001/23 och att detta kollektivavtal, när det gäller övertagande av en del av personalen, uttryckligen avser det fallet att det sker en förnyad upphandling, såsom den som är aktuell i det nationella målet.”

Målet rör huruvida det är att se som övergång av verksamhet när en uppdragsgivare har hävt det kontrakt för tillhandahållande av tjänster avseende övervakning av anläggningar som ingåtts med ett företag och därefter har ingått ett nytt kontrakt med ett annat företag. I fallet reglerar kollektivavtalet att det ska ses som övergång av verksamhet när förvärvaren tar över en huvuddel – i förhållande till antal och kompetens – av den personal som överlåtaren hade avdelat för att fullgöra tjänsterna, under förutsättning att en ekonomisk enhet övergår från överlåtaren till förvärvaren.[23]

Det stora problemet med det fjärde kriteriet, personalkriteriet, är dock att skyddssyfte och bedömningskriteriet hamnar i ett motsatsförhållande. Det man vanligtvis tvistar om är huruvida personalen har rätt att gå över. Att i det läget undersöka om personalen faktiskt har gått över för att klarlägga om rättigheten finns blir märkligt. Denna otydlighet ger ett praktiskt problem för alla berörda parter, som inte med säkerhet vet om personal ska tas över i personalintensiv verksamhet. Osäkra rättslägen skapar generellt sett en ekonomisk ineffektivitet och även oklarhet beträffande skyddssyftets egentliga omfattning.

---

[21] Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*, p. 29.
[22] (71) Mål C-60/17, *Ángel Somoza Hermo, Ilunión Seguridad SA mot Esabe Vigilancia SA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2018:559 (Mål C-60/17 *Somoza Hermo*).
[23] C-60/17 *Somoza Hermo*, p. 38-39.

I kommande delkapitel undersöks anställningsskyddets egentliga omfattning närmare. Vad beror konstruktionen på? Är den ett resultat av att Direktivet inte bara har att beakta ett skyddssyfte för arbetstagarna utan även ska se till arbetsgivarens intressen?

8.4 Sammanvägning av skyddssyfte kontra näringsfrihet i Direktivet vid personalkriteriet?

Ett anställningsskydd ska, som klargjordes i kapitel 2, föreligga i avvägning gentemot andra intressen. I Direktivets skyddssyfte finns en balansering av anställningsskydd mot näringsfrihet vilket får betydelse vid avgränsning av uttolkningen av identitet i verksamhet. Syftet att skydda arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet måste vägas mot arbetsgivarens intresse av att bedriva en ekonomiskt effektiv verksamhet.

Därför väljer EUD att inte se alla arbetstagare i en överlåtelse som skyddsvärda. Praxis utvecklar ett branschkriterium som skiljer på vad som ses som särskilt viktigt för att identitet i verksamhet ska kunna uppkomma mellan olika branscher. I anslutning till de sju *Spijkers*-kriterierna kommer viktningen till stora delar att stå mellan materiellt tunga övergångar, övergångar av verksamheter med stora immateriella värden och övergång av personaltung verksamhet. Det blir dock lätt en skapad motsättning som inte beaktar sammanhanget vilket påpekas bl.a. i brittisk rätts nationella tillämpning, där man invänder mot att EUD inte alltid beaktar att en verksamhet måste kunna ses som en helhet. Lord Penrose uttrycker det på följande vis:

> "We do not read either [Oy Liikenne or Abler] as laying down an invariable requirement that, in the context of a claimed TUPE transfer, a given business must necessarily be characterised as either "asset-reliant" or "labour-intensive", as if those were mutually exclusive categories that defined exhaustively the range of possibilities that could arise. The range of intermediate possibilities appears, a priori, to be unlimited. The cases illustrate the position at one end of the spectrum when a transfer must include the production assets of the entity. In intermediate cases, it must always be an issue for the fact-finding tribunal whether, on an appreciation of all relevant facts and circumstances, the undertaking in question can be said to have been transferred for the purposes of the 1981 regulations."[24]

[24] *Scottish Coal Co Ltd v Crouch Mining Ltd* [2005] CSIH 68 [2006] SC 105, p. 52

Vid övergång av personaltung verksamhet uppstår det i stället ett problem på grund av att mål och medel överlappar varandra. I syfte att undersöka om personalen kan utgöra en egen grund för identitet i verksamhet, och i sig kan utgöra en ekonomisk enhet och därmed ha rätt att gå över, måste vi undersöka om personalen faktiskt har gått över.

Antingen kan majoriteten av personalen ha gått över och på det sättet ge alla i personalen en rätt att gå över. Alternativt kan personalen utgöra en strukturellt organiserad gruppering, som syftar till att uppnå en ekonomisk verksamhet som är att se som mer än bara överförande av arbetsuppgifterna, och på det sättet få en rätt att gå över utifrån att personalen ses som en ekonomisk enhet. Den fråga som kan ställas är om de tillgångar som omfattas av övergången är tillräckliga för att möjliggöra ett fortsatt tillhandahållande av de tjänster som är typiska för den ekonomiska verksamheten i fråga, utan att andra betydande tillgångar eller andra delar av företaget används.[25] Verksamheten kan vara både en huvudverksamhet och en sidoverksamhet.[26] EUD argumenterar ofta enligt båda dessa linjer samtidigt, men låt oss för klarhetens skull särskilja dem och granska dem en och en.

Låt oss kalla situationen att en majoritet, kvantitativ och/eller kvalitativ, har gått över från överlåtaren till förvärvaren för ”majoritetsfallet” och situationen att personalen i sig utgör en strukturellt organiserad grupp för ”organisationsfallet”.

8.4.1.Majoritetsfallet

Hur tungt väger övertagande av en majoritet av personalen för att avgöra frågan om identitet i verksamhet har uppkommit? Frågan vilar på förutsättningen att övergången sker i en bransch som är personaltung och där inget motsäger att personalen kan ses som en ekonomisk enhet.

EUD klargör att övergång inte anses ha skett på grund av att personalen inte har tagits över, vilket antyder att ett övertagande kunde ha gett motsatt utgång.
Flera domar behandlar situationen när en personaltung verksamhet föreligger och förvärvaren väljer att inte ta över personal. Se t.ex. Mål *C-463/09 María Socorro*[27] beträffande ett kommunalt återtagande av städning, där EUD konstaterar:

> ”Förvisso framgår det av domstolens praxis att städverksamhet såsom den som är i fråga i det nationella målet kan ses som en verksamhet som i huvudsak baserar sig på arbetskraft

[25] Mål C-458/05 *Jouini*, p. 34.
[26] Rönnmar, Mia, ‘Transfers of undertakings, collective redundancies and employer insolvency’ i Barnard, Catherine & Peers, Steve (red) *European Union Law*, 2020, s. 619.
[27] (56) Mål C-463/09 *CLECE SA mot María Socorro Martín Valor och Ayuntamiento de Cobisa*, ECLI:EU:C:2011:24 (Mål C-463/09 *CLECE SA*).

> …och således kan ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam städverksamhet, när inga andra produktionsmedel finns, utgöra en ekonomisk enhet ...”[28]

Det krävs emellertid att verksamhetens identitet behålls efter den aktuella transaktionen. Eftersom kommunen inte återanställde de arbetstagare som städföretaget tidigare hade avdelat för denna uppgift, och ej heller tog över materiella eller immateriella tillgångar ser inte EUD det som en övergång.
Enligt EUD är med andra ord verksamheten identisk men det föreligger inte identitet i verksamhet, eftersom detta är en personaltung verksamhet och kommunen väljer att anställa annan personal.

Att det är fråga om offentlig verksamhet är dock inte något hinder för övergång, inte ens när både överlåtare och förvärvare tillhör offentlig sektor. Det krävs detsamma som inom privat verksamhet, en strukturerad grupp anställda:

> ”När en offentlig myndighet i en medlemsstat övertar personal som är anställd vid en annan offentlig myndighet och som har till uppgift att tillhandahålla kompletterande service till skolor, inbegripet bland annat underhållsarbete och administrativt bistånd, rör det sig om en övergång av företag som omfattas av direktiv 77/187, när nämnda personal utgörs av en strukturerad grupp anställda som är skyddade i egenskap av arbetstagare enligt nämnda medlemsstats nationella lagstiftning.”[29]

I inget av målen har dock argumentationen beträffande skyddsvärdet utvecklats. Varför uppkommer ett större skyddsvärde om majoriteten av de anställda tas över, vilket ger de resterande en rätt att gå över utifrån identitet i verksamhet, än om en minoritet tas över? Skapar själva övertagandet av en majoritet ett eget samband som ger utökade rättigheter för alla anställda i den övergående enheten? Logiken är inte slående. Skulle övertagande av 51% av personalen i en personaltung verksamhet skapa ett större skyddsvärde för resterande 49% än om ett övertagande av 49% av personalen hade skett?

EUD verkar i detta fall ha svårt att tydliggöra vad som anses vara orsaken till att ett skydd uppkommer i den första situationen men inte i den andra. Om ett övertagande av majoriteten av personalen betyder att identiteten i verksamheten övertas, ska det därmed förstås som att man även tar över en ekonomisk enhet? Bildar majoriteten alltid de produktionsfaktorer som behövs för att kunna driva en ekonomisk verksamhet vidare?

---

[28] Mål C-463/09 *CLECE SA* p. 39.
[29] Mål C-108/10 *Ivana Scattolo*n, p. 66.

EUD:s avgöranden i denna del framstår som svårförståeliga. Det avgörande för om identitet i verksamhet föreligger borde i stället vara huruvida övertagandet av personalen, majoritet eller minoritet, kan ses som övertagande av en ekonomisk enhet. Detta är något som EUD är inne på i Schmidtfallet,[30] där övertagande av en städerska, som utgjorde bankens hela städpersonal, både kan argumenteras utifrån att majoriteten, d.v.s. den enda berörda, togs över men kan även ses som att städfunktionen, den ekonomiska enheten, togs över.

Man kan argumentera för att övertagande av majoriteten av personalen först ska bedöms för att därefter bedöma om den utgör en ekonomisk enhet, såsom tidigare forskning har gjort.[31] Resonemanget faller dock på att det inte går att motivera ett minskat skyddsvärde bara för att en minoritet tas över. Vi kommer i stället hela tiden tillbaka till avgränsningen av den ekonomiska enheten som den verkliga grunden till om personalen ska ha rätt att gå över.

Om vi vänder på resonemanget, kommer övertagande av en strukturerad arbetsorganisation, det som ses som en ekonomisk enhet, även att innebära att man tar över identiteten i verksamheten? Eller är det snarare identitet i en del av en verksamhet? Här kommer yttre och inre form att bli avgörande för avgränsningen av verksamheten.[32]

8.4.2 Organisationsfallet

EUD har klargjort att en verksamhet måste bestå av mer än själva arbetsuppgifterna för att en ekonomisk enhet ska anses föreligga, men det står klart att något mer måste till för att tydliggöra verksamhetens gränser. Verksamheten måste vara organiserad.

Endast den omständigheten att den av förvärvaren utövade verksamheten är likartad, eller till och med identisk, kan inte leda till slutsatsen att den ekonomiska enheten består. En enhet kan nämligen inte endast likställas med den verksamhet som den bedriver, enligt EUD.[33]

Organisationen kan t.ex. tydliggöras av att arbetsledning följer med eller att arbetets struktur klargör att det har en egen organisationsform.

EUD:s senare praxis visar på en förändrad syn på ekonomisk enhet som i mycket överstämmer med slutsatserna i avhandlingens kapitel 4. En ekonomisk enhet behöver inte vara en pågående ekonomisk verksamhet. Det som dock måste föreligga är möjligheten för den ekonomiska verksamheten att existera genom att produktionsfaktorer förs över.

---

[30] Mål C-392/92 *Schmidt*.
[31] Se Mulder, 2004, s. 134 ff. samt tidigare genomgång i kap. 4.1.2.
[32] Yttre och inre form behandlas i kap. 10 och kap. 11.
[33] Se t.ex. det tidigare refererade rättsfallet Mål C-463/09 *CLECE SA*.

I Mål *C-298/18 Grafe* bedömer EUD att en övergång av bussentreprenad har skett trots att bussarna inte förs över. Från perspektivet huruvida identitet i verksamhet föreligger kan detta förefalla märkligt. Men om man i stället börjar med att betrakta huruvida en ekonomisk enhet förs över, blir det tydligare. Det som förs över vid en övergång är produktionsfaktorer, i detta fall busschaufförernas kunskap och erfarenhet. I ett tioårigt kontrakt kommer bussarna att bytas ut flera gånger, varför kärnan i verksamheten i stället är busschaufförerna. Det kan noteras att även i vissa svenska regioner förekommer i dag en annan tillämpning beträffande bussentreprenad, där personalen tas över utan att bussarna går över.[34]

Samma resonemang kan tillämpas på Mål *C-344/18 ISS Facility Services*. Här delas en administrativ tjänst delas upp mellan flera olika förvärvare, med förbehållet att det ska vara möjligt enligt nationell rätt och inte försätta arbetstagaren i ett sämre läge. Även här kan det vara svårt att följa domstolens resonemang, men om man följer huruvida produktionsfaktorer förs över är det möjligt att klarare se att det är arbetstagaren som utgör produktionsfaktorn.

Argumentationen i tidigare praxis att arbetets organisation tydliggörs av förekomsten av en arbetsledning verkar hänföra sig till en industriell era, där ingen utför arbete om inte förmannen kontrollerar att så sker. I ett tjänstesamhälle sker kontrollen ofta mer indirekt eller via digitala verktyg, såsom incheckning eller kundnöjdhet. Personalen benämns ”kunskapskapitalet” och ses som en förvärvad tillgång.

Vad som organisatoriskt håller samman en verksamhet blir alltmer komplext, särskilt som arbetsuppgifterna utförs mer och mer självständigt. Det är just arbetsuppgifternas utförande som i allt större utsträckning ger en indikation på om verksamheten före och efter övergång är densamma. En metodik i att bedriva t.ex. demensvård ses enklast via arbetets utförande, d.v.s. arbetsuppgifterna, mer än någon form av arbetsledning.[35]

Den fråga som möjligen skulle kunna klargöra gränserna för personalövertagande i personaltung verksamhet, enligt ovan, är om personalen kan avgränsas som en produktionsfaktor för ekonomisk enhet, vilket behandlas vidare i avhandlingens kapitel 11.

Kapitel 8 visar på ett problem när personal utgör det enda kriteriet i en personaltung verksamhet. Är gränserna för när personal kan gå över

[34] Intervju, Lundén, Peter, jurist, och bitr. chef för bussektionen, Region Stockholm, 1 juni 2021. Intervju beträffande övertagande av personal vid upphandling av bussentreprenad i Stockholm.
[35] Se mer om betydelsen av arbetets organisation och ledning i kap. 11.4.

utifrån den EU-rättsliga avvägningen mellan anställningsskydd och näringsfrihet fortfarande adekvata eller bör tolkningen ses annorlunda på en arbetsmarknad som mer är inriktad på tjänsteproduktion än industri?

8.5 Sammanfattning av kapitel 8

Skyddssyftet vid övergång av verksamhet gäller endast de arbetstagare som kan ses som anställda hos överlåtaren vid övergångstillfället. Bedömningen av vilka som ses som anställda kan antingen ske i direkt anslutning till övergången eller vid senare tillfälle. Om en arbetstagare som vid övergångstillfället var anställd hos överlåtaren senare återfinns som anställd hos förvärvaren kan detta innebära att skyddssyftet i vissa fall kan utsträckas genom att en övergång enligt Direktivet anses ha skett.[36] Direktivet är även tillämpligt när bytet av arbetsgivare sker i två steg, såsom vid entreprenad, samt när arbetstagarna tillfälligt har upphört att vara anställda i verksamheten om uppsägningen relaterar till verksamhetsövergången.

EUD klargör att övergången inte kan avtalas till ett annat datum än det faktiska, samt att det är viktigt att beakta alla omständigheter vid transaktionen, särskilt hur man har förfarit med överlåtningsbara och icke överlåtningsbara tillgångar samt huruvida majoriteten av de anställda, kvalitativt eller kvantitativt, har tagits över. Denna bedömning verkar inte skilja mellan privat och offentlig sektor.

I kapitlet belyses ett pedagogiskt och praktiskt problem genom att personalkriteriet både är ett mål och ett medel i bedömningen av om personal har rätt att gå över i personaltung verksamhet, när verksamheten inte har stöd av övertagande av materiella eller immateriella rättigheter.

Personal ska tas över utifrån att den kvantitativa eller kvalitativa majoriteten går över eller att verksamheten är organiserad på ett sådant sätt att den blir en tydlig enhet.

Vid genomgång av kravet på att verksamheten ska vara organiserad på ett tydligt sätt, ger inte heller detta en tillräcklig tydlighet i praktiken. Det som framstår som en möjlighet är att via klargörande av om en ekonomisk enhet har gått över, att undersöka om personalen i sig kan utgöra adekvata produktionsfaktorer. En diskussionen om ekonomisk enhet, i samband med behandlingen av fjärde verksamhetskriteriet, d.v.s. personal, följer i kapitel 10. Men först återstår att klargöra betydelsen av kundkrets, verksamhetsbegrepp och kontinuitetskrav i kapitel 9.

---

[36] Case 101/87 *Bork*.

Kapitel 9: Kundkretsen, verksamhetsbegrepp och kontinuitetskravet

Inledning
Tre kriterier finns kvar att diskutera; det femte om kundkretsen, sjätte om verksamhetsbegreppet och det sjunde om verksamheten har legat nere, och i så fall hur länge.
Dessa kriterier har alla flera funktioner. Här kommer särskilt det sjätte kriteriet om verksamhetsbegreppet att diskuteras mer ingående, eftersom det har en funktion som i mycket tangerar begreppet ekonomisk enhet. I det föregående kapitlet som handlade om det fjärde kriteriet, personalövertagande, lämnades en fråga obesvarad nämligen huruvida begreppet ekonomisk enhet även fullt ut kan gälla för en personalgrupp, när personal utgör det enda kriteriet i en personaltung verksamhet. I det sjätte kriteriet ligger vissa svar begravda.

9.1 Femte kriteriet – Har kundkretsen tagits över?
9.2 Sjätte kriteriet – Verksamhetsbegreppet
9.2.1 Skillnaden mellan det första och det sjätte kriteriet
9.2.2 Sjätte kriteriet och begreppet ekonomisk enhet
9.2.3 Definitionen av begreppet ekonomisk enhet överlappar verksamhetskriteriet
9.2.4 Enskilda eller kollektiva rättigheter?
9.2.5 En sammanhållen verksamhet
9.3 Sjunde kriteriet – Har verksamheten legat nere och i så fall hur länge?
9.4 Sammanfattning

9.1 Femte kriteriet – Har kundkretsen tagits över?

Kundkretsen är ofta ett företags marknadsmässiga avgränsning och kan därmed indikera om förvärvaren appellerar till samma kunder som överlåtaren gjorde. Kriteriet ges inte någon självständig innebörd utan får i stället karaktären av ett hjälpkriterium. I tidigare genomgång av kriterium två, tre och fyra; material, immaterialrättsliga värden och övergång av personal, har dessa getts självständiga värden, men de kan fortfarande vara beroende av hjälpkriterium för att den sammanlagda viktningen ska kunna ske.

Av detta skäl kommer den fortsatta framställningen att utgå ifrån hur detta hjälpkriterium påverkar kriterium två, tre och fyra. Därefter kommer en uppdelning att ske av hur diskussionen skiljer sig åt mellan privat och offentlig sektor beträffande betydelsen av huruvida kundkretsen har följt med vid övergången.

I *Case 24/85 Spijkers* hade inga kunder följt med vid övergången. Materiellt startade den rättsliga genomgången med att undersöka om det kunde vara en övergång trots att kundkretsen inte var densamma. Slutsatsen i domen blir att detta inte betraktas isolerat utan måste ses i samband med övriga kriterier. I Mål *C-172/99 Oy Liikenne* klargör EUD att övertagandet av avtalet att köra busslinjerna inte i sig kan ses som ett immaterialrättsligt övertagande utan som ett övertagande av kunderna.[1]

Övertagande av kunder kan dock även vara ett ultimativt krav. I Mål *C-194/18 Dodič*, slöt Banka Koper ett överlåtelseavtal med Alta Invest. I enlighet med nationell lag i Slovenien överlät Banka Koper till Alta Invest rättigheten till förvaltning av alla finansiella instrument och övriga tillgångar som bolaget förvaltade för sina kunder, liksom redovisningen av kundernas värdepapper, övriga investeringstjänster och sidotjänster.

Banka Koper informerade i juli 2012 sina kunder om möjligheten att vända sig till Alta Invest och erbjöd särskilda fördelar om de valde detta alternativ. Nittioen procent valde då att anlita Alta Invest. I september sades vissa anställda hos Banka Koper, som tidigare sysslat med dessa värdepapper, upp från sina tidigare anställningsavtal och erbjöds nya avtal hos Banka Koper.

En arbetstagare, Dodič, motsatte sig detta och hävdade att en övergång av verksamhet hade skett. Banka Koper menade att överlåtelsen varken berörde arbetstagarna, lokalerna eller arbetsverktygen samt att dess kunder hade rätt att välja en ny tillhandahållare av investeringstjänster. När inga traditionella materiella resurser eller ingen organisationsstruktur har gått över utan enbart finansiella instrument, blir fokus i stället på huruvida kunderna har gått över. Detta måste dock ske utifrån en helhetssyn. Den betydelse som ska tillmätas de olika kriterierna varierar med hänsyn till den verksamhet som bedrivs eller de produktions- eller driftsmetoder som används i det aktuella företaget, verksamheten eller delen av en verksamhet.

De immateriella tillgångarna ingår på detta sätt i den berörda ekonomiska enhetens identitet, vilket utifrån verksamhetens förutsättningar

[1] Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 40-41: “40 Under sammanträdet betonade ombudet för svarandena i målet vid den nationella domstolen det ekonomiska värdet av det avtal som slutits mellan SAD, den upphandlande myndigheten, och Liikenne genom att ange att det rör sig om en betydande immateriell tillgång. Detta värde kan inte bestridas. När det är fråga om ett kontrakt som skall förnyas, saknar en sådan immateriell tillgång emellertid i princip värde vid utgången av kontraktet med den tidigare kontraktsinnehavaren, eftersom kontraktet skall bli föremål för ny upphandling.
41 Om ett sådant upphandlingsförfarande som det är fråga om i tvisten vid den nationella domstolen föreskriver att den nya innehavaren av kontraktet skall överta de pågående avtalen med kunderna eller om huvuddelen av kunderna kan anses som fasta, skall det emellertid anses som att kunderna har överlåtits.”

formar grunden för att en ekonomisk enhet har existerat bestående av finansiella instrument och kunder.

Att 91% av kunderna valde att gå över skapar i rättsfallet grunden till att undersöka om övergång har skett. ”För att den transaktion som är i fråga i det nationella målet ska kunna klassificeras som ’överlåtelse av en del av ett företag’ måste det först fastställas att kunder överlåtits.”[2] Men EUD klargör dock att övertagandet av kunder inte räcker i sig, det måste ses i samband med något annat kriterium, ”i synnerhet inte, eftersom detta konstaterande gjordes efter det att överlåtelseavtalet hade slutits mellan de båda bolagen.”[3]
’

Det ses även som betydelsefullt att överlåtaren hade gett sina kunder incitament att gå över till förvärvaren, vilket enligt EUD talar för övergång av del av verksamhet.[4] Det är dock upp till nationell domstol att vikta betydelsen av de kriterier som domstolen påtalar i det enskilda målet.

9.2 Sjätte kriteriet – Verksamhetsbegreppet

Verksamhetsbegreppet måste i detta delkapitel först särskiljas mot det första kriteriet, arten och inriktningen för att därefter preciseras och diskuteras utifrån hur begreppet skiljer sig, och samspelar, med ett annat begrepp; ekonomisk enhet.

9.2.1 Skillnaden mellan det första och det sjätte kriteriet

Verksamhetsbegreppet har en nära anslutning till det första kriteriet, arten och inriktningen av verksamheten, varför man först måste beakta hur dessa kan särskiljas. Det första kriteriet innebär, som tidigare behandlats, en bedömning av huruvida överlåtare och förvärvare är i samma bransch och har samma inriktning.

Det första kriteriet får i detta sammanhang ses som mer grovhugget. En undersökning av huruvida överlåtare och förvärvare är aktiva inom samma bransch kan möjligen säga oss om vi befinner oss i samma härad, d.v.s. om det överhuvudtaget är aktuellt att gå vidare med det sjätte kriteriet. Medan det sjätte kriteriet, som i detta fall, ger en mer detaljerad jämförelse än bara bransch och inriktning.

Verksamheten ska därmed inte bara befinna sig i samma bransch utan även förete en likhet i sak utifrån t.ex., process, organisation eller, som

[2] Mål C-194/18 *Dodič,* p. 40.
[3] Mål C-194/18 *Dodič,* p. 44.
[4] Mål C-194/18 *Dodič,* p. 41.

det visar sig i praxis, igenkännande av några andra funktioner, vare sig man uttrycker det som ”verksamhetens själ” eller inte. Branschkriteriet kan därmed inte vara det enda utslagsgivande utan granskningen måste vara betydligt mer finfördelad för att kunna klarlägga om identiteten i verksamheten består.

9.2.2 Sjätte kriteriet och begreppet ekonomisk enhet

I EUD:s argumentation framförs liknande beskrivningar av vad som utgör övergång av en verksamhet enligt sjätte kriteriet och vad som utgör övergång av en ekonomisk enhet. Orsaken till detta är att verksamheten ibland beskrivs som en ekonomisk verksamhet, ett begrepp som även används för ekonomisk enhet i EUD:s tidiga praxis.

I *Case 24/85 Spijkers* uttrycks verksamhetskriteriet som ”the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer”. Detta skulle kunna tydas som att arbetsuppgifterna före och efter övergången skulle kunna få betydelse, men i senare domar klargör EUD att den avser även att avskilja ”arbetsuppgifter” från begreppet ”verksamhet”.

Att bara överföra arbetsuppgifter kan inte i sig indikera en likhet i verksamhet. En verksamhet kan nämligen enligt EUD inte reduceras till att innebära bara den verksamhet som den bedriver. Dess identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftsmetoder och, i förekommande fall, det driftskapital som verksamheten förfogar över. Det blir här än tydligare att verksamhetens avgränsning till stora delar bedöms enligt liknande grunder som de som utmärker den ekonomiska enheten.

Hur förhåller sig detta till övergång av sidoverksamheter, d.v.s. en verksamhet som inte utgör kärnverksamhet utan i stället är en stödverksamhet såsom städning? EUD klargör att Direktivet inte ska tillämpas på en situation där en uppdragsgivare, som hade givit städuppdraget avseende sina lokaler till en första företagare, säger upp det avtal som han hade slutit med denne och sluter ett nytt avtal med en andra företagare, för utförande av liknande uppdrag. Om denna process inte är förenad med vare sig en övergång av betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan de båda företagarna, eller ett övertagande, av den nye företagaren, av en huvuddel — i förhållande till antal och kompetens — av personalstyrkan som hans föregångare avdelade för att fullgöra sitt avtal.[5]

Övergången måste hänföra sig till en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av ett visst arbete.[6] Begreppet ekonomisk enhet avser följaktligen en sådan

[5] Se Mål C-13/95 *Süzen*.
[6] Se Mål C-48/94 *Rygaard*.

organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.[7]

Diskussion i EUD har därmed landat i att sidoverksamheten bedöms på egna meriter och inte utifrån hur den relaterar till kärnverksamheten. För att Direktivet ska vara tillämpligt på sidoverksamhet gäller detsamma som för kärnverksamhet; övergången måste hänföra sig till en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av ett visst arbete.[8] Vi kan här se ett överlappande mellan ekonomisk enhet och kriterier 4, 6 och 7.

En sådan enhet måste i och för sig vara tillräckligt strukturerad och oberoende, men den behöver inte nödvändigtvis ha betydande materiella eller immateriella tillgångar. Inom vissa ekonomiska sektorer, såsom städning och bevakning, är tillgångarna ofta minimala och verksamheten i huvudsak baserad på arbetskraft. En organiserad grupp av arbetstagare, som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag, kan således i brist på andra produktionsfaktorer utgöra en ekonomisk enhet.

Det förhållandet att det finns en tillräckligt strukturerad och oberoende enhet inom det företag som har erhållit kontraktet påverkas i princip inte av att detta företag, vilket för övrigt är vanligt, ska iaktta noggrant angivna skyldigheter som den upphandlande delen av organisationen har ålagt det.

Även om det kan hända att den upphandlande huvudmannen har stort inflytande på den tjänst som företaget ska tillhandahålla, har entreprenören ändå normalt en viss frihet. Friheten att organisera och utföra tjänsten i fråga, på så sätt att det inte kan uppfattas som att företagets uppdrag enbart går ut på att ställa sin personal till den upphandlande huvudmannens förfogande.[9]

9.2.3 Definitionen av begreppet ekonomisk enhet överlappar verksamhetskriteriet

De kriterier som domstolen initialt tillämpade efter Direktivets tillkomst för att definiera om det förekommit en ”överlåtelse” i den mening som avses i Art. 1.1 i Överlåtelsedirektiv 77/187 inkluderar förekomsten av en sorts ekonomisk enhet med kriterier som i flera fall är samma eller liknar de som används beträffande verksamhetskriteriet:

1) En sådan organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet

[7] Se Mål C-13/95 *Süzen*, p. 20.
[8] Mål C-48/94 *Rygaard*.
[9] Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*.

2) Genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas
3) Att denna enhet är varaktigt organiserad
4) Att verksamheten inte är begränsad till att utföra ett visst arbete
5) Att det sker en avtalsgrundad förändring av vilken fysisk eller juridisk person som svarar för enhetens drift
6) Den nye ägaren bedriver samma verksamhet med kontinuitet i fråga om dess personal, arbetsledning, arbetsorganisation, driftsmetoder eller det driftskapital som denne förfogar över. [10]

Vad händer om en ekonomisk enhet definieras av materiella rättigheter men dessa rättigheter inte flyttas över p.g.a. av omständigheter som inte beror på vare sig överlåtare eller förvärvare? Betyder det att den ekonomiska enheten kan ändra skepnad när verksamheten förändras?

I Mål *C-194/18 Dodič* uppstår som tidigare klargjorts frågan om en övergång av finansiella instrument har skett vilket föranleder EUD att klargöra följande om ekonomisk enhet:

- Den måste hos överlåtaren ha varit en varaktigt organiserad ekonomisk verksamhet, men inte lika självklart ha gått över i samma form.
- Den kan i stället avse en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende

Denna/dessa ska kunna bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilket ett särskilt syfte eftersträvas:

> ” …den omständigheten att en ekonomisk enhet inom ramen för ett upphandlingsförfarande övertar en viss verksamhet som fordrar betydande verksamhetstillgångar men på grund av rättsliga, miljömässiga eller tekniska krav som den upphandlande myndigheten uppställt inte övertar sådana verksamhetstillgångar som tillhörde den ekonomiska enhet som tidigare bedrev denna verksamhet, inte nödvändigtvis utgör hinder för att denna verksamhetsövergång ska anses utgöra en överlåtelse av företag, förutsatt att andra sakomständigheter – såsom att merparten av personalen övertagits och verksamheten har fortgått utan avbrott – ger vid handen att den ifrågavarande ekonomiska enheten har bevarat sin identitet, vilket det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera.” [11]

Ett sätt att argumentera är därmed att hävda att olika branscher har olika avgränsning av verksamhetsbegreppet ett annat att det föreligger

[10] Generaladvokatens förslag till dom, Mål C-234/98 *Allen*, p. 34.
[11] Mål C-298/18 *Grafe*, p. 41.

skillnader om verksamheten är kärnverksamhet eller inte. Vid övertagande av personalbaserad verksamhet är personalen ofta liktydig med verksamheten, medan vid övertagande av materieltung verksamhet är det i stället huruvida förvärvaren har övertagit materiel som ger en avgränsning för om det föreligger identitet i verksamhet.

I vissa fall har verksamhet avgränsats bort utifrån att den inte tillhör en ekonomisk enhet, vilket har givit större spelrum för vad som är företagsekonomiskt effektivt. I andra fall har verksamheten inkluderat eller förklarats vara något som inte blir relevant, eftersom i stället dess specifika karaktär ska vara avgörande, vilket utökar skyddssyftet.[12]

Av detta framgår att det finns en betydande likhet mellan verksamhetskriteriet och ekonomisk enhet utifrån huruvida en ekonomisk enhet övergår, i och med att kriteriet ”verksamhet” viktas och används för fler bedömningar än vad som avsågs i *Case 24/85 Spijkers*.

9.2.4 Enskilda eller kollektiva rättigheter?

I *C-458/12 Amatori*, behandlas frågan om tillåtligheten vad gäller att gå längre i nationell rätt beträffande arbetstagarens skydd. I målet behandlas frågan om det är möjligt att frångå att en del av verksamhet måste vara en funktionellt självständig ekonomisk enhet som existerade redan före övergången. EUD finner att det inte finns några hinder mot att nationell rätt ger ett större skydd. Intressant är dock hur skyddet definieras.

I målet överförs arbetstagarna utan att de får en möjlighet att avstå från att följa med, vilket enligt EU-rätten normalt skulle innebära att anställningen avslutades. Nu måste de i stället säga upp sig från förvärvaren och arbeta under uppsägningstiden. Målet drivs av några av de anställda som förs över mot sin vilja, och man får därför anta att de skulle ha föredragit att vara kvar hos överlåtaren. Dessa anställda hävdar därmed att den del som förs över skulle kunna utgöra identitet i verksamhet med den tidigare delen som kvarstod. EUD väljer dock att endast nämna den inskränkning som sker i dessa arbetstagares självbestämmanderätt utan att på något sätt värdera den. Således betraktas skyddet som organisatoriskt snarare än ett säkrande av individuella rättigheter.[13]

---

[12] Mål C-458/05 *Jouini*,. p. 34.

[13] Se Mål C-458/12 *Amatori*: “p. 17 Den 28 april 2010 tillsköt Telecom Italia avdelningen IT Operations som apportegendom till dotterbolaget TIIT. Kärandena i det nationella målet, vilka var placerade i denna avdelning, fortsatte sina anställningsförhållanden med förvärvaren i enlighet med Art. 2112.1 i civillagen, utan att ha lämnat sitt samtycke härtill. 18 Kärandena i det nationella målet ansåg inte att denna apport kunde kvalificeras som en övergång av en del av ett företag i den mening som avses i Art. 2112.5 i civillagen. De väckte därför talan vid Tribunale di Trento (domstolen i Trento), i dess egenskap av arbetsdomstol, och yrkade att rätten skulle fastställa att apporten inte kan göras gällande mot dem och att de fortsatt är anställda i Telecom Italia.”

9.2.5 En sammanhållen verksamhet

Verksamhetskriteriet har i många fall bedömts utifrån att en sammanhållen verksamhet har gått över från en överlåtare till en förvärvare. Vad händer om övergången i stället sker till flera förvärvare? Frågan behandlas i Mål *C-344/18 Facility Services*. EUD påpekar att Art. 3.1 i Direktivet inte behandlar situationen att en verksamhet delas upp och övergår på flera förvärvare.[14] Syftet med Direktivet är att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare genom att göra det möjligt för dem att så långt som möjligt fortsätta sin anställning hos den nye arbetsgivaren på samma villkor som hos överlåtaren. I detta avseende menar domstolen att det saknar betydelse om övergången sker till en eller flera förvärvare.[15] Direktivet beaktar även förvärvarens intressen. Det måste bli en rättvis avvägning mellan parterna, och förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten.[16]

Domstolen konstaterar därför att, även om tolkningen att arbetstagaren skulle övergå helt och hållet till den förvärvare som tar över huvuddelen av verksamheten skulle skydda arbetstagarens rättigheter, skulle den alltför mycket belasta förvärvaren. Därför anser man att administratörens anställning i stället övergår till två olika förvärvare på deltid.[17]

9.3 Sjunde kriteriet – Har verksamheten legat nere och i så fall hur länge?

Många branscher har ett stort behov av kontinuitet för att kunna existera. En restaurang som ligger nere i högsäsong förlorar snabbt sin identitet. Om därefter en ny restaurang öppnas i samma lokaler ses detta i många fall som en start av en ny verksamhet i stället för ett övertagande av en gammal verksamhet. Ett övertagande av en etablerad fabrik där samma verksamhet fortsätter att bedrivas kommer i stället att vara mindre tidskänslig. Förutsättningarna är olika för olika branscher. En faktor verkar vara rörlighet av tillgångar. När tillgångar lätt kan flyttas verkar även den tidsrymd som verksamheten kan ligga nere utan att förlora sin identitet vara kortare. För den restaurang som hyr lokal och utrusning ges identiteten av produkten snarare än produktionsenheten, medan det är tvärtom i fallet med fabriken.[18]

---

[14] Mål C-344/18 *ISS Facility Services*, p. 24.
[15] Mål C-344/18 *ISS Facility Services*, p. 27.
[16] Mål C-426/11 *Alemo-Herron*.
[17] Se mer om detta i delkap. 11.2.5.
[18] Intervju Eva-Lotta, Ramberg, Förbundsjurist, Intervju om Hotell och Restaurang 24/10 2019.

De sju kriterierna får även en delvis annan viktning när en övergång sker i en alternativ organisation, där arbetstagarna inte är anställda i verksamheten, såsom entreprenad. Bedömningen måste då grundas utifrån om kärnan i verksamheten består. Kärnan kan ses både utifrån verksamhetens karaktär, verksamhetens art, ekonomisk avgränsning eller tillståndsgivningens förutsättningar. I Mål *C-234/98 Allen* gäller entreprenaden bemanning av gruvdrift där den materiella utrustningen ägs av tredje part. Här väljer EUD att fästa särskild vikt vid att verksamheten fortgår utan avbrott ”…utgör inte desto mindre den omständigheten att arbetena utfördes kontinuerligt utan vare sig avbrott eller förändring av det sätt som de utfördes på ett av de vanligaste kännetecknen för företagsöverlåtelse.”[19]

I Mål *C-472/16 Colino* framgår av domstolens rättspraxis att ett tillfälligt avbrott, under enbart några månader, i företagets verksamhet inte innebär att det är uteslutet att den ekonomiska enhet som är aktuell i det nationella målet har behållit sin identitet. Därmed kan det inte uteslutas att det är fråga om en övergång av företag i den mening som avses i Direktivet. För ett liknande resonemang se, Mål *C-160/14 Brito.*[20] Domstolen har i detta hänseende bland annat slagit fast att den omständigheten att företaget vid tidpunkten för övergången stängdes tillfälligt och inte hade några anställda i sin tjänst är en faktor som ska beaktas vid bedömningen av huruvida övergången avsåg en ännu befintlig ekonomisk enhet. Att företaget tillfälligt stängdes och att det därför inte fanns någon personal vid tidpunkten för övergången medför emellertid inte i sig att det är uteslutet att det är fråga om övergång av företag.[21] Denna slutsats gör sig bland annat gällande i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet där avbrottet i företagets verksamhet visserligen avsåg fem månader men där det i denna period ingick tre månaders skollov.[22]

Att verksamheten återupptagits utan alltför långt uppehåll framhålls i flera domar som ett tecken på att en ekonomisk enhet har gått över. Betydelsen av att en ekonomisk enhet har gått över ger en möjlighet att se det som att verksamheten fortsätter vilket kan ge personalen rättighet att gå över. Det sjunde kriteriet är dock inget som i sig räcker till för att skapa en identitet som ger personalövergång. Den ekonomiska enheten måste bestå av antingen materiella tillgångar, immateriella tillgångar eller personal som är strukturerade och bärare av tillräckliga intressen för att personalen ska anses ha gått över.

---

[19] Se Mål C-234/98 *Allen* p. 33.
[20] (63) Mål C-160/14 *João Filipe Ferreira da Silva e Brito m.fl. mot Estado português*, ECLI:EU:C:2015:565 (Mål C-160/14 *Brito*).
[21] Se Case 101/87 *Bork*, p. 16 och där angiven rättspraxis.
[22] Se Mål C-472/16, *Colino*, p. 41- 43.

9.4 Sammanfattning

Kapitlet har behandlat förutsättningarna för att de tre kriterierna; övertagande av kunder, likhet i verksamhet och huruvida verksamheten legat nere och i så fall hur länge, kan inverka på bedömningen om det föreligger identitet i verksamhet och även samspela med övergång av ekonomisk enhet. Övergång av kunder har visats vara ett kriterium som kan samspela med övriga kriterier men inte räcka i sig. Kriteriet kan dock ha särskild betydelse i vissa typer av verksamhet och där utgöra en förutsättning tillsamman med andra kriterier för att en övergång ska vara möjlig.

Övergång av verksamhet har ofta skildrats som att något mer än arbetsuppgifter har gått över. Nämligen att verksamheten har en avgränsning som ger möjlighet för fortsatt drift. På detta sätt finns det många omständigheter i beskrivningen av verksamhetsbegreppet som påminner om ekonomisk enhet, och begreppen har i praxis använts på ett liknande sätt; ett klargörande av att det måste finnas förutsättningar för att fortsätta en produktion genom att produktionsfaktorer överförs.

Det sjunde kriteriet, huruvida verksamheten legat nere och i så fall hur länge, blir på många sätt parallell med att det är en going concern som övergår, en verksamhet som är ”up and running”. Hur länge en verksamhet kan ha haft ett avbrott, men ändå ses som pågående, kommer att skilja mellan olika typer av verksamhet.

Rainone har i sin omfattande genomgång av faktorer som behandlats i EUD:s domar om övergång av verksamhet försökt se domstolens roll inom EU-arbetsrätten. Som tidigare nämnts under kap. 1.3.3 tar Rainone i sin avhandling upp tre fundamentala principer för arbetsrätt som kan ses som vägledande inom EU-rätten: 1. Att åtgärda den ojämna styrkepositionen i förhandling. 2. Att säkerställa att arbete inte (bara) är en handelsvara utan även har andra funktioner och ger andra rättigheter. 3. Att arbetstagarens rättigheter ska kunna samexistera med marknadsekonomin. Rainone diskuterar huruvida domstolen bidrar till att stärka anställningsskyddet enligt dessa principer eller om EUD mer har hamnat i att se Direktivet som ett arbetsmarknadsinstrument som gynnar näringsfriheten. Hennes slutsats blir att det inte går att se ett klart utfall, utan att omständigheterna i de olika fallen verkar vara mer utslagsgivande än någon överordnad policy. EUD tar hänsyn både till Kommissionen och till nationell rätt i den medlemsstat som riktar frågan till domstolen, men utvecklar samtidigt en egen hållning.[23]

[23] Rainone, 2023, s. 323-324.

Min slutsats, så här långt, är att EUD:s domar beträffande identitet och ekonomisk enhet vid övergång av verksamhet påverkas av flera olika saker. Omständigheterna i de olika fallen är, som Rainone är inne på, en grundfaktor som är mycket styrande. Domstolen uttrycker en vilja till syftestolkning som utvecklar möjligheten att bevaka skyddssyftet genom att kunna ta in verksamhetens förutsättningar i bedömningen av vad som utgör en ekonomisk enhet. EUD:s bedömning är dock sällan linjär utan snarare språngvis. Det som främst blir intressant att följa är domstolens utvecklande av allmänna principer, där en sådan verkar vara EUD:s allt större fokus på att bedömningen måste ske utifrån verksamhetens särskilda förutsättningar.

Kapitel 10: Betydelsen av extern organisatorisk struktur

Inledning
Övergång av verksamhet kan granskas på många olika sätt. Efter att i tidigare kapitel ha delat upp Spijkers kriterierna[1] *och granskat effekterna av att en verksamhetsövergång sker av material, immateriella rättigheter eller personal, blir det i kapitel 10 och 11 tillfälle att granska företeelsen utifrån en annan vinkel. Dels vilken betydelse verksamhetens externa struktur har vid övergång av verksamhet och synen på självständighet, dels vilken betydelse verksamhetens inre organisation får vid bedömning huruvida övergång av verksamhet föreligger. I de tre sista kapitlen i del 2 kommer även diskussionen att vidgas till att inkludera svenska förhållanden för att lägga en grund för del 3 som berör det som är utmärkande för svensk rättstillämpning.*

I kapitel 10 är tre olika vinklar aktuella: 1) Betydelsen av extern struktur när det gäller offentlig sektor kontra privat sektor. 2) Betydelsen av en bolagsmässig placeringen av arbetstagaren såsom personalbolag. 3) Självständighetskravet vid facklig verksamhet och hur detta skiljer sig från kraven vid övergång av verksamhet och ekonomisk enhet. Dessa vinkel blir ett annat sätt att söka svar på vad som kan bli av betydelse för identitet i verksamhet och utgöra en självständig ekonomisk enhet.

10.1 Offentlig sektor
10.1.1 Offentlig sektor - Skiljer bedömningen av övertagande av personal i offentlig sektor mot i privat?
10.1.2 Utvidgning av skyddet
10.1.3 Offentlig organisationens betydelse för uttolkningen av skyddssyftet
10.1.4 Betydelsen av personalgruppens självständighet i personalkriteriet, både beträffande organisation och ekonomisk enhet.
10.1.5 En självständig ekonomisk enhet och sambandet med organisation
10.2 Kan övergång av verksamhet ske vid anställning i personalbolag?
10.2.1 Formell eller faktisk arbetsgivare
10.2.2 Begreppet överlåtare
10.3 Fackliga rättigheter
10.4 Sammanfattning

10.1 Offentlig sektor

En viktig aspekt av extern struktur är huruvida verksamhetens huvudman är privat eller offentlig. I detta delkapitel undersöks betydelsen av offentlig huvudman vid övergång av verksamhet och huruvida bedömningen av övertagande av personal i offentlig sektor skiljer mot privat

[1] Case 24/85 *Spijkers*.

genom att jämföra EUD:s diskussioner angående offentlig och privat verksamhet.

10.1.1 Offentlig sektor - Skiljer bedömningen av övertagande av personal i offentlig sektor mot i privat?

EUD har gått från att behandla offentlig sektor som något helt annat än den privata sektorn till att i dag till stora delar behandla dem på liknande sätt. Generaladvokatens förslag till dom i Mål *C-298/94 Henke* ger dock en mer utvecklad syn på verksamhetsbegreppet utifrån ett fokus på skyddssyftet. Generaladvokaten börjar med att pröva om en kommun kan ses som likställt med ett företag? Begreppet ”företag” definieras varken i Direktivet eller på något annat ställe i den kodifierade gemenskapsrätten.[2] Art. 1.3 Direktivet utgår från företag, del av företag, verksamhet eller del av verksamhet. Där målas bilden av affärsverksamhet i privat sektor, men ska även offentlig verksamhet omfattas?

Redan i målet Mål *C-29/91 Redmond Stichting* avgör dock EUD att en verksamhet inte behöver bedrivas i vinstsyfte för att en inrättning ska anses som ett företag i den mening som avses i Direktivet. Trots att vinstsyfte saknades ansåg EUD nämligen att stiftelsen Redmond Stichting var ett företag. Avgörandet bekräftades år 1994 när EUD i målet Mål *C-382/92 Kommissionen mot Förenade kungariket* uttryckligen hänvisade till domen Mål *C-29/91 Redmond Stichting* vad avsåg begreppet företag i Direktivet.

Generaladvokaten påpekar i p. 16 även att:

> ”Detta gäller så mycket mer som domstolen själv, som Kommissionen påpassligt anmärker, har ställt upp den allmänna regeln, att begreppet ”företag” skall tillmätas den betydelse som är mest lämplig med hänsyn till ändamålet med de berörda gemenskapsreglerna och den praktiska verkan dessa har.”[3]

Domstolen går igenom de olika språkliga versionerna när det gäller översättning av begreppet ”ekonomisk verksamhet” och kommer fram till att en sådan verksamhet inte kan utsträckas till offentlig verksamhet.

---

[2] Bortsett från Art. 196 i Euratomfördraget, som dock inte är relevant här. Generaladvokaten påpekar att det finns emellertid en omfattande rättspraxis från domstolen avseende företagsbegreppet och skillnaden mellan olika företagsbegrepp utifrån den fria rörligheten för tjänster samt inom ramen för konkurrensreglerna.

[3] Uttalandet hänför sig till dom C-7/90 *Vandevenne m.fl.* ECLI:EU:C:1991:363 som rör vägtransport och huruvida företagsbegreppet även kunde omfatta “undertaker”. I p. 8 klargör domen: “It is therefore clear that the legal form of the undertaking referred to in Article 15 is unimportant as long as it is an autonomous natural or legal person carrying on aregular transport business; the decisive factor is the power of organization and control exercised by the undertaking in question over the manner in which drivers and other crew members assigned to road transport carry out their duties.”

Denna utgångspunkt har dock EUD alltmer kommit att röra sig bort ifrån. Diskussionen beträffande ekonomisk verksamhet gäller i senare praxis huruvida begränsningen i stället omfattar offentliganställda som sysslar med myndighetsutövning, eftersom detta är administrativa funktioner.[4]

10.1.2 Utvidgning av skyddet

Redan i Överlåtelsedirektivet 98/50 klargjordes en ändrad kurs beträffande skyddssyftet.[5] I *C 298/94 Henke* förordar generaladvokaten en utvidgning av tillämpningen till att även omfatta delar av offentlig sektor, något som domstolen inte finner lämpligt vid detta tillfälle. Målet kom i stället att klargöra behovet av en faktisk verksamhet som kan övergå.

> ”Den omständigheten att tjänsten eller kontraktet i fråga upplåts eller tilldelades av ett offentligrättsligt organ utesluter inte heller att direktiv 77/187 är tillämpligt, eftersom varken hemtjänst åt behövande personer eller bevakningsverksamhet är myndighetsutövning (se i detta hänseende dom av den 15 oktober 1996 i mål C-298/94, Henke, REG 1996, s. I-4989). Vidare avser direktiv 77/187 alla arbetstagare som är föremål för något slag av skydd enligt nationell arbetsrätt (se dom av den 11 juli 1985 i mål 105/84, Danmols Inventar, REG 1985, s. 2639, punkt 27, och domen i det ovannämnda målet Redmond Stichting, punkt 18), och det har inte bestridits att så är fallet för de berörda arbetstagarna i förevarande mål.”[6]

Dock klargör Kommissionen sin åsikt; att verksamhet som inte innehåller myndighetsutövning och även verksamhet nära myndighetsutövning, som hade kunnat utövas av privaträttsligt organ, bör omfattas av Direktivet.[7] I Mål *C-172/99 Liikenne* klargörs att utläggning av drift av

---

[4] Se Mål C-298/94 *Henke*, p. 18: “In those circumstances, the reply to be given to the national court’s first question is that article 1(1) of the Directive must be interpreted as meaning that the concept of a “transfer of an undertaking, business or part. of a business” does not apply to the transfer of administrative functions from a municipality to an administrative collectivity such as the one in question in the main proceedings.”

[5] Från inledningen: ”5) Detta kräver också en uttrycklig föreskrift, mot bakgrund av EG-domstolens rättspraxis, om att direktivet skall tillämpas på privata och offentliga företag som bedriver ekonomisk verksamhet, med eller utan vinstsyfte.” samt i den nya skrivningen: “c) Detta direktiv skall tillämpas på offentliga och privata företag som bedriver ekonomisk verksamhet, med eller utan vinstsyfte. En administrativ omorganisation av offentliga förvaltningsmyndigheter eller en överlåtelse av administrativa funktioner mellan offentliga förvaltningsmyndigheter skall inte betraktas som en överlåtelse enligt detta direktiv.”

[6] Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 24.

[7] “25. Visserligen skiljer även Kommissionen mellan olika områden, beroende på om det är fråga om en verksamhet som enligt domstolens praxis innebär myndighetsutövning eller ej. Enligt Kommissionens mening är det endast ren myndighetsutövning, till exempel de funktioner som utövas av borgmästare, polis eller fångvårdspersonal, som inte faller under direktiv 77/187. Däremot gäller direktivet sådan förvaltning som innebär ekonomisk verksamhet och

offentlig verksamhet till privatsektor omfattas av Direktivets räckvidd. I Mål *C-29/91 Redmond Stichting* hade en kommun först stöttat en stiftelse (Redmond Stichting) för att få vård för kommunens patienter och sedan flyttat över detta stöd till en annan stiftelse (Sigma) som tog över ansvaret för patienterna, lokaler och vissa av de anställda. EUD klargör att förfarandet kan omfattas av Direktivet utan någon inskränkning eftersom det är en kommun som är ensam bidragsgivare:

EUD slår i denna dom fast att det är oväsentligt huruvida finansiären är offentlig eller privat och jämställer situationen med ett byte av arrendator. Enligt nationell rätt gäller skyddet för de anställdas rättigheter alla arbetstagare som är föremål för något slags skydd mot uppsägning. Skyddet klargörs därmed till att inte vara bundet till huruvida arbetstagaren tjänstgör i privat eller offentlig sektor. Även i Mål *C-343/98 Collino*, där statlig verksamhet läggs ut på ett privat bolag, behandlas denna förändring. De anställda är, när verksamheten läggs ut, ”förmodligen att ses som statstjänstemän” varför de inte kunde betraktas som arbetstagare enligt italiensk rätt.”[8] Samma slutsats görs i senare praxis beträffande statlig verksamhet som läggs ut på entreprenad när det gäller flygplatskontroll.[9]

I Mål *C-175/99 Didier Mayeur* kommer ytterligare ett klarläggande av vad som gäller när en kommun övertar en tidigare privatdriven verksamhet:

> ”Vad gäller en eventuell skyldighet, enligt nationell lagstiftning, att säga upp privaträttsliga anställningsavtal vid överlåtelse av en verksamhet till en offentligrättslig juridisk person, skall konstateras att en sådan skyldighet utgör, enligt Art. 4.2 i direktiv 77/187, en genomgripande förändring av

---

traditionellt bedrivs av kommunala bolag, såsom renhållningsbolag, vattenverk och trafikföretag. Även uppgifter som innebär myndighetsutövning kan enligt Kommissionen emellertid hänföras till denna kategori, nämligen när de utförs av personer som enligt nationella arbetsrättsliga föreskrifter är skyddade i egenskap av arbetstagare (till sådana hör enligt Kommissionens mening till exempel borgmästarens anställda sekreterare) eller av personer som enligt domstolens rättspraxis inte har någon myndighetsutövande funktion och vilkas uppgifter i princip skulle kunna utföras av ett privat företag och i vinstsyfte. Till sådana personer räknar Kommissionen till exempel borgmästarens sekreterare, vars uppgifter också skulle kunna utföras av ett externt företag som tillhandahåller kontorstjänster. 26. Även när det ostridigt föreligger en verksamhet som innebär myndighetsutövning är direktivet enligt Kommissionen tillämpligt, om området i fråga är privaträttsligt organiserat. Som exempel nämner Kommissionen privatiseringen av statliga fångvårdsanstalter” se Mål C-298/94 *Henke*, p. 25-26.

[8] Se generaladvokatens inledning p. 66. Det är dock inte möjligt att principiellt sett utgå ifrån att en anställd i offentlig tjänst på grund av sin särskilda ställning genom nationell rätt har ett adekvat skydd även vid en privatisering. Det föreliggande fallet utgör så till vida just vad gäller begreppet arbetstagare ett specialfall. Här rör det sig om personer som är verksamma i offentlig tjänst och är berörda av en verksamhetsöverlåtelse, vilken för deras del får till följd att de byter från sin privilegierade ställning, som är ett resultat av deras “särskilda trohetsförhållande” till arbetsgivaren, till ett normalt privaträttsligt anställningsförhållande. Det innebär att de efter den avslutade privatiseringen otvivelaktigt är arbetstagare i den mening som avses i Direktivet.

[9] Se Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir*.

> arbetsvillkoren som en direkt följd av överlåtelsen som är till nackdel för arbetstagaren, vilket innebär att arbetsgivaren i ett sådant fall skall anses vara ansvarig för att anställningsavtalet har upphört.
>
> De ställda frågorna ska besvaras sålunda att Art. 1.1 i direktiv 77/187 ska tolkas så att direktivet är tillämpligt då en kommun, som är en offentligrättslig juridisk person som bedriver sin verksamhet enligt särskilda förvaltningsrättsliga regler, tar över en verksamhet, som består i reklam och information om de tjänster som kommunen erbjuder allmänheten, vilken hittills bedrivits i kommunens intresse av en förening utan vinstsyfte, som är en privaträttslig juridisk person, under förutsättning att den överlåtna enheten behåller sin identitet.[10]

Bedömningen bekräftas beträffande statligt övertagande i Mål *C-425/02 Delahaye*[11], där EUD även klargör en skyldighet att tolka direktivet utifrån dess skyddssyfte;

> ”35. Tolkningsfrågan skall således besvaras så, att direktiv 77/187 skall tolkas på så sätt att det i princip inte utgör hinder för att staten, vid ett fall av övergång av en privaträttslig juridisk persons verksamhet till staten, i egenskap av ny arbetsgivare sänker de berörda arbetstagarnas löner för att följa gällande nationella bestämmelser avseende statsanställda. De behöriga myndigheter som skall tillämpa och tolka nämnda bestämmelser skall emellertid i största möjliga utsträckning göra det mot bakgrund av syftet med nämnda direktiv och bland annat beakta arbetstagarens tjänstetid, i den mån en statsanställds tjänstetid beaktas vid beräkningen av lön enligt de nationella bestämmelser som avser statsanställda. För den händelse denna beräkning leder till en genomgripande minskning av den berörde arbetstagarens lön, skall det anses utgöra en genomgripande förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för den arbetstagare som berörs av övergången, vilket innebär att arbetsgivaren i ett sådant fall skall anses vara ansvarig för att anställningsavtalet har upphört, enligt Art. 4.2 i direktiv 77/187.”

EUD har även klargjort att ett privaträttsligt bolag med begränsat ansvar, vars enda aktieägare är ett offentligrättsligt kommunalförbund, ingår bland de organ som omfattas av Direktivet och därmed även ger

[10] Mål C-175/99 *Didier Mayeur*, p. 56-57.
[11] (40) Mål C-425/02 *Johanna Maria Delahaye, gift Boor, mot Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*, ECLI:EU:C:2004:706 (Mål C-425/02 *Delahaye*).

direkt tillämpning med möjlighet att föra talan mot staten om felaktigt genomförande.[12]

EUD har därmed fastslagit att Direktivet tillämpas på offentliga företag som bedriver ekonomisk verksamhet, med eller utan vinstsyfte. Detta oavsett om företaget ägs av offentligt organ eller får uppdrag av det offentliga organet som huvudman, Dock kvarstår frågan vad som gäller vid förändring inom offentlig sektor. EUD har inte haft anledning att utsträcka Direktivets tillämpning till övergångar inom en och samma offentliga huvudman men lämnar, såsom uttolkande av ett minimidirektiv, inte heller något förbud mot att det görs.

Övergång kan utlösa andra rättsfrågor

Mål *C-320/00 Lawrence*[13] tar upp flera intressanta frågor om jämförelse av lönevillkor i de övertagna verksamheterna. Frågorna har uppkommit i en tvist om krav på lika lön för kvinnor och män mellan, å ena sidan, A. Lawrence och 446 andra arbetstagare, av vilka nästan samtliga är kvinnor och, å andra sidan, Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd, hos vilka sökandena är eller har varit anställda. Överlåtaren, North Yorkshire County Council, (NYCC) har efter en lönekartläggning accepterat att kvinnor som arbetar med skolmåltider och städning i kommunen har likvärdiga arbeten som de män i kommunen som arbetar med trädgårdsskötsel och sopåkning. För att kunna delta i upphandlingen med internanbud, upprättade NYCC en intern, självständig ”direct service organisation” (DSO). Denna DSO kunde delta i upphandlingen på samma villkor som privata cateringfirmor och städföretag, varvid lönen var ett viktigt konkurrensmedel. NYCC invände därför initialt att kvinnornas löner inte kunde höjas, eftersom verksamheten inte skulle vara konkurrenskraftig på en öppen marknad. Detta underkändes av House of Lords och NYCC fick justera kvinnornas löner.

Under 1980- och 90-talen genomfördes många omorganisationer inom den offentliga sektorn i Storbritannien. I samband med dessa blev många verksamheter som även bedömdes kunna utföras av privata företag föremål för upphandling. Förhoppningen var att kunna åstadkomma besparingar och effektiviseringar genom att släppa in marknadskrafterna. Arbetstagarna övergick därmed från ett offentligrättsligt till ett privaträttsligt anställningsförhållande, vilket i regel har påverkat deras anställningsvillkor. Den rättsliga ställningen, lönen och övriga

[12] Se den andra frågan i målet (42) Mål C-297/03 *Sozialhilfeverband Rohrbach mot Arbeiterkammer Oberösterreich och Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2005:315 (Mål C-297/03 *Rohrbach*).

[13] (36) Mål C-320/00 *A. G. Lawrence m.fl. mot Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd*, ECLI:EU:C:2002:498 (Mål C-320/00 *A. G. Lawrence*).

arbetsvillkor skiljer sig i offentlig sektor ofta mot villkoren i den privata sektorn.[14]

När NYCC lade ut tjänster för måltidsservering och städning på upphandling, innan utslaget från House of Lords kom, förlorade DSO och entreprenaderna gick då till Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd.

Entreprenörerna gör bedömningen att detta inte är en övergång av verksamhet och nyanställde ett antal kvinnliga arbetstagare, som tidigare hade varit anställda av NYCC, till en lön som understeg den lön de hade erhållit av NYCC. Företagen rekryterade också kvinnliga arbetstagare som inte tidigare hade varit anställda av NYCC. Dessa erhöll också en lön som understeg den som NYCC hade betalat sina kvinnliga arbetstagare före övergången.

Det är dock, när tvisten kommer upp i EUD, ostridigt mellan parterna att det föreligger en övergång av verksamhet i Direktivets mening. Tvisten preciseras därför till huruvida Art. 141 EG (lika lön) och rättspraxis från Case 43/75, Defrenne II[15], är direkt tillämpliga på omständigheterna i målet. I domen i målet McCarthys[16] har EUD slagit fast att den direkta effekten av Art. 141 EG inte kan begränsas av ett krav på att arbetstagarna ska ha arbetat samtidigt.

Det har inte heller ställts någon fråga om vilket skydd som Direktivet skulle kunna ge i nationell domstol.[17] Detta gör att domen delvis lämnar öppet huruvida det skulle ha gjort någon skillnad att även åberopa skydd utifrån övergång. Generaladvokaten uttrycker dock att skyddssyftet inte täcker entreprenadsituationen och Kommissionen uttalar följande:

> ”Kommissionen har därutöver anfört att en del av det problem som uppstod skulle ha kunnat lösas genom att tillämpa Transfer of Undertakings Regulations. Kommissionen har emellertid också påpekat att lönerna fryses på den nivå som råder vid tidpunkten för överlåtelsen. De rättigheter och skyldigheter som övergår på den nya arbetsgivaren sträcker sig dock inte så långt som till att innefatta rätten till samma lön som referenspersonerna hos den förre arbetsgivaren har eller rätten att få fortsätta jämföra sig med dessa.”[18]

Det finns ingenting i ordalydelsen i Art. 141.1 EG som innebär att tillämpningen är begränsad till situationer där kvinnor och män utför

[14] Se p. 25 och 26 i generaladvokatens förslag till dom för Mål C-320/00 *Lawrence*.
[15] Se Case 43/75 *Defrenne*.
[16] Case 129/79 *Macarthys Ltd mot Wendy Smith*, ECLI:EU:C:1980:103, (Mål Case 129/79 *Macarthys*).
[17] Mål C-320/00 *A. G. Lawrence*, p. 16.
[18] Se generaladvokatens förslag till dom i Mål C-320/00 *Lawrence*, p. 41.

arbete för samma arbetsgivare. Men om det inte sker hos samma arbetsgivare så finns det inte heller någon som är ansvarig för den ojämlika behandlingen och som kan korrigera den. Mot detta står tidigare praxis som avfärdar konstruerade hinder mot lika lön och domstolen lägger ingen större vikt vid argumentet att finansieringen i detta fall kommer från samma källa, kommunalskatten. EUD kommer därför fram till att varken arbetstagarnas arbete hos entreprenörerna eller deras löner kan jämföras med NYCC med stöd av Art. 141.

Det är intressant att notera att NYCC:s ursprungliga argument, ”att inte höja kvinnornas löner eftersom detta skulle ge en sämre konkurrenssituation”, underkänns av House of Lords. Men när NYCC sedan lägger ut verksamheten på entreprenad och kvinnorna får lägre löner, anses detta inte strida mot Art. 141, eftersom det inte längre är samma arbetsgivare.

Hur skulle utfallet ha blivit om prövningen hade utgått från Direktivet rörande huruvida det är samma verksamhet? Har arbetstagarnas anställningsvillkor i så fall försämrats på ett sätt som strider mot Direktivet? Detta är svårt att svara på eftersom domen inte innehåller klargörande av flera fakta som kan ha betydelse. Bland annat varför det inte sker ett åberopande om att automatisk övergång har skett och att anställningsvillkoren därmed borde ha följt med till förvärvaren. Men hade det räckt att åberopa att det finns ett utrymme för ett skyddsvärde som skyddar mot låglönekonkurrens utifrån verksamhetsbegreppet? Skulle en definition av att det är en och samma verksamhet kunna påvisa att verksamheten inte drivs av samma arbetsgivare?

Här finns anledning att även beakta det tidigare omnämnda Mål *C-425/02 Delahaye*, där det inte sågs som möjligt att gå runt Direktivets skyddssyfte bara för att staten kom in som ny arbetsgivare i stället för den privata överlåtaren, trots att nationell lag krävde en förändring. I övergången från privat till statlig verksamhet slår skyddssyftet igenom. Men hur ska vi tolka det starka kravet på lika lön, där i tidigare praxis inga skenmanövrar har godkänts? Hur skulle detta inverka på uttolkningen av Direktivets skyddssyfte?[19]

I Mål *C-108/10 Ivana Scattolon* p. 58 klargörs EUD:s syn på vad som värnas:

> ”Det ska i det avseendet påpekas att om denna tolkning godtogs, skulle den berörda myndigheten kunna undanta varje överföring av sådana arbetstagare från tillämpningsområdet för direktiv 77/187 genom att helt enkelt göra gällande att övergången utgör ett led i en omorganisation av personalen.

[19] För ytterligare diskussion se kap. 15 om en uppdelad arbetsmarknad.

> Stora arbetstagarkategorier som bedriver ekonomisk verksamhet i den mening som avses i domstolens praxis riskerar därmed att gå miste om det skydd som föreskrivs i nämnda direktiv. Detta resultat är knappast förenligt vare sig med ordalydelsen i Art. 2 däri, enligt vilken överlåtaren och förvärvaren kan utgöras av varje fysisk eller juridisk person i egenskap av arbetsgivare, eller med behovet, med hänsyn till det i direktivet eftersträvade målet att uppnå ett socialt skydd, att undantag från tillämpningen av direktivet ska tolkas restriktivt."

EUD har efter vissa utflykter i dag landat i ställningstagandet att offentlig verksamhet till stora delar behandlas på samma sätt som privat verksamhet. Den avgörande skillnaden är att myndighetsutövande verksamhet ses annorlunda. Rätten att fatta myndighetsbeslut kan oftast inte delegeras och därmed kommer inte verksamheten att vara möjlig att ta över för annan utförare på samma sätt som en rent operativ verksamhet.

10.1.3 Offentlig organisationens betydelse för uttolkningen av skyddssyftet

I Mål *C-416/16 Ricardo* klargörs ett resonemang som mycket påminner om tidigare rättspraxis angående övergång inom en koncern och vad som då omfattas:

> "…en situation där ett kommunalt företag (vars enda aktieägare är en kommun) upplöses genom beslut av kommunens verkställande organ och där detta företags verksamhet delvis tas över av kommunen som ska driva verksamheten direkt, delvis av ett annat kommunalt företag som bildats för detta ändamål (vars enda aktieägare är samma kommun) omfattas av Direktivets tillämpningsområde. Detta gäller under förutsättning att företaget behåller sin identitet efter övergången vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva."

Den tidigare betydelse som EUD lagt vid att klargöra identitet i verksamhet och ekonomisk enhet hos överlåtaren blir här möjlig att ifrågasätta eftersom en uppdelning av den ekonomiska enheten enligt domen kan ske hos förvärvaren. Vad är det då som motiverar att vi ser verksamheten som en enda ekonomisk enhet hos överlåtaren?

EUD slår här fast att det förhållandet att en ekonomisk enhet upplöses och att dess verksamhet övergår till två andra enheter inte i sig utgör ett hinder mot att tillämpa Direktivet, annars skulle tillämpningen av Direktivet "lätt kringgås".[20] Skyddssyftet slår igenom även utifrån

[20] Mål C-416/16 *Ricardo*, p. 44.

förändring i vilken förvärvare som tar över vilken del av den ekonomiska verksamheten.[21] Det är dock oklart varför inte samma skyddsbehov anses finnas när en arbetstagare arbetar mot olika delar hos överlåtaren och bara en del övergår.

10.1.4 Betydelsen av personalgruppens självständighet i personalkriteriet, både beträffande organisation och ekonomisk enhet.

I Mål *C-234/98 Allen* behandlas flera relevanta rättsfrågor relaterande till de speciella förhållanden som råder för entreprenadföretag. Allen är anställd vid Amalgamated Construction Co. Ltd (nedan kallat ACC), ett företag som specialiserat sig på att gräva tunnlar och gruvgångar på entreprenad till gruvföretag. Dessa entreprenader upphandlas på nytt med jämna mellanrum, men ACC har hitintills aldrig förlorat ett kontrakt.

I samma koncern finns ett annat bolag, AM Mining Services Ltd (nedan kallat AMS), som också utför gruvrelaterat arbete, t.ex. att underhålla och fylla igen smala gruvgångar. AMS tillämpade mycket sämre anställningsvillkor än ACC. Vid ett tillfälle när ACC:s avtal löpt ut lägger ACC ett förnyat anbud med villkoret att arbetet skulle läggas ut på en underentreprenör, AMS, vilket också skedde.

Utläggning till underentreprenör innebar arbetsbrist i ACC, och en del arbetstagare sägs upp med beskedet om att de i stället kan få anställning hos AMS. Detta gjorde att arbetstagarna i ACC och AMS kom att jobba parallellt med liknande arbetsuppgifter. Huvudmannen kritiserar dock de dåliga villkoren för de anställda hos AMS, varvid ACC beslutar att i stället utföra arbetet själva i fortsättningen. I detta syfte återanställer ACC sina tidigare anställda som övergått till AMS när AMS underentreprenörskontrakt med ACC löpt ut. Anställningsvillkoren som arbetstagarna erbjöds var mer förmånliga än de som de haft hos AMS men mindre förmånliga än de som de ursprungligen haft hos ACC.
De återanställda arbetstagarna hävdar att transaktionen måste ses som två övergångar, först en övergång från ACC till AMS och sedan tillbaka igen.

Industrial Tribunal Leeds riktar flera frågor till EUD.[22] Dessa frågor får särskilt stor betydelse för att klarlägga faktisk och formell överlåtare. I konkurrensrättsligt hänseende kan bolag inom samma koncern med samma ledning, struktur – och som i förhållande till varandra inte har någon reell självbestämmanderätt – ses som ett enda företag.[23] Detta

[21] Mål C-344/18 *ISS Facility Services.*
[22] Se *Allen* p. 11. 1) Är rådets direktiv 77/187/EEG tillämpligt på två bolag i samma koncern som har samma ägare, ledning, lokaler och arbetsuppgifter, eller skall sådana bolag anses vara ett och samma företag vid tillämpning av Överlåtelsedirektivet 77/187?
[23] Se Mål C-73/95 *Viho* som rör rättsförhållandet generellt men dock inte förhållandet moderdotterbolag.

äger dock inte tillämpning beträffande Direktivet där varje fysisk eller juridisk person, som agerar som arbetsgivare vid en övergång i Direktivets mening, omfattas enligt Art. 2 a och 2 b. Direktivet är därmed tillämpligt i denna situation, oavsett att företagen ingår i samma koncern och i praktiken samexisterar i mångt och mycket.

En förutsättning är dock att vart och ett av de olika dotterbolagen har ingått ett särskilt anställningsförhållande med sina anställda, så att det föreligger möjliga anställningar med två olika fysiska eller juridiska personer. Om alla anställda har sina anställningar i ett ”personalbolag” i koncernen och endast lånas/hyrs ut till de andra bolagen, skulle det därmed kunna förefalla som att en övergång inom koncernen i Direktivets mening inte kan bli aktuell. Mot detta talar dock Mål *C-242/09 Albron Catering*.

> ”Vid en övergång, i den mening som avses i direktiv 2001/23, av ett företag som tillhör en koncern till ett företag utanför denna koncern kan även det företag i koncernen i vilket arbetstagarna varit stadigvarande verksamma utan att vara knutna till detta företag genom ett anställningsavtal anses vara en ”överlåtare” i den mening som avses i Art. 2.1 a i nämnda direktiv, även om det finns ett företag i koncernen som arbetstagarna varit knutna till genom ett anställningsavtal.”[24]

Avgörande för om Direktivet är tillämpligt på nämnda situation blir i stället att fastställa huruvida en varaktigt organiserad ekonomisk enhet föreligger, genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas, på sådant sätt att det är identitet i verksamhet före och efter övergången. Här konstaterar EUD att det ankommer på nationell domstol att avgöra om detta är fallet utifrån en sammanvägning av de sju kriterierna. EUD framhåller med hänvisning till Mål *C-15/95 Süzen* p. 15 och senare rättspraxis att det inte är tillräckligt att den tjänst som företagen erbjuder är densamma eftersom en ekonomisk enhet inte kan reduceras till att vara den verksamhet den bedriver. ”Dess identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, struktur, organisation av arbetet, driftsmetoder och ev. driftskapital.”[25] Ordet ”även” får här uttydas till att innebära att den verksamhet som bedrivs har en självständig betydelse. Det är dock oklart hur stor denna betydelse är.

Ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet kan på vissa områden där verksamheten huvudsakligen baserar sig på arbetskraft utgöra en ekonomisk enhet. I Mål *C-234/98 Allen* förutsätts att verksamheten i stället omfattande materiel och anläggningar vilket får sägas vara det mest utmärkande kriteriet för denna typ av

[24] Se Mål C-242/09 *Albron Catering*, p. 32.
[25] Se Mål C-234/98 *Allen*, p. 27.

gruvrelaterad näring. Det är dock brukligt att dessa lånas eller hyrs ut av huvudmannen, vilket också har skett här. EUD påpekar att detta inte är ett hinder för övergång i Direktivets mening med hänvisning till liknande förfarande i praxis.[26]

Här finns inte någon praktisk möjlighet för den nye entreprenören att förvärva de tillgångar som används i verksamheten. Det enda som går att förvärva är möjligen en rättighet att använda och bruka tillgångarna, alternativt att entreprenören hyr tillgångarna från huvudmannen eller någon annan. Situationen är till vissa delar parallell med den som uppkommer i Mål *C-340/01 Carlito Abler* och är därför intressant att undersöka närmare.

Ekonomisk enhet som struktur
Kriteriet personal får en något oväntad behandling när EUD konstaterar att ”företagsöverlåtelse är en komplicerad rättslig och materiell transaktion som det kan ta viss tid att genomföra” samt ”Att de arbeten som hade lagts ut på underentreprenören AMS inte påbörjades samtidigt som detta bolag övertog ACC:s arbetstagare kan under dessa omständigheter inte tillmätas någon särskild vikt.[27] Här väljer också EUD att fästa särskild vikt vid att verksamheten fortgår utan avbrott.[28] EUD kommer sammantaget fram till att frågorna från nationell domstol ska besvaras på det sättet att inget i förfarandet hindrar att det skulle kunna vara fråga om övergång av verksamhet i Direktivets mening, förutsatt att det är en stabilt organiserad ekonomisk enhet som övergår på sådant sätt att identitet i verksamhet föreligger.

10.1.5 En självständig ekonomisk enhet och sambandet med organisation

I Mål *C-13/95 Süzen* som rörde städentreprenad argumenterar generaladvokaten La Pergola för att EUD ska beakta det starkare samband som kan uppstå via övergång av ett eller flera av för verksamheten särskilt viktiga kriterier. Han skriver att detta ger ett inslag av frivillighet och samtycke vid överlåtelsen, vilket kännetecknar överlåtelse av ett företag eller en företagsgren. Süzen-målet gav upphov till en snävare tolkning av överlåtelsebegreppet, vilket fått betydelse i flera senare avgöranden.

Generaladvokatens diskussion bidrar till en precisering och ger ett resonemang om den vida betydelse begreppet har fått som en följd av att överlåtelsens kännetecken ska fastställas från fall till fall. Flexibiliteten

---

[26] Se Mål C-234/98 *Allen*, p. 30. EUD hänvisar till Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*, Case 324/86 *Tellerup* och Mål C-209/91 *Rask*.
[27] Se Mål C-234/98 *Allen*, p. 32.
[28] Se Mål C-234/98 *Allen*, p. 33: “…utgör inte desto mindre den omständigheten att arbetena utfördes kontinuerligt utan vare sig avbrott eller förändring av det sätt som de utfördes på ett av de vanligaste kännetecken för företagsövergång.”

har ett värde, eftersom en mängd olika situationer kan uppstå inom EU:s gemensamma ekonomiska intressen. Men, anser generaladvokaten, det är ändå viktigt att urskilja det väsentliga innehållet i Direktivet.

De villkor som ska ses som oeftergivliga för att Direktivet ska vara tillämpligt behöver uttryckas för att uppnå en klarare avgränsning mot andra företeelser som inte faller under Direktivets tillämpningsområde. Att säga upp ett uppdragsavtal som slutits med ett företag och ge uppdraget till ett annat företag, som i detta fall, är en sak, överlåtelse en annan, erinrar generaladvokaten. Det minsta nödvändiga karaktärsdraget kan anses bestå av en faktisk överlåtelse av materiella eller immateriella produktionsfaktorer och då alltid på grundval av ett frivilligt förhållande mellan överlåtaren och förvärvaren. Endast fortsättandet av den verksamhet som tidigare bedrevs av ett annat företag, utan att det skett en överlåtelse av tillgångar eller rättigheter, kan inte ses som övergång av verksamhet.

Direktivets syfte är utan tvivel att tillförsäkra att anställningsförhållandet fortsätter i de fall som föreskrivs däri. Men enbart den omständigheten att större delen av personalen som är sysselsatt i en viss verksamhet senare har anställts för att utföra motsvarande arbetsuppgifter i ett annat företag utgör inte något avgörande kriterium.

Det krävs enligt generaladvokaten element av organisatoriskt oberoende för övergång eftersom detta kännetecknar begreppet företag. Samma arbetsuppgifter kan inte ensamt medföra att det är fråga om övergång av företag vilket annars skulle få vittgående konsekvenser i form av ingångna anställningsförhållanden med den personal som inte övertas. Det fjärde kriteriet är bara en av omständigheterna att beakta vid bedömningen vid sidan av övriga kriterier som bestämts i rättspraxis för att fastställa huruvida verksamheten har fortsatt. Det är endast om en verksamhet har fortsatt och ett företag samtidigt har överlåtit materiella eller immateriella tillgångar eller organisatoriskt oberoende personal som det är fråga om övergång av företag.[29]

EUD uttrycker detta i Mål *C-13/95 Süzen* på ett något annorlunda sätt. Här väljer man att särskilja övertagande av materiella och immateriella tillgångar från övertagande ”av en huvuddel – i förhållande till antal och kompetens – av personalstyrkan som hans föregångare avdelade för att fullgöra sitt avtal.”

Tidigare utförares organisation av personalstyrkan blir därmed avgörande för att bestämma huruvida en huvuddel av dessa tas över där kriteriet inte är uppfyllt via övertagande av enbart materiella eller immateriella tillgångar.

[29] Se Generaladvokatens yttrande i Mål C-13/95 *Süzen*.

10.2 Kan övergång av verksamhet ske vid anställning i personalbolag?

Personalbolag som begrepp är i många situationer närbesläktat med entreprenad men kommer i vissa fall ändå att behandlas annorlunda. Nedan undersöks varför.

I mål *C-242/09 Albron Catering* behandlas frågan om en koppling via koncern skulle kunna ge en övergång av verksamhet. I fallet var arbetstagarna anställda i ett personalbolag i en koncern för att sedan utföra sitt arbete i ett annat bolag i koncernen. Frågan som uppstår är huruvida en övergång som sker av det bolag som använder sig av personalbolagets anställda ska innebära att de arbetstagare som har utfört sitt arbete där kan omfattas av rätten att gå över.

10.2.1 Formell eller faktisk arbetsgivare

Formellt finns inget anställningsförhållande mellan det utförande bolaget och de arbetstagare som arbetar där. Varje bolag i koncernen är en egen juridisk person. Direktivet kräver att ett anställningsförhållande finns och att det blir en övergång mellan två arbetsgivare. Men vilket avses – formell eller faktisk arbetsgivare?

EUD för ett resonemang i flera olika steg: Överlåtare är den som upphör att vara arbetsgivare till följd av en övergång.[30] När den icke avtalsbundna arbetsgivaren till följd av övergången av verksamheten har upphört att vara icke avtalsbunden arbetsgivare, kan det därmed inte uteslutas att detta företag ska anses vara en ”överlåtare” i den mening som avses i Art. 2.1 a i Direktivet.

Huruvida ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande föreligger ska bedömas i enlighet med nationell rätt, men detta betyder inte att det under alla omständigheter krävs att det finns ett anställningsavtal med överlåtaren för att arbetstagarna ska åtnjuta skydd.

Det följer däremot inte av Direktivet att anställningsavtal och anställningsförhållande står i ett subsidiaritetsförhållande till varandra och att den avtalsbundne arbetsgivaren därför regelmässigt måste ges företräde när det finns flera arbetsgivare.

Direktivet utgör inte något hinder mot att även en icke avtalsbunden arbetsgivare, hos vilken arbetstagarna är stadigvarande verksamma, kan anses vara en ”överlåtare” i den mening som avses i detta Direktiv. En övergång av företag i den mening som avses i Direktivet förutsätter därför bland annat ett byte av den juridiska eller fysiska person som

[30] Se Art. 2.1 i Direktivet.

ansvarar för den ekonomiska verksamheten i den övertagna enheten. Denna person inleder därmed, i egenskap av arbetsgivare för denna enhets arbetstagare, anställningsförhållanden med dessa arbetstagare. Detta gäller även om formellt anställningsförhållande saknas, det viktiga är parternas funktioner i förhållande till varandra.[31]

Av detta följer att vid bedömningen av vilken person som är överlåtare ska flera faktorer beaktas utifrån vem som ansvarar för den ekonomiska verksamheten. Den ställning som innehas av en formell arbetsgivare, som inte ansvarar för den ekonomiska verksamheten i den övertagna enheten, kan inte alltid ges företräde framför den ställning som innehas av en informell arbetsgivare som ansvarar för den ekonomiska verksamheten. Syftet att skydda arbetstagarna vid byte av ”arbetsgivare” kan därmed innebära att begreppet ”arbetsgivare” även avser den informella arbetsgivaren, som ansvarar för ledningen av den övertagna verksamheten.

10.2.2 Begreppet överlåtare

Som ovanstående visar kan överlåtarbegreppet därmed bli vidare än vad det vanligtvis kan förefalla. Finns det två arbetsgivare i en koncern, varav bara den ene har ingått anställningsavtal med arbetstagarna i koncernen kan även den arbetsgivare som ansvarar för den ekonomiska verksamheten i den övertagna enheten, ”…och som därmed inleder anställningsförhållanden med dessa arbetstagares anses vara en ”överlåtare” i den mening som avses i Direktivet, trots avsaknaden av anställningsavtal med dessa arbetstagare.”[32]

> ”Vid en övergång, i den mening som avses i direktiv 2001/23, av ett företag som tillhör en koncern till ett företag utanför denna koncern kan även det företag i koncernen i vilket arbetstagarna varit stadigvarande verksamma utan att vara knutna till detta företag genom ett anställningsavtal anses vara en ”överlåtare” i den mening som avses i Art. 2.1 a i nämnda direktiv, även om det finns ett företag i koncernen som arbetstagarna varit knutna till genom ett anställningsavtal.”[33]

I domen myntas därmed uttrycken ***”icke avtalsbunden arbetsgivare”*** medan det bolag som är part i anställningsavtalet benämns ”***avtalsbunden arbetsgivare”***.[34] Inlånaren kommer därmed i Direktivets mening att kunna ses som arbetsgivare, låt vara en ”icke avtalsbunden arbetsgivare”.[35]

---

[31] Se kap. 3.
[32] C-242/09 *Albron Catering*, p. 21-31.
[33] C-242/09 *Albron Catering*, p. 32.
[34] C-242/09 *Albron Catering*, p. 20.
[35] C-242/09 *Albron Catering*, p. 24.

Notera även den frågeställning som dyker upp i Mål *C-458/05 Jouini*. Här ville den nationella domstolen vill få klarhet i frågan huruvida det synsätt, där det särskilt beaktas om det finns en organiserad enhet i betydelsen en ”verksamhet” eller en ”del av verksamhet”, även kan överföras på företag som bedriver uthyrning av arbetskraft.

Generaladvokaten i Mål *C-242/09 Albron* klargör vissa organisatoriska aspekter. En löntagare som formellt är anställd i ett av bolagen i koncernen, men som på permanent basis är verksam i ett annat bolag i samma koncern står i ett faktiskt och varaktigt anställningsförhållande med sistnämnda bolag. Detta är till stor del jämförbart med det anställningsförhållande som skulle ha förelegat om arbetstagaren hade anställts direkt av detta bolag. Personen är integrerad i strukturen i det bolag i vilket han är verksam och bidrar till bedrivandet av dess ekonomiska verksamhet. Att han är verksam på permanent basis gör att ”anställningsförhållandet med nämnda bolag är lika varaktigt som det som har sitt ursprung i anställningsavtalet med personalbolaget.”[36]

Generaladvokaten vill här göra en skillnad mellan å ena sidan den arbetstagare som är anställd i ett bolag, antingen det är en koncern eller inte, och som kan på detta sätt förfoga över arbetstagaren på obestämd tid. Där personen även kan utbildas i enlighet med bolagets behov. Kontra å andra sidan en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag som endast tillfälligt står till kundbolagets förfogande.

> ”Han har inte utsetts personligen av detta bolag utan av det bemanningsföretag som plockat ut honom bland alla sina arbetstagare i förhållande till hans förmåga att uppfylla de behov som kundbolaget angett i sin beställning.”[37]

Generaladvokaten anser att den bedömning som EUD gjort i Mål *C-458/05 Jouini*, där en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag, är bunden till det bemanningsföretag som anställt honom blir helt annorlunda vid tillämpning av skyddet i Direktivet, än när en arbetstagare är föremål för omplacering inom en koncern som i Albron-fallet.

Generaladvokaten grundar sitt resonemang i två direktiv: Rådets direktiv 91/383/EEG för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande, eller tillfälligt anställningsförhållande,[38] och Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.

---

[36] Mål C-242/09 *Albron Catering*, Generaladvokatens förslag p. 43.
[37] Mål C-242/09 *Albron Catering*, Generaladvokatens förslag till dom p. 44.
[38] Rådets direktiv 91/383/EEG av den 25 juni 1991 om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande eller tillfälligt anställningsförhållande (EGT L 206, s. 19).

Dessa två direktiv särskiljer förutsättningarna för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och får därmed även en inverkan på Direktivet. Rådets direktiv 91/383/EEG avser att ge skydd till visstidsanställda hos arbetsgivare eller bemanningsföretag beträffande arbetsförhållande som inte får utsätta dessa arbetstagare för större risker beträffande hälsa, hygien och säkerhet än andra anställda på arbetsplatsen.

Syftet i Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2008/104 är: ”att skydda arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och förbättra kvaliteten i det arbete som utförs av dem genom att garantera att principen om likabehandling (…) tillämpas på dem…”

> ”1. De grundläggande arbets- och anställningsvillkoren för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag ska, under den tid uppdraget i kundföretaget varar, minst vara de villkor som skulle gälla för dem om de hade anställts direkt av företaget i fråga för att inneha samma tjänst.”

Märk dock att direktiv 2008/104 i Art. 9 konstaterar att ”Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa bestämmelser i lagar eller andra författningar som är förmånligare för arbetstagarna…”. Det är därmed oklart varför dessa skulle tas till grund för en sämre behandling av anställda på bemanningsföretag.

10.3 Fackliga rättigheter

Direktivet ger särskilda regler för vad som ska beaktas vid övergång för att den fackliga verksamheten ska ha en rätt att gå över. I detta delkapitel görs en genomgång av betydelsen av ”självständig” i personalkriteriet, både beträffande organisation och ekonomisk enhet och hur kravet på självständighet samspelar med identitet och ekonomisk verksamhet.

En facklig verksamhet kan ha rätt att gå med över från överlåtaren till förvärvaren, förutsättningen i Direktivet är att självständigheten behålls. Behålls självständigheten ska både ställning och funktion för de fackliga representanterna bibehållas. Regleringen har flera undantag som till stor del återkopplar till medlemslandets möjligheter till särreglering där skydd ändå ges på annat sätt.[39]

Tanken är att en organisatorisk självständighet är en naturlig bas för att facklig verksamhet ska kunna fortsätta och verksamheten inte kommer att falla under en annan organisatorisk form vilket skulle kunna ge andra förutsättningar för facklig verksamhet.

[39] Direktivet Art. 6.

Begreppet självständighet har dock haft en intressant utveckling i praxis och där tolkats alltmer extensivt utifrån ett skyddssyfte. Självständighetskravet är annorlunda än de tidigare genomgångna begreppen identitet i verksamhet och ekonomisk enhet.

Det är därmed viktigt att skilja identitetskriteriet verksamhet från huruvida självständigheten har behållits. EUD har i Mål *C-151/09 Federación de Servicios Públicos* haft anledning att beakta frågan utifrån att spansk lagstiftning likställt begreppet identitet i verksamhet med att verksamheten behållit sin självständighet.

Frågan huruvida identiteten bibehålls ska prövas med hänsyn till förhållandena vid tidpunkten för den avtalsenliga övergången eller fusionen av den berörda ekonomiska enheten. Däremot ska frågan huruvida självständigheten bibehållits prövas först när det redan har konstaterats att det föreligger en övergång, i Direktivet mening. Direktivet ska nämligen tillämpas på samtliga övergångar som uppfyller villkoren i Art. 1.1, oavsett om den övertagna ekonomiska enheten behåller sin självständighet i förvärvarens struktur eller inte.[40]

I Mål *C-466/07 Dietmar Klarenberg* läggs betoningen på det funktionella sambandet. Sakfrågan i målet är om Direktivet även kan tillämpas i en situation där den nya arbetsgivaren inte låter den övertagna delen av ett företag eller en verksamhet behålla sin självständighet i ett organisatoriskt perspektiv. EUD betonar här att det funktionella sambandet är det viktigaste:

> ”…villkoret tolkas så som generaladvokaten förordade i punkterna 42 och 44 i sitt förslag till avgörande, nämligen att det funktionella samband av ömsesidigt beroende och komplementaritet som föreligger mellan dessa produktionsfaktorer ska bevaras.
>
> Om det funktionella sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna bevaras kan förvärvaren nämligen använda dem även om de, efter övergången, integreras i en ny och annorlunda organisationsstruktur, för att fortsätta en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet.” [41]

Direktivet ska därmed tolkas till att det även kan tillämpas i en situation där den övertagna delen av ett företag eller en verksamhet inte behåller sin självständighet i ett organisatoriskt perspektiv, under förutsättning att det funktionella sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna bevaras och att förvärvaren kan använda dem för att fortsätta

[40] Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*, p. 34 och 35.
[41] Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*, p. 47-48 där domstolen även hänvisar till ett liknande resonemang i p. 17.

en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet. I denna dom verkar den ekonomiska verksamheten till största delen beskriva den ekonomiska enheten.

Det funktionella sambandet bekräftas även i domar med en tydlig materiell tyngdpunkt, såsom beträffande flygtrafik, där flygplanen kom att användas till delvis andra ändamål än de tidigare hade gjort.[42] Frågan huruvida ett företag har bevarat sin självständighet, i den mening som avses i Art. 6 i Direktivet, ska prövas först efter det att det har fastställts att en övergång i Direktivets mening har skett.

Den självständighet som krävs för att facklig verksamhet ska ha en rätt att gå över från överlåtare till förvärvare har därmed genomgått en liknande utveckling som den för såväl ekonomisk enhet som tolkningen av kriterierna för övergång i verksamhet. Från att haft en mer statisk tolkning har tolkningen blivit mer dynamisk och fler faktorer har i dag betydelse för att avgöra om självständighet i verksamhet föreligger.

10.4 Sammanfattning

Kapitlet klargör den utveckling som har skett beträffande beaktande av extern struktur, genom att gå igenom några olika externa former. Ett område där förändringen har varit extra tydlig är offentlig sektor, där EUD i allt fler fall likställer verksamhet som bedrivs i offentlig sektor med den som bedrivs i privat sektor med undantag för myndighetsutövning i vid mening. Hur den offentliga organisationen väljer att organisera sin verksamhet får betydelse, samtidigt som likheten med organisationen inom privat sektor blir allt större. Båda sektorerna kan välja hur de delar upp sina verksamheter vid upphandling. Att den offentliga sektorn får särskilda regler för offentlig upphandling kommer inte, vad övergång av verksamhet beträffar, att ge några avgörande olikheter.

En extern struktur som förekommer i flera organisationer är att låta de anställda ha sin anställning i ett personalbolag och sedan lånas ut till koncernens övriga bolag. Här kommer EUD att se igenom denna konstruktion och till stora delar behandla den som om de anställda vid övergång av verksamhet vore anställda av det bolag där de utför sitt arbete.

En annan extern struktur som kan styra villkoren för facklig verksamhet vid övergång av verksamhet är att självständigheten bibehålls. Bibehålls självständigheten ska både ställning och funktion för de fackliga representanterna kvarstå. Frågan huruvida självständigheten bibehålls prövas först när det redan har konstaterats att det föreligger en

[42] Mål C-160/14 *Brito*, p. 29-34.

övergång, i den mening som avses i Direktivet. Direktivet ska tillämpas på samtliga övergångar som uppfyller villkoren i Direktivet Art. 1.1, oavsett om den övertagna ekonomiska enheten behåller sin självständighet i förvärvarens struktur eller inte.

Man kan därmed konstatera att behovet av att kunna se den ekonomiska enheten som en pågående ekonomisk verksamhet här avfärdas, det är endast möjligheten till ekonomisk verksamhet som är intressant, d.v.s. huruvida den ekonomiska enhetens produktionsfaktorer har gått över.

Kapitel 11: Betydelsen av intern organisation

Inledning
I kapitel 11 kommer fokus att ligga på hur den interna organisationen påverkar vad som skyddas vid en övergång både beträffande anställningsvillkor i anställningsavtal och kollektivavtal, arbetstagarens placering, vilka arbetstagare som kan följa med verksamheten vid övergång av del av verksamhet, inhyrd personals villkor m.m. Kapitlet kommer även att foga en ny pusselbit till avhandlingen; betydelsen av arbetets organisation för övergång av ekonomisk enhet i personalintensiv verksamhet där inga andra ankarkriterier finns än personal. Kapitlet är tänkt att utveckla den diskussion som påbörjades i avhandlingens första del och besvara nedanstående fråga i frågeställningen:

Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?

11.1 Intern organisation och interna rättigheter beträffande villkor
11.1.1 Ges övergång av villkor lika stort skydd som övergång av anställning?
11.1.2 Uppsägningsförbud
11.1.3 Anställningsvillkor i kollektivavtal
11.1.4 Kollektivavtal som beräkningsgrund
11.1.5 Hur ska kollektivavtalets villkor beaktas?
11.1.6 Statiska och dynamiska kollektivavtalsklausuler
11.1.7 Direktivets skyddsverkan för anställningsvillkoren varierar
11.1.8 Det faktiska skyddsintresset
11.1.9 Vilka anställningsvillkor i kollektivavtal övergår?
11.2 Vilka arbetstagare kan gå över vid övergång av del av verksamhet?
11.2.1 Hur inverkar organisationsstrukturen på ekonomisk enhet vid personalintensiv verksamhet?
11.2.2 Kärnverksamhet eller stödverksamhet
11.2.3 Vilket skydd ges administratören?
11.2.4 Arbetstagarens placering – nationella effekter
11.2.5 Vilka arbetstagare kan gå över när verksamhet delas upp på flera förvärvare?
11.3 Bemanning som organisationsstruktur
11.4 Arbetsledningens betydelse för strukturell självständighet – industrisamhälle kontra tjänstesamhälle.
11.4.1 Arbetsledning inom tjänstesektor
11.5 Sammanfattning

11.1 Intern organisation och interna rättigheter beträffande villkor

Vid en övergång sker inte bara ett överflyttande av anställningen, även rättigheter utifrån anställningens innehåll kan överflyttas, helt eller delvis. Huruvida en rättighet överflyttas beror på flera omständigheter men en viktig faktor är regleringskällor, såsom anställningsavtal och

kollektivavtal. Anställningsavtalen övergår automatiskt vid en övergång och förvärvaren har samma rättigheter som överlåtaren att ändra villkoren i anställningen.

Kollektivavtalen däremot har en annan status. Kollektivavtalade villkor är oftast svårare för arbetsgivaren att ändra, eftersom de har en starkare avtalsbundenhet genom att de centrala avtalen träffas av externa fackliga parter men villkoren övergår inte med samma tydlighet som anställningsavtal vid en övergång av verksamhet. Kollektivavtalens innehåll får delas upp i olika delar, såsom normativa regler som reglerar förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare, där det finns ett särskilt skyddsintresse, eftersom dessa regler blir primära för anställningsvillkoren. De regler som rör annat, såsom förhandlingsordning m.m., blir inte primära på samma tydliga sätt. De är dock viktiga som regler för bedrivande av facklig verksamhet, vilket ger förutsättningar för en levande kollektivavtalsreglering och bevakande av fackliga intressen via information och förhandling.

Här börjar diskussionen i en genomgång av vilka anställningsvillkor som går över, först beträffande anställningsavtal, sedan beträffande kollektivavtal.

11.1.1 Ges övergång av villkor lika stort skydd som övergång av anställning?

Anställningsvillkor avtalas både i anställningsavtal och i kollektivavtal. Hur har EUD behandlat skyddet för anställningsvillkor vid övergång? Om förutsättningar föreligger enligt Direktivet för övergång av verksamhet, skapas en rättighet att gå över från överlåtare till förvärvare – men vad innebär det i praktiken? Vilka villkor i anställningen skyddas?

Anställningsvillkor kan regleras genom flera olika källor såsom anställningsavtal, kollektivavtal, lag, sedvana, praxis m.m. För att ge skyddet ett materiellt innehåll har Direktivet tolkats till att inte bara skydda att en arbetstagare har en rätt att gå över från överlåtare till förvärvare, utan även ge ett skydd för anställningsvillkor.[1] Skyddet kommer dock att se olika ut beroende på grunden för anställningsvillkoret. Anställningsavtalets villkor kan dels vara uttryckligen avtalade dels tolkas in utifrån t.ex. sedvana på arbetsplatsen eller i branschen, praxis och arbetsledningsrättens gränser.

Många anställningsvillkor kommer från kollektivavtal, som anställningsavtalet samspelar med på olika sätt, vilket skildras i kommande delkapitel.

[1] I Art. 3.3 första stycket anges att "efter överlåtelsen skall förvärvaren 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".

De anställningsvillkor som direkt framgår av anställningsavtal är lättast att klarlägga. Här får det inte ske en väsentlig förändring vid övergång enligt Direktivet. Huruvida sedvana i branschen eller på arbetsplatsen, praxis och arbetsledningsrättens gränser ger innehåll till anställningsavtalet kommer till stor del att relatera till nationell rätt men med de begränsningar som EU-rätten ger.[2]

11.1.2 Uppsägningsförbud

I Art. 4 i Direktivet framgår att om en övergång ger en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för arbetstagaren, vilket gör att anställningen upphör, ska arbetsgivaren anses ansvarig. Detta brukar beskrivas som ett materiellt uppsägningsförbud. Det ska inte vara möjligt att avskräcka arbetstagare som har rätt att gå över till en förvärvare genom att ge sämre villkor vid övergången. Förutsättningen för uppsägningsförbudet är att förändringen beror på övergången.

I *Case 324/86 Tellerup* hade en provanställning införts vid övergången på arbetstagarens initiativ. EUD motsätter sig att detta skulle vara möjligt. Man ser skyddet som grundläggande och inte möjligt av parterna att avtala bort i ett anställningsavtal, inte ens om arbetstagaren vill och totalt sett inte försätts i en sämre situation. EUD gör dock undantag för att nationella regler kan säga annat, vilket i så fall ska gälla, så länge övergången i sig inte är orsak till förändringen.[3]

Situationen med väsentligt förändrade anställningsvillkor påminner generellt om en framprovocerad uppsägning. Skillnaden är att bevisningen vid övergång av verksamhet dels kommer att handla om huruvida det är en väsentlig förändring av anställningsvillkoren, dels huruvida det är en övergång i Direktivets mening.

I en personalintensiv verksamhet kan bedömningen av huruvida det är en övergång i Direktivets mening få stor betydelse för huruvida majoriteten av personalen går över. Men om övergången ger sämre anställningsvillkor, så att personal i praktiken väljer att inte gå över, uppstår en ny svårighet. Det blir svårt att visa att det är identitet i verksamhet, och ibland även att en strukturerad personalgrupp har övergått, vilket kan ge en ekonomisk enhet.

Cirkelresonemanget från det fjärde kriteriet, att man ska ta över personal om man tar över personal, återkommer på det sättet även beträffande det materiella utfallet av att anställningsvillkor väsentligen försämras, så att personal väljer att inte gå över. Bevissvårigheter kan i denna situation uppkomma beträffande att en identitet i verksamhet verkligen

---

[2] Se kap. 2 och 4.
[3] Mål C-324/86 *Tellerup*, p. 13-17.

föreligger, eftersom arbetstagarnas intentioner att gå över kan vara svåra att klarlägga i efterhand.

En begränsning beträffande förändring i anställningsvillkor kan även ske utifrån nationell rätt. I Direktivets Art. 3 ges nationell rätt en möjlighet att föreskriva ett solidariskt ansvar mellan överlåtare och förvärvare för skyldigheter som uppkommit före övergångstillfället på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gällde vid överlåtelsetidpunkten. Detta ger en större säkerhet för att den anställdes krav utifrån anställningsrelaterad skuld ska gå att effektuera eftersom kravet kan riktas mot den part som har störst möjlighet att betala.

Efter övergången kommer skyddet för anställningsvillkoren att försvagas. Förvärvaren kommer att ges samma rättigheter till förändring av anställningsvillkoren som överlåtaren hade. Detta innebär i svensk rätt bl.a. en möjlighet till omreglering av anställningsvillkor.

Vissa anställningsvillkor undantas från skydd enligt Direktivet, såsom pension. Undantaget ska dock tolkas restriktivt och omfattar t.ex. inte förtidspension eller avgångsvederlag, vilket EUD:s praxis visar,[4] som tidigare har beskrivits. I målet var förtidspension kollektivavtalsreglerad. Om en privat pensionsförsäkring i stället skulle regleras via anställningsvillkor i anställningsavtal, borde samma restriktiva tolkning innebära att den kan bli föremål för övergång av verksamhet.

Vilka intjänade rättigheter som kan få betydelse för anställningsvillkor är inte alltid självklart. I Mål *C-343/98 Collino* behandlas frågan om de övertagna arbetarnas arbetstid är en rättighet i sig, vilket EUD kommer fram till att den inte är. Däremot kan arbetstid ligga till grund för ekonomiska rättigheter, som arbetstagaren kan göra gällande mot förvärvaren på samma sätt som hos överlåtaren.[5]

Övergång av anställningsvillkor kan därmed, som detta delkapitel visar, få betydelse i flera avseenden, dels som ett sätt att säkra anställnings-

---

[4] Mål C-164/00 *Katia Beckmann*.

[5] Mål C-343/98 *Collino*, p. 51: "Av detta följer att förvärvaren är skyldig att beakta den övertagna personalens sammanlagda tjänstgöringsår vid beräkningen av rättigheter av ekonomisk natur, såsom avgångsvederlag eller löneförhöjningar, så vitt denna skyldighet följde av anställningsförhållandet mellan denna personal och överlåtaren och i enlighet med de villkor som gällde inom ramen för detta förhållande." samt "p. 52 I den mån som det enligt nationell rätt är tillåtet att i andra fall än vid företagsöverlåtelser vidta en sådan ändring i ett anställningsförhållande som är till nackdel för arbetstagaren vad särskilt avser dennes skydd mot uppsägning samt lönevillkor, är emellertid ändringen i fråga följaktligen inte utesluten av enbart det skälet att företaget dessemellan har överlåtits och att avtalet därför har ingåtts med den nya arbetsgivaren. Eftersom förvärvaren nämligen i enlighet med Art. 3.1 i Direktivet har ersatt överlåtaren vad gäller de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet, kan detta ändras i förhållande till förvärvaren i samma utsträckning som det hade kunnat ändras i förhållande till överlåtaren, dock under förutsättning att företagsöverlåtelsen i sig själv under inga omständigheter får utgöra skälet till ändringen i fråga."

villkor, dels som en viktig faktor för att uppsägningsförbudet inte ska utlösas. Begränsningar av Direktivets skydd ska därför tolkas restriktivt.

11.1.3 Anställningsvillkor i kollektivavtal

Anställningsvillkor kan, som tidigare nämnts, avtalas både i anställningsavtal och i kollektivavtal. Olika länder inom EU har olika viktning av i vilket avtal majoriteten av anställningsvillkoren ska återfinnas. Det råder även stor skillnad inom Unionen beträffande den status som anställningsvillkor i kollektivavtal får. I medlemsländer med allmängiltiga kollektivavtal upphöjs oftast dominerande kollektivavtal i en bransch till förordning och gäller därmed för hela branschen.[6] I andra medlemsländer samspelar kollektivavtalen med minimireglering i lag. I några medlemsländer kommer kollektivavtalen i stället att ha en avtalsbaserad status med utsträckt tillämpning via t.ex. normerande eller utfyllande verkan.

Art. 3.3 i Direktivet klargör:

> ”3. Efter överlåtelsen skall förvärvaren 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.
>
> Medlemsstaterna får begränsa den period under vilken de skall vara bundna av ett sådant avtal, med det förbehållet att den inte får vara kortare än ett år.”

I många fall blir anställningsvillkoren i kollektivavtal mer omfattande än de som direkt avtalas i anställningsavtal. Det blir därmed av stort intresse att utröna vilket skydd Direktivet ger för anställningsvillkor i kollektivavtal.

11.1.4 Kollektivavtal som beräkningsgrund

Det finns två linjer i EUD:s praxis beträffande huruvida anställningstid hos överlåtaren ska ges betydelse eller inte: Se generaladvokatens förslag till dom i Mål *C-108/10 Scattalon*:

> ”101. Domarna i de ovannämnda målen Collino och Chiappero samt Delahaye kan således förefalla svåra att förena, då det är två helt olika resonemang som följs i dessa. I den förstnämnda grundar sig resonemanget på tanken att arbetstagarna i händelse av en verksamhetsövergång ska ha ett likvärdigt skydd. I den andra ligger fokus däremot på att den

[6] Om regleringskällornas betydelse se Bruun & Ahlberg, 1996, generellt.

> överförda personalen och den personal som redan tjänstgör hos förvärvaren ska behandlas lika."

Målen visar hur olika intjänad arbetstid kan beaktas i kollektivavtalet beroende på syftet med regleringen, dels att likställa skyddet för arbetstagaren som övergår beträffande villkoren som gällt hos överlåtaren med de villkor som gäller hos förvärvaren. Dels att likställa villkoren mellan förvärvarens tidigare anställda och de arbetstagare som kommer över. Praktiskt blir detta beroende av om prövningen avser att förändringar har skett i strid med uppsägningsförbudet eller ett fastställande av vilka villkor som ska gälla hos förvärvaren.

I vilka situationer kan ett kollektivavtal gå över från överlåtare till förvärvare? EUD klargör tidigt att det är de personer som har varit anställda hos överlåtaren vid tidpunkten för övergången vars villkor ska skyddas. Skyddet ska vid ett korrekt genomförande av Direktivet även omfatta de anställningsvillkor som kollektivavtalet reglerar.[7] I *Case 287/86 Landsorganisationen i Danmark* väcks frågan huruvida villkor i ett kollektivavtal som gäller vid övergången får verkan, när inga anställda kommer med över till förvärvaren. EUD konstaterar att Direktivet är till för att skydda anställdas villkor, inte presumtiva kommande anställda.[8] Här kan man även se en skillnad i synen på avtalsbindning mellan olika medlemsnationer. Antingen betraktar man de anställda som bärare av kollektivavtalets rättigheter – och därmed nödvändiga för att rättigheterna ska gå över – eller så fokuserar man på avtalsbindningen i sig mellan kollektivavtalets parter, fristående från om det för närvarande finns några anställda eller inte, såsom i svensk rätt.

Enligt Art. 8 i Direktiv ska Direktivet inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna, dessa staters rätt att främja eller tillåta kollektivavtal eller avtal mellan arbetsmarknadens parter som är gynnsammare för arbetstagarna. Skyddet för villkoren kan dock ges en avvägning utifrån balens mellan parternas intressen.

Kollektivavtalet i sig kan även ge en grund för övergång. Så var fallet i Mål *C-51/00 Temco*, där Belgien hade genomfört en reglering om övergång i städbranschen genom ett kollektivavtal. Detta kollektivavtal stadgade bl.a. att förvärvaren var skyldig att erbjuda 75% av de anställda hos överlåtaren en rätt att gå över. Det är endast de kollektivavtalade villkor som uttryckligen undantas i Direktivet, såsom pension, som inte följer med över från överlåtaren till förvärvaren. Bestämmelsen tolkas restriktivt, vilket visas i Mål *C-164/00 Katia Beckmann*, där

---

[7] (6) Case 235/84 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, ECLI:EU:C:1986:303.
[8] Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*, p. 26.

förtidspension ansågs omfattas av Direktivet, och i Mål *C-4/01 Martin*[9], där situationen att överlåtare och förvärvare hade olika regler för förtidspension och avgångsvederlag behandlades. Att arbetstagaren efter övergången fick sämre villkor ansågs strida mot Direktivet, eftersom det var direkt relaterat till övergången. Det var i det sammanhanget ointressant om arbetstagarna gått med på försämringen eller om regleringen fanns i kollektivavtal, eftersom förändringen dels var negativ, dels stred mot Direktivet.[10]

11.1.5 Hur ska kollektivavtalets villkor beaktas?

Det är endast de normativa kollektivavtalsvillkoren, d.v.s. de som skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda arbetstagare om t.ex. lön och andra anställningsvillkor, som förvärvaren ska vara bunden av. Likaså är det endast de som var anställda hos överlåtaren vid övergången som kan omfattas av Art. 3.3 i Direktivet.[11] I Mål *C-209/91 Rask* klargör EUD hur kollektivavtalets villkor ska beaktas vid övergång av verksamhet. Målet gällde utläggning av personalen till en entreprenör där förvärvaren ändrade på bl.a. utbetalningsdag för lön.[12]

Artikel 3.3 i Direktivet hänvisar till ”*villkoren i löpande kollektivavtal*”. Detta omfattar enligt Mål *C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund*[13] villkor i ett kollektivavtal när en medlemsstats nationella lagstiftning – trots att kollektivavtalet sagts upp – fortfarande har verkan för berörda anställningsförhållanden. En förutsättning var dock att dessa omfattades av nämnda avtal omedelbart innan avtalet sades upp, till dess att ett nytt kollektivavtal börjar gälla för dessa anställningsförhållanden eller ett nytt individuellt avtal ingås med berörda arbetstagare. Kollektivavtalets villkor blir en del av de anställningsvillkor som skyddas, i vart fall under minst ett år. Dock ges förvärvaren möjlighet till förändring av villkoren i samma mån som överlåtaren har haft.

Kommissionen menar att de nu behandlade reglerna om kollektivavtalade villkor i Direktivet automatiskt ingår i det individuella avtalet. Kommissionen framhåller även att den viktigaste regeln är att det

---

[9] Mål C-4/01 *Martin*.
[10] Mål C-4/01 *Martin*. p. 37.
[11] Malmberg & Öman, 2017, generellt.
[12] Mål C-209/91 *Rask: P.:* “29 It should also be borne in mind that, by virtue of Article 3(2) of the Directive, the transferee is bound to continue to observe the terms and conditions of employment agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement. The Member States may limit the period for observing such terms and conditions, subject to the proviso that it must not be less than one year.”
[13] (61) Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund mot Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmungen*, ECLI:EU:C:2014:2197 (Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*).

fastställs en frist för hur länge denna bundenhet av anställningsvillkoren i kollektivavtal föreligger.[14]

Nytt kollektivavtal hos förvärvaren får inte alltid genomslag, vilket EUD visar i *C 108/10 Ivana Scattolon*[15] beträffande värnat skydd för lön. EUD noterade att domstolen i en tidigare dom slagit fast att de övertagna arbetstagarnas anställningstid hos överlåtaren i och för sig inte är en rättighet som kan göras gällande mot förvärvaren, men att rättigheter av ekonomisk natur som baseras på anställningstid ska bibehållas, se Mål *C-343/98 Collino*. I *C 108/10 Ivana Scattolon* hade det dock träffats ett nytt kollektivavtal. Direktivet innebär att förvärvaren redan vid tidpunkten för övergången har rätt att tillämpa de arbets- och lönevillkor som följer av ett kollektivavtal som gäller hos förvärvaren.

Enligt EUD måste dock det valda tillvägagångssätt vara förenligt med Direktivet målsättning, d.v.s. att förhindra att de som berörs av övergången hamnar i en mindre fördelaktig situation enbart på grund av övergången. Det nya kollektivavtalet får enligt EUD därmed inte ha till syfte eller verkan att ge arbetstagarna villkor som, totalt sett, är mindre gynnsamma än de som var tillämpliga före övergången. Det var således oförenligt med Direktivet ändamål att inte beakta anställningstiden i den utsträckning som behövdes för att kunna bibehålla den ungefärliga lönenivå som Ivana Scattolon hade hos överlåtaren.

Att EUD funnit att syftet med Direktivet även är att säkerställa en skälig balans mellan, å ena sidan, arbetstagarnas intressen och, å andra sidan, förvärvarens intressen, betyder att förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten.[16] Frågan om en skälig balans mellan arbetstagare och förvärvare uppkommer beträffande *vad* som går över, inte huruvida det föreligger identitet i verksamhet, d.v.s. att anställningen har gått över. Exempel på när denna avvägning sker är t.ex. när förvärvaren blir bunden av villkor som förvärvaren inte själv har möjlighet att påverka. Praxis är dock inte helt entydig. I vissa situationer ses en bundenhet för förvärvaren av överlåtarens kollektivavtal som skälig medan det motsatta förhållandet föreligger i andra situationer.[17]

---

[14] COM [92] 857.
[15] Mål C-108/10 *Ivana Scattolon*.
[16] Se t.ex. Mål C-336/15 *Unionen*, p. 19, för ett liknande resonemang; Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 29 och där angiven rättspraxis.
[17] Se bl.a (66) C-680/15 och C-681/15 *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH mot Ivan Felja* (Mål C-680/15) *och Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH mot Vittoria Graf* (Mål C-681/15) ECLI:EU:C:2017:317 (Mål C-*680/15 och C-681/15, Asklepios*). Se också Mål C-201/15 *AGET Iraklis* där avvägningen i det senare fallet görs.

11.1.6 Statiska och dynamiska kollektivavtalsklausuler

I Mål *C-499/04 Werhof* är det tvistigt om hänvisning till ett statiskt kollektivavtal i ett anställningsavtal vid övergång skulle kunna tolkas som att hänvisningen skulle ses som dynamisk, vilket EUD avvisar. I Mål *C-426/11 Alemo-Herron*[18] behandlas en dynamisk klausul i ett anställningsavtal med hänvisning till ett kollektivavtal som dels var under omförhandling under övertagandet. Dels gällde ett kollektivavtal för offentlig sektor där förvärvaren inte kunde vara avtalspart, men där möjlighet fanns för förvärvaren att säga upp avtalsklausulen i anställningsavtalet på samma sätt som förvärvaren kunde göra.

Här kommer dock EUD fram till att det vore i strid med näringsfriheten att förvärvare skulle bli bunden. Detta trots Art. 8 i Direktivet som klargör att medlemsland får implementera Direktivet med bättre rätt, även när det gäller kollektivavtal som ger bättre villkor. Domstolen sätter här näringsfriheten före anställningsskyddet och tar inte i beaktande de ursprungliga parternas avtalsfrihet eller möjlighet för förvärvaren att ta bort avtalsklausulen.[19]

Motsatt resultat framkommer i Mål *C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund.*[20] Här behandlas förhållandet att Österrike i lag infört en efterverkan av kollektivavtal. Rättsfrågan blir då om avtalsvillkoren i, det kollektivavtal som inte längre gäller, ändå kan övergå på en förvärvare. Efterverkan kan avslutas om arbetsgivare och arbetstagaren avtalar annorlunda eller nytt kollektivavtal ingås. Här ses inte näringsfriheten som avgörande utan i stället betonas skyddsaspekten i Direktivet.[21] Det är oklart om detta skulle ha bedömts annorlunda om efterverkan varit sedvana eller en avtalseffekt i stället för lag.

I Mål *C-680/15 Asklepios Kliniken* framkommer att ett anställningsavtal genom villkor i avtalet kan hänvisa till andra rättsakter, bland annat kollektivavtal. Sådana klausuler kan innehålla antingen en statisk

---

[18] Se särskilt generaladvokatens talan i Mål C-426/11 *Alemo-Herron*, p. 56: "En annan aspekt är att skyddet enligt direktiv 77/187, i enlighet med sitt syfte omfattar de rättigheter som föreligger vid tidpunkten för övergången, det vill säga dem som den berörde har konsoliderat och gjort till en del av sin egendomssfär. 46 Rena förväntningar omfattas dock inte av skyddet och följaktligen inte hypotetiska förmåner i framtida kollektivavtal."

[19] Domen har blivit mycket kritiserad, se Weatherill Stephen R., 10 Eur. Rev. Contract Law 167 2014 s. 11. samt även Prassl, Jeremias 'Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case Mål C-426/11 Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd', *Industrial Law Journal*, 2013 s. 434 – 446.

[20] Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 13.

[21] Se Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. "29 Denna tolkning överensstämmer dessutom med syftet med direktiv 2001/23 som är att säkerställa att det råder jämvikt mellan arbetstagarnas intressen och förvärvarens intressen, vilket bland annat innebär att förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten (se, för ett liknande resonemang, dom Alemo-Herron m.fl., C 426/11, EU:C:2013:521, punkt 25)."

hänvisning endast till de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i det kollektivavtal som gäller vid tidpunkten för övergången av företaget, eller en dynamisk hänvisning även till framtida kollektivavtal som medför att dessa rättigheter och skyldigheter ändras. Orsaken till att denna typ av klausuler inbegrips i ett anställningsavtal är – mot bakgrund av den tyska lagstiftningen – en strävan att garantera de anställdas rättigheter - oavsett om de är fackligt anslutna eller ej. EUD finner dock i denna dom att en dynamisk klausul kan skyddas vid övergång under förutsättning att förvärvaren, antingen i samförstånd eller ensidigt, kan ändra eller ta bort hänvisningen till klausulen i anställningsavtalet.[22]

11.1.7 Direktivets skyddsverkan för anställningsvillkoren varierar

Direktivets skyddsverkan för anställningsvillkoren har i *Case 324/86 Tellerup* setts som så pass viktig att den blir tvingande, oavsett om en ändring kompenseras så att arbetstagaren inte hamnar i ett sämre läge. Här måste man dock notera ett stort undantag, nämligen att det är att förvärvaren ställer sig i överlåtarens skor, på det sättet att allt överlåtaren kunde göra mot de anställda kan även förvärvaren göra. Den brittiska regeringen anför i rättsfallet *Case 324/86 Tellerup* att möjligheten för förvärvaren att ändra anställningsvillkoren måste stå i paritet med den rätt som överlåtaren har att avtala om ändringar i anställningsavtalet. EUD konstaterar att denna ståndpunkt ska godtas.

EUD fäster stor vikt vid partsavsikten och huruvida lagstiftning har lagt en högre skyddsnivå, men finner att det inte på något sätt framgår av Direktivets ordalydelse att unionslagstiftaren har haft för avsikt att binda förvärvaren vid andra kollektivavtal än det som var tillämpligt vid tidpunkten för övergången. Därmed tvingas förvärvaren att senare ändra anställningsförhållandena genom att tillämpa ett nytt kollektivavtal som har slutits efter övergången.

Ändamålet med Direktivet är endast att skydda de rättigheter och skyldigheter som arbetstagarna hade på övergångsdagen. Inte att skydda rena förväntningar och följaktligen inte heller hypotetiska förmåner som följer av framtida utvecklingar av kollektivavtalen.

Ett avtal kännetecknas av att parterna genom samstämmiga viljeyttringar är fria att ingå avtal med varandra. Det saknas således anledning att tolka Direktivet, och särskilt dess Art. 3, som att det under alla omständigheter syftar till att undvika att en dynamisk avtalsklausul kan ges verkan.

---

[22] C-680/15 och C-681/15 *Asklepios*, p. 29.

Parterna kan frivilligt komma överens om en dynamisk avtalsklausul. Om denna gäller vid tidpunkten för övergången, ska Direktivet och särskilt dess Art. 3, tolkas på så sätt att det i princip förutsätter att denna skyldighet enligt ett anställningsavtal övergår till förvärvaren. Direktivet syftar, som tidigare har konstaterats, inte endast till att skydda arbetstagarnas intressen, utan även till att säkerställa en jämvikt mellan deras och förvärvarens intressen. Detta innebär bland annat att förvärvaren efter övergången måste kunna göra de justeringar och anpassningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten.

Vid prövning av vem som är att betrakta som arbetstagare och därmed kan omfattas av kollektivavtalet vid övergång ska, som tidigare konstaterats, nationell rätt råda, dock får inte nationellt en övergång göras beroende av anställningsform. Inte heller får nationella regleringar av tjänstledighet alltid fullt genomslag.[23] Även om den nationella regleringen ser tjänstledigheten som likställd med att personen inte har en tjänst, kommer EUD:s bedömning att utgå från ett funktionellt begrepp genom en prövning av om tjänsten kan återupptas utan nyanställning. I ett sådant fall anser inte EUD att den nationella avgränsningen av arbetstagarbegreppet har företräde.[24]

Förvärvaren ska ges möjlighet att på ett effektivt sätt göra sina intressen gällande i en avtalsprocess där vederbörande deltar, samt att förhandla de faktorer som avgör utvecklingen av arbetsvillkoren för arbetstagarna med avseende på förvärvarens framtida ekonomiska verksamhet. I Mål *C- 336/15 Unionen* ges ett exempel på när avvägningen utföll till arbetstagarens fördel. I målet behandlas frågan hur arbetstagares anställningstid ska betraktas. Frågan är inte ny, den behandlades redan i Mål *C-342/98 Collin*, där EUD konstaterade att anställningstiden inte är någon rättighet i sig. I Mål *C-336/15 Unionen* var situationen den att rättigheten till förlängd uppsägningstid fanns både i överlåtares och förvärvares olika kollektivavtal, men förutsatte en sammanlagd anställningstid om tio år. Skulle anställningstiden kunna sammanräknas hos båda parter för att komma upp i tio år? Nationell rätt, d.v.s. svensk, har begränsat tiden för de kollektivavtalsreglerade villkor som går över vid övergången till ett år.[25] Innebär detta att tidigare anställningstid hos överlåtaren kunde åberopas efter att ett år hade förflutit? EUD kommer i detta fall fram till att rättigheten att åberopa anställningstid hos överlåtaren inte upphör efter att ett år har passerat sedan övergången:

> ”Mot bakgrund av det anförda ska den ställda frågan besvaras enligt följande. Art. 3 i direktiv 2001/23 ska tolkas så, att

[23] Se Mål C-416/16 *Ricardo*.
[24] Se Mål C-416/16 *Ricardo*, p. 50-53.
[25] 28 § 3 st. MBL, d.v.s. den situationen när både överlåtare och förvärvare har tillämpligt kollektivavtal och endast anställningsvillkoren i överlåtarens kollektivavtal övergår under max ett år om inte parterna träffar kollektivavtal om något annat.

> 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 relevant för att avgöra vilken uppsägningstid som arbetstagaren har rätt till." [26]

Beakta även att nationell rätt kan ge ett utökat skydd för intjänade rättigheter gentemot överlåtaren, genom att arbetstagaren ges ett val beträffande från vem – av överlåtare eller förvärvare – som ekonomisk kompensation ska utkrävas.

11.1.8 Det faktiska skyddsintresset

I kontrast mot Mål *C-426/11 Alemo-Herron* kom *EUD i* Mål *C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund*[27] att i stället betona det faktiska skyddsintresset: Syftet med Art. 3.3 i direktiv 2001/23 är att säkerställa fortsatt tillämpning, inte av ett kollektivavtal som sådant, utan av de ”villkor” som föreskrivs däri, ”villkoren i löpande kollektivavtal ska fortsätta att gälla, utan att den bakomliggande orsaken till villkorens tillämpning därvid är avgörande.”[28]

Dynamiska villkors skyddsintresse i anställningsavtalet som ansluter till kollektivavtal har behandlats i flera domar. Ett klargörande gjordes i de förenade målen *C-680/15 och 681/15 Asklepios*:

> ”Art. 3 i 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, jämförd med Art. 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så att kravet på att överlåtarens rättigheter och skyldigheter enligt ett anställningsavtal ska fortsätta att gälla vid en övergång av verksamhet även gäller en klausul i ett sådant avtal, vilken avtalats mellan överlåtaren och arbetstagaren genom samstämmiga viljeyttringar och enligt vilken deras anställningsförhållande regleras inte endast av det kollektivavtal som gäller vid tidpunkten

[26] Se *Unionen*, p. 33.
[27] Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 13.
[28] Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 24, se även p. 28: “Såsom generaladvokaten har angett i punkt 53 i sitt förslag till avgörande är nämligen syftet med en sådan regel om kollektivavtals fortsatta verkan som den som är aktuell i det nationella målet att, i arbetstagarnas intresse, undvika ett plötsligt avbrott i den avtalsgrundade rättsliga ram som reglerar anställningsförhållandet. Om de villkor som omfattas av den regeln undantogs från tillämpningsområdet för Art. 3.3 i direktiv 2001/23 skulle övergången i sig få den verkan som nämnda regel är avsedd att förhindra.”

för övergången, utan även av de kollektivavtal som ingås efter denna övergång och som kompletterar, ändrar eller ersätter det gällande avtalet, om det i nationell rätt föreskrivs att förvärvaren har möjlighet att anpassa dessa såväl i samförstånd som ensidigt."[29]

11.1.9 Vilka anställningsvillkor i kollektivavtal övergår?

Vid övergång av verksamhet övergår anställningsavtalen, men kollektivavtalets villkor är ofta av stor betydelse för det faktiska skyddssyftet. I många medlemsländer regleras anställningsvillkoren via författning eller förordning förutom i anställningsavtal genom minimivillkor i lag eller där dominerande kollektivavtal i en bransch görs allmängiltiga för hela branschen genom att upphöjas till förordning. På den svenska arbetsmarknaden, som i stället utmärks av reglering via avtalade kollektivavtal, blir situationen annorlunda.

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." Om nationell rätt erkänner efterverkan av ett kollektivavtal, kan detta bli aktuellt även vid övergång av verksamhet eller ingående av ett nytt individuellt anställningsavtal med den anställde som har gått över.[30]

Kollektivavtalets villkor blir en del av de anställningsvillkor som skyddas, i vart fall under minst ett år, men förvärvaren ges möjlighet till förändring av villkoren i samma mån som överlåtaren har haft. Det nya kollektivavtalet får emellertid enligt EUD inte ha till syfte eller verkan att ge arbetstagarna villkor som, totalt sett, är mindre gynnsamma än de som var tillämpliga före övergången.[31] Syftet med Direktivet är både att säkra ett skyddssyfte och att säkerställa en skälig balans mellan arbetstagarnas och förvärvarens intressen.[32]

I Mål *C-680/15 Asklepios Kliniken* klargörs en rätt att beakta även dynamiska klausuler förutsatt att det finns en strävan efter att garantera de anställdas rättigheter, och att förvärvaren kan ändra eller ta bort hänvisningen till klausulen i anställningsavtalet.[33] Förvärvaren ska kunna göra sina intressen gällande i en avtalsprocess och därmed säkra sin framtida ekonomiska verksamhet. Det skydd som ges är avsett att säkerställa en fortsatt tillämpning, inte av ett kollektivavtal som sådant, utan av de "anställningsvillkor" som föreskrivs däri.[34]

---

[29] Mål C-680/15 och C-681/15 *Asklepios*, sammanfattningen.
[30] Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 31
[31] Mål C-108/10 *Ivana Scattolon*.
[32] Se Mål C-336/15 *Unionen*, p. 19. För ett liknande resonemang se C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 29 och där angiven rättspraxis.
[33] C-680/15 och C-681/15 *Asklepios*, p. 29.
[34] Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, p. 24.

11.2 Vilka arbetstagare kan gå över vid övergång av del av verksamhet?

Kopplingen mellan identitet i verksamhet och det fjärde kriteriet, övertagande av majoriteten av de anställda, kvalitativt eller kvantitativt, är olika tydlig i olika typer av verksamhet. Skillnaderna framträder än tydligare när verksamhetens organisation skiljer sig åt. Direktivet klargör att övergång av del av verksamhet omfattas av Direktivets räckvidd, men vissa förutsättningar knyts dels till den del som ska gå över, dels till var de personer som utför arbete i denna del är anställda. En granskning av vad som utgör övergång av del av verksamhet blir därmed ett inledande sätt att både granska identitet och personalövertagande.

Övertagande av kärnverksamhet ställs i detta delkapitel mot förutsättningarna vid förändring av utförande av driftentreprenad. En genomgång görs av vilket anställningsskydd som föreligger för den som arbetar gentemot en verksamhet utan att vara anställd i den. En avgörande fråga är om personalen i sig ses som en ekonomisk enhet eller kan ge identitet i verksamhet utifrån dess organisation.

Delkapitlet avslutas med en betraktelse av vilka arbetstagare som kan gå över när verksamhet delas upp på flera förvärvare, d.v.s. hur vi ska se på kravet på identitet när de olika delarna inte föreligger hos överlåtaren utan hos förvärvaren.

11.2.1 Hur inverkar organisationen på ekonomisk enhet vid personalintensiv verksamhet?

Identitetsbedömningen blir ofta påverkad av huruvida organisationsstrukturen gör att personalen kan ses som en ekonomisk enhet. Vid övertagande av en kärnverksamhet är det ofta tydligare huruvida det är en övergång av en ekonomisk enhet, antingen genom att personalkriteriet stöds av andra kriterier eller att personalen utgör den huvudsakliga beståndsdelen av verksamheten. En kärnverksamhet har ofta en fast organiserad struktur utifrån verksamhetens kärna.

När det kommer till bedömning av en driftentreprenad är denna ofta en stödfunktion till kärnverksamheten. Den kan mycket väl vara tydligt avgränsad, men bedömningen av om den kan ses som en ekonomisk enhet blir mer komplex.

EUD har påpekat att en ekonomisk enhet, på vissa områden, kan fungera utan betydande materiella eller immateriella tillgångar. Logiskt sett innebär detta att frågan huruvida en sådan enhet bibehåller sin identitet efter den transaktion som den är föremål för inte kan vara beroende

av att sådana beståndsdelar har övertagits.[35] Domstolen har sedan Mål *C-13/95 Süzen* funnit att ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, inom vissa sektorer där verksamheten i huvudsak baserar sig på arbetskraft, såsom bland annat är fallet vad beträffar städning, kan utgöra en ekonomisk enhet. ”En sådan enhet kan följaktligen behålla sin identitet efter en övergång, när den nye arbetsgivaren inte inskränker sig till att fortsätta den aktuella verksamheten, utan även övertar en huvuddel – i förhållande till antal och kompetens – av den personalstyrka som hans föregångare avdelat för denna uppgift.” EUD har slagit fast att i ett sådant fall:

> ”förvärvar den nye arbetsgivaren nämligen en organiserad gruppering av tillgångar som gör det möjligt för honom att varaktigt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet.”[36]

EUD har även tillfört en ytterligare förutsättning; en sådan enhet föreligger om det är fråga om en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.[37]

För att Direktivet ska vara tillämpligt krävs därmed att den aktuella ekonomiska enheten, före övergången, bland annat, måste vara tillräckligt funktionellt självständig. Begreppet självständighet ska härvid förstås som; de befogenheter som de ansvariga inom den aktuella gruppen arbetstagare har att relativt fritt och oberoende organisera arbetet inom gruppen. Närmare bestämt att ge order och instruktioner samt fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare i gruppen, och detta utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer.[38]

11.2.2 Kärnverksamhet eller stödverksamhet

I *Case 186/83 Botzen* klargörs att vid övergång av del av kärnverksamhet kan endast den personal som tillhör den del som ska gå över ha rättighet att följa med. Domen behandlar betydelsen av att vara ”placerad organisatoriskt” i den del av verksamheten som övergår eller att till övervägande del arbeta gentemot denna del.

Målet rörde övergång av tidigare anställda från ett företag som försatts i konkurs till ett nytt företag. Enligt ett avtal som hade ingåtts mellan de två företagen skulle bl.a. personal från vissa avdelningar i det företag

---

[35] Se bland annat Mål C-13/95 *Süzen*, p. 18, Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, *Vidal*, p. 31, Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*, p. 28, och Mål C-463/09 *CLECE SA*, p. 35.
[36] Se Mål C-13/85 *Süzen*, p. 21, Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 32, Mål C-463/09 *CLECE SA*, p. 29 och p. 36 och Mål C-51/00 *Temco*, p. 26.
[37] Mål C-458/12 *Amatori*, p. 31 och där angiven rättspraxis.
[38] Mål *C*-458/12 *Amatori*, p. 32 och där angiven rättspraxis.

som hade försatts i konkurs övertas, medan de allmänna och administrativa avdelningarna uteslöts. EUD kom därmed att undersöka om Överdirektiv 77/187 omfattade de rättigheter och skyldigheter som tillkommer förvärvaren till följd av ett anställningsavtal som föreligger vid tidpunkten för övergången. När detta anställningsavtal som träffats med arbetstagare som, även om de inte tillhör den del av verksamheten som överlåtits, utför vissa uppgifter med hjälp av produktionsmedel. Dessa produktionsmedel tilldelats antingen den överlåtna delen, eller en administrativ avdelning i företaget som inte hade överlåtits men utförde vissa uppgifter till förmån för den överlåtna delen.

Eftersom ett anställningsförhållande väsentligen karaktäriseras av ”den koppling som finns mellan arbetstagaren och den del av företaget eller verksamheten inom vilken han skall utföra sina arbetsuppgifter” fann domstolen att det för att bestämma huruvida de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsförhållandet överförs enligt direktiv 77/187 ”är tillräckligt att konstatera till vilken del av företaget eller verksamheten som den anställde hör”.[39] I talan görs en skillnad mellan dem som bara har enskilda arbetsuppgifter gentemot den del av överlåtarens verksamhet som övergår kontra de som trots att de arbetar för olika verksamheter eller delar av verksamhet utgör delar av den återstående arbetskraften.

I *Case 186/83 Botzen* konstaterar EUD att Kommissionen anser att det enda avgörande kriteriet är huruvida en övergång sker av den verksamhet som den anställde tillhör och som utgör den organisatoriska struktur där arbetet i anställningen utförs. Båda parter utgår därmed från organisationen av arbetet, dock på olika plan. Här framstår det som något oklart varför den arbetskraft som utgör återstående verksamhet per definition inte skulle omfattas. En tolkning kan vara att man avser en arbetsorganisation på ett företag med en basarbetskraft som servar flera olika delar av företaget och som därmed inte specifikt kan sägas tillhöra en avgränsad del av ett företag eller en verksamhet. Organiseringen av de anställda skulle enligt denna tolkning få en avgörande betydelse för vilka som har rätt att övergå. I *Case 86/83 Botzen* utgår talan från den enskilde anställdes arbetsuppgifter, medan Kommissionen i stället utgår från verksamhetsorganisationen i stort. I Kommissionens version blir ändå den praktiska effekten till slut att den enskilde anställde måste granskas utifrån var man organisatoriskt har sin tillhörighet. EUD anser att Kommissionens synsätt måste upprätthållas. Ett anställningsförhållande karaktäriseras huvudsakligen av sambandet mellan den anställde och den del av verksamheten i vilken denne är satt att utföra sina sysslor. För att se om rättigheter och skyldigheter i anställningsförhållandet har övergått, är det tillräckligt att klargöra vilken del av verksamheten som den anställde tillhörde. Art. 3 (1) i direktiv 77/187 måste därmed

[39] Case 186/83 *Botzen*, p. 14 och p. 15.

tolkas som att den inte omfattar de arbetstagare som arbetade i den icke övertagna delen av överlåtarens organisation och som utförde vissa arbetsuppgifter gentemot den överlåtna delen, oavsett att detta innebar användande av materiella tillgångar som överfördes eller utförde administrativa stöduppgifter.[40]

Omfattningen av Direktivet blir därmed att skyddet inte automatiskt täcker en anställd som inte organisatoriskt hör till den överlåtna enheten, men som utför vissa sysslor där man använde överförd verksamhetsutrustning. Det framstår som oklart om begränsningen avser att omfattningen av arbete riktat till överförd enhet är för ringa eller huruvida all arbetstid måste riktas mot den övertagna enheten. Vad innebär detta för den som arbetar 25% av heltid i den verksamhet som övergår och endast har en anställning på 25% d.v.s. personen fullgör hela sin tjänst mot den del som övergår. Skulle detta innebära en organisatorisk placering genom fullgörandet av personens hela arbete? Skulle personen i så fall vara att likställa med den som fullgör en hundraprocentig anställning gentemot den del som övergår? Frågan har ännu inte behandlats, men som framgår i nästa delkapitel antyder utgången i Mål *C-344/18 ISS Facility Services* att frågan är mer komplex än så.

11.2.3 Vilket skydd ges administratören?

Direktivet täcker inte heller en anställd som organisatoriskt tillhör en administrativ del av företaget, och som utför arbete för den överförda enhetens räkning, om inte denna administrativa del också har blivit överförd.[41] Det avgörande verkar därmed bli huruvida funktionen omfattas i övergången och hur man organisatoriskt har klassat denna funktion beträffande vad som överförs. Om administration inte är en del av kärnverksamheten utan sidoordnad, blir effekten märklig. EUD skapar i så fall ett ingenmansland där rättsverkningarna av Direktivet blir beroende av parternas agerande på ett sådant sätt att överlåtaren självständigt kan avgöra vilken personal som ska medfölja utifrån placering. Skyddet för den anställde i den icke integrerade administrativa verksamheten blir därmed ytterst illusoriskt. Det förefaller som att det endast blir i situationer där förvärvaren önskar ta över den administrativa enheten eller där administration utgör en tydlig del av kärnverksamheten, som den anställde administratören i denna enhet enligt EUD ska omfattas av Direktivets skyddsregler.

Ska EUD:s svar därmed tolkas *e contrario* i förhållande till det som inte bekräftas i talan i *Case 86/83 Botzen*, nämligen att bara den arbetstagare som huvudsakligen har sin arbetsuppgift i överförd enhet ska följa med? EUD berör inte detta överhuvudtaget. Betyder det att det endast är den

[40] Case 186/83 *Botzen*, p. 16.
[41] Se dock Mål C-344/18 *ISS Facility Services* där administratör anses omfattas vid utläggning av städning.

organisatoriska placeringen och inte omfattningen av utförda sysslor i överförd verksamhet som har betydelse? När man analyserar hur EUD har resonerat angående administrativ personal anställd i en speciell administrativ enhet verkar detta troligt, men utvecklingen i Mål *C-344/18 18 ISS Facility Services*, beträffande hur identitet i verksamhet kan betraktas, måste vägas in.[42] Sonia Govaerts arbetar inte direkt med städning utan med administration av städning. Att EUD ändå anser att hennes anställning ska omfattas av skyddet vid övergång av städning till flera olika förvärvare motiveras inte särskilt. Möjligen ska detta ses som en utökning av skydd för extern roll.

11.2.4 Arbetstagarens placering – nationella effekter

Innebörden av *Case 186/83Botzen* är att den organisatoriska placeringen av arbetstagaren i företaget är avgörande för om den anställde ska följa med över eller inte, vid övergång av del av ett företag eller en verksamhet. Det framstår inte som självklart att detta stadgande helt och hållet är i överensstämmelse med medlemsstaternas nationella arbetsrätt. I svensk rätt är en arbetstagare anställd i företaget, inte på en konkret avdelning. Det framstår därmed som märkligt att se anställningen som direkt relaterad till en specifik avdelning eller del av verksamhet på företaget. Däremot står det arbetsgivaren fritt att organisera sin verksamhet som denne vill, vilket i praktiken kan ge en liknande effekt.

Att EUD:s utlåtande ska tolkas utifrån det enskilda fallet ger en viss begränsning, men problemet kvarstår ändå i och med EU-rättens överordning i förhållande till nationell rätt. Generella utlåtanden kan vid inlemmande i nationella rättssystem ge oväntade effekter och ibland även störa den rättsliga symmetrin. En praktisk fråga som ofta uppkommer i dessa situationer är i vilken mån en arbetstagare som utför sysslor i den verksamhet som går över, utan att själv direkt vara placerad i verksamheten, ändå ska gå över.[43] En strikt tolkning av *Case 186/83 Botzen* ger här att detta inte är möjligt. Endast den arbetstagare som är direkt placerad i den verksamhet som övergår, går över till förvärvaren.

Hur ska man se på situationen när en arbetstagare är anställd i en annan del av företaget men utför sina arbetsuppgifter helt och hållet mot den verksamhet som ska övergå? Personen kan antingen tillhöra en annan verksamhetsdel som ger service åt den verksamhet som övergår eller ha en tjänst utan fast organisatorisk placering. Praxis avgränsar möjligheten att gå med över till förvärvaren till att vara placerad i den verksamhet som övergår. Emellertid är enligt svensk arbetsrätt en person i

---

[42] Utvecklingen i Mål C-344/18 *ISS Facility Service* måste vägas in utifrån att en övergång av en verksamhet kan delas upp på flera förvärvare, så att en person kan komma att fullgöra sitt arbete mot olika förvärvare. Det kan i så fall vara berättigat att fråga om samma tanke inte borde gälla även för den som hos överlåtaren utför arbete mot den verksamhet som övergår utan att vara anställd i den? Se mer i kap. 4.1.1.

[43] *AD 1995 nr 163*.

vissa avseende att se som placerad i den verksamhet denne arbetar gentemot, utan att det föreligger krav på att personen faktiskt organisatoriskt tillhör denna verksamhet.

Tydligast visas detta i de s.k. inhyrningsfallen, där en person har en anställning hos en arbetsgivare, men utför sitt arbete hos en annan arbetsgivare. Uthyraren är formell arbetsgivare men inhyraren har ett delat ansvar för t.ex. arbetsmiljö och kan åläggas ett arbetsgivaransvar för t.ex. sexuella trakasserier. Inom ett företag eller en organisation förekommer ibland motsvarande företeelse. Arbetstagaren är anställd i en del av verksamheten, men utför arbete gentemot en annan del. Innebär då detta att personens arbetsrättsliga hemvist ska bedömas enbart utifrån organisatorisk placering eller även utifrån den verksamhetsdel som tillgodogör sig prestationen?

Klart får anses vara att om dessa verksamheter är organiserade som olika bolag i en koncern, så kan endast de arbetstagare som är anställda i det företag eller den verksamhet som övergår hävda rätt att övergå. Detta gäller även om personalen skulle vara anställda i ett personalbolag och hyras ut till andra bolag i koncernen.[44] Här måste dock effekterna av Mål *C-458/05 Jouini* beaktas.[45]

Tankegången verkar vara att det föreligger en tydlig uppdelning av personal där bemanningen är stadigvarande. Så kan det mycket väl vara i rättssystem där anställningen inte sker utifrån hela den juridiska personen utan med tydlig placering på en speciell avdelning. I många rättssystem är anställning i den juridiska personen medan placeringen avgörs av arbetsgivaren.[46]

I dessa fall kommer placeringen att kunna variera. Vem som tillhör den del av kärnverksamheten som ska läggas ut på entreprenad kan därmed ses som osäkert. Möjligheten för överlåtaren att omplacera personer som man önskar ska vara kvar i övrig verksamhet är lika god som möjligheten att i stället bemanna den del som ska övergå med arbetstagare som man inte önskar se i kvarvarande verksamhet.

Vid driftentreprenad är verksamheten ofta tydligare sammanhållen. Personalen har många gånger följt med verksamheten under längre tid. Överlåtarens och förvärvarens kännedom om personalen kommer vid kortare upphandlingar att vara mer begränsad, vilket innebär mindre orsak att försöka göra förändringar. Detta verkar dock inte ha beaktats i praxis.

---

[44] För närmare betraktelser om personalbolags rättsliga ställning se Eklund, Ronnie. Bolagisering ett mode eller ett måste. Juristförlaget JF, Stockholm, 1992, generellt.
[45] Se kap. 11.3.
[46] Med beaktande av nationella regler om möjlighet för arbetsgivaren att omplacera mot arbetsgivarens vilja.

11.2.5 Vilka arbetstagare kan gå över när verksamhet delas upp på flera förvärvare?

Kravet på en ekonomisk enhet för att personal ska kunna ses som en del av verksamhet vid övergång, och därmed få en rätt att gå över när inte andra kriterier stödjer identiteten, kan tyckas utgöra en avgränsning som även borde återspeglas hos förvärvaren. Frågan har varit uppe i EFTA-domstolen.[47] I fallet tas verksamheten över från ett företag till flera olika företag i en koncern. EFTA-domstolens tolkning av direktiv 77/187 EEC var att det kunde vara tillämpligt på situationen.

EUD har bedömt en liknande situation i Mål *C-344-18 Facility Service*. Som tidigare berörts, har domstolen här gett uttryck för en möjlighet att övergång kan föreligga trots att verksamheten, den ekonomiska identiteten, delas upp på flera förvärvare.

Målet handlar om Sonia Govaerts som var anställd hos ISS som verksamhetsansvarig för de städuppdrag som företaget hade. ISS hade getts i uppdrag att sköta städning och underhåll av olika byggnader i staden Gent. Dessa var uppdelade i tre olika kategorier som alla administrerades av Sonia Govaerts. I ett anbudsförfarande förlorade ISS uppdraget i alla tre kategorier. Kategorierna 1 och 3 tilldelades bolaget Atalian, medan kategori 2 tilldelades bolaget Cleaning Masters NV. ISS meddelar Sonia Govaerts att hennes tjänst automatiskt har överförts till Atalian. Atalian menar dock att tjänsten inte omfattas av det som övergår. Sonia väcker då talan mot både ISS och Atalian och yrkade avgångsvederlag, julbonus i proportion till arbetad tid samt semesterersättning.

Arbetsdomstolen i Gent (första instans) fann att uppsägningen var olaglig och förpliktade ISS att betala avgångsvederlag, julbonus samt semesterersättning. Däremot avvisades hennes talan mot Atalian. Enligt Arbetsdomstolen var kollektivavtalet inte tillämpligt på Sonia Govaerts, eftersom hon utförde administrativa och organisatoriska arbetsuppgifter och inte deltog på plats i de städarbeten avseende staden Gents objekt som omfattades av övergången.

ISS överklagade den i första instans meddelade domen till Arbeidshof te Gent (Arbetsdomstolen i Gent). Bolaget gjorde där gällande att Sonia Govaerts anställningsavtal övergått till 85 procent på Atalian och till 15 procent på Cleaning Masters. Domstolen skickade följande fråga till EUD:

> ”Ska Art. 3.1 i direktiv [2001/23] tolkas så, att när olika delar av ett företag samtidigt övergår på olika förvärvare på det sätt som avses i Art. 1.1 i direktivet, så övergår de rättigheter och

[47] EFTA-domstolen mål E-02/04, Reidar Rasmussen, Jan Rossavik och Johan Käldman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann, EFTA Court Report 57, dom den 10/12/2004, p. 49.

> skyldigheter, som vid tidpunkten för övergången följde av ett anställningsavtal med en arbetstagare som var anställd i var och en av de delar som omfattas av övergången, på var och en av förvärvarna, i proportion till omfattningen av det arbete som nämnda arbetstagare utfört i den del som förvärvats av respektive förvärvare, eller ska nämnda Art. tolkas så, att ovannämnda rättigheter och skyldigheter i sin helhet övergår på förvärvaren av den del av företaget i vilken nämnda arbetstagare huvudsakligen utfört sitt arbete,…"

EUD resonerar utifrån skyddssyftet att Direktivet ska säkerställa att anställningsförhållandet och anställningsvillkoren, så långt det är möjligt utan ändringar, fortsätter att gälla i förhållande till förvärvaren, för att förhindra att de arbetstagare som berörs av övergången hamnar i en mindre fördelaktig situation enbart på grund av övergången.[48]

EUD för även in förvärvarens behov av förutsägbarhet: "Förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten", vilket även har framgått i tidigare praxis.[49] Vid en övergång av en ekonomisk enhet som en arbetstagare var knuten till, saknar det enligt EUD betydelse huruvida enheten har övergått på en enda eller flera förvärvare.[50] EUD anser att det inte går att tolka Direktivet som att anställningen skulle övergå till den förvärvare som arbetstagaren till större delen skulle arbeta mot, eftersom det skulle innebära att Art. 3.1 första stycket i Direktivet tolkades utan hänsyn till förvärvarens intressen. "Förvärvaren skulle därigenom nämligen erhålla de rättigheter och skyldigheter som följer av ett avtal om heltidsanställning, trots att den berörda arbetstagaren endast utför arbete åt denne på deltid."[51]

Eftersom den nationella arbetsrätten styr definitionen av arbetstagarbegreppet lämnar EUD det till nationell rätt att avgöra på vilket sätt uppdelningen mellan de olika förvärvarna ska ske.[52] Men detta måste ske med beaktande av de praktiska konsekvenserna av denna uppdelning av anställningsavtalet så att inte skyddssyftet med Direktivet försämras

---

[48] EUD hänvisar till C-472/16 *Colino*, p. 48.

[49] Se för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 2006, C-499/04 *Werhof*, EU:C:2006:168, punkt 31. Syftet med direktiv 2001/23 är dock inte bara att skydda arbetstagarnas intressen vid en företagsövergång, utan också att säkerställa en rättvis avvägning mellan dessa intressen och förvärvarens intressen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2013, C-426/11 *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:521, punkt 25.

[50] Mål C-344/18 *ISS Facility Services.* p. 27.

[51] Mål C-344/18 *ISS Facility Services.* p. 31.

[52] "Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att fastställa på vilket sätt som anställningsavtalet eventuellt skulle kunna delas upp. Den hänskjutande domstolen kan i detta sammanhang beakta det ekonomiska värdet av de objektkategorier som arbetstagaren arbetar inom, såsom ISS har föreslagit, eller den tid som arbetstagaren faktiskt ägnar åt respektive kategori, såsom Europeiska Kommissionen har föreslagit." p. 32.

genom att Direktivet åberopas för att försämra arbetsvillkoren för arbetstagare som berörs av en företagsövergång.[53]

Direktivet hindrar inte en uppsägning som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Men om anställningsavtalet upphör på grund av att övergången medför en väsentlig förändring av arbetsvillkoren, som är till nackdel för arbetstagaren, ska arbetsgivaren anses vara ansvarig för att anställningsavtalet har upphört.

EUD anser sammanfattningsvis att anställningsavtalet övergår på var och en av dessa förvärvare i proportion till omfattningen av det arbete som den berörda arbetstagaren utför, under förutsättning att det är möjligt att dela upp avtalet och att uppdelningen inte medför en försämring av arbetsvillkoren eller åsidosätter skyddet för de rättigheter som arbetstagarna garanteras genom detta Direktiv, något arbetsgivaren, förvärvaren, i så fall ska ses som ansvarig för. *C 344/18 Facility Services* ger därmed ny kunskap men även upphov till nya frågor om hur detta ska fungera praktiskt.

11.3 Bemanning som organisationsstruktur

Genom att jämföra bemanning/inhyrning med entreprenad klargörs ytterligare delar av möjlig organisationsstruktur. Här läggs grunden till att klarlägga inhyrning för att sedan i kapitel 12 återkomma mer till entreprenadens skiljelinje mot inhyrning och entreprenadens egna effekter.

Vid Överlåtelsedirektiv 77/187:s tillkomst fanns en motsättning mellan de som önskade ett mer omfattande skyddssyfte och de som betonade behovet av flexibilitet och företagsekonomisk effektivitet. Vid denna tidpunkt, 1970-talet, är entreprenader vanliga men inhyrning, s.k. bemanning, relativt ovanliga. Detta kan ha samband med att ILO-konvention 181 förbjuder privata arbetsförmedlingar. Bemanning kom i många avseenden att likställas med privat arbetsförmedling och var därmed i flera länder antingen en gråzon eller direkt förbjudet. ILO-konventionen kunde endast sägas upp vart tionde år, vilket gjorde att förändringen i rättslig acceptans för bemanningsanställda var trögrörlig.[54]

Frågan om bemanningsanställda var därmed inte lika aktuell som förekomsten av personalintensiva entreprenader vid tillkomsten av Överlåtelsedirektiv 77/187. I Sverige förändrades rättsläget beträffande

[53] Mål C-344/18 *ISS Facility Services*, p. 35.

[54] Eklund, Ronnie, m.fl., Rapport till Nordiska Ministerrådets expertkommitte: *In- och uthyrning av arbetskraft i Norden*, 1993, och Eklund, 'Temporary Employment Agencies in the Nordic Countries' i Stability and Change in Nordic Labour Law, Vol 43 Scandinavian Studies in Law, September 2002 s. 311–334.

bemanningsanställda 1993 efter att Sverige valt att säga upp ILO-konventionen. Bemanningsanställda blev därefter allt vanligare, en utveckling som även skedde i många andra länder. Vid tillkomsten av Överlåtelsedirektivet 98/50 och Direktivet utsträcktes skyddssyftet till att även kunna omfatta inhyrda.[55] Direktivet anknyter dock till arbetsmiljörättens definition av inhyrning,[56] inte till Bemanningsdirektivet 2008/104/EG, vilket är logiskt eftersom detta kom till efter Direktivet. Effekten av detta är dock att Direktivets regler om inhyrd personal inte definieras i varje medlemsstat, såsom i Bemanningsdirektivet, utan i stället på gemensam EU-nivå.

Ofta ställs personalintensiva entreprenader utanför skyddssyftet, medan inhyrd personal i senare praxis har inkluderats eller setts som en del av en verksamhetens specifika karaktär, på ett sätt som gör att ekonomisk enhet inte anses relevant.

Här argumenterar EUD för att organisationen vid entreprenad kan påverkas av beställarens krav utan att verksamhetens likhet påverkas. Det verkar därmed öppnas upp för en större tillåtlighet vid entreprenadövergång av sidoverksamhet, än vid övertagande av kärnverksamhet.

EUD:s praxis visar att den omständigheten att den inhyrda arbetskraften är integrerad i inhyrarens verksamhet inte utesluter att dessa kan omfattas av en övergång av verksamhet hos uthyraren. Detta sker genom att de anses ingå i den ekonomiska enheten hos uthyraren trots att arbetet inte utfördes där.[57] Den ekonomiska enheten hos uthyraren kan utgöras av administrativ personal, arbetskraft som hyrs ut samt know-how. Förutsättningen är dock att uthyrarens egen arbetsorganisation följer med och att resurser som gör det möjligt att fortsätta verksamheten också medföljer.[58] EUD menar även:

> ”Såsom framgår av beslutet om hänskjutande är det i regel utmärkande för dessa företag att det inte finns någon egentlig företagsorganisation som gör det möjligt att i ett sådant företag identifiera olika ekonomiska enheter som kan särskiljas från den gamle arbetsgivarens organisation.[59]

EUD anser inte att ekonomisk enhet är ett lämpligt verktyg för att avgränsa den personal på uthyrarföretaget som arbetar som inhyrda på andra företag. Trots att de inte utför sitt arbete på den arbetsplats som

---

[55] Överlåtelsedirektiv 98/50 samt Direktivet klargör att personalkategorier inte får undantas utifrån att: ”Art. 2.2.c) Anställningsförhållandena är tillfälliga enligt artikel 1.2 i direktiv 91/383/EEG och det företag, den verksamhet eller den del av ett företag eller en verksamhet som överlåts är, eller är del av, en verksamhet som hyr ut arbetskraft och som är arbetsgivaren.”
[56] Direktiv 91/383/EEG.
[57] Mål C-458/05 *Jouini*, p. 36.
[58] Mål C-458/05 *Jouini*, p. 37-38.
[59] Mål C-458/05 *Jouini*, p. 33.

går över, uthyrarföretaget, kan de ändå omfattas via sin organisatoriska knytning till och sin anställning på uthyrningsfirman.

Innebär detta att den inhyrde arbetstagaren organisatoriskt inte kan räknas till den inhyrande verksamheten och därmed inte omfattas av Direktivet, om en övergång skulle ske hos inhyraren? Hamnar den inhyrde i så fall i ett helt annat läge än den arbetstagare som arbetar i samma verksamhet? Vid en avgränsning av entreprenad såsom organisatoriskt självständig i enlighet med t.ex. Selbergs argumentation,[60] kan detta förefalla logiskt. Frågan blir dock om entreprenader alltid är organisatoriskt självständiga.

Beträffande arbetstagare i personalintensiva entreprenader kan de omfattas av Direktivets skyddssyfte under förutsättning att det föreligger en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet, varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet. Enbart den omständigheten att verksamheten hos överlåtaren och senare hos förvärvaren är likartad har i EUD:s praxis inte ansetts vara tillräckligt för att en ekonomisk enhet ska ha övergått.[61]

Det räcker inte med att arbetsuppgifterna övergår och är desamma hos överlåtare och förvärvare. Det måste till något mer. Antingen i samband med andra kriterier eller utifrån organisation och förekomst av anställda som gått över. EUD har i sin praxis även uttryckt att det ska vara fråga om en ”ännu bestående stabil ekonomisk enhet”.[62] Något som har kommit att uttolkas alltmer liberalt.

EUD diskuterar, som tidigare nämnts, uthyrningens särart i Mål *C-458/05 Jouini*[63]. Enligt den nationella domstolens uppfattning blir dock kontrollen av huruvida det föreligger en övergång av verksamhet annorlunda när det rör sig om ett företag som bedriver uthyrning av arbetskraft. Sådana företag har per definition få anställda tjänsteplacerade i den ”egna rörelsen”, d.v.s. uthyrarföretaget, eftersom arbetstagarna är placerade hos andra företag som använder sig av denna arbetskraft.

Den nationella domstolen påtalar som avgörande just detta, att förvärvaren integrerar de berörda arbetstagarna i sin egen organisation i enlighet med sina behov. De flesta av arbetstagarna i företag som bedriver uthyrning av arbetskraft är följaktligen inte integrerade i dessa företags egna organisation utan i en annan arbetsgivares organisation. Den nationella domstolen ifrågasätter därmed om det finns en organiserad

[60] Selberg, 2017 generellt.
[61] Se t.ex. Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*.
[62] Se t.ex. Mål C-48/94 *Rygaard*.
[63] Mål C-458/05 *Jouini*.

enhet i meningen ”verksamhet” eller ”del av verksamhet”, i företag som bedriver uthyrning av arbetskraft.

Sådana företag anses också skilja sig väsentligt från städfirmor eller bevakningsföretag genom att den uthyrda arbetskraften inte är anställd i arbetsgivarens verksamhet för ett särskilt syfte (städning eller bevakning) – vilket skulle kunna vara till hjälp för att identifiera en del av en verksamhet – utan i stället tilldelas olika uppgifter i enlighet med behoven hos de företag som använder sig av denna arbetskraft.

Frågan är intressant eftersom den berör ur vilket perspektiv vi ska betrakta verksamhet. Är det en verksamhet som är utförande, eller räcker det om den är sammansatt för ett särskilt ändamål? Frågan är i stor utsträckning densamma som för entreprenader.

Sakfrågan i målet är huruvida övergång kan föreligga när en kontorsanställd, en filialchef, kundrådgivare och den verkställande direktören övergår från det ena bemanningsföretaget, som inte har en egentlig företagsorganisation till det andra bemanningsföretaget och där utövar jämförbart arbete, samtidigt som cirka en tredjedel av den uthyrda arbetskraften samt de därtill knutna kunderna (med olika storlek på uppdragen varvid den uthyrda arbetskraften motsvarar mellan tre och femtio arbetstagare) helt eller delvis övergår tillsammans med de förstnämnda, likaså i samverkan mellan de båda företagen.[64]

Målet prövas utifrån övergång av del av verksamhet i och med att en del kvarstår hos överlåtaren, som senare går i konkurs. EUD väljer att vända på den nationella domstolens resonemang:

> ”En sådan enhet behöver inte nödvändigtvis omfatta betydande materiella eller immateriella tillgångar. Inom vissa ekonomiska sektorer är tillgångarna ofta minimala och verksamheten i huvudsak baserad på arbetskraft. En organiserad grupp av arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag kan således, i brist på andra produktionsfaktorer, utgöra en ekonomiskenhet (domen i de ovannämnda förenade målen Hernández Vidal m.fl., punkt 27).”[65]

EUD utsträcker därmed sin tidigare syn på vad som utgör en ekonomisk enhet till, ”en organiserad grupp av arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag”.[66] Det som är särskilt intressant är att domstolen väljer att använda denna formulering för just denna typ av verksamhet och dessutom klargör;

---

[64] Se Mål C-458/05 *Jouini.*
[65] Se Mål C-458/05 *Jouini*, p. 32.
[66] Se diskussionen i kap. 4 och 8.

> ”Detta gäller, med hänsyn till Art. 2.2 andra stycket c i direktiv 2001/23, i ännu högre grad för företag som bedriver uthyrning av arbetskraft. Det framgår nämligen av denna bestämmelse att anställningsförhållanden i sådana företag i princip omfattas av direktiv 2001/23, vilket innebär att företagens specifika karaktär skall beaktas vid prövningen av övergång av desamma. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande är det i regel utmärkande för dessa företag att det inte finns någon egentlig företagsorganisation som gör det möjligt att i ett sådant företag identifiera olika ekonomiska enheter som kan särskiljas från den gamle arbetsgivarens organisation.”[67]

Företagets specifika karaktär ska beaktas. Det faktum att detta är en verksamhet för bemanning gör att prövningen av ekonomiskt avgränsbar verksamhet blir annorlunda eftersom avsaknad av egentlig företagsorganisation är det utmärkande. Domstolen befäster detta resonemang med att sedan beakta huruvida den organisation som överförts var tillräcklig för att kunna tillhandahålla tjänsten:

> ”Om det aktuella företag som bedriver uthyrning av arbetskraft inte har en identifierbar organisationsstruktur finns det följaktligen anledning att vid prövningen beakta dess specifika karaktär snarare än att försöka fastställa huruvida det finns en ekonomisk enhet i dess organisation. I detta sammanhang skall en bedömning av huruvida det finns en ekonomisk enhet i den mening som avses i Art. 1.1 i direktiv 2001/23 innefatta en prövning av huruvida de tillgångar med vilka verksamheten bedrevs, och som har överförts av den gamle arbetsgivaren, hos denne utgjorde en enhet som i sig var tillräcklig för att kunna tillhandahålla de tjänster som var typiska för företagets ekonomiska verksamhet, utan att det därvid var nödvändigt att använda andra betydande tillgångar eller andra delar av företaget.”[68]

Domstolen låter därmed uthyrningsföretagets specifika karaktär ersätta avsaknaden av ekonomisk enhet. I stället ska en ekonomisk enhet anses föreligga om överförda tillgångar, d.v.s. en del av personalen, utgör en enhet som räcker till för att utföra arbetet utan att behöva använda andra betydande resurser, det som i denna avhandling har benämnts produktionsfaktor.

Domstolen söker i stället efter identiteten i något annat, i detta fall i kunskapen att kunna inordna sig i någon annans organisations-

[67] Se Mål C-458/05 *Jouini*, p. 33.
[68] Se Mål C-458/05 *Jouini*, p. 34.

struktur men ändå ha kvar den del av arbetsledning och administration som det är naturligt att inhyraren inte tar över:

> ”Det skall i detta hänseende understrykas att verksamheten hos företag som bedriver uthyrning av arbetskraft kännetecknas av att arbetstagarna tas i anspråk av de företag som använder sig av dem, så att arbetstagarna utför arbetsuppgifter enligt de sistnämnda företagens behov och anvisningar. För att bedriva en sådan verksamhet krävs bland annat know-how, en administrativ struktur som är lämpad för att organisera detta ianspråktagande och ett antal arbetstagare, vars tjänster hyrs ut, som kan integreras i de företag som använder sig av dem och utföra de arbetsuppgifter som dessa företag begär skall utföras för deras räkning. Däremot krävs inga andra betydande tillgångar för att bedriva den ekonomiska verksamheten i fråga.”[69]

Att den uthyrda arbetskraften är integrerad i organisationsstrukturen hos den kund för vars räkning arbetskraften ställs till förfogande, kan i sig inte utgöra något hinder för att konstatera att det rör sig om en övergång av en ekonomisk enhet. Förutsättningen är dock att både arbetskraft för att utföra uppdraget och kunskap (know-how) om hur detta ska organiseras överförs. I fallet har även administration förts över. Huruvida detta är avgörande är mer osäkert.

Man kan se att betydelsen av att administrationen tas över inte ska underskattas. I Mål *C-386/09 Briot*[70] behandlas frågan om uthyrdas rättsliga ställning, när en personalmatsal som bemannas med inhyrd personal överförs. Domstolen konstaterar följande: Ett avtal om visstidsanställning för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag kan upphöra att gälla till följd av att avtalet har löpt ut. Om detta inträffar innan övergången av uthyrningsverksamhet sker, innebär en underlåtenhet att förnya nämnda avtal till följd av övergången, under sådana omständigheter som i det aktuella målet, inte ett åsidosättande av förbudet i Art. 4.1 i Direktivet. Arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag ska i detta fall inte anses vara fortsatt uthyrda till kundföretaget vid tidpunkten för nämnda övergång och har därmed inte en rättighet att följa med, eftersom ingen pågående anställning finns.

Vid uthyrning beaktas därmed företagets specifika karaktär och avsaknaden av fast struktur accepteras. Hur förhåller sig detta i en entreprenad? Hur motiveras skillnaden mellan uthyrning, där den inhyrda personalen blir integrerad i verksamheten och ändå anses

---

[69] Se Mål C-458/05 *Jouini*, p. 35.
[70] (55) Mål C-386/09 *Jhonny Briot mot Randstad Interim, Sodexho SA och Europeiska unionens råd*, ECLI:EU:C:2010:526 (Mål C-386/09 *Briot*).

kunna särskiljas, och entreprenad, där verksamheten har en egen avgränsning genom t.ex. arbetsledning, men där bedömningen ändå utgår från de sju kriterierna utan beaktande av entreprenadens speciella natur?

I Mål *C-509/14 Administrador de Infraestructuras Ferroviarias* klargörs att i en materialintensiv verksamhet kan vägran att ta över personal inte tillmätas någon vikt, eftersom detta skulle strida mot Direktivets skyddssyfte. Ingen diskussion förs dock runt varför det skulle vara annorlunda i en personalintensiv verksamhet.[71]I *C-290/12 Della Rocca* väcktes frågan om skydd även kan ha annan grund. [72] Omfattas även den som är uthyrd av direktiv 1999/70, d.v.s. förbudet att trava visstidsanställningar på varandra? I *Briot*-domen[73] klargörs detta i följande slutsats; att Direktivet om övergång av verksamhet är tillämpligt innebär inte att andra skyddsdirektiv inte får effekt. Domstolen preciserar att den endast prövat frågan huruvida Direktivet är tillämpligt och att denna slutsats således inte påverkar det skydd mot missbruk av på varandra följande avtal om visstidsanställning med stöd av andra bestämmelser i unionsrätten, som en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag i förekommande fall kan ha rätt till.[74] Inte heller påverkar denna slutsats domstolens framtida tolkningar av sistnämnda bestämmelser.[75]

11.4 Arbetsledningens betydelse för strukturell självständighet – industrisamhälle kontra tjänstesamhälle.

Greater than the tread of mighty armies is an idea whose time has come.[76]

Under de år som EU såg ett behov av att utveckla det sociala protokollet och stärka arbetstagarnas rättigheter, från 1970-talet och framåt, genomgår Europa en stor förändring. Även om industriproduktionen

[71] "41.Vad slutligen gäller den omständigheten att ADIF inte har övertagit Algeposas personal har domstolen redan slagit fast att det inte räcker att den nya entreprenören inte övertar merparten – i förhållande till antal och kompetens – av den personalstyrka som dennes föregångare särskilt hade avdelat för denna uppgift, för att det ska vara uteslutet att det föreligger en övergång av en enhet som behåller sin identitet i den mening som avses i direktiv 2001/23, inom en sådan bransch som den i det nationella målet där verksamheten huvudsakligen är grundad på anläggningar. En motsatt tolkning skulle strida mot det huvudsakliga syftet med Direktivet, som är att skydda de anställningsavtal som gäller överlåtarens personal, även mot förvärvarens vilja (se, för ett liknande resonemang, dom Abler m.fl., C 340/01, EU:C:2003:629, punkt 37)."
[72] Se uttolkningen av Direktivet i (59) C-290/12 *Oreste Della Rocca mot Poste Italiane SpA*, ECLI:EU:C:2013:235 (Mål C-290/12 *Della Rocca*), p. 44.
[73] Se Mål C-386/09 *Briot*.
[74] Bland annat rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete.
[87] Mål C-386/09 *Briot*, p. 36.
[76] Citat tillskrivet Victor Hugo.

fortfarande är viktig, börjar en alltmer omfattande tjänsteproduktion växa fram.

Direktivets fokus är till stora delar på industriproduktion, och vad som händer när fabriken överlåts, men EUD:s praxis börjar alltmer visa en diversifierad bild av verksamheter som antingen huvudsakligen eller delvis sysslar med tjänsteproduktion. Som tidigare diskuterats så uppmärksammar Ekonomiska och sociala kommittén detta som problematiskt, utifrån att tjänstesektorn inte fullt ut omfattas av Direktivets reglering.[77]

Entreprenadföretag inom tjänsteproduktion ses sällan som direkt skyddsvärda vid tidiga tolkningar av Direktivet. Övergång sker ofta utifrån en kombination av andra faktorer vid personalintensiv tjänsteproduktion vilket har visats i kapitel 8. Senare praxis från EUD, när effekten av Rättighetsstadgan som primärrätt börjar visa sig, indikerar dock att flera omständigheter kan behöva beaktas. Den ekonomiska enheten får nu uttolkas utifrån att det är produktionsfaktorer som möjliggör den ekonomiska verksamheten som måste ha gått över. Vad är det som utgör produktionsfaktorer i en personalintensiv verksamhet där inga andra ankarkriterier finns? Vi kommer här tillbaka till diskussionen i kapitel 8 om majoritetsfall och organisationsfall, d.v.s. om identitet i verksamhet kontra ekonomisk enhet.

Värderingen av huruvida personalintensiv tjänsteproduktion kan bli föremål för övergång av verksamhet eller inte beror antingen på om majoriteten av de anställda, kvantitativt eller kvalitativt har gått över, eller om den ekonomiska enheten uppvisar en tydlig struktur och ledning. Tanken är närliggande den tidiga industrialismen, där arbetsledningen oftast var direkt vid t.ex. löpande bandet och där varje arbetstagare hela tiden fick ledning, för att veta vilka uppgifter som skulle utföras.[78]

Arbetstagare inom industrin som utför arbete i materialintensiv verksamhet får, som tidigare har beskrivits, sitt ankarkriterium från att material eller immateriella rättigheter övergår och därmed bildar en ekonomisk enhet utifrån det materiella eller immateriella kriteriet. Dessa arbetstagare blir därigenom skyddsvärda. Men hur ska vi se på personalintensiv verksamhet t.ex. inom tjänstesektorn? Är arbetstagare inom tjänstesektorn tillräckligt självständiga i en arbetsorganisation, för att arbetsgruppen ska kunna bilda ett eget ankarkriterium?

---

[77] Se kap. 4.5 och COM (94) 300 final 8 september 1994, 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.

[78] Se t.ex. Lomba C., 'Beyond the Debate over 'Post'- vs 'Neo'-Taylorism The Contrasting Evolution of Industrial Work Practices', 201 *Int. Sociol.* March 2005 71–91, s. 71 ff.

11.4.1 Arbetsledning inom tjänstesektor

En förändring i arbetsorganisation växer fram under lång tid, inte sällan i parallella processer.[79] Förändringen drivs fram av flera skäl, såsom att det finns en möjlighet till kostnadsbesparingar, större självstyre och upplevda fördelar för aktörerna. Inte sällan har utvecklingen skett succesivt utan att ha särskilt uppmärksammats eller namngetts, och plötsligt framstår förändringen som självklar utifrån bruket på arbetsplatsen.[80]

Från en tidigare Tayloristisk syn på arbetsledning med direktstyrning och handlingsstyrning blev1980- och 90-talet en vändpunkt. Inom flera sektorer uppstod behov av och efterfrågan på en arbetsledning som upplevdes som mer ändamålsenlig.[81] Vi går från den hårt styrda arbetsledningen till programstyrning, där ledningen styr genom att formulera program som ska följas. Arbetstagarna går nu över till att bli ”medarbetare”, vilket indikerar en förändrad syn på arbetstagarnas roll och betydelse. Därefter kom utvecklingen i flera fall att gå mot en ramstyrning, där ledningen fastställer ramar inom vilka medarbetarna fick en större frihet att agera. Ramstyrningen övergavs av många till förmån för målstyrning där medarbetarna gavs friare händer att uppnå målen. För att målstyrning ska vara effektiv förutsätts att det finns en kunskap om vilka resultat som ska uppnås, att de anställda har möjlighet att uppnå målen och att måluppfyllelsen är möjlig att mäta. Detta resulterade i ett allt större fokus på att ”mäta det mätbara”[82]

Även inom industriproduktion började andra arbetsledningsmodeller dyka upp. Volvos Uddevallafabrik betraktades som banbrytande när den öppnades 1989. I fabriken monterade självstyrande grupper hela bilar, enligt principer präglade av en helhetssyn på lärande och en ny arbetsorganisatorisk utformning. Produktionsansvar delegerades av ledningen till grupperna, inklusive makt över arbetstakten.[83] Senare kom Saab att arbeta enligt en liknande modell.

Även om vissa arbetsplatser stannade upp i denna process blev den gamla typen av direktstyrning där arbetsledaren i detalj styrde och övervakade alltmer ovanlig.[84] Fokus gick från en hierarkisk styrmodell där

---

[79] Czarniawska, Barbara and Joerges, Benward, *Travels of Ideas. Translating organizational change* 1996, s. 36 ff.
[80] Czarniawska s. 46 ff.
[81] Borgert, Leif, *Organiserandet som mode – Perspektiv på hälso och sjukvård*, Nerenius & Santérus Förlag, 1992, s. 84.
[82] Lindgren, Lena, *Utvärderingsmonstret, kvalitets- och resultatmätning i den offentliga sektorn*, Lund, Studentlitteratur, 2008, generellt.
[83] Sandberg, Åke (red), *Enriching production Perspectives on Volvo's Uddevalla plant as an alternative to lean production 1995-2007*, Avebury, Aldershot, 2007, generellt. Fabriken har beskrivits som en tydlig avvikelse från taylorism och ett gott exempel på ”det goda arbetet”.
[84] Källström, Anders, *Uppdrag styreffekt*, Liber, 1990, s. 46. Se även Sandberg (red), *Enriching production Perspectives on Volvo's Uddevalla plant as an alternative to lean production 1995-*

högsta chefen styrde mellancheferna, som i sin tur styrde arbetsledarna, som styrde arbetarna, till att i dag sätta kunderna i fokus. Genom att det är kundernas behov som styr blir medarbetare som är i frontlinjen de som främst har kunskap om vad som efterfrågas. De producerande medarbetarna stöttas av olika stödfunktioner och högsta chefen får en övergripande roll som samordnare.[85]

Utvecklingen under 2000-talets första decennier präglas mycket av kundperspektivet. Företag och offentlig verksamhet definierar sig utifrån de tjänster de erbjuder och den servicekonkurrens som råder inom den marknad de agerar på. Nyckeln till framgång blir att hantera ”tjänstekomponenterna” i enlighet med en ”servicelogik” för att klara sig i servicekonkurrensen.[86]

Verksamheterna kom i allt större utsträckning att organiseras för att uppnå följande:

a) Verksamheten inriktas på att vara målrationell och effektiv och därför exklusivt inriktad på resultaten av verksamheten.
b) Verksamhetens resultat (kvalitet och effektivitet) värderas bäst genom att översättas till generellt tillämpbara kvantifierbara indikatorer.
c) Mätning, bedömning och utvärdering av arbete och resultat förutsätter att organisationer och individer är eller förmås vara transparenta, självdokumenterande och återkopplande.
d) För att de nya styrningsprinciperna ska kunna integreras med arbetet krävs
kontrollerande instanser, med befogenhet att reglera och sanktionera verksamheterna.[87]

Den målstyrda arbetsorganisationen kritiseras ofta utifrån att målen kan sättas utifrån felaktiga premisser och att den riskerar att tränga ut de professionella normer som finns hos de anställda. Kritiken har varit extra tydlig i verksamheter som har fått stora inslag av styrning enligt New public management (NPM), en styrmodell som syftar till att göra offentlig verksamhet mer marknadsanpassad och som har kritiserats utifrån en verklighetsfrämmande syn på vilka behov verksamheten ska tillfredsställa och vilka ekonomiska vinster den ska generera.[88]

2007, Avebury, 2007. Som visar på hur kvalificerade arbetare i autonoma team byggde bilar enligt kundorder som alternativ till lean production.

[85] Grönroos, *Service Management*. ISL Förlag 1992, s. 195 ff. Se även Bruzelius & Skärvad, *Integrerad organisationslära*, Studentlitteratur, 1995 för en analys av hur den svenska arbetsorganisationen förändrades under 1990-talet.

[86] Begreppen hämtas från; Grönroos, 2016.

[87] Brante, Thomas, *Den professionella logiken: hur vetenskap och praktik förenas i det moderna kunskapssamhället*, Liber, 2014, s. 338.

[88] NPM är inte en enhetlig styrmodell, utan ett samlingsbegrepp för organisatoriska och styrningsrelaterade reformer inom den offentliga sektorn, ofta inspirerade av det privata näringslivet. Se t.ex. Lapsley, Irvine, ‘The NPM Agenda: Back to the Future,’ 24 *Financial Accountability & Management* 2008, generellt.

Förespråkarna hävdar i stället att NPM ger en möjlighet att bedriva verksamheten mer effektivt.

Båda sidor konstaterar dock ett behov av att söka styrformer som ger större utrymme för de anställdas professionella normer och kompetens. I en värld av snäva ekonomiska förutsättningar måste varje anställd till stora delar kunna vara självstyrande för att vara ekonomiskt effektiv. Detta har lett fram till tanken på tillitsbaserad arbetsledning.[89] Arbetsledningen syftar i denna typ av styrning till att stärka medarbetarnas egen förmåga till professionalism för att uppnå goda kvalitativa resultat.[90]

SKR[91] har under många år uppmärksammat att tidigare sätt att styra och leda inte fullt ut leder till önskade effekter. En förändring behöver ske där kultur- och värderingsfrågor blir en naturlig del i styrningen och där syftet med verksamheten och förståelsen för brukarens och medborgarens behov får en mer framskjuten position.[92]

Den partsammansatta Tillitsdelegationen uttrycker detta på följande sätt: ”Tillit är ett förhållningssätt mellan människor som också präglar hur man styr, leder och organiserar verksamhet.” Begreppet tillitsbaserad styrning är ett samlingsnamn på många olika modeller och koncept som har det gemensamt att de förordar indirekt styrning och utvecklande av medarbetares kunskaper med kontroll av kvalité i utförandet genom kollegial utvärdering och dialog.[93] Organisationsutvecklingen genom självstyrande team har inte bara skett i Sverige utan över stora delar av världen. Det som har setts som avgörande är bl.a. att utvecklingen möjliggjort en individuell självständighet och rollfördelning samt förmåga till teamarbete baserat på utbildning och/eller arbetserfarenhet.[94]

Hur arbetsorganisationsmodellerna kommer att utvecklas, och vilka modeller som kommer att råda i framtiden vet ingen, men mycket talar för att stora delar av tjänstesamhället inte kan styras med direkt arbetsledning på det sätt som var vanligt under industrisamhället. Detta

---

[89] Se SKR:s rapport. *Tillitsbaserad styrning*, 6 maj 2022 https://skr.se/skr/demokratiledningstyrning/styrningledning/organiserastyraleda/styrledningssystemarbetssatt/styraforresultat/tillitsbaseradstyrning (besökte 13 april 2023).

[90]För en skildring av framväxten av tillitsbaserad arbetsledning se t.ex. Bringselius, Louise, *Trust-Based Public Management: Conceptualization and lessons from the Swedish trust reform. In Handbook on Strategic Public Management*, Cheltenham, UK, Edgar Elgar. 2023, generellt.

[91] Sveriges kommuner och regioner.

[92] SKR:s remissvar på SOU 2018:47 Tillitsutredningen.

[93] SOU 2018:47 Med tillit växer handlingsutrymmet – tillitsbaserad styrning och ledning av välfärdssektorn. s. 131-134.

[94] Magpili, Nina Cristina and Pazos, Pilar, ’Self-Managing Team Performance: A Systematic Review of Multilevel Input Factors’, SAGE, 2018 Vol. 49, s. 7 ff. Utvecklingen får dock ses som kvalitetsmässigt komplex och beroende av många variabler.

innebär att den värdering som framgår av EUD:s tidiga domar om övergång av verksamhet beträffande personalgruppens självständighet utifrån huruvida den är arbetsledd, kan vara mindre relevant i dag. Det blir i stället viktigt med en mer nyanserad granskning av graden av strukturell självständighet och självstyre. En arbetsgrupp som arbetar målstyrt eller med tillitsbaserad styrning har i flera fall de produktionsfaktorer som skulle kunna innebära att det föreligger en ekonomisk enhet utan att direkt arbetsledning följer med över.

I dag utgår prövningen i personalintensiv verksamhet från att en personalgrupp utan arbetsledning är osjälvständig. I ljuset av den organisationsutveckling som skett är detta förmodligen till stora delar felaktigt. Det är därmed viktigt att uppdatera bedömningen av begreppen så att domstolen inte agerar utifrån en förlegad bild. En början till detta kan ses i Mål *C-108/10 Ivana Scattlon*,[95] där EUD diskuterar i termer av att det krävs av gruppen av arbetstagare att ”den har en viss frihet att organisera och bedriva verksamheten i fråga”. En förändring kan skapa en osäkerhet beträffande hur man ska kunna säkerställa graden av arbetstagarnas strukturella självständighet. I dag verkar den rättsliga diskussionen i domstol utgå från att anställda är arbetsledda, något som sällan är fallet, eftersom direkt arbetsledning ofta saknas. När domstolen konstaterar att arbetstagaren inte har övergått med arbetsledare kan detta leda till ett logiskt felslut. Frågan som ska besvaras är i stället om det har funnits arbetsledare att ta över och huruvida dessa i så fall fyller rollen av tidigare traditionell arbetsledning. I dag är arbetsledningen vanligen mer av en samordnande eller administrerande funktion i bakgrunden. Denna typ av mer passiv arbetsledning är inte i sig en produktionsfaktor. Det är i stället arbetaren, som har möjlighet att integreras i en ny organisation för att fortsätta producera, som har blivit produktionsfaktorn. Inför denna förändring bör det normala vara att strukturell självständighet föreligger i och med att arbetstagarna kan fortsätta verksamheten.

För att uppnå en större förutsägbarhet skulle det därför kunna vara mera ändamålsenligt att utgå från strukturell självständighet hos personalen som norm i tjänsteproducerande organisationer och att endast när en stor strukturell osjälvständighet tydligt framgår, se personalen i personalintensiv verksamhet som något annat än ett ankarkriterium.

11.5 Sammanfattning

Anställningsvillkors övergång kommer att vara beroende av flera olika omständigheter. Förutom att arbetstagaren måste omfattas av

[95] Mål C-108/10 *Ivana Scattolon*.

Direktivets skyddssyfte, måste även villkoren vara avtalade mellan parterna på ett sådant sätt att de skyddas. Anställningsvillkor ges en direkt övergång via anställningsavtalet men kan ändras av förvärvaren på samma sätt som av överlåtaren. Direktivet avser inte att ge ett starkare skydd för anställningsvillkor hos förvärvaren än vad som gavs hos överlåtaren. Anställningsvillkor i kollektivavtal har enligt Direktivet en rättsverkan. EUD:s rättspraxis har gått från en mer begränsad syn på vad som ligger inom skyddssyftet för denna rättsverkan till en mer inkluderande syn. Avvägning sker dock alltid mot näringsfrihet och avtalsfrihet för förvärvaren.

Vid övergång av del av kärnverksamhet har endast den personal som tillhör den del som ska gå över rätt att följa med. Hur verksamheten är organiserad kan få betydelse för huruvida arbetstagaren anses tillhöra den del som kan övergå. Anställningsavtal får inte uteslutas från övergång enbart beroende på antalet arbetstimmar som utförs eller ska utföras.

Även om kriterierna ska sammanvägas kan personalkriteriet i vissa fall få en egen betydelse, särskilt i de fall där den del som övergår utgör en ekonomisk enhet. Detta gäller framför allt:

1. När ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, inom vissa sektorer där verksamheten i huvudsak baserar sig på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet.
2. En sådan enhet kan följaktligen behålla sin identitet efter en övergång, när den nye arbetsgivaren inte inskränker sig till att fortsätta den aktuella verksamheten, utan även övertar en huvuddel – i förhållande till antal och kompetens – av den personalstyrka som hans föregångare avdelat för denna uppgift.”[96]
3. EUD har slagit fast att i ett sådant fall ”förvärvar den nye arbetsgivaren nämligen en organiserad gruppering av tillgångar som gör det möjligt för honom att varaktigt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet”.[97]
4. En sådan enhet föreligger om det är fråga om en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.[98]

För att Direktivet ska vara tillämpligt krävs därmed att den aktuella ekonomiska enheten, före övergången, bland annat måste vara tillräckligt strukturellt självständig. Begreppet självständighet ska härvid förstås

[96] Mål C-60/17 *Somoza Hermo*, p. 34.
[97] Se Mål C-13/85 *Süzen*, p. 21, Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 32, Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*, p. 29, Mål C-463/09 *CLECE SA*, p. 36 och Mål C-51/00 *Temco*, p. 26.
[98] Mål C-458/12 *Amatori*, p. 31 och där angiven rättspraxis.

som de befogenheter som de ansvariga inom den aktuella gruppen arbetstagare har att relativt fritt och oberoende organisera arbetet inom gruppen. Närmare bestämt att ge order och instruktioner samt fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare i gruppen, utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer.[99]

Föreligger en ekonomisk enhet hos överlåtaren kan den även delas upp i mindre delar hos olika förvärvare. Arbetstagaren kan då ha en rätt att övergå till flera olika förvärvare genom att anställningsavtalet övergår på var och en av dessa förvärvare i proportion till omfattningen av det arbete som den berörda arbetstagaren utför. Detta gäller under förutsättning att det är möjligt att dela upp avtalet och att uppdelningen inte medför en försämring av arbetsvillkoren eller åsidosätter skyddet för de rättigheter som arbetstagarna garanteras genom Direktivet, vilket arbetsgivaren i så fall ska ses som ansvarig för. Även administratörer anses enligt EUD:s praxis ha en rätt att gå över.

Arbetsorganisation får betydelse på flera olika sätt; dels för vad som kan räknas som ekonomisk enhet utifrån verksamhetens avgränsning, dels i vilken mån en personalintensiv verksamhet kan ses som tillräckligt strukturellt självständig.

Här klargörs det avgörande skifte som har skett i arbetsledning i och med tjänstesamhällets inträdde. En diskussion förs om detta betyder att en annan viktning borde ske beträffande arbetsledning vid övergång av personalintensiva entreprenader.

Kan man se övertagande av arbetsledare som avgörande för att den enhet som övergår är en strukturellt självständig ekonomisk enhet, när dagens arbetsorganisation sällan innebär att det finns någon arbetsledare att ta över? Borde inte presumtionen i stället vara det motsatta? Att det inte alltid finns någon arbetsledning som kan medfölja, eftersom självständighet i arbetsledning i dag många gånger förutsätts. Detta med tanke på att de nya styrformerna vanligen är mer av samordnande eller administrerande karaktär och inte direkt arbetsledande, såsom tidigare var vanligt.

[99] Mål C-458/12 *Amatori*, p. 32 och där angiven rättspraxis.

Kapitel 12: Vad blir speciellt vid bedömning av övergång av personal vid entreprenadfallen?

Inledning
I kapitel 3 gjordes en första genomgång av entreprenadbegreppet och i kapitel 5-9 redogjordes för olika ankarkriterier för att kunna se en identitet i verksamhet, samt visades på skillnader i hur dessa relaterade till övergång av verksamhet. Materiellt tung verksamhet eller verksamhet med tydliga immaterialrättsliga värden, ger en tydligare förankring och kommer att lättare ses som identitetsgivare än i personaltung verksamhet, där majoriteten av personal inte har tagits över. I föregående kapitel, 10 och 11, klargjordes betydelsen av organisation både i extern och intern form för verksamhet och ekonomisk enhet. Hur får detta betydelse vid entreprenad? Det blir tydligt att de skillnader följer med som gäller beträffande anställningsskyddet för personalen vid övergång av verksamhet beroende på vad det är för typ av verksamhet och hur den ekonomiska enheten kan avgränsas. När det dessutom inte är ett rakt avtalsförhållande som ska bedömas, utan en entreprenad, uppstår ytterligare komplikationer både i sak och i form.

I detta kapitel skiftar perspektivet till vad som blir speciellt beträffande anställningsskydd vid entreprenadövergångar.

12.1 Allmänt om de sju kriteriernas tillämpning i entreprenadfall
12.2 Finns det en skillnad i betraktande av övergång mellan entreprenörer eller utläggning av verksamhet för första gången?
12.3 Möjlighet till fortsatt drift ger organisationsförutsättning – a going concern
12.4 A service provision change/driftentreprenad
12.5 Begreppet arbetstagare vid entreprenad
12.5.1 Övergång från huvudman till entreprenad
12.5.2 Byte av entreprenör
12.5.3 Personalens ställning
12.5.4 Entreprenadens struktur vid utläggning från offentlig sektor
12.5.5 Är ett kollektiv av arbetstagare en ekonomisk enhet i en entreprenad?
12.5.6 Sammanvägning
12.6 Könsfördelning inom olika delar av svensk arbetsmarknad
12.7 Värdering av tillgångar kontra arbetskraft för entreprenad - tillgångar som kristalliserat arbete – cirkeln sluts - Als Werthe sind die Waaren nichts als krystallisirte Arbeit
12.8 Slutsatser från del 2

12.1 Allmänt om de sju kriteriernas tillämpning i entreprenadfall

Vad blir utmärkande i bedömningen av personalkriteriet vid entreprenad och hur förhåller sig detta organisatoriskt till andra faktorer? EUD klargjorde redan tidigt att anställda som får byta arbetsgivare, oavsett om företaget byter ägare, har samma behov av skydd som de

arbetstagare som byter arbetsgivare på grund av att verksamheten säljs.[1] Skyddssyftet föreligger därmed även vid entreprenad, men var går avgränsningen av anställningsskyddet kontra näringsfriheten?

Det måste enligt Direktivet föreligga ett starkt samband mellan överlåtare och förvärvare. Initialt i EUD:s avgöranden utifrån Överlåtelsedirektivet 77/187 gör domstolen en extensiv tolkning av sambandskravet och identitet i verksamhet verkar uppstå ganska lätt i flera av EUD:s tidiga domar.[2] Till stor del kan detta förklaras med att skyddssyftet för arbetstagaren i Överlåtelsedirektivet 77/187:s ingress som initialt blir mycket styrande.[3] Detta skyddsintresse består och märks även i flera senare domar samt i Överlåtelsedirektivet 77/187:s hänvisning till EU:s sociala stadga från 1989 som poängtera att fullbordandet av den inre marknaden måste leda till en förbättring av levnads- och arbetsförhållandena för arbetstagare. Här läggs även vikt vid information, samråd och medbestämmande, särskilt vid omstrukturering och fusion som kan påverka arbetstagarnas sysselsättning.

> I Mål *C-13/95 Süzen* märks en tydlig markering mot den tidigare tonvikten på skydd för arbetstagaren och krav ställs på ett tydligare ekonomiskt samband – en ekonomisk enhet. EUD drar i Mål *C-51/00 Temco* konsekvensen utifrån sitt resonemang i Süzendomen. En övergång i städentreprenad är beroende av att processen är förenad med antingen betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan företagen eller också ett övertagande av en huvuddel, till antal och kompetens, av den personal som föregångaren avdelade för utförande av uppgiften. Som tidigare har konstaterats måste det finnas en ekonomisk enhet som övergår. EUD:s bedömning blir därmed att det föreligger en övergång i Direktivets mening, eftersom en majoritet av kvarvarande personal tas över i enlighet med krav i nationellt kollektivavtal. Detta är rakt emot den bedömning generaladvokaten gör, som baseras både på ett ideologiskt och mer direkt resonemang där tjänsteentreprenadens ekonomiska karaktär anses utesluta övergång.[4]

---

[1] Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*.

[2] Se t.ex. Målen C-29/91 *Redmond Stichting* eller C-392/92 *Schmidt* som några av de mest utmärkande.

[3] Se hur EUD t.ex. har resonerat i Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark* och Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*. I det senare målet klargör domstolen att tolkningen av Direktivet inte bara ska vara semantisk utan också grundas på "sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i".

[4] Se Förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed föredraget den 27 september 2001 i mål Mål C-51/00 *Temco*, p. 60: "I själva verket kan man, enligt min mening, logiskt sett inte tala om "överlåtelse av företag genom lagenlig överlåtelse eller fusion", när det gäller tjänsteentreprenad, endast på grund av att den nya entreprenören övertar (huvuddelen av) personalen från den tidigare entreprenören. I detta avseende gör det ingen skillnad om övertagandet av personal sker frivilligt, exempelvis därför att den nya entreprenören är i behov av personalens kunskaper för att utföra tjänsterna, eller ofrivilligt, exempelvis därför att det föreligger en skyldighet enligt ett kollektivavtal att göra det."

> Domstolen klargör därmed att de inte instämmer i generaladvokatens förslag till dom utan anser att tjänsteentreprenadens ställning kan likställas med annan övergång av verksamhet.

Detta resonemang har dock redan uttryckts till stor del i Mål *C-48/94 Rygaard*[5], där domstolen klargör att övergången måste hänföra sig till ”en stabilt organiserad ekonomisk enhet” samt i Mål *C-29/91Redmond Stichting*, p. 23 där prövningen om enheten i fråga har bevarat sin ekonomiska identitet skedde med beaktande av att driften faktiskt fortsätter eller återupptas. I Mål *C-48/94 Rygaard* blir det tydligt att identiteten inte kan bestå av enbart de resurser som räcker för att färdigställa ett projekt, det måste finnas en större möjlighet till kontinuitet. Resonemanget vid denna tid överlappar både identitet i verksamhet och ekonomisk enhet.[6] I Mål *C-13/95 Süzen* tas dock resonemanget ett steg längre genom att skilja upp övergång av arbetsuppgifter från övergång av verksamhet. I det följande kommer jag att behandla fastställandet av huruvida det föreligger en övergång i Direktivets mening, parallellt med huruvida det föreligger identitet i verksamhet. I generaladvokatens förslag till dom i Mål *C-234/98 Allen* sammanfattas detta som att överlåtelseregleringen avser att garantera kontinuiteten i befintliga anställningsförhållanden i en ekonomisk enhet, oberoende av ett ägarskifte, och att det avgörande kriteriet för att bestämma om en övergång i Direktivets mening skett är om enheten i fråga bevarar sin identitet.

Vi kan därmed fastställa att entreprenadövergång är lik övergång av egendriven verksamhet på det sättet att vi måste kunna fastställa identitet i verksamhet och dessutom säkerställa om produktionsfaktorerna i en befintlig ekonomisk enhet har gått över till en förvärvare. För att fastställa om den avyttrade verksamheten är en fortlevande ekonomisk enhet, är det av avgörande betydelse om den nya ägaren faktiskt fortsätter eller återupptar driften av samma eller liknande ekonomisk verksamhet.

---

[5] Se Mål C-48/94 *Rygaard*, p. 21-23: Art. 1.1 i rådets direktiv 77/187 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter skall tolkas på så sätt att den inte omfattar det förhållandet att ett företag överlåter en av sina entreprenader, i syfte att denna skall färdigställas, till ett annat företag och därvid endast ställer vissa arbetstagare och materiel till det nya företagets förfogande för att säkerställa att arbetet kan avslutas. Begreppet “överlåtelse av företag” i denna Art. förutsätter nämligen att överlåtelsen hänför sig till en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete. Detta är inte fallet då ett företag överlåter en entreprenad till ett annat företag i syfte att entreprenaden skall färdigställas. En sådan överlåtelse skulle endast kunna omfattas av Direktivet, om den åtföljdes av en överlåtelse av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gjorde det möjligt att stadigvarande fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet.

[6] Mål C-48/94 *Rygaard*, p. 21:”Detta är inte fallet då ett företag överlåter en entreprenad till ett annat företag i syfte att entreprenaden skall färdigställas. En sådan överlåtelse skulle endast kunna omfattas av Direktivet, om den åtföljdes av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gjorde det möjligt att stadigvarande fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet.”

Formuleringen skapar dock problemet att avgöra om övergång sker vid tidpunkten för ett övertagande, eftersom det inte alltid är klart om förvärvaren i praktiken kommer att återuppta driften av samma eller liknande ekonomisk verksamhet vid entreprenad. Situationen där parterna förväntar sig att driften ska återupptas och personalen tas över, men där förutsättningarna ändras och förvärvaren i praktiken aldrig återupptar samma eller liknande verksamhet, visar på en lucka i regleringen. Den vanliga situationen lär dock vara den motsatta, att överlåtaren för att inte hamna i övertalighet, säger upp personal innan det är klarlagt om det blir en övergång. Det är uppenbart att det kan finnas ett glapp i Direktivets skydd baserat på bristande förutsägbarhet, där överlåtaren fullt naturligt försöker minimera sina kostnader.

Regelverket fungerar enklare vid övertagande av en vanlig verksamhet. Det finns en tydlighet i att verksamheten kommer att övergå och att en laglig reglering kommer att kunna tillämpas på personalen. Det är endast en fråga om identitet i verksamhet föreligger och om en ekonomisk enhet övergår. De sju kriterierna får även en delvis annan viktning när en övergång sker i en verksamhet där arbetstagaren inte har sin grundanställning. Bedömningen av dessa alternativa anställningar måste grundas utifrån om kärnan i verksamheten består. Kärnan kan ses både utifrån verksamhetens karaktär, verksamhetens art, ekonomisk avgränsning eller tillståndsgivningens förutsättningar.[7]

Vid entreprenad riskerar man att inte ens komma fram till det momentet där bedömning av identitet i verksamhet och ekonomisk enhet görs, eftersom entreprenadavtalets längd kommer att vara det som avgör när uppsägning sker. De anställdas rätt att övergå till förvärvaren kan bli illusorisk om uppsägningen sker innan övergången, vilket gör att det på dagen för övergång inte finns någon anställd personal att ta över.

Typiskt för många entreprenader är att det är arbetsuppgifter som övergår, det är ofta det enda starkare samband som finns mellan överlåtare och förvärvare. Identitet i verksamhet får dock inte enbart baseras på arbetsuppgifterna enligt EUD:s uttolkningen, vilket kan ge en del tillämpningsproblem utifrån skyddssyftet och dess gränser i ekonomisk effektivitet. Betydelsefullt för att Direktivet ska anses tillämpligt är att något innehåll i verksamheten, t.ex. kunskap eller resurser övergår. Entreprenader med en stark materiell inriktning har traditionellt bibehållit sin personal vid entreprenörsbyten även innan Direktivets reglering kom.[8] Inom kommuner i Sverige har dessa entreprenader traditionellt funnits inom det som kallas den ”hårda sektorn”, såsom Gatu- och parkförvaltning eller renhållning, där huvudsakligen män arbetade.

[7] Uppdelningen i verksamhetens karaktär, verksamhetens art, ekonomisk avgränsning eller tillståndsgivningens (huvudmannens) förutsättningar diskuterades i kap. 6-10.
[8] Intervju: Söderlöf 2019.

Utläggningen på entreprenad hade i flera fall pågått sedan 1950-talet men eftersom samma personer arbetade kvar i verksamheten betraktades den inte som utlagd, även om så ofta var fallet juridiskt. När entreprenader under 1980/90-talet började komma även i så kallad ”mjuk sektor” som var personalintensiv, såsom städning, omvårdnad etc., sektorer som oftast var mycket kvinnodominerad, blev synen på vad som utgjorde verksamhet mer komplicerad. Det blev vanligt att personalen vid entreprenadbyten inom mjuk sektor inte följde med verksamheten utan fick söka ny anställning hos den nye entreprenören, många gånger till ingångslön trots lång erfarenhet.[9]

I EU-rätten har man försökt komma till rätta med detta genom att fästa vikt vid vilka av överlåtarens personal som tar ny anställning hos förvärvaren. I *Case 101/87 Bork*[10] prövas bl.a. huruvida anställda hos överlåtaren efter övergången återfanns hos förvärvaren och därmed kunde indikera en uppfyllelse av det fjärde kriteriet, personalkriteriet, och identitet i verksamhet. Skulle en sådan avstämning göras genomgående kunde förmodligen flera övergångar fastställas för entreprenader i EU. Praktiskt sett är dock en så pass sen avstämning av mindre nytta för aktörerna än en avstämning som sker innan övergången, eftersom den ger en bristande förutsägbarhet för både överlåtare, förvärvare och arbetstagare.

12.2 Finns det en skillnad i betraktande av övergång mellan entreprenörer eller utläggning av verksamhet för första gången?

Den vanligaste starten på en entreprenadutläggning är att huvudmannen, privat eller offentlig, efter upphandling lägger ut en del av verksamheten på en entreprenör. Ofta övergår den personal som arbetat i denna del till entreprenören, vilket betyder att samma personer arbetar kvar men nu som anställda av en entreprenör. Det är vanligen först vid förnyad upphandling som frågan uppkommer om detta är att se som en entreprenadövergång enligt Direktivet.[11] Men en entreprenad kan även komma till genom att egenanställd personal hos huvudmannen bildar ett personalkooperativ som lägger och vinner anbud på driften. I dessa fall är personalen densamma som tidigare arbetat i verksamheten och vid förnyad upphandling finns inte någon annan verksamhet. En mellanform är att personalen uppmanas lägga bud utifrån egenregin. Vinner detta bud kommer upphandlingen att avbrytas och personalgruppen bildar då en intraprenad, där alla fortfarande är anställda hos huvud-

[9] Intervju: Söderlöf, Göran. Jurist, Tidigare SKL (SKR), intervju 2019 samt intervju Bo Ericson
[10] Case 101/87 *Bork*, p.18.
[11] Intervju: Söderlöf, Göran. Orsaken är ofta mer politisk än juridisk eftersom övertagande av personalen i första utläggningen tidigare ofta har varit förväntad av huvudman och närmast en förutsättning för att lägga ut verksamheten.

mannen men budgetmässigt behandlas som en egen enhet. Vinner inte anbudet kvarstår personalen hos huvudmannen och kommer eventuellt att tas över av den entreprenör som vinner upphandlingen. Vi kan här se att effekterna av att personal inte tas med över till ny entreprenör blir olika även beroende på driftsform.[12]

En entreprenad kan vara helt kommersiell genom att ett företags verksamhetsidé är att utföra driftentreprenader t.ex. städning eller ekonomi. Entreprenören har då vanligen flera olika kontrakt med olika huvudmän, såsom företag, organisationer eller inom offentlig verksamhet. En entreprenad kan även uppstå när en person kommer in som uppdragstagare för att sköta en viss funktion, t.ex. intern revision, där personen antingen har flera uppdrag men även kan, om huvudmannen är tillräckligt stor, enbart vara engagerad för en huvudman, s.k. beroende uppdragstagare, eller om personen är anställd i sitt företag, som arbetstagare i den egna företaget. Huruvida en anställd i eget företag kan ses som arbetstagare vid övergång av verksamhet lämnas till det nationella arbetstagarbegreppet.[13]

När en verksamhet läggs ut på entreprenad direkt från huvudmannen är gränserna för verksamheten oftast tydliggjord genom utläggningen. Vid en förnyad upphandling och övergång från en entreprenör till en annan anses detta inte alltid vara lika tydligt. Det som i första skedet var en utläggning av en del av huvudmannens verksamhet blir vid förnyad upphandling avgränsat på ett annat sätt. Hela den verksamhet som har varit utlagd på entreprenad övergår nu i nästa led, medan det endast var en del av verksamheten hos huvudmannen som lades ut på entreprenad första gången. Vad som utgör verksamhet och del av verksamhet vid övergång och entreprenadövergång har behandlats av EUD i flera domar.

I Mål *C-392/92 Schmidt* uttrycker Kommissionen att städningen är en servicefunktion som kan övergå som del av verksamhet när den utförs av den egna personalen. När en verksamhet övergår mellan olika entreprenörer kan det inte ses som att funktionen har utförts av huvudmannens egen personal, eftersom verksamheten redan har blivit upphandlad och överflyttad från huvudmannens regi i ett tidigare skede. Verksamheten har innan övergången utförts av den tidigare entreprenörens personal. Frågan är dock om detta juridiskt borde föranleda någon skillnad? Finns det några faktiska skäl som talar för att det uppstår en annan situation, att arbetstagarna har ett annat skyddsvärde, vid övergång mellan två entreprenörer än t.ex. övergång mellan huvudman och

[12] Intervju. Kolmodin, Lars, Region Halmstad, avdelningschef och Sakkunnig inom konkurrensutsättning av välfärdstjänster och valfrihetssystem, Intervju 19/1 2021.
[13] Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark.*

entreprenör? *Case 324/86 Tellerup* visar på att skyddsvärdet även finns i en flerpartskonstellation.

Föreligger det någon skillnad när en övergång sker från staten till bolag? I Mål *C-343/98 Collino* sker utläggningen i två steg där övergången sker från ett bolag, låt vara med statliga förtecken. I *Collino* bolagiserades det statliga televerket och även koncessionen att tillhandahålla telekommunikationstjänster till allmänheten överläts. Detta bolag köps sedan upp av Telecom Italia SpA, ett dotterbolag till det statliga bolaget. Italienska staten har beträffande transaktioner från bl.a. offentlig sektor vissa undantagsbestämmelser som kommer att reglera villkoren för hur övergången av de arbetstagare som tidigare arbetat i det statliga televerket sker och med vilka villkor.[14]

Rättsfrågan blir dels om Direktivet är tillämpligt på en övergången mellan ett offentligt organ och ett privaträttsligt bolag, vilket ägs av ett annat offentligt organ, som grundar sig på ett myndighetsbeslut och som skett genom en administrativ koncession. Dels om vilka beräkningsgrunder som ska tillämpas beträffande bl.a. avgångsvederlag och förmåner grundade på anställningstid.
EUD konstaterar att:

- enligt tidigare praxis finns det inget krav på att en verksamhet måste drivas med vinstsyfte för att omfattas.[15]
- en ren omorganisation av offentlig verksamhet eller att överföra förvaltningsuppgifter från en myndighet till en annan, omfattas inte.[16]
- det faktum att överlåtna tjänsten upplåtits av ett offentligt organ utesluter inte att Direktivet är tillämpligt så länge verksamheten i fråga inte består av myndighetsutövning.[17]
- det faktum att transaktion skedde på grund av ett myndighetsbeslut är inte tillräckligt för att Direktivet inte skulle anses tillämpligt.[18]

Direktivet kan dock endast åberopas av personer som omfattas och skyddas enligt nationell arbetsrätt.[19] De personer som arbetade på det statliga televerket omfattades inte av det nationella arbetstagarbegreppet. EUD kom därför fram till att Direktivet inte kan tillämpas på dessa personer eftersom de ursprungligen inte var att betrakta som arbetstagare i nationell mening. Märk att domstolen här fäster särskild vikt vid hur arbetstagarna inledningsvis var att betrakta som arbetstagare i

[14] Se italiensk lag nr 58/92, en specialreglering som gör undantag från den allmänna bestämmelsen om företagsöverlåtelse, se även Mål C-343/98 *Telecom Italia,* p. 16-17.
[15] Se Mål C-382/92 *Kommissionen*, p. 44-46.
[16] Se Mål C-298/94 *Henke,* p. 14 och 17.
[17] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*
[18] Se Mål C-29/91 *Redmond Stichting*, p. 15-17.
[19] Se bl.a. Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark,* p. 27-28 och Mål C-29/91 *Redmond Stichting*, p. 18 och Mål C-274/96 *Sánches Hidalgo*, p. 24. Vilket även blivit kodifierat genom rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187 (EGT L 201, s. 88) Art. 2.1.

nationell mening. Här verkar detta kunna tydas till att det förhållande att personerna inledningsvis inte omfattas av skyddsnivån gör att de inte heller fortsättningsvis kommer att göra detta. Det går dock inte att vara helt säkert på att så är fallet eftersom verksamhetens identitet kan vara beroende av annat än arbetskraften.

Domstolen konstaterar beträffande frågan om vad som kunde ha gått över av anställningsvillkor beträffande avgångsvederlag och förmåner grundade på anställningstid:

> ”[F]örvärvaren är skyldig att beakta den övertagna personalens sammanlagda tjänstgöringsår vid beräkningen av rättigheter av ekonomisk natur, såsom avgångsvederlag eller löneförhöjningar, så vitt denna skyldighet följde av anställningsförhållandet mellan denna personal och överlåtaren och i enlighet med de villkor som gällde inom ramen för detta förhållande.”[20]

I den mån överlåtaren kunde ändra på dessa anställningsvillkor så har även förvärvaren motsvarande rättighet.

I Mål *C-458/12_Amatori* behandlas övergång av del av verksamhet. EUD klargör att övergången måste hänföra sig till en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete.

Formellt är det därmed ingen skillnad på om en verksamhet läggs ut för första gången eller om den upphandlas på nytt. Det blir snarare en bedömning av huruvida övergång av del av verksamhet kan fastställas enligt Direktivet. EUD:s bedömning av vad som är verksamhet eller del av verksamhet kan organisatoriskt få betydelse, men det blir mer oklart om en utlagd tjänsteentreprenad avgränsas olika beroende på den organisation som entreprenaden kommer att ingå i vid en övergång.

Huruvida det sker en övergång ska som vanligt avgöras genom en prövning av identitet i verksamhet och om produktionsfaktorerna för den ekonomiska enheten övergår. Även avgränsningen för verksamhet och ekonomisk enhet kan dock bli mer oklar vid förnyad upphandling, särskilt i en verksamhet som inte har starka ankarkriterium i form av material eller stora immateriella värden.

[20] Se Mål C-343/98 *Collino*, p. 51.

12.3 Möjlighet till fortsatt drift ger organisationsförutsättning – a going concern

EUD har i flera fall behandlat frågan huruvida övergång av verksamhet föreligger vid entreprenad och klargjort att övergång enligt Direktivet inte föreligger när ett företag överlåter en entreprenad till ett annat företag enbart i syfte att entreprenadens objekt ska färdigställas. En sådan övergång skulle endast kunna omfattas av Direktivet om den åtföljdes av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gjorde det möjligt att stadigvarande fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna. Ett övertagande av en entreprenad — med byggherrens godkännande — i syfte att färdigställa denna med två lärlingar och en anställd samt tillhörande materiel, inte utgör en övergång av ett företag, en verksamhet eller delar av en verksamhet i den mening som avses i Art. 1.1 i Direktivet.[21]

Det avgörande kriteriet för att fastställa om det föreligger en övergång enligt Direktivet är om enheten i fråga behåller sin identitet, vilket är fallet i synnerhet när driften faktiskt fortsätter eller återupptas. I Mål *C-664/17 Ellinika Nafpigeia* klargör EUD följande beträffande kravet på att verksamheten ska kunna ha fortsatt liv. Även om det i Art. 1.1 b i Direktivet uppställs som villkor, att den övertagna enhetens ekonomiska verksamhet ska fortsätta efter övergången, kan enbart den omständigheten att nämnda verksamhet fortsätter inte i sig anses innebära att detta villkor är uppfyllt. Det måste vara möjligt för det förvärvande företaget att varaktigt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del därav. Det krav på varaktighet som uppställts i domstolens praxis avser en sammanhängande uppsättning av olika produktionsfaktorer – däribland materiella eller immateriella tillgångar samt nödvändig personalstyrka – som gör det möjligt för den övertagna enheten att fortsätta bedriva ekonomisk verksamhet. Men det måste finnas förutsättningar för fortsatt verksamhet, inte bara möjlighet till avslutande av ett projekt.[22]

12.4 A service provision change/driftentreprenad

Vid övergång av del av verksamhet kan man antingen behandla händelsen som övergång av del av kärnverksamhet eller övergång av en stödverksamhet. I TUPE-act 2 har Storbritannien valt att skapat en större tydlighet vid vissa former av entreprenader genom att skilja ett

[21] Mål C-48/94 *Rygaard*, p. 21-23.
[22] Mål C-664/17 *Ellinika Nafpigeia*, p. 53-57.

övertagande av ”undertaking, business or part of it to another employer” från ”a service provision change”.

Genom att skilja det som i Sverige skulle betecknas som en driftentreprenad[23] från övertagande av del av kärnverksamhet framstår det som klarare vad som innefattas i det nationella skyddet. Driftentreprenaden är oftast en verksamhet med tydlig avgränsning och sammanhållna tillgångar som läggs ut på upphandling vid upprepade tillfällen.

Organisationsstruktur blir en viktig faktor för att avgöra om identitet i verksamhet föreligger. Men för att avgöra om enheten har behållit sin identitet måste hänsyn tas till samtliga omständigheter som kännetecknar den aktuella transaktionen, särskilt vilket slags företag eller vilken verksamhet det är fråga om. Enligt EUD är emellertid alla dessa omständigheter endast aspekter av den helhetsbedömning som ska göras och kan därför inte bedömas var för sig.[24]

12.5 Begreppet arbetstagare vid entreprenad

Begreppet arbetstagare får sitt innehåll dels utifrån avtalsposition, dels utifrån vad som ses som skyddsvärt av lagstiftaren. Normalt är avtalspositionen för en arbetstagare att denne är anställd av samma arbetsgivare som arbetsleder arbetet, utvärderar arbetstagarens prestation och svarar för arbetsmiljö och säkerhet. Men vad händer med begreppet i en mer alternativ arbetsorganisation, såsom en entreprenad? I en driftentreprenad är vanligen arbetsledningen annorlunda. Det är vanligt att ingen arbetsledare finns på plats eller att arbetsledningen är delegerad till en arbetstagare med utökat ansvar. Arbetet kan i vissa fall bestå under lång tid, i andra fall kan huvudmannen växla med varje ny upphandling. Vad händer med anställningsskyddet för arbetstagaren i entreprenaden vid övergång av verksamhet?

Skyddet uppstår utifrån de faktorer som utmärker verksamhetsövergången, d.v.s. identitet i verksamhet och ekonomisk enhet. Skillnaden när det gäller entreprenad blir vilken form av entreprenad det är frågan om, vilka de organisatoriska förutsättningarna är och om nationell rätt ger en rätt att säga upp personal p.g.a. arbetsbrist inför ett entreprenadbyte. Det senare kan försvåra access to justice för den uppsagde som har svårt att bedöma sannolikheten för att en övergång enligt Direktivet föreligger.

---

[23] Se kap. 6.
[24] Se, bl.a. Case 24/85 *Spijkers*, p. 13, Mål C-13/95 *Süzen*, p. 14, Mål C-340/01 *Carlito Abler*, p. 33, och Mål C-463/09 *CLECE*, p. 34).

12.5.1 Övergång från huvudman till entreprenad

När en huvudman upphandlar driften av en verksamhet är det inte ovanligt att vissa funktioner kommer att läggas ut på entreprenad. Ofta är dessa stödfunktioner till huvudverksamheten men ibland läggs även huvudverksamheten ut.
Detta innebär att den personal som tidigare har varit anställd av huvudmannen för att utföra visst arbete nu hamnar i situationen att inte längre ha kvar denna anställning. I flera fall kommer arbetstagaren i stället att erbjudas anställning hos den entreprenör som tar över verksamheten. Formellt förutsätter detta att förändringen kan ses som en övergång av verksamhet enligt Direktivet. Ibland kan det dock, som tidigare nämnts, vara en del av uppgörelsen att entreprenören ska träda in i rollen som förvärvare för huvudmannens tidigare personal. Prövningen kan därmed antingen vara juridisk eller en del av det ”politiska priset” i en upphandling.

Huvudmannens alternativ att säga upp p.g.a. organisatoriska förändringar är sällan personalpolitiskt populära. Att verksamheten i stället tas över av en entreprenör kan av flera skäl vara viktigt.

- Ingen behöver bli uppsagd.
- Verksamheten kan i första läget fortsätta med samma personal och förändringen framstår initialt som mindre.
- De som kvarstår i huvudmannens verksamhet får inte ett negativt budskap om verksamhetens fortsatta bestånd som ger dem anledning att byta arbete.
- I en politiskt styrd organisation påverkas chanserna att verksamheten av väljarna upplevs som ”god och ansvarstagande” positivt.

EUD har slagit fast att enbart om en ekonomisk enhet inte förfogar över några tillgångar och väsentligen karaktäriseras av sin personal, kan det anses att avsaknaden av tillgångar inte hindrar att Direktivet tillämpas. Generaladvokaten drar i Mål *C-172/99 Oy Liikenne*[25] slutsatsen att, så snart en ekonomisk enhet som överlåter sin verksamhet har väsentliga tillgångar som är nödvändiga för dess funktion, innebär avsaknaden av

[25] Generaladvokatens förslag till dom Mål C-172/99 *Oy Liikenne*. Se även p. 67 i samma förslag angående värderingen av personal vid upphandling av busstrafik: ”Kommissionen har anfört att arbetskraften utgjort ett nyckelelement i den tjänst som tillhandahålls i detta fall, det vill säga busstransporter. De bussar som Liikenne inte övertagit är enbart av underordnad betydelse. Kommissionens ståndpunkt är att verksamheten med busstransporter väsentligen bygger på arbetskraften. Kommissionens åsikt bemöts av EUD i samma dom p. 39 “Busstrafik kan emellertid inte anses som en verksamhet som i huvudsak baserar sig på arbetskraft, eftersom den förutsätter omfattande materiel och anläggningar…Den omständigheten att några materiella tillgångar som användes för driften av den ifrågavarande linjetrafiken med buss inte har övergått från den tidigare till den nye innehavaren av kontraktet utgör följaktligen en omständighet som bör tas i beaktande.”

övertagande av dessa tillgångar att övergången inte omfattas av Direktivet, oavsett om personal har gått över, vilket senare praxis motsäger.[26]

12.5.2 Byte av entreprenör

Flera mål behandlar situationer där driften är utlagd till en entreprenör och efter förnyad upphandling övergår till en annan entreprenör. Här klargör EUD i Mål *C-51/00 Temco* att stegen i utläggningen, från entreprenör till underentreprenör och sedan till förvärvaren i form av ny entreprenör inte har någon betydelse. Det är identiteten i verksamheten som kommer att bli avgörande. I Mål *C-60/70 Somoza Hermo* har nationell tillämpning gjort skillnad på driftentreprenad och utläggning av hel verksamhet. EUD klargör dock att skillnaden måste basera sig på verksamhetens natur.[27]

Det kan noteras att det verkar finnas en nationell vana i flera medlemsländer att dela upp entreprenader beroende på om de endast utgörs av drift av en del av verksamheten eller ett ansvar för hela verksamheten.[28]

Bedömningen av övertagande av personal blir i personaltung verksamhet, såsom t.ex. städning, helt beroende av om personal tas över. I många materialtunga eller immateriellt tunga verksamheter kommer detta inte att vara ett val. Byggnader, maskiner, varumärken eller licenser m.m. är orsaken till att en övergång av verksamhet anses ha skett och de kommer därmed att fungera som ankare för personalen, som får en rätt att övergå genom att kriterierna materiel eller immateriella värden skapar identitet i verksamheten. I personaltung verksamhet är detta sällan fallet, det blir i de flesta fall ett val för förvärvaren av entreprenaden om man önskar ta över personalen och därmed skapa identitet i verksamhet, eller inte.

Personalkriteriet är därmed annorlunda än kriterierna för material och immateriella värden. Dels kommer kriteriet ”personal” aldrig att kunna bli ett tydligt ”ankarkriterium” på samma sätt som i egenutförd verksamhet. Det kommer aldrig att ses som ett krav att ta över materiel eller immateriella värden om huvuddelen av personalen går över. Dels var det inte material eller immateriella värden som skulle skyddas i Direktivet vid övergång, utan anställda, d.v.s. personal. Den faktiska

---

26 Se Mål C-298/18 *Grafe*.

[27] Case 60/70 *Somoza Hermo*, p. 34.

[28] Se bl.a. Mål C-392/92 *Schmidt*. (städning på bank), Mål C-48/94 *Rygaard*. (färdigställande av entreprenad), Mål C-13/95 *Süzen* (städning i skola), Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal* (städning på företag), Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.* som alla markeras av att vara sidoverksamheter till den huvudsakliga verksamheten, vilket är vanligt i driftsentreprenader. Till skillnad mot t.ex. Mål C-234/98 *Allen* (Gruvdrift), Mål C-172/99 *Oy Liikenne* (helt övertagande av busstrafik), där identiteten i de två senare fallen får en prövning som mer påminner om en rak övergång mellan två företag.

situationen verkar dock vara att skyddet är utformat på ett sådant sätt att det inte ger ett tydligt skydd.

Man kan ifrågasätta om detta har med entreprenadkonstruktionen att göra eller om det även gäller vid företagsköp av personalintensiv verksamhet. För att föra tillbaka tankegången till kapitel 2 bör prövningen utgå ifrån:

1. Om skyddssyftet i denna del stod i strid med näringsfriheten.
2. Om åtgärden var berättigad enligt Direktivets skyddssyfte.
3. Om åtgärden av domstolen sågs som oproportionerlig för ändamålet i den förevarande situationen.

EUD verkar ha påverkats av tanken att tjänsteentreprenad är något annorlunda som behöver definieras tydligare; det måste vara en ekonomiskt avgränsad verksamhet, såsom framgår av Mål *C-48/94 Rygaard*, som övergår ”genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas”.[29] Dock håller EUD i domen fast vid att personalkriteriet i sig kan ge en identitet. EUD klargör att:

> ”Förlusten av ett tjänsteavtal till en konkurrent kan följaktligen inte i sig anses visa att det rör sig om en överlåtelse i den mening som avses i direktivet. Det tjänsteföretag som tidigare innehade avtalet, och som förlorar en kund, består likväl i sin helhet utan att det kan anses att dess verksamhet eller del av verksamhet har överlåtits till den nye innehavaren av avtalet.”[30]

Detta visar att EUD här fäster vikt vid att överlåtarens verksamhet inte har förändrats utan hävdar att den består såsom ett tecken på att det inte är en övergång i Direktivets mening. Att överlåtaren har förlorat uppdrag och därmed säger upp de personer som varit anställda för att utföra uppdraget, är enligt domstolens synsätt något annat än om någon materiell eller immateriell beståndsdel har försvunnit från överlåtaren och återfinns hos förvärvaren. Här hade det varit möjligt att se uppdraget som ett eget kontrakt och därmed en ekonomisk avgränsning av en del av en verksamhet men detta behandlas inte i domen.

Förutsättningen enligt EUD för att ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet, på vissa områden där verksamheten i huvudsak baserar sig på arbetskraft, kan utgöra en ekonomisk enhet, är att den nye arbetsgivaren inte inskränker sig till att

[29] Se Mål C-13/95 *Süzen*, p. 13. För att direktivet skall vara tillämpligt måste övergången emellertid hänföra sig till en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av ett visst arbete (dom av den 19 september 1995 i mål Mål C-48/94, *Rygaard*, p. 20. Begreppet enhet avser följaktligen en sådan organisation av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas.
[30] Mål C-13/95 *Süzen*, p. 16.

fortsätta verksamheten i fråga utan även övertar en huvuddel - i förhållande till antal och kompetens - av personalstyrkan som hans föregångare särskilt hade avdelat för denna uppgift. I sådant fall förvärvas en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gör det möjligt att på ett stabilt sätt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet.[31]

En annan skillnad som kan uppstå är mellan den planerade övergången och den som orsakas av att en entreprenör frånträder eller inte presterar. Frågan är uppe i Mål *C-472/16 Colino* där frånträdandet sker under en avtalsperiod, en termin, och ny entreprenör inte kan tillträda förrän under nästa avtalsperiod. EUD får här ta ställning till flera olika frågor och landar i att göra en bedömning utifrån hur verkligheten ofta ser ut för icke planerade entreprenadövergångar, där uppehållet kan bli längre.[32] Domen visar att EUD ser en skillnad i entreprenadens verklighet utifrån de effekter som förnyad upphandling kan ge på verksamhetens bestånd och avgränsning.

12.5.3 Personalens ställning

Synen på personal vid entreprenad utvecklas vidare i kommande domar. I förenade målen Mål C-173/96 *Hidalgo m.fl.* betonas den varaktigt organiserade ekonomiska enhet vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av ett visst arbete liksom i Mål *C-48/94, Ryg*aard, p. 20. Begreppet enhet avser följaktligen en sådan organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. En sådan enhet måste i och för sig vara tillräckligt strukturerad och oberoende, men den behöver inte nödvändigtvis ha betydande materiella eller immateriella tillgångar. Inom vissa ekonomiska sektorer, såsom städning och bevakning, är tillgångarna ofta minimala och verksamheten i huvudsak baserad på arbetskraft. En organiserad grupp av arbetstagare, som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag, kan således, i brist på andra produktionsfaktorer, utgöra en ekonomisk enhet. Det som framstår som avgörande blir i entreprenad vad som gör att personalgruppens organisation framstår som ”särskilt och varaktigt” organiserad. Funktionen i en entreprenad är att få en verksamhet bemannad av det företag som svarar för entreprenaden. Frågan är om den konstruktionen i sig att innebära en skillnad i förutsättningarna för att se personalgruppens organisation som särskild och varaktig? Här verkar flera faktorer spela in, såsom verksamhetens syfte och inriktning.

I generaladvokaten Eleanor Sharpstons förslag till dom i Mål *C-151/09 Federación de Servicios Públicos* p. 29 ges en intressant sammanställning av identitet vid övergång:

[31] Mål C-13/95 *Süzen*, p. 21.
[32] Se diskussionen i McMullen, 2019.

> ”Vad gäller hur den ”övergång till följd av avtal” som det hänvisas till i Art. 1 a i direktiv 2001/23 ska se ut, har domstolen gjort en flexibel tolkning i linje med direktivets syfte, vilket är att skydda arbetstagarna om deras företag överlåts eller övertas.(8) Jag anser därför att den omständigheten att det byte av ägare och företagsledning som ägde rum i förevarande mål verkställdes genom ett dekret som utfärdades av ansvarig borgmästare inte i sig hindrar att direktivet kan vara tillämpligt.”

I de förenade målen Mål *C-173/96 Hidalgo m.fl.* har i det ingående målet Mål *C-173/96 Guadalajaras kommun* tidigare överlåtit sin hemtjänst till företaget Minerva. Vid förnyad upphandling blir det i stället företaget Aser som utför tjänsten. Aser anställer de fem arbetstagarna som utfört hemtjänstverksamheten hos Minerva på deltid men utan att tillgodoräkna dem anställningstiden hos deras förre arbetsgivare.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha riktar följande fråga till EUD:

> ”Skall det fall, att ett företag upphör med att, åt en kommun som har tilldelat det ett kontrakt för detta ändamål, tillhandahålla hemtjänst åt vissa behövande personer, varefter ett nytt kontrakt avseende denna tjänst tilldelas ett annat företag, utan att det har skett någon överlåtelse av materiella tillgångar och utan att det vare sig i kollektivavtalet eller i kontraktshandlingarna finns någon bestämmelse enligt vilken det nya företaget är skyldigt att träda in i anställningsförhållandet mellan arbetstagarna och det företag som tidigare hade tilldelats kontraktet, anses falla inom tillämpningsområdet för Art. 1.1 i direktiv 77/187 av den 14 februari 1977?”[33]

I förenade målen *C-173/96 Hidalgo m.fl.* föreligger i många avseenden samma rättsfråga; Horst Ziemann arbetade mellan åren 1979 och 1995 utan avbrott som vakt vid ett sjukvårdsförråd som innehades av försvarsmakten. Under denna tid har han varit anställd av fem olika bolag som i tur och ordning haft kontraktet på bevakning av detta förråd. Det sista företaget hade ca 160 anställda. Bevakningen av förrådet utgjorde därmed endast en mindre del av företagets verksamhet. När detta företag förlorade upphandlingen, tog det vinnande företaget över den bevakningspersonal som var stationerad vid förrådet med undantag för tre personer, däribland Horst Ziemann.

Försvarsmakten har under hela denna tid varit mycket styrande i arbetets utförande genom att bestämma hur bevakningen ska organiseras och utföras samt även varit aktivt inblandade i valet av konkreta

[33] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 11.

vaktpersoner och föreskrivit i detalj deras skyldigheter, uppgifter, omfattningen av deras ingripanden, antal, kvalifikationer, utbildning i vapenhantering och utrustning.[34] Vakternas bevakningsuppdrag har även varit reglerat enligt tysk lag om soldaters och civil bevakningspersonals användning av fysiskt tvång och särskilda befogenheter.[35]

EUD konstaterar först att avsaknaden av ett avtalsförhållande mellan överlåtare och förvärvare inte är avgörande för Direktivets tillämpningsområde. Rättspraxis visar att entreprenadförhållandet i sig kan omfattas av Direktivet. Det behöver inte föreligga ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtare och förvärvare eftersom överlåtelsen även kan ske i två steg genom en tredje man, t.ex. en huvudman eller en hyresvärd. Det avgörande är om verksamheten har behållit sin identitet, vilket är fallet i synnerhet när driften faktiskt fortsätter eller återupptas.[36]

Det är uppenbart att den tyska domstolens fråga gäller om det finns en eventuell skillnad mellan byte av entreprenörer och en utläggning direkt från en huvudman inom offentlig sektor. Något entydigt svar ges inte i domen, annat än ett allmänt resonemang om att det som binder två efterföljande entreprenörer vid varandra är avtalsförhållandet med samma huvudman om samma verksamhet. Därför blir det naturligt att alltid tänka på entreprenadförhållanden i tvåstegsförfaranden. En verksamhet som är utlagd av en kommun kommer rent teoretiskt att återgå till kommunen innan nästa entreprenör tar vid. Problemet är att det praktiskt sällan är på det sättet. I verkligheten avlöser entreprenör 2 entreprenör 1 utan någon mellanliggande intervenering i verksamheten från kommunens sida. Konstruktionstanken kommer därmed rent praktiskt att haka upp sig på just det som den tyska domstolen frågar; föreligger det någon skillnad i Direktivets mening när en verksamhet faktiskt går från en huvudman till en entreprenör och när den endast fiktivt, i en tvåstegskonstruktion, går från entreprenör 1 via huvudmannen och till entreprenör 2?

EUD konstaterar att den omständigheten att tjänsten eller kontraktet i fråga uppläts, eller tilldelades av ett offentligrättsligt organ, inte gör någon skillnad eftersom ingen av verksamheterna kan anses vara myndighetsutövning. Det är särskilt intressant att se att EUD i detta fall hänvisar till att Direktivet avser alla arbetstagare som är föremål för något slag av skydd enligt nationell arbetsrätt med hänvisning till tidigare praxis i målen *Case 105/84 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark,* p. 27 och Mål *C-29/91 Redmond Stichting*, p. 18. När generaladvokat Lenz använder detta argument i sitt förslag till dom i Mål *C-298/94*

[34] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 16.
[35] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 18.
[36] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 21-22 med hänvisning till Case 24/85 *Spijkers*, p. 11-12 och Mål C-13/95 *Süzen*, p. 10-11.

Henkemålet vinner det inget gehör. EUD väljer där att resonera i helt andra banor. Att EUD trots detta bekräftar tidigare praxis, att Direktivet ska omfatta alla arbetstagare som skyddas genom nationell arbetsrätt, indikerar att det inte var i denna del man fann generaladvokatens argumentation felaktig beträffande offentlig sektor.

12.5.4 Entreprenadens struktur vid utläggning från offentlig sektor

Grundförutsättningarna för att ett byte av entreprenör ska omfattas av Direktivet är tidigare klarlagda i praxis, men entreprenadutläggning från en offentlig huvudman blir speciella. Detta är redan delvis behandlat i EUD:s dom i Mål *C-29/91 Redmond Stichting* där en kommunal utläggning av verksamhet till en entreprenör ersattes med att kommunen valde att lägga ut verksamheten till en annan entreprenör.

EUD väljer i detta mål att klargöra att huvudfrågan i stället kommer att vara huruvida övergången hänför sig till en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av ett visst arbete.

EUD påpekar även att en sådan enhet måste vara ”tillräckligt strukturerad och oberoende, men den behöver inte nödvändigtvis ha betydande materiella eller immateriella tillgångar”.[37] Någon vidare ledning till hur uttrycket tillräckligt strukturerad och oberoende ska tolkas ges inte, inte heller klargörs huruvida oberoendet ska vara ekonomiskt eller administrativt. Man konstaterar att strukturering och oberoende inte påverkas av att de utförande företaget står under stark styrning från huvudmannen, i vart fall inte så länge företaget har viss frihet att organisera och utföra tjänsten i fråga. Styrning får inte vara så stark att det kan uppfattas som att det utförande företaget endast ställer personal till förfogande och att all planering och organisation ligger på huvudmannen.[38] EUD konstaterar vidare att;

> ”(i)nom vissa ekonomiska sektorer, såsom städning och bevakning, är tillgångarna ofta minimala och verksamheten i huvudsak baserad på arbetskraft. En organiserad grupp av arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag kan således, i brist på andra produktionsfaktorer, utgöra en ekonomisk enhet.”[39]

Frågeställningarna från de nationella domstolarna i denna dom är så pass generellt hållna att EUD inte behöver besvara den underliggande praktiska sakfrågan. EUD kan därför stanna vid att konstatera att om det föreligger en ekonomisk enhet är det fullt möjligt att detta skulle

---

[37] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 26.
[38] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 27.
[39] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 26.

falla inom Direktivets tillämpningsområde. Det avgörande blir helt enkelt huruvida det föreligger en ekonomisk enhet på ett sådant sätt att identitet i verksamhet kan föreligga före och efter övergången. Avgörandet huruvida det är fallet lämnar EUD till de nationella domstolarna. Att märka är dock formuleringen ”…var organiserad som en ekonomisk enhet inom det första företag som erhöll avtalet eller tilldelades kontraktet”[40]

Det är intressant att notera att EUD här inte ser det som avgörande huruvida verksamheten är en ekonomisk enhet inom den sista entreprenören i kedjan utan huruvida den var en ekonomisk enhet inom den första entreprenören. Kan man av detta dra slutsatsen att om detta är uppfyllt, d.v.s. att verksamheten föreligger som en ekonomisk enhet inom den första entreprenören, så är Direktivet tillämpligt , oberoende av kommande entreprenörers storlek? Detta skulle i så fall kunna ge intressanta tolkningsmöjligheter för svensk rätt när det gäller kommunala entreprenadutläggningar.

EUD betonar även att identitet i verksamhet endast kan ses genom en sammanvägning av samtliga omständigheter som kännetecknar ifrågavarande transaktion och går därefter igenom de klassiska sju kriterierna som aspekter av den helhetsbedömning som måste göras. Enbart likheten mellan de tjänster som tillhandahålls före och efter övergången räcker inte för att dra slutsatsen att det föreligger en ekonomisk enhet som övergår mellan de företag som efterträder varandra.[41]

12.5.5 Är ett kollektiv av arbetstagare en ekonomisk enhet i en entreprenad?

I Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal* har ett företag haft städverksamhet utlagd på entreprenad och senare tagit tillbaka verksamheten. Under detta förfarande har olika tillämpningsfrågor uppkommit rörande Direktivets tillämpning. Den första rättsfrågan i detta mål är huruvida städning kan vara del av verksamhet, trots att företagets huvudsakliga verksamhet är en annan men där företaget har ett konstant behov av sidoverksamheten städning.

Den andra rättsfrågan rör innebörden av begreppet ”avtalsenlig överlåtelse”. Den nationella domstolen har här formulerat en tudelad rättsfråga; dels om en uppsägning av ett kommersiellt avtal avseende tillhandahållande av städtjänster innefattas, där avtalet har förlängts med ett års intervall under tre år, genom beslut av det företag som mottar tjänsterna av Direktivet. Dels frågan huruvida det är avgörande att det

[40] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 28.
[41] Se Förenade målen C-173/96 *Hidalgo m.fl.*, p. 30 där kopplingen till Mål C-13/95 *Süzen* p. 15 görs, d.v.s. en enhet kan inte endast likställas med den verksamhet den bedriver. Dess identitet följer även av andra omständigheter, t.ex. personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftsmetoder och ev. driftskapital.

företag som mottar städtjänsten utför städningen med egen personal eller med andra nyanställda arbetstagare.

Enligt EUD:s rättspraxis syftar Direktivet ”till att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom en ekonomisk enhet, oberoende av om det sker ett ägarbyte.”[42] EUD konstaterar även att i likhet med tidigare praxis så är kontinuiteten avgörande för verksamhetens identitet, ”vilket är fallet i synnerhet när driften faktiskt fortsätter eller återupptas…”[43] Intressant är även att man i dessa mål även refererar till Mål *C-13/95 Süzen*, d.v.s. att återupptagande av del av verksamhet talar för identitet i verksamhet.

EUD kommer fram till att den första frågan huruvida återtagande av entreprenad där företaget i stället självt utför städningen generellt omfattas av Direktivet, liksom situationen att företaget i stället lägger ut städningen till ny entreprenör.[44] För att identitet i verksamhet ska kunna föreligga krävs en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till utförande av visst arbete. Målet ger en intressant definition av vad som utgör en ekonomisk verksamhet:

> ”Begreppet ekonomisk enhet avser en organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. Enbart den omständigheten att den lokalvård som i tur och ordning utfördes av städföretaget och av det företag som äger lokalerna är likartad kan inte leda till slutsatsen att en sådan enhet har överlåtits”[45]

EUD klargör vidare att en sådan enhet måste vara strukturerad och oberoende men den behöver inte ha betydande materiella eller immateriella tillgångar. Inom vissa ekonomiska sektorer, såsom städning, är det inte vanligt med stora tillgångar, eftersom verksamheten baseras i huvudsak på arbetskraften. ”En organiserad grupp av arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats för ett gemensamt uppdrag kan således, i brist på andra produktionsfaktorer, utgöra en ekonomisk enhet.”[46] Vad som utgör identitet i verksamhet måste dock naturligtvis bestämmas utifrån en total sammanvägning av de sju kriterierna. Den vikt som ska tillmätas de olika kriterierna kommer ”med nödvändighet att variera med hänsyn till den verksamhet som bedrivs och även till de produktions- eller driftsmetoder som används i ifrågavarande företag, verksamhet eller del av verksamhet.”[47]

---

[42] Se Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 22.
[43] Se Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 22.
[44] Se Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 11 och 12.
[45] Se Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, sammanfattningen.
[46] Se Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 27.
[47] Se Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*, p. 30.

Med hänvisning till Süzenmålet konstaterar EUD att eftersom ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet kan inom verksamheter som inte är materielintensiva eller baseras på immateriella rättigheter utgöra en verksamhets identitet. När förvärvaren i ett sådan enhet tar över huvuddelen av personalen, i förhållande till antal och kompetens, tar man även över verksamhetens identitet. Förvärvaren får i detta fall en sådan organisation av tillgångar att det är möjligt att varaktigt fortsätta verksamheten eller viss del av verksamheten.[48]

I ett portugisiskt kollektivavtal[49] infördes en klausul med följande lydelse:

> ”1.Vid övergång, oavsett på vilket sätt, av äganderätten till företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter som utgör en ekonomisk enhet inträder förvärvaren som arbetsgivare i arbetstagarnas anställningsavtal.
>
> *Som övergång av företag eller verksamheter ska inte anses att en ekonomisk aktör förlorar en kund på grund av att en annan aktör har tilldelats ett tjänstekontrakt.”*[50] (Författarens kursivt)

Arbetstagare som utifrån denna kollektivavtalsreglering, vilken nationellt kommit att få status som lag, har nekats rätt till övergång har av denna orsak fört talan. EUD konstaterar att förfarandet att förlora en kund på grund av att en annan aktör har tilldelats ett tjänstekontrakt generellt omfattas av Direktivets skyddssyfte.[51] Det avgörande för om övergång ska anses ha skett blir i stället att bedöma identitet i verksamhet.

EUD konstaterar att det följer av rättspraxis att tillämpningsområdet för Direktivet omfattar samtliga fall när det som ett led i avtalsförhållanden sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för

---

[48] Se Mål C-13/95 *Süzen*, p. 21.

[49] 2011:års kollektivavtal mellan Associação de Empresas de Segurança Privada (Förbundet för privata säkerhetsföretag), Associação Nacional das Empresas de Segurança (Nationella förbundet för säkerhetsföretag) och, bland annat, Sindicato dos Trabalhadores dos Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Actividades Diversas (Förbundet för anställda inom sektorerna för bevakning, övervakning, renhållning, hushållsnära tjänster och diversearbetare). Kollektivavtalets existens meddelades i Boletim do Trabalho e Emprego (arbetsrättsbulletinen) nr 17/2011.

[50] § 13 i 2011:års kollektivavtal mellan Associação de Empresas de Segurança Privada (Förbundet för privata säkerhetsföretag), Associação Nacional das Empresas de Segurança (Nationella förbundet för säkerhetsföretag) och, bland annat, Sindicato dos Trabalhadores dos Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Actividades Diversas (Förbundet för anställda inom sektorerna för bevakning, övervakning, renhållning, hushållsnära tjänster och diversearbetare). Kollektivavtalets existens meddelades i Boletim do Trabalho e Emprego (arbetsrättsbulletinen) nr 17/2011.

[51] Se Mål C-200/16 *Securitas*, p 38.

verksamhetens drift och som har en arbetsgivares skyldigheter gentemot de anställda i företaget.

På grund av skillnaderna mellan de olika språkversionerna av Direktivet och mellan de olika nationella lagstiftningarna med avseende på begreppet övergång till följd av avtal, har EUD gjort en flexibel tolkning, så att Direktivets syfte kan uppnås.[52]

Det krävs följaktligen inte något direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren för att Direktivet ska vara tillämpligt, eftersom övergången även kan ske genom tredje man.[53] Det faktum att det inte finns något avtalsförhållande mellan de båda företagen saknar betydelse för frågan huruvida Direktivet är tillämpligt.

12.5.6 Sammanvägning

Utöver de vanliga sju kriterierna betonar EUD även betydelsen av att ta hänsyn till samtliga omständigheter som kännetecknar det aktuella förfarandet. EUD klargör därmed att detta ska beaktas inte bara vid uthyrning utan även vid rena entreprenadbyten på det sätt som föreligger i målet:

> ”27 I synnerhet har EU-domstolen funnit att den nationella domstolen, vid sin bedömning av de faktiska omständigheter som utmärker det ifrågavarande förfarandesättet, bland annat ska ta hänsyn till vilket slags företag eller verksamhet det rör sig om (dom av den 26 november 2015, Aira Pascual m.fl., C-509/14[54], EU:C:2015:781, punkt 33).
>
> 28 Av detta följer att den vikt som ska tillmätas de olika kriterierna för bedömningen av om det har förekommit en övergång i den mening som avses i direktiv 2001/23 med nödvändighet varierar med hänsyn till den verksamhet som bedrivs och även till de produktions- eller driftsmetoder som används i ifrågavarande företag, verksamhet eller del av verksamhet (dom av den 26 november 2015, Aira Pascual m.fl., C-509/14, EU:C:2015:781, punkt 34).”[55]

Den praktiska utgången i målet blev hänförligt till om verksamheten skulle ses som materiel-, immaterialrättsligt- eller personaltung och huruvida förvärvaren hade tagit över det som är utmärkande. Det som framstår som nytt är att EUD infogar betydelsen av vilken slags verksamhet eller företag det är frågan om och att viktningen av de sju

---

[52] Se Mål C-*463/09 CLECE SA.*
[53] Se, bl.a., Mål C-171/94 *Merckx*, p. 28 och 30.
[54] Se Mål C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*.
[55] Se Mål C-200/16 *Securitas*.

kriterierna varierar även med hänsyn till de produktions- eller driftsmetoder som används.

Tankegången att verksamhetens struktur kan få betydelse utvecklas ytterligare ett steg av EUD i senare praxis.[56] Den vikt som ska tillmätas de olika kriterierna varierar med hänsyn till den verksamhet som bedrivs och även till de produktions- eller driftsmetoder som används i ifrågavarande företag, verksamhet eller del av verksamhet.[57]

> ”43 Domstolen har likaså betonat att endast den omständigheten att en ekonomisk enhet har övertagit en annan enhets ekonomiska verksamhet inte kan leda till den slutsatsen att den ekonomiska enheten består…”[58]

EUD har tidigare argumenterat för att en ekonomisk verksamhet är mer än de arbetsuppgifter som finns i verksamheten. Nu för man in tanken på att den ekonomiska enheten inte kan bedömas bestå utifrån att den har övertagit en annan enhets ekonomiska verksamhet. Man för här ihop det tidigare förda resonemanget om funktionellt samband med tanken att en ekonomisk enhet är mer än den ekonomiska verksamheten.[59]

12.6 Könsfördelning inom olika delar av svensk arbetsmarknad

Könsfördelningen i entreprenader följer i stor utsträckning arbetsmarknadens könsfördelning generellt. Följande uppgifter är i dagsläget (2023) de senast registrerade på SCB:

> ”Det vanligaste yrket i riket var Undersköterskor inom hemtjänst, hemsjukvård och äldreboende där fanns totalt 129 350 anställda, varav 89 procent var kvinnor och 11 procent var män. Det var även det vanligaste yrket för kvinnor. Vanligaste yrket för män var Lager- och terminalpersonal som var det fjärde vanligaste yrket totalt, med 76 procent män och 24 procent kvinnor.”[60]

---

[56] Se Mål C-416/16 *Ricardo*.
[57] För ett liknande resonemang se Mål C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias* , p. 33 och 34 och där angiven rättspraxis.
[58] Se Mål C-416/16 *Ricardo*.
[59] Se Målen C-416/16 *Ricardo*, p. 46–48 och C-160/14 *Brito* p. 33 och 34, “44 Det är nämligen inte bibehållandet av den specifika organisation som näringsidkaren har beslutat beträffande de olika övertagna produktionsfaktorerna utan av det funktionella samband av ömsesidigt beroende och komplementaritet som föreligger mellan dessa produktionsfaktorer som är den relevanta omständigheten för att avgöra om den övertagna enheten har bevarat sin identitet. Om det funktionella sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna bevaras kan förvärvaren således använda dem även om de, efter övergången, integreras i en ny och annorlunda organisationsstruktur, för att fortsätta en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet.”
[60] Statistiknyhet från SCB 2023-03-08.

De 10 vanligaste yrkena i riket för anställda kvinnor 16-64 år, 2021 [61]

Yrke[1]	Totalt antal kvinnor	Totalt antal män	Andel kvinnor	Medelålder kvinnor
Undersköterskor, hemtjänst, hemsjukvård och äldreboende	114 820	14 530	89	45
Grundskollärare	83 160	29 330	74	43
Barnskötare	81 140	8 580	90	40
Butikssäljare, fackhandel	64 620	42 190	60	34
Förskollärare	62 860	2 720	96	43
Butikssäljare, dagligvaror	57 850	31 100	65	33
Vårdbiträden	56 290	22 740	71	36
Städare	54 680	20 930	72	44
Övriga kontorsassistenter och sekreterare	53 230	14 180	79	44
Vårdare, boendestödjare	52 380	19 940	72	43-

Det vanligaste yrket för män 2021 var ”Lager- och terminalpersonal där antalet anställda var 73 710 med en medelålder på 37 år följt av Mjukvaru- och systemutvecklare m.fl. där det var 73 510 antal anställda med en medelålder på 40 år.”[62]

[61] Enligt Standard för svensk yrkesklassificering 2012 (SSYK2012) på fyrsiffernivå. Siffrorna är avrundade till närmaste 10-tal.
[62] Statistiknyhet från SCB 2023-03-08.

De 10 vanligaste yrkena i riket för anställda män 16-64 år, 2021[63]

Yrke[1]	Totalt antal män	Totalt antal kvinnor	Andel män	Medelålder män
Lager- och terminalpersonal	73 710	23 650	76	37
Mjukvaru- och systemutvecklare m.fl.	73 510	17 320	81	40
Företagssäljare	63 010	23 500	73	45
Lastbilsförare m.fl.	50 610	4 530	92	42
Träarbetare, snickare m.fl.	48 360	670	99	40
Maskinställare och maskinoperatörer, metallarbete	43 070	7 840	85	42
Butikssäljare, fackhandel	42 190	64 620	40	35
Fastighetsskötare	34 390	7 330	82	46
Installations- och serviceelektriker	33 790	870	97	37
Motorfordonsmekaniker och fordonsreparatörer	31 430	920	97	39

[63] Enligt Standard för svensk yrkesklassificering 2012 (SSYK2012) på fyrsiffernivå. Siffrorna är avrundade till närmaste 10-tal.
Definitioner och förklaringar
Uppgifterna avseende anställda redovisas för de i ålder 16-64 år som klassats som förvärvsarbetande enligt den registerbaserade arbetsmarknadsstatistiken (RAMS). Klassificeringen av förvärvsarbetande baseras huvudsakligen på de månatliga arbetsgivardeklarationerna på individnivå (AGI) från Skatteverket. För att klassificeras som förvärvsarbetande ska personen fått en lön i november som överstiger 99 kronor eller bedriva aktiv näringsverksamhet. Därutöver ska personen vara folkbokförd i Sverige 31 december och vara mellan 16 och 74 år. Även de som varit tillfälligt frånvarande under mätperioden, t.ex. på grund av sjukdom eller föräldraledighet, ingår i ramen. Som anställd räknas också företagare som driver sitt bolag som aktiebolag.

Statistiken visar en uppdelad arbetsmarknad där materiellt tung verksamhet huvudsakligen bedrivs av manliga arbetstagare och personalintensiv verksamhet huvudsakligen av kvinnliga arbetstagare. Detta innebär att tjänsteentreprenader utan materiella eller immateriella ankarkriterier huvudsakligen kommer att bedrivas av kvinnor. Tjänsteentreprenader med materiella eller immateriella ankarkriterier kommer huvudsakligen att bedrivas av män.

En mellankategori är den vård och omsorg som är materialtung, såsom primärsjukvård eller äldreboende, där huvudsakligen kvinnor arbetar men där ankarkriterierna kommer att göra det troligt med identitet i verksamhet och även ge förutsättningar för en ekonomisk enhet, dock beroende på hur verksamheten avgränsas.

Detta ger en uppdelning i tre kategorier av tjänsteentreprenader, där män huvudsakligen arbetar i tjänsteentreprenader med ankarkriterium och kvinnor huvudsakligen inte gör det. Den tredje kategorin, mellankategorin, visar på att tung utrustning i form av liftar, sjukhussängar m.m. kan innebära ett ankarkriterium för vissa grupper inom kvinnodominerade yrken.

Av detta framgår att kvinnor i betydligt större utsträckning än män arbetar i yrken där det är vanligt med deltidsarbeten såsom hemtjänst, och därför i större utsträckning oftare har antingen flera arbetsgivare eller fler arbetsställen. Vid arbete på flera arbetsställen hos samma arbetsgivare kan bedömning av den anställdes rätt att följa med en verksamhet påverkas.

När offentlig sektor byggdes ut under 60- och 70-talet var det främst tjänstesektorn som ökade. Kvinnor som kom ut på arbetsmarknaden arbetade i stor utsträckning inom tjänstesektorn.[64] Värderingen av personalintensiv tjänstesektor, såsom städning, var och är låg. Även för yrken som kräver gedigen utbildning, såsom sjuksköterskor, är ingångslönen mycket lägre än för många industriarbetare med betydligt kortare utbildning.[65]

Från 90-talet har tjänstesektorn alltmer etablerat sig eller växt i privat sektor, både med städning, vård, etc. Låglöneyrken från offentlig sektor flyttar delvis över till privat sektor genom entreprenadutläggning, och bristyrken, t.ex. sjuksköterskor, kan hyras in i den offentliga verksamheten från privat verksamhet, vilket ger den inhyrde möjlighet att öka

[64] Carlson, 2007, s. 82 ff.

[65] För en övergripande bild av utvecklingen se Fransson, Susanne, 'Equal Pay for Equal and Comparable Work - a Question of Law or a Question of Labour Contract?' i Perspectives of Equality - Work, Women and Family in the Nordic Countries and EU. The research programme" Norden och Europa", Nord 2000:5.

sin lön betydligt. Övriga låglöneyrken, som inte är bristyrken, verkar inte ha en markant annorlunda löneutveckling än i offentlig sektor.[66]

Entreprenadövergång enligt Direktivet kommer därmed generellt att än mer förstärka den könsuppdelning som finns på arbetsmarknaden och innebära att det är främst kvinnor som riskerar att en entreprenadövergång enligt Direktivet inte omfattar den typ av tjänsteentreprenad där många kvinnor arbetar. Dessa kvinnor kommer därmed inte att ha något skydd utan får söka nytt jobb vid varje förändring. De farhågor som den ekonomiska och sociala kommitténs uttryckte i sin kritik av Kommissionens förslag 1995 har därmed besannats.[67]

Detta betyder att Direktivet förstärker den redan tidigare könsuppdelade arbetsmarknaden genom att värdera de klassiska industriella värdena i material- och immateriellt tunga verksamheter, där oftast män arbetar, på ett sådant sätt att det troligare ses som en identitet i verksamhet samt även utgör en ekonomisk enhet vid entreprenadövergång. Värderingen av den kvinnodominerade tjänsteentreprenad som enbart är personaltung blir ofta den motsatta, d.v.s. att det inte är en entreprenadövergång enligt Direktivet.

12.7 Värdering av tillgångar kontra arbetskraft för entreprenad – tillgångar som kristalliserat arbete – cirkeln sluts

Als Werthe sind die Waaren nichts als krystallisirte Arbeit.[68]

I vissa rättsfall kommer övertagande av material att få en mycket tydlig betydelse p.g.a. verksamhetens karaktär. Men hur ska vi se på skillnaden mellan övertagande av material och arbete beträffande skapande av identitet i verksamhet? Är inte material och varor produkten (kristalliseringen) av arbete? Vad motiverar särskiljandet mellan övertagande av material och av arbete som produktionsfaktorer för entreprenader? Frågan blir särskilt aktuell i de domar som likställer rätt till brukande av tillgångar med ägande av tillgångar. Här kan skillnaden mellan material och personal som produktionsfaktorer tydligt ifrågasättas. Om rätten att använda en av huvudmannens resurser likställs med övertagande av material, blir fokus i stället på att entreprenaden måste tillhandahålla den personal som kan använda resursen. Produktionsfaktorn blir i det läget personalen.

---

[66] SCB. Lönespridning efter sektor och kön 2021.
[67] Se kap. 4.5.
[68] Marx, Karl, Das Kapital, 1 bandet Hamburg 1867 års originalupplaga (MEGA II:5 s. 19 rad 35): “Som värden är varor inget annat än kristalliserat arbete.” Med tack till Torbjörn Ingvarsson som indirekt uppmärksammade mig på citatet.

Materiella tillgångar
I Mål *C-234/98 Allen* behandlas flera relevanta rättsfrågor relaterande till de speciella förhållanden som råder för entreprenadföretagen.[69]
Ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet kan på vissa områden där verksamheten huvudsakligen baserar sig på arbetskraft utgöra en ekonomisk enhet. I detta fall förutsätter verksamheten i stället omfattande materiel och anläggningar, vilket får sägas vara det mest utmärkande kriteriet för denna typ av gruvrelaterad näring. Men det är också brukligt att dessa lånas eller hyrs ut av huvudmannen, vilket också har skett här. Domstolen påpekar att detta inte är ett hinder för övergång i Direktivets mening med hänvisning till liknande förfarande i *Case 287/86 Landsorganisationen i Danmark, Case 324/86 Tellerup* och Mål *C-209/91 Rask.*

Här finns inte någon praktisk möjlighet för den nye entreprenören att förvärva de tillgångar som används i verksamheten. Det enda som går att förvärva är möjligen en rättighet att använda och bruka tillgångarna, alternativt att entreprenören hyr tillgångarna från huvudmannen eller annan. Situationen är till vissa delar parallell med den som uppkommer i Mål *C-340/01 Carlito Abler* och är därför intressant att undersöka närmare.

Kriteriet personal får en något oväntad behandling i kombination med överlåtelse av material när domstolen konstaterar att ”företagsöverlåtelse är en komplicerad rättslig och materiell transaktion som det kan ta viss tid att genomföra.” samt ”Att de arbeten som hade lagts ut på underentreprenören AMS inte påbörjades samtidigt som detta bolag övertog ACC:s arbetstagare kan under dessa omständigheter inte tillmätas någon särskild vikt.”[70]

Ägande eller brukande har behandlats i flera domar. En intressant fråga är även om erbjudande om att ta över materiella tillgångar skulle kunna värderas oavsett om förvärvaren väljer att överta dessa. I Mål *C-340/01 Carlito Abler* slog domstolen fast att den omständigheten att de materiella tillgångar som övertagits av den nya entreprenören inte tillhörde dennes föregångare utan tillhandahölls av beställaren inte innebar att det kunde uteslutas att det förelåg en övergång av företag eller verksamhet i den mening som avses i Överlåtelsedirektiv 77/187.[71]

I målet behandlades frågan om den entreprenör som lagar maten i ett sjukhuskök, som hela tiden kvarstår i sjukhusets ägo, kan anses inneha den materiella tillgång som köket utgör. Domstolen kom fram till att brukandet i detta fall kan jämställas med ägande. Orsakerna till detta är

[69] Se genomgång i kap. 10.1.4.
[70] Se Mål C-234/98 *Allen*, p. 32.
[71] Se Mål C-340/01 *Carlito Abler*, p. 42.

att det inte var möjligt att laga maten någon annanstans och bruket av köket kommer hela tiden att gå över till ny entreprenör blir innebörden att det hela tiden blir en övergång av verksamheten. Kommissionen anser att det föreligger en ekonomisk enhet eftersom verksamheten tillgångar har införskaffats av en enda uppdragsgivare och därmed även ställs till förfogande av denne, samt att förvärvaren övertar brukandet av denna tillgång.[72] Överförande av produktionsfaktorer ger en möjlig ekonomisk enhet. Skiljelinjen mellan att antingen överföra materiella tillgångar eller de produktionsfaktorer som krävs för att driva de materiella tillgångarna blir alltmer tunn när ägande inte är en förutsättning för övergång utan bara för rätten att bruka.

Immateriella tillgångar

När det är fråga om ett kontrakt som ska förnyas i och med övergången anses kontraktet inte vara en immateriell tillgång eftersom det ska bli föremål för ny upphandling. Oavsett om den nya innehavaren av kontraktet ska överta de pågående avtalen med kunderna eller om huvuddelen av kunderna kan anses som fasta, ska det emellertid anses som att kunderna har överlåtits. [73]

I offentlig upphandling erhåller förvärvaren ett kontrakt med huvudmannen om att t.ex. ta över vissa busslinjer i ett område. Skulle detta på motsvarande vis kunna räknas in som en immateriell rättighet? I de rättsfall där frågan om övergång vid offentlig upphandling varit uppe har detta inte ställts på sin spets även om EUD tidigare har slagit fast att kontrakt inte likställs med licens. Den egentliga skillnaden mellan en rättighet, i form av en licens och i form av ett kontrakt, är dock inte något som EUD väljer att klargöra. Det ekonomiska värdet av vissa kontrakt kan i dag vara väl så stort som många licenser.

Huruvida detta ska tolkas till att det tredje kriteriet om immaterialrättsliga tillgångar inte kan bli relevant vid offentlig upphandling är svårt att säga. Inget klargörs i domarna som skulle tala mot att denna typ av kontrakt skulle kunna ges en självständig viktning även i offentlig sektor.

Skillnaden mellan ett kontrakt som löper ut och en licens blir här av särskilt intresse. Kontraktet är ofta grunden för en entreprenad, kontraktet kommer även att avgränsar verksamheten. Det som därmed övergår kan många gånger vara rättigheten att utföra en tjänst via ett kontrakt. Det är kontraktet som dels ger en rättighet, dels klargör den ekonomiska enheten. Att EUD har klargjort att kontrakt inte automatiskt ses som bärare av immateriella rättigheter innebär därmed en stor begränsning

[72] Generaladvokatens förslag till dom Mål C-340/01 *Carlito Abler*, p. 28-31.
[73] Mål C-172/99 *Oy Liikenne*, p. 40-41 vilket även citeras i generaladvokatens förslag till dom i Mål C-298/18 *Grafe.*

av anställningsskyddet för arbetstagarna i en entreprenad.[74] Om ett kontrakt representerar stora värden och även gäller under längre tid, kan bedömningen av skillnaden i förhållande till en licens ifrågasättas.

12.8 Slutsatser från del 2

I kapitel 5 gavs en första introduktion för att klargöra grunden till de sju identitetskriterierna och hur dessa generellt har använts. Kapitlet introducerade begreppet ”ankarkriterium” för de kriterier som troligare kan förankra arbetstagare i en verksamhet vid övergång och på det sättet innebära att personalen får en rätt att följa med verksamheten vid en försäljning eller en verksamhetsförändring. I kapitel 6 behandlades det första av *Spijkers*-kriterierna ”Arten av och inriktningen för en verksamhet”, vilket ibland har kallats branschkriteriet eftersom detta blir den minsta gemensamma nämnaren. Är verksamheten inte inom samma bransch före och efter övergången, kommer det att vara svårt att se en identitet i verksamhet. Här gjordes även en genomgång av myndighets entreprenadutläggning, utläggning av del av verksamhet och sidoverksamhet. I kapitel sju gjordes en genomgång av huruvida det andra och det tredje kriteriet om materiella och immateriella tillgångar hade övergått. Gemensamt för dessa är att de dels behandlar övergång av tillgångar, dels den möjlighet detta ger till fortsatt verksamhet ofta styrker att det är en övergång av ankarkriterier vilket kan ge en identitet i verksamhet men även en övergång av verksamhet utifrån att en ekonomisk enhet har övergått. Här blir det viktigt att notera att beträffande material och tunga immateriella värden samvarierar identitet i verksamhet enligt *Spijkers*-kriterierna med vad som kan utgöra en ekonomisk enhet hos överlåtaren.

I kapitel 8 undersöks gränserna för skyddssyfte beträffande det fjärde *Spijkers*-kriteriet, övertagande av personal. Kriteriet berör målet för Direktivets skydd: personalövertagande, där den ekonomiska enheten kommer i fokus men på ett annat sätt än för de andra ankarkriterierna. Bedömningen av de sju kriterierna ger en grund för en bedömning av om identitet i verksamhet föreligger genom att se om majoriteten har gått över. Övergång av verksamhet kan enligt praxis även vara aktuell om en ekonomisk enhet övergått från överlåtaren till förvärvaren, vilket innebär att personal hos överlåtaren har en rätt att gå över till förvärvaren.[75] Formellt argumenteras dessa som två olika vägar av EUD men diskussionen i kapitlet leder fram till att de i stället bör ses som en helhet, d.v.s. att både identitet i verksamhet och ekonomisk enhet kan

[74] Se kap. 7.2.
[75] Se dock de speciella förhållandena vid inhyrning/bemanning i kap. 11.

föreligga parallellt i de två diskuterade fallen, majoritetsfallet och organisationsfallet.

Övertagande av personal är dels ett eget kriterium, dels grunden i skyddssyftet. Här föreligger risk att den rättsliga diskussionen i EUD blir otydlig eftersom mål och medel sammanblandas och kan bli ett Moment 22. ”Man ska ta över personal om man tar över personal.” Förvärvarens frivilliga övertagande av majoriteten av personalen påverkar om Direktivets anställningsskydd aktiveras eller inte, d.v.s. förvärvaren styr skyddet. Om i stället den ekonomiska enheten övergår utifrån personalens organisation och struktur sker bedömningen av övergång utifrån objektiva grunder.

I kapitel 9 diskuterades de tre sista *Spijkers*-kriterierna: kundkretsen, verksamhetsbegreppet och om verksamheten har legat nere, och i så fall hur länge. Kundkretsen har traditionellt enbart haft en stödjande funktion men har i senare praxis även kommit in som ett starkare krav; kunderna måste ha gått över för att det immateriella instrumentet ska få effekt se Mål *C-194/18 Dodič*. Kriteriet kommer därmed att värderas olika beroende på verksamhetens art. Någon motsvarande diskussion beträffande t.ex. kommunala entreprenader har dock ännu inte förts av EUD.

Det sjätte *Spijkers*-kriteriet, verksamhetsbegreppet, har en funktion som i mycket tangerar begreppet ekonomisk enhet. En verksamhet måste vara något mer än arbetsuppgifterna, den måste kunna avgränsas utifrån vad som är viktigt i branschen. Förutom att vara i samma bransch måste verksamheten även förete en likhet i sak utifrån t.ex., process eller organisation. Även det sjunde kriteriet, om verksamheten legat nere, samspelar till vissa delar med begreppet ekonomisk enhet. En verksamhet kan inte ligga nere för länge mellan det att den upphör hos överlåtaren och påbörjas hos förvärvaren. Vad som är ”för länge” kommer att variera mellan olika branscher. Det måste vara ”samma” verksamhet som återupptas.

I kapitel 10 granskas betydelsen av extern struktur vid övergång av verksamhet och synen på självständighet. Kapitlet klargör betydelsen av extern struktur när det gäller offentlig sektor kontra privat sektor. Betydelsen av en bolagsmässig placering av arbetstagaren såsom personalbolag, samt självständighetskravet vid facklig verksamhet och hur det skiljer mot kraven vid övergång av verksamhet och ekonomisk enhet.

I kapitel 11 granskas i stället betydelsen av intern struktur och hur den interna organisationen påverkar vad som skyddas vid en övergång. Skyddet kommer här att diskuteras beträffande anställningsvillkor i

anställningsavtal och kollektivavtal liksom även beträffande arbetstagarens placering och anknytning till verksamheten. Särskilt relevant blir betydelsen av arbetets organisation för övergång av ekonomisk enhet i personalintensiv verksamhet där inga andra ankarkriterier finns än personal. En diskussion förs beträffande att praxis i dag inte verkar ha observerat de organisationsförändringar som har skett beträffande personalintensiva tjänsteentreprenaders arbetsledning, vilket ger risk för en felaktig tillämpning i bestämningen av ekonomisk enhet. Det går inte längre att utgå från att dessa verksamheter är arbetsledda på det sätt som tidigare skedde. Därav blir det svårt att dra korrekta slutsatser om bristande strukturell självständighet enbart baserat på huruvida arbetsledning inte följer med.

I kapitel 12 görs en genomgång av vad som behandlats i del 2 utifrån vad som blir speciellt i entreprenadfallet. Ett skydd som ursprungligen konstruerades för övergång av kärnverksamheter kan bli bristfälligt i en annan organisationsmodell. Här klargörs betydelsen av om verksamheten läggs ut från huvudman direkt eller övergår mellan entreprenörer, utifrån olika aspekter. En diskussion förs även beträffande skillnaden i skydd mellan tjänsteentreprenader och entreprenader som är material- eller immaterialrättsligt tunga och vad som kan utgöra en ekonomisk enhet samt vad detta innebär på en könssegregerad arbetsmarknad. Direktivet ger här ett svagt anställningsskydd för tjänsteentreprenad utan andra ankarkriterier än personal. Det är vanligt att kvinnor arbetar i denna typ av tjänsteentreprenader och att deras anställningar därför ofta inte går över till ny utförare. Direktivet riskerar därmed att ytterligare späda på de negativa effekter vi kan se på en könsuppdelad arbetsmarknad genom att hålla fast vid en gammal syn på materiella och immateriella värden som viktigare än personal. Detta gäller särskilt när man inte rättsligt värderar egenledd tjänsteentreprenad som självstyrande och därmed ej heller möjliga produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet.

Avhandlingens grundfråga beträffande vilka arbetstagare som är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet kan dock så här långt besvaras med att det inte finns någon avsikt att ge anställda i entreprenad ett medvetet sämre skydd än anställda i primärverksamhet. Organisatorisk kan sämre skydd vid tjänsteentreprenader dock bli en effekt om begreppet ekonomisk enhet inte ges en dynamisk tolkning som ett överförande av produktionsfaktorer.

Det är tydligt att materiellt och immateriellt tung verksamhet lättare ses som både en ekonomisk enhet och att identitet i verksamhet föreligger, så länge verksamheten avses fortsätta. Ankarkriterierna blir i dessa fall en avgränsning både för den ekonomiska aktiviteten och verksamheten. Prövningen av om en ekonomisk enhet föreligger hos överlåtaren utifrån dessa ankarkriterier blir därmed till stora delar den samma som

prövningen enligt *Spijkers*-kriterierna. *Spijkers*-kriterierna kan förstärka materiellt och immateriellt tung verksamhet via t.ex. om kunder har övertagits men kärnan i den ekonomiska enheten och i identiteten i verksamheten är den samma. Del 2 i denna avhandling visar att det förhåller sig annorlunda för personaltung verksamhet och särskilt för tjänsteentreprenader utan materiella eller immateriella ankarkriterier. Här görs prövningen utifrån om majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, har gått över för att se om identitet i verksamhet föreligger. Beträffande ekonomisk enhet ställs istället krav på en självständig och strukturerad personalgrupp. Denna uppdelning blir på flera sätt olycklig eftersom den skapar en oklarhet om vem som har rätt att gå över. Avhandlingen visar en möjlighet att via tolkning av produktionsfaktorer samordna ekonomisk enhet och identitet i verksamhet även för personalintensiv verksamhet utan materiella eller immateriella ankarkriterier. Den ekonomiska enhet kan utifrån kravet på produktionsfaktorer visa en tydligare avgränsning både för den ekonomiska aktiviteten och för verksamheten genom att fokusera på huruvida personalen utgör tillräckliga produktionsfaktorer för att kunna driva verksamheten vidare och huruvida detta har förutsättning att ske praktiskt. En samordning skulle skapa större likhet mellan de som arbetar i traditionellt industrisamhälle, där t.ex. maskiner blir viktiga produktionsfaktorer för att verksamheten ska kunna fortsätta hos en entreprenör. Och de som arbetar i rena tjänsteentreprenader där produktionsfaktorer, d.v.s. personalen, på liknande sätt blir avgörande för verksamhetens fortsatta existens. Avgränsningen av vad som utgör ekonomisk enhet har i senare praxis från EUD varit en väg att föra in nya avvägningar mellan anställningsskydd och näringsfrihet, se t.ex. Mål *C-298/18 Grafe* där en traditionellt tung materiell verksamhet, bussentreprenad, plötsligt förklaras vara personaltung när bussarna inte gick över av miljöskäl. Domstolen har genom begreppet lyckats visa på behovet av tydliggörande.

EUD:s utveckling mot ett större fokus på verksamhetens särskilda förutsättningar i domstolens bedömning av vad som utgör en ekonomisk enhet, får en väldigt stor betydelse för organisationsformen tjänsteentreprenad. Organisationsformen skapar särskilda förutsättningar eftersom överlåtare och förvärvare inte står i ett vanligt avtalsförhållande med varandra. Avtalet ingås istället med huvudmannen. Bedömningen ska därmed inte ske utifrån huvudmannens behov, utan utifrån överlåtarens verksamhets förutsättningar.

Vad skulle hända om EUD tog steget fullt ut och helt fokuserade på produktionsfaktorerna i den ekonomiska enheten i de situationer där verksamheten avses fortsätta efter övergången? I dag är vi i en situation där överlåtare och förvärvare kan påverka om identitet i verksamhet föreligger i tjänsteentreprenad. Tar förvärvaren frivilligt över majoriteten av de anställda skapas en identitet och det blir sällan någon diskussion om detta även är en ekonomisk enhet. Men hur ska vi se på att det föreligger en

tydlig ekonomisk enhet i en tjänstentreprenad, genom en strukturerad personalgrupp, där överlåtaren ändå väljer att säga upp p.g.a. arbetsbrist. En arbetsbrist som föreligger enligt nationell rätt när det är klart att entreprenadkontraktet löper ut i framtiden och det inte finns omplaceringsmöjlighet? Diskussionen fortsätter i del 3 utifrån den svenska kontexten.

DEL 3: Den svenska kontexten – Vad händer med anställningsskyddet för arbetstagare i entreprenad vid övergång? (Kap. 13-14)

Efter genomgången av del 1 och 2 i avhandlingen kan vissa tendenser noteras i EUD:s praxis beträffande värdering av identitet i verksamhet och avgränsningen av ekonomisk enhet utifrån produktionsfaktorer. En förklaringsmodell för hur tjänsteentreprenad i dag ofta arbetsleds har presenterats, vilket ger effekter för värderingen av grad av självständighet för det fjärde kriteriet, personalkriteriet.

Avhandlingens grundfråga beträffande vilka arbetstagare som är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning, har besvarats beträffande frågans första del. Det finns ingen avsikt enligt Direktivet att behandla entreprenad annorlunda än primärverksamhet, men det kan organisatoriskt bli en effekt med en statisk tillämpning av vad som utgör en ekonomisk enhet. Här återstår att besvara frågans andra del; vilka arbetstagare är skyddsvärda vid entreprenadövergång enligt svensk tillämpning? Dessutom har avhandlingen visat på en EU-rättslig grund att utgå ifrån beträffande skyddsvärde kontra näringsfrihet. Grunden kan något hårddraget sammanfattas enligt nedan.

Direktivet är en balansgång mellan aktörernas intressen.[1]
Avhandlingen visar att anställningsskyddet vägs mot näringsfriheten, och på så sätt kommer anställningsskyddet att baseras på en automatisk rätt till övergång om vissa kriterier och begrepp är uppfyllda. Näringsfrihet är grunden för tolkningen, men i vart fall ska det anställningsskydd som direkt skyddas i Direktivet, eller enligt EUD:s uttolkning, respekteras av medlemsländerna.[2] Näringsfriheten har en stark grund såväl unionsrättens ursprungliga målsättning att öppna upp för handel mellan medlemsstaterna, som i avtalsfriheten och motverkandet av konkurrensbegränsningar, såsom det i dag har preciserats genom sekundärrättsliga lagstiftningsakter.

[1] Direktivet preciserar nödvändiga inskränkningar i näringsfriheten för att skydda social hänsyn. Proportionalitet i enlighet med Art. 52 i Rättighetsstadgan ger utgångspunkten.
[2] Direktivet preciserar ex ante hur näringsfriheten förenas med social hänsyn, när preciseringen i stället blir via EUD blir den ex post facto. Är ett direktiv tydligt uppstår mindre oklarhet och färre behov av prövning i EUD. I Direktivets fall har prövningen varit omfattande.

Tolkning av EU-rätten nationellt
Medlemsländerna har skyldighet att tolka och tillämpa nationell rätt för att uppnå de av EU fastställda skyddsvärdena.[3] Det ligger i medlemsländernas skyldigheter att vara lojala med unionsrätten och, i den mån rätten inte är subsidiär till nationell rätt, att också tolka den nationella rätten unionskonformt när det gäller att uppnå de skyddsvärden som fastställts.

Enligt lojalitetsprincipen måste varje medlemsstat även anpassa rättsläget i landet så att det är förenligt med Direktivets syfte och materiella bestämmelser vilket även inkluderar en förenlighet med EUD:s praxis. I Mål C-*441/14 Ajos* klargör EUD en skyldighet för domstolar i medlemsstaterna att göra allt de kan för att uppnå det resultat som eftersträvas med det aktuella direktivet. Enligt Mål *C- 617/10 Åkerberg Fransson* betyder det även en skyldighet att förena den nationella rättstraditionen med unionsrättens systematik, på så sätt att varje nationell lagstiftare och domstol har att göra proportionalitetsavvägningar i varje konkret fråga. Proportionalitetsavvägningar ska göras utifrån EU-rätten, inte utifrån nationella förarbeten, för att få till stånd en EU-konform tolkning.

Rättighetsstadgan är en primärrätt, vilket innebär ett direkt genomslag i medlemsstaterna där regleringen har tillräcklig tydlighet. Enligt Art. 30 i Rättighetsstadgan ska skydd ges mot osakliga uppsägningar i enlighet med unionsrättens genomförande genom medlemsländernas lagstiftning och rättspraxis. Art. 30 preciseras i Direktivet men har inte i praxis använts enskilt. Medlemsländerna kan enligt det som tidigare anförts inte anta, tolka eller tillämpa nationella rättskällor i strid mot skyddsvärdet. Möjligheten att avvika enligt nationell praxis bör dessutom ses som snävare än att avvika via nationell lag, p.g.a. större svårighet för Kommissionen att granska genomförandet och mindre förutsägbarhet för aktörerna på arbetsmarknaden.

Arbetstagarbegreppet och begreppet ekonomisk enhet
Arbetstagarbegreppet i Direktivet är till stora delar överlåtet till nationell rätt att definiera så länge tolkningen inte sker p.g.a. undantagen i Art. 2.2.[4] Detta innebär att Sverige har viss frihet beträffande vad som

---

[3] Se Mål C- 617/10 *Åkerberg Fransson*, p. 21.

[4] Direktivet Art. 2. 2. Detta direktiv skall inte påverka nationell lagstiftning när det gäller definitionen av anställningsavtal eller anställningsförhållanden. Medlemsstaterna får emellertid inte utesluta anställningsavtal eller anställningsförhållanden från detta direktivs räckvidd enbart på grund av följande:

a) Antalet arbetstimmar som utförs eller skall utföras.

b) Anställningsförhållandet regleras av ett tidsbegränsat anställningsavtal enligt artikel 1.1 i rådets direktiv 91/383/EEG av den 25 juni 1991 om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande eller tillfälligt anställningsförhållande (6).

innefattas i arbetstagarbegreppet så länge det inte strider mot Direktivet eller det skydd som tidigare preciserats. Anställda i entreprenad verkar dock inte i någon mån medvetet undandragna det skydd som Sverige ger andra anställda vid övergång.

Begreppet ekonomisk enhet i Direktivet ska tolkas EU-konformt. Sverige har i denna del inte någon frihet att tolka begreppet på ett sätt som skulle ge lägre grad av anställningsskydd än vad som framgår i Direktivet och i EUD:s praxis.

Anställningsskyddets innebörd

Utöver den EU-rättsliga grund som har klargjorts i avhandlingens första del har även det mer direkta anställningsskyddet inom Direktivet klargjorts i avhandlingens andra del utifrån begreppen identitet i verksamhet och användningen av begreppet ekonomisk enhet. Vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att en prövning om övergång ska kunna ske. Det måste ha skett en lagenlig övergång eller fusion, inom samma bransch, av aktörer som ingår enligt Direktivet. Därefter kan en granskning ske av huruvida förutsättningarna för identitet i verksamhet är uppfyllda och om det dessutom föreligger en övergång av produktionsfaktorerna i en ekonomisk enhet, där detta är relevant. Är detta uppfyllt ger Direktivet enligt EUD:s uttolkning skydd i fler situationer. I den tredje delen av detta arbete blir det särskilt viktigt att uppmärksamma följande: Direktivet skapar ett substitutionsförhållande, där förvärvaren träder i överlåtarens ställe, med dennes skyldigheter och rättigheter. Detta betyder att övergången blir automatisk. Det råder även ett uppsägningsförbud från överlåtaren om uppsägningen beror på övergången. Om förvärvaren hade skyldighet att ta över anställda, men inte gör det kan detta drabba förvärvaren rättsligt. Övergången sker den faktiska dagen verksamheten övergår, parterna kan inte avtala annat. Om inte detta respekteras kan talan föras både mot överlåtare och mot förvärvare.

Prövning av vilka som har gått över kan även göras i efterhand hos förvärvaren och innebära att en annan bedömning görs av om övergång av verksamhet har skett, om en majoritet av personalen återfinns hos förvärvaren. Det råder ett skydd för de anställningsvillkor som har gällt hos överlåtaren, men detta skydd avgränsas av att allt överlåtaren kunde göra kan även förvärvaren göra beträffande att förändra villkoren. Kollektivavtalade villkor skyddas i flera fall, helt eller under en period.

Direktivet är dock inte till för att skydda mot nödvändig rationalisering och omorganisation i arbetslivet. Förvärvarens avtalsfrihet ska till stora

---

c) Anställningsförhållandena är tillfälliga enligt artikel 1.2 i direktiv 91/383/EEG och det företag, den verksamhet eller den del av ett företag eller en verksamhet som överlåts är, eller är del av, en verksamhet som hyr ut arbetskraft och som är arbetsgivaren.

delar respekteras beträffande bundenhet av kollektivavtal, där förvärvaren inte kan påverka avtalet. Nu gällande praxis från EUD har dock inte varit helt klar med exakt var gränserna för avtalsfriheten går.

Det svenska rättsläget

Har samma utveckling skett i AD:s behandling av vad som ger identitet i verksamhet och vad som kan avgränsas som en ekonomisk enhet? Svaret är mer komplext och kommer därför att kräva en större genomgång.

Kapitel 13 kommer att behandla den historiska bakgrunden till dagens reglering för att skildra hur entreprenadövergång har setts av lagstiftare och Arbetsdomstolen innan EU-inträdet och hur detta kan reflekteras i dagens syn på anställningsskydd vid entreprenadövergång.

I kapitel 14 kommer dagens regelsystem att granskas utifrån några situationer som blir särskilt viktiga vid entreprenadövergång i svensk rätt, nämligen:

1. Arbetsbrist vid entreprenadövergång.
2. Ekonomisk enhet vid personalintensiva entreprenader.
3. Preskriptionsfristens effekt på övergång av personaltung verksamhet.
4. Den kommunala entreprenadens särart vid övergång av verksamhet i svensk rätt.

Kapitel 13: Sverige – Övergång av verksamhet i ett kollektivavtalstungt system

Inledning
De två följande kapitlen avser att foga in den svenska rättstillämpningen i den modell av skyddssyftets gränser och tillämpning som avhandlingen bygger upp och diskutera följande fråga i frågeställningen:

- *Hur har Direktivets skyddssyfte genomförts i svensk rätt och uttolkats i AD beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka effekter har det gett för entreprenader?*

13.1 Den svenska historiken och förutsättningarna vid övergång av verksamhet i allmänhet och vid entreprenad i synnerhet
13.1.1 Historik beträffande svensk arbetsmarknads framväxt
13.1.2 Historik beträffande synen på vad som utgör verksamhet och när verksamhet anses ha övergått
13.1.3 Vad sågs som nationellt skyddsvärt?
13.1.4 Kollektivavtalens ställning vid övergång innan 1995
13.1.5 Vilket skydd gavs anställda i entreprenad innan 1995?
13.2 Övergång av verksamhet i svensk rätt utifrån EES och EU
13.2.1 EES-avtalets rättsverkan vid övergång
13.2.2 Rättsliga utmaningar vid anpassningen till EU-rätt och effekter av tidigare praxis
13.3.1 Att införa skyddssyfte från direktiv på en kollektivavtalsreglerad arbetsmarknad
13.3.2 Kollektivavtalens inverkan på anställningsvillkor
13.4 AD:s uttolkning av Direktivets anställningsskyddet
13.4.1 Rättsverkan av avtal om att övergång av verksamhet inte föreligger
13.4.2 Värdering av ekonomisk enhet när enbart personal tagits över och lokalen inte beaktas
13.4.3 Organisationens betydelse för grad av självständighet

13.1 Den svenska historiken och förutsättningarna vid övergång av verksamhet i allmänhet och vid entreprenad i synnerhet

Att införa ett skyddssyfte från ett direktiv på en arbetsmarknad, som huvudsakligen regleras av kollektivavtal, ger tillämpningsproblem. Detta kapitel vill visa på utvecklingen av en partsstyrd arbetsmarknad och effekterna av en partssammansatt Arbetsdomstol samt hur tolkningen av Direktivet hela tiden sker utifrån den nationella kontexten. Särskilt komplext blir detta i ett land som har en mer än hundraårig tradition av att i huvudsak förlita sig på andra styrdokument än lag, såsom i Sverige. Detta kapitel avser att först visa bakgrunden till den svenska modellen, med dess starka kollektivavtalsstyrning, för att därefter fokusera på övergång av verksamhet och entreprenadsituationer.

13.1.1 Historik beträffande svensk arbetsmarknads framväxt

Lagstiftarens roll inom arbetsrätten kom under 1800-talet att förändras genom bl.a. tvåkammarriksdagens maktdelning där olika ekonomiska intressen alltmer kom att utvecklas i de olika kamrarna, vilket fick särskilt stor betydelse inom arbetsrätten.[1] I tvåkammarriksdagen hade första kammaren rätten att föreslå lag medan andra kammaren stiftade lag. Genom restriktionerna beträffande vem som fick rösta och vem som var valbar till de olika kamrarna uppstod olika intressesfärer. De övervägande intressena i den indirekt valda första kammaren var arbetsgivarvänliga, medan intressena i den direkt valda andra kammaren allt mer utvecklades till att företräda arbetstagarintressen. Detta innebar, något förenklat, att de arbetsgivarvänliga lagar som föreslogs av första kammaren oftast inte antogs av den andra kammaren. De arbetstagarvänliga lagar som den andra kammaren gärna skulle ha antagit hade den första kammaren inget intresse av att föreslå.[2]

Genom industrialismen uppnådde arbetstagarna en i huvudsak rättsligt sett fristående ställning eftersom föreskrifterna om arbetsavtal i 1864 års näringsfrihetsförordning inte användes i praktiken. I stället kom det fria arbetsavtalet att reglera anställningen. En anställning slöts formlöst och kunde sägas upp utan angivande av skäl eller varsel.[3]

Dock dröjde vissa regleringar kvar. Försvarslöshetsstadgan, där personer utan arbete sågs som lösdrivare, avskaffades först 1885 och fick för den nya gruppen ”arbetare” betydelse under Sundsvallsstrejken 1879 när landshövding Curry Treffenberg hotade att använda försvarslöshetsstadgan på strejkande arbetstagare. Legostadgan som reglerade rättsförhållandet mellan husbonde och tjänstehjon och som främst tillämpats inom jordbruket, avskaffades först 1926. Genom näringsfrihetens genomslag inträder en ny tid i svensk arbetsrätt. Fackföreningar fick en rättighet att bildas, och utan någon lag om ideella föreningar fanns inte heller några begränsningar för deras verksamhet, vilket betydde att strejker var tillåtna.[4]

Det nya utrymmet för näringsfrihet kom därmed under främst senare halvan av 1800-talet och början av 1900-talet att driva fram en avtalsbaserad rättsutveckling, först beträffande anställningsavtal, sedan beträffande kollektivavtal. Parallellt med att arbetsrätten gick över till att bli avtalsstyrd inträdde ett regleringsvakuum genom de motstridiga intressena i tvåkammarriksdagen under slutet av 1800-talet och början av

---

[1] Se Nycander, Svante, *Makten över arbetsmarknaden - ett perspektiv på Sveriges 1900-tal*, 2017, s. 20 ff.
[2] Nycander, 2017, s. 28 ff.
[3] Sigeman & Sjödin, 2022, s. 18 ff.
[4] Se Westerståhl, Jörgen, *Svensk fackföreningsrörelse. Organisationsproblem. Verksamhetsformer. Förhållande till staten*, Stockholm 1945, s. 10 ff.

1900-talet. Under en mycket konfliktfylld period på svensk arbetsmarknad var lagstiftaren oförmögen att skapa ett regelverk som kunde få slut på konflikterna. I stället föll ansvaret på arbetsmarknadens parter. Både i Norge och i Danmark går lagstiftaren tidigt under 1900-talet in med en reglering om negativ föreningsrätt, vilket i praktiken betyder att även strejkbrytares rätt skyddas. I och med detta förhindrades de strejkande från att vidtaga åtgärder mot strejkbrytare. I Sverige kommer negativ föreningsrätt först att skyddas genom att Europakonventionen blir svensk lag i och med EU-inträdet. Viljan att skydda strejkbrytare under seklets första hälft var mycket liten i den andra kammaren, vilket verkar ha bidragit till en stormig inledning av seklet.[5]

När Landsorganisationen (LO) bildades 1898 och Svenska arbetsgivarföreningen (SAF) 1902, innebar det att en centralorganisationsstruktur etablerades i den befintliga lokala organisationen. Parterna befann sig långt ifrån varandra och konflikterna var många. När arbetsgivarorganisationen Verkstadsföreningen 1905 lyckades komma till en överenskommelse med LO beträffande arbetsledningen i kollektivavtal, öppnade detta upp för att även rättsliga principer kan regleras via kollektivavtal. Detta följdes året efter, 1906, av den s.k. Decemberöverenskommelsen mellan SAF och LO, där arbetsgivarens arbetsledningsrätt och fackförbundens rätt att vara och verka i facklig organisation fastställdes.[6]

Kollektivavtalsregleringen av arbetsledningsrätten blev ett genombrott och ansågs i praxis så småningom bilda en allmän rättsgrundsats.[7] Regleringens syfte fick dock ett långsamt genomslag. Turbulensen på arbetsmarknaden var omfattande ända fram till 1938 när parterna fullföljde sin regleringsroll genom Saltsjöbadsavtalet. Kollektivavtalsregleringars syfte slogs fast genom partsförhandlingar och de begränsningar i parternas utrymme som gavs genom tvingande lag var få. Parterna på arbetsmarknaden utvecklade därmed en egen balans med prioritering av egna syften genom avtalsförhandlingar. Kollektivavtalet blev, just som Göransson skriver, ett fredspliktsinstrument, genom att parterna respekterade den balans som uppnåddes.[8]

Under 1990-talet och dess recession kom organisationen av arbete att bli föremål för förändringstänkande i stora delar av EU. Inspirationen kom ofta från USA i form av flera modevågor inom management vilket kom till uttryck inom industrin såväl som inom offentlig förvaltning.

---

[5] Se historisk sammanfattning i Göransson, Håkan, *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument: De grundläggande förbuden mot stridsåtgärder i historisk och internationell belysning*, Jure, 1988.
[6] Schmidt, Folke, reviderat av Eklund, Ronnie, Göransson, Håkan, Källström, Kent, och Sigeman, Tore, *Facklig arbetsrätt*, Juristförlaget, 1997, s. 23 ff.
[7] *AD 1930 nr 100*.
[8] Göransson, 1988.

Användandet av underentreprenörer i omorganiseringsarbetet var en central strategi.[9] En ekonomisk effektiv reglering var också en av motiveringarna bakom Överlåtelsedirektiv 77/187, vilket ännu tydligare kan uttolkas i de senare direktiven, d.v.s. att den ekonomiska utvecklingen, både på nationell nivå och gemenskapsnivå, medförde rörlighet i företagsstrukturen.[10]

Svensk arbetsmarknad upplevs ofta internationellt som annorlunda. Arbetsmarknaden ”ägs” än i dag till stor del av arbetsmarknadens parter. Är det något man är rörande överens om så är det att hålla lagstiftaren borta. Parterna litar hellre på förhandling och kollektivavtal, som kan skräddarsys utifrån de lokala behoven, än att hanterar en fyrkantig lag. Verksamhetsbegreppet vid övergång av verksamhet kan därmed inte förstås utan att känna till bakgrunden med kollektivavtalens starka ställning i svensk rätt.

Praxis, i form av AD:s domar, är även mer mångfasetterad än praxis inom övriga rättsområden eftersom AD är Sveriges sista partssammansatta domstol. Arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer inverkar direkt på domarnas innehåll och utformningen genom att de utgör fyra av domstolens sju ledamöter i de flesta avgöranden.[11] Kollektivavtalsparternas syn på begrepp och skyddssyfte kommer därmed att inverka även på AD:s domar. Prövning av huruvida övergång av verksamhet föreligger har varit uppe vid ett flertal tillfällen och det finns i dag en utvecklad praxis efter att Sverige gick med i EU.[12]

13.1.2 Historik beträffande synen på vad som utgör verksamhet och när verksamhet anses ha övergått

Synen på en verksamhet som en sammanhängande enhet har en gammal grund i svensk rätt. Eklund påpekar t.ex. att gården eller fartyget fungerade just som en egen verksamhet där tjänstehjon och sjömän ansågs följa med verksamheten vid avyttring eller arv.[13] Avtalsrättsligt kan

---

[9] Sandberg, Åke (red), *Ledning för alla? Perspektivbrytning i arbetsliv och företagsledning*, 2003 SNS, generellt.

[10] Rådets direktiv 2001/23/EEG, skäl (2).

[11] Enligt LRA kan domstolens sammansättning ändras till två partsledamöter vid vissa diskrimineringstvister enligt 3 kap 6 a § LRA.

[12] AD-domar som på olika sätt är av betydelse för övergång av verksamhet efter EU-inträdet är: *AD 1995 nr 8, AD 1995 nr 60, AD 1995 nr 96, AD 1995 nr 97, AD 1995 nr 134, AD 1995 nr 148, AD 1995 nr 163, AD 1996 nr 12, AD 1996 nr 39 (25 § LAS), AD 1996 nr 49, AD 1996 nr 65, AD 1997 nr 19, AD 1997 nr 67, AD 1997 nr 81, AD 1998 nr 44, AD 1998 nr 59 (25 § LAS), AD 1998 nr 121, AD 1998 nr 124, AD 1998 nr 144, AD 1998 nr 146, AD 1999 nr 21, AD 2000 nr 8, AD 2001 nr 101, AD 2002 nr 63, AD 2003 nr 10, AD 2003 nr 13, AD 2003 nr 15, AD 2007 nr 44, AD 2008 nr 51, AD 2008 nr 61, AD 2009 nr 55 AD 2010 nr 25, AD 2010 nr 61, AD 2010 nr 88, AD 2011 nr 3, AD 2011 nr 54, AD 2012 nr 18 (sidofråga), AD 2013 nr 6, AD 2013 nr 47, AD, AD 2014 nr 1, AD 2014 nr 14, AD 2014 nr 28, AD 2014 nr 46, AD 2014 nr 69, AD 2014 nr 91, AD 2016 nr 59, AD 2018 nr 35, 2019 nr 8, AD 2023 nr 29.*

[13] Se Eklund 1983 s. 18 som bl.a. refererar till 1833 års legostadga 47-48 §§ och 1864 års sjölag 70 § med påpekandet att sjömän dock inte följde med fartyget “vid försäljning till utländsk man”.

detta synas vara ett avsteg från kontraktsprincipen enligt vilken parterna är fria att träffa avtal med vem de vill.[14] Men detta partiella avsteg fick vägas mot det skyddsintresse som fanns för arbetstagaren och framför allt mot det ekonomiska intresse som fanns för en ny arbetsgivare att kunna ta över en fungerande verksamhet. Detta var något som fick extra intresse där verksamheten kunde lida skada utan bemanning såsom t.ex. i jordbruk och för fartyg. Personalen var en viktig produktionsfaktor, ofta tillsammans med andra ankarkriterier, vid övergång av gård eller fartyg. I dag finns det en parallell med detta synsätt och synen på att produktionsfaktorer måste gå över för att en ekonomisk enhet ska kunna föreligga.

Även vid denna tid förekom dock personalintensiv verksamhet, som inte hade andra ankarkriterier, inom t.ex. skråväsendet. Flera av de olika hantverksskråna byggde inte sin verksamhet i första hand på material eller tunga immateriella värden utan på hantverkarnas yrkesskicklighet. Även här fanns synen på verksamheten som sammanhängande. Dog den som var mäster inom skrået fanns det möjlighet för den gesäll som gifte sig med mästers änka att ta över verksamheten och på detta sätt bevara den producerande enheten.[15]

13.1.3 Vad sågs som nationellt skyddsvärt?

Även om Sverige inte hade en formell reglering om övergång av verksamhet innan EU-inträdet 1995 fanns ändå en reglering om företrädesrätt enligt bl.a. dåvarande 25 § LAS och övergång av kollektivavtal enligt 28 § MBL. Redan den Åmanska utredningen[16] behandlade frågan om verksamhetsöverlåtelse och föreslog en skrivning som förutsatte en automatisk övergång och en värdering utifrån en helhetsbedömning av om driften fortsatte oberoende av förändringen.[17] Denna mer

---

[14] Se Nial, Håkan, 'Från individualism till kollektivism - en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel', i *Minnesskrift utgiven av juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957*, Stockholm 1957, s. 190 ff. Se även *AD 1935 nr 95*: "Av allmänna rättsgrundsatser följer, att den ena parten i ett avtalsförhållande icke utan stöd av särskild lagregel eller medgivande av den andra parten kan på annan överflytta sin partsställning, innefattande icke blott rättigheter utan även skyldigheter".

[15] Lindström, Dag, 'Genusarbetsdelning i det tidigmoderna skråväsendet', i Jacobsson & Ågren (Red) *Levebröd - Vad vet vi om tidigmodern könsarbetsdelning*, Opuscula Historica, Upsaliensia 47, 2011, generellt.

[16]Se SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Anställningsskydd och vissa anställningsfrämjande åtgärder. Betänkande angivet av utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen (Åmanska utredningen).

[17] Se 4 § i Åmanska utredningen "Inträder ny arbetsgivare i ett anställningsförhållande eller äger eljest rum en förändring på arbetsgivarsidan, ska det vid lagens tillämpning icke medföra att en ny anställning anses föreligga, och driften fortsätter oberoende av förändringen" Utredningen är ett förslag att utvidga de då existerande skrivningarna i 1971 års äldrelagen och 1963 års semesterlag för att anställnings-skyddet skulle omfatta fler. Eklund (Eklund 1983 s. 71) påpekar att innebörden verkar ha varit att domstol skulle bedöma om förändringen på arbetsgivarsidan medfört några konsekvenser för arbetstagarna. Om driften fortsatte oberoende av förändringen skulle en sammanhängande anställningstid anses föreligga, vilket skulle få betydelse för bl.a. beräkning av uppsägningstid, turordning och skadestånd. Se även *AD 1995 nr 100* där AD ser prövningen av huruvida övergång föreligger som liknande mellan 3 § och 25 § LAS.

”Direktivnära” skrivning vann dock inte gehör eftersom departementschefen fann den svårtolkad och såg det som olämpligt att knyta begreppet övergång till om driften fortsatte på samma sätt hos förvärvaren eller om den lades om. Departementschefens inställning ledde till att skrivningen i 1974 års 4 § LAS i stället utformades enligt följande:

> ”Har företag eller del av företag övergått till ny arbetsgivare, skall vid bestämmande av anställningstid hos den nya arbetsgivaren medräknas tid under vilken arbetstagaren har varit anställd hos förutvarande arbetsgivare eller hos företag inom koncerner som förutvarande arbetsgivare tillhörde.”

Här inkluderades att rörelse överläts eller utarrenderades, apportegendom vid bolagsbildning, fusion, arv, ombildning till bolag eller annan juridisk person och vid konkurs.[18]

I 1982 års LAS (SFS 1982:80) blev 4 § LAS i stället inrymd i 3 § 2–3 p. LAS med en något annan innebörd: En arbetstagare ska få tillgodoräkna tidigare anställningstid om arbetstagaren byter anställning i samband med att ett företag eller en del av ett företag övergår från en arbetsgivare till en annan eller byte sker inom en koncern. Det var därmed nödvändigt att kunna identifiera huruvida det var en verksamhet som övergick enligt en lagenlig övergång.

Generellt kom därmed en rättsordning med synen på verksamheten som en helhet, och med en tillämpning att det var god sed att ta över de anställda från överlåtaren vid en lagenlig övergång. Företrädesrätt enligt 25 § LAS förelåg vid övergång. Detta kom att bli gällande rätt i Sverige fram till inträdet i EU 1995.

I praktiken kom dock kontraktsprincipen och de allmänna principerna för avtalsbundenhet och partsautonomi att vara grundläggande, vilket gjorde att det ankom på parterna själva att avgöra om anställningen skulle fortsätta efter en övergång. Förvärvaren ansågs inte heller bunden av vad överlåtaren lovat de anställda utan särskild utfästelse.[19]

Eklund påpekar att lagstiftare beträffande anställningsavtalet endast ingripit modifierande i den allmänna huvudregeln för partsbyte, något man kan uttolka till att i kampen mellan skyddssyfte för arbetstagaren och näringsfriheten i form av arbetsledningsrätt, var näringsfriheten, alltid starkare. Eller som Eklund uttrycker det ”Man är frestad att säga att gamla förställningar endast dör långsamt, särskilt inom juridiken”.[20]

---

[18] Prop. 1973:129 s. 136.
[19] Eklund, 1983, s. 19-20 där utförlig genomgång görs av rättsläget.
[20] Eklund, 1983, s. 23.

13.1.4 Kollektivavtalens ställning vid övergång innan 1995

Beträffande kollektivavtalens ställning vid övergång förhöll det sig dock något annorlunda. Enligt dåvarande 28 § MBL gavs förvärvaren en skyldighet att beakta ett skyddsintresse genom att ta över överlåtarens eventuella kollektivavtal såvida man inte redan var bunden av ett tillämpligt kollektivavtal, kollektivavtalet följde på detta sätt med rörelsen.

Både överlåtaren och avtalsträffande fackförbund hade en rätt att säga upp kollektivavtalet vid övergången. Som tidigare har behandlats är kollektivavtalets reglering av anställningsvillkor mycket viktig i den svenska modellen. Det är för de flesta arbetstagare i Sverige kollektivavtalen som ger regleringen av majoriteten av anställningsvillkoren medan anställningsavtalen ofta hålls ganska tomma. En starkare reglering av kollektivavtalets övergång än för anställningsavtalets kan därmed tydas till ett större skydd för anställningsvillkoren än för anställningen. Detta kan också uttryckas som att det gavs ett skydd för anställningsvillkor via kollektivavtal för arbetstagare med redan etablerad position.

13.1.5 Vilket skydd gavs anställda i entreprenad innan 1995?

Vilka arbetare hade en etablerad position innan 1995? Vid granskning av praxis från denna tid framkommer flera olika lagenliga övergångar inom skilda branscher. Genomgående är dock att det föreligger ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtare och förvärvare. Arbetstagare som arbetade i dessa verksamheter ansågs vara i en skyddsvärd position. Arbetstagare som utförde entreprenadarbete, och där huvudmannen bytte entreprenör, ansågs inte vara i en sådan position att det kunde ses som lagenlig övergång och var därmed inte heller skyddsvärda. På frågan om det finns någon rättslig vilja att undanta anställda i entreprenad från arbetstagarbegreppet är dock svaret nej. Sverige ansåg helt enkelt inte att entreprenaden var en legal övergång innan 1995.

Detta förhållande dröjer kvar i arbetet med 1982 års LAS (SFS 1982:80)[21] där möjligheten att vidga tillämpningsområdet till en situation utan direkt avtalssamband avvisas utifrån att det skulle ge avsevärda svårigheter. I detta fall rörde det situationen att arrendatorer avlöser varandra[22] men situationen blir rättsligt densamma som i en entreprenad. Behovet av reglering var dock tydlig redan innan EU-inträdet eftersom bl.a. tjänsteentreprenader förekom inom flera sektorer.[23]

---

[21] Se Ds A 1981:6 Anställningsskydd jämte remissyttranden däröver s. 234 och Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m, s. 100.
[22] Se AD 1978 nr 153.
[23] Se Eklund, Ronnie, ’Tjänsteentreprenad - ett sätt att organisera arbetet?’, Informationsskrift 8, Arbetslivscentrum, Stockholm 1986, generellt.

Regleringen i lag fick många gånger i praktiken en annan uttolkning i fackliga förhandlingar. Huruvida det var fråga om en verksamhetsövergång eller inte var underordnat huruvida personal hade rätt att gå över.[24] Innan Överlåtelsedirektivet 77/187 genomfördes upplevde dåvarande förhandlingsparter att det rådde en mer pragmatisk syn på hur många arbetstagare som förvärvare kunde förväntas tas över. Direktivets hårdare knytning till verksamhetsbegreppet och ett ”alla eller ingen”-perspektiv kunde upplevas av dåvarande förhandlare som ett minskat skydd för enskilda arbetstagare.[25]

Synen på verksamhet verkar redan innan EU-inträdet ha präglats av en tanke på att överlåtarens verksamhet antingen inkorporerades i förvärvarens verksamhet eller inte, men att detta skedde på frivillig väg, vilket var fallet i *AD 1994 nr 85*. Tre arbetstagare sades upp av en arbetsgivare som upphörde med sin verksamhet. De erbjöds och accepterade anställningar hos ett övertagande företag. Förvärvaren avsåg att avveckla verksamheten vid den driftsenhet där de tre arbetstagarna varit sysselsatta och sedan driva verksamhet endast vid två andra driftsenheter. Domstolen verkar här betrakta den tidigare verksamheten som inkorporerad i förvärvarens övriga verksamhet i så hög grad att den inte kunde utgöra en egen driftsenhet.

Skyddssyftet kommer tydligast fram via den reglering som gavs i dåvarande 25 § LAS där företrädesrätten till återanställning skyddades vid övergång. Detta skydd var AD berett att tolka extensivt, vilket också skedde i AD 1994 nr 61, där en förändring inom staten behandlades. 1991 upphörde Lantbruksstyrelsen och Statens jordbruksnämnd att existera som myndigheter. I stället inrättades en ny statlig myndighet, Statens jordbruksverk. Med anledning av riksdagsbeslutet sade Lantbruksstyrelsen i maj 1991 upp en arbetstagare på grund av arbetsbrist och angav i uppsägningsbeskedet att denne hade företrädesrätt till återanställning enligt bestämmelserna i 9 kap. lagen (1976:600) om offentlig anställning. Dock, angavs det, gällde återanställningsrätten endast tjänst hos Lantbruksstyrelsen och längst till dess styrelsen upphörde.

Tvisten i målet gällde om uppsägningsbeskedet var felaktigt beträffande uppgiften att företrädesrätten endast gällde tjänst hos Lantbruksstyrelsen, vilket AD fann. Företrädesrätten kunde trots tidigare tolkning inte bara begränsas till den myndighet som upphörde, utan måste också gälla nyinrättad myndighet som tog över samma verksamhet. Tolkning av dåvarande 25 § LAS innebar en syn på verksamhetsbegreppet som dynamiskt. Gränserna för verksamheten kunde utvidgas för att skyddssyftet skulle uppfyllas.

---

[24] Intervju med Göran Söderlöf SKR 2019, Bo Ericson LO/TCO-rättsskydd 2017.
[25] Intervju Göran Söderlöf SKR 2019.

Detta skydd begränsades dock genom att arbetsledningsrätten ansågs ha företräde i de situationer som inte hade getts ett uttryckligt skyddssyfte, såsom var fallet i AD 1995 nr 8.[26] Sedan ett företag överlåtit viss verksamhet till ett annat företag träffar förvärvaren anställningsavtal med vissa utvalda anställda i det överlåtande företaget utan att beakta turordning. Överlåtaren säger sedan upp vissa av de kvarvarande anställda. AD finner att dessa inte har företrädesrätt till återanställning avseende de redan tillsatta befattningarna i det förevarande företaget. Utslaget är förenligt med synen på begränsning av skyddsvärdet till att endast gälla företrädesrätten till de anställningar som är lediga efter uppsägning, inte innan (jfr *AD 1986 nr 144*).

Principen tydliggörs i *AD 1995 nr 8*, där domstolen konstaterar att ett utnyttjande av en begränsning i en lagregels tillämplighet inte kunde anses utgöra ett otillbörligt kringgående av lagen. Så länge ett syfte att kringgå skyddet i lagen inte kunde påvisas, gick det bra för förvärvaren att först handplocka dem man önskar från överlåtaren för att sedan kunna konstatera att inga lediga tjänster fanns när överlåtaren sade upp personal efter övergången.

Skydd för villkor gavs innan 1995 huvudsakligen genom reglering beträffande 28 § MBL, där kollektivavtalet kunde övergå till förvärvaren om det bedömdes att verksamheten hade gått över. Att regleringen främst var inriktad mot ett skydd för villkor som var avtalade i kollektivavtal är fullt logiskt i ett arbetsrättsligt system, där huvuddelen av anställningsvillkoren återfinns i kollektivavtalen. Men eftersom entreprenader inte omfattades av regleringen innan 1995, innebar det att anställda i entreprenader enbart fick sina anställningsvillkor skyddade genom att ny arbetsgivare var part i ett kollektivavtal.[27] Detta kunde t.ex. innebära att arbetstagare som arbetat i verksamhet i en entreprenad blev uppsagd vid ny entreprenadutläggning och sedan återanställd i samma eller liknande verksamhet, men nu med lägre lön såsom ”nyanställd”.

I *AD 1995 nr 44* visade dock domstolen på en utvidgad prövning av huruvida verksamheten hade övergått, även när något tydligt avtal inte förelåg. Ett kommanditbolag hade startat verksamhet i lokaler som dessförinnan nyttjats av ett aktiebolag. Kommanditbolaget hade använt befintlig kontorsutrustning och kvarvarande kontorsmaterial såsom blanketter för offerter och fakturor m.m. med aktiebolagets firma. Viss speciell verksamhet, fönsterrenoveringar, som kräver licens, hade formlöst flyttats över från aktiebolaget till kommanditbolaget. Flertalet av de anställda i aktiebolaget hade övergått till anställningar i kommanditbolaget. Oavsett att något formellt överlåtelseavtal inte träffats ansågs

[26] Även om målsnumret är 1995 bedöms fallet efter gällande rätt när tvisten uppkommer vilket är innan 1995.
[27] Direkt eller indirekt via 28 § MBL.

kommanditbolaget ha blivit bundet av kollektivavtal genom att aktiebolagets verksamhet hade övergått till kommanditbolaget, en intressegemenskap hade uppkommit.[28]

AD betonar att det inte förelåg något formellt överlåtelseavtal mellan aktiebolaget och kommanditbolaget men att detta inte fordras för att en övergång i lagens mening av verksamhet ska anses ha ägt rum.

> ”När det som i detta fall föreligger en total intressegemenskap mellan parterna är det naturligt att de inte funnit något behov av att reglera sina mellanhavanden i formellt hänseende. I sammanhanget skall uppmärksammas att en övergång av verksamhet givetvis kan föreligga även om det övertagande företagets verksamhet väsentligt skiljer sig från den verksamhet som det överlåtande företaget bedrivit. Det avgörande är att det överlåtande företagets verksamhet eller del av denna inlemmats i den verksamhet som bedrivs av det övertagande företaget. I det föreliggande fallet synes det förhålla sig så att kommanditbolaget visserligen upptagit verksamhetsgrenar som inte bedrevs av aktiebolaget. Uppenbart är dock att verksamhet som aktiebolaget utövat fortsatt i kommanditbolaget. Det klaraste exemplet på detta är fönsterrenoveringar enligt A 13-metoden.”[29]

Detta visar att redan innan Överlåtelsedirektivet 77/187 genomfördes i svensk rätt fanns ett uttalat skyddsbehov för arbetstagare både enligt förarbete och praxis, men att detta skyddsbehov avgränsades så att entreprenad inte omfattades. Däremot gavs företrädesrätt till återanställning och tillämplighet av kollektivavtalsövergång större skyddsutrymme.

13.2 Övergång av verksamhet i svensk rätt utifrån EES och EU

Det svenska inträdet i EU-samarbetet skedde först via EES, vilket enligt AD:s tolkning inte gav full rättslig effekt beträffande övergång av verksamhet. Först därefter, 1995, blev Sverige fullvärdig medlem i EU och behövde därmed hantera genomförandet av bl.a. reglerna om övergång av verksamhet.

13.2.1 EES-avtalets rättsverkan vid övergång

Sveriges inträde i EU-samarbetet 1994, då ett avtal träffades om ett europiskt ekonomiskt samarbete (EES) av de dåvarande 15

[28] *AD 1995 nr 44.*
[29] *AD 1995 nr 44.*

medlemsländerna i EU och tre av EFTA-länderna.[30] ESS-avtalet syftade till att integrera EFTA-ländernas inre marknad med EU-ländernas. Under 1990 beslutade dåvarande EG och EFTA om ett Europeiskt Ekonomiskt Samarbetsområde. Samma år beslutade Sveriges riksdag att ansöka om medlemskap i dåvarande EG. [31] Rättsligt fanns det dock påtagliga skillnader mellan bundenheten av EES-avtalet och det senare medlemskapet i EU.[32] Dock blev domstolar i EFTA-länderna skyldiga att beakta EUD:s praxis om motsvarande bestämmelser fanns i EU-rätten.[33]

Medlemskapsförhandlingarna för inträde i EU avslutades under våren 1994. De svenska utgångspunkterna för vad som är gällande rätt, där lagstiftarens vilja är central och förarbetena ger svar, blev nu utmanande. Än mer otydligt blev detta inom svensk arbetsrätt där så många anställningsvillkor är reglerade i kollektivavtal och inte i lag. Genom EES-avtalet skedde en partiell harmonisering redan 1 januari 1994 för Sveriges del men AD tog i *AD 1995 nr 97* ställning mot att detta skulle inkludera regleringen om övergång av verksamhet, något som senare bekräftades i *AD 1995 nr 148*.[34] Detta innebär att regleringen om övergång först började tillämpas 1 januari 1995 och att AD redan från början intog en restriktiv inställning till Överlåtelsedirektiv 77/187:s rättsverkan genom att tolka nationella rättsliga uttalanden snarare än den folkrättsliga grunden för EES-avtalet.[35]

När Sverige går in i den europeiska gemenskapen 1995 är det med en historik av att dels inte tidigare ha lagreglerat att anställningsavtal kan gå över och inte heller haft synen på entreprenad som en anställning som skulle kunna ge rätt till övergång. Den rättsliga traditionen försvinner sällan helt när ny reglering börjar gälla och Sveriges genomförande och rättsliga efterlevnad av EU-rätten måste förstås utifrån den historik som man tidigare hade rättat in sig efter.

---

[30] De tre EFTA-länderna var Island, Liechtenstein och Norge, se prop. 1991/92:170 för närmare förklaring av bakgrund beträffande EFTA-ländernas utveckling och avtalets bakgrund. Se vidare om EES-avtalet i Moberg, A: EES, det europeiska ekonomiska samarbetet. EFTA länderna och EG:s inre marknad, 1991, som klargör avtalets bakgrund.

[31] Se vidare om EES-avtalet i Moberg, Axel, EES, det europeiska ekonomiska samarbetet. EFTA länderna och EG:s inre marknad, 1991, generellt.

[32] Skyldigheten att genomföra en rättsharmonisering i vissa reglerade frågor var inte alls lika stark i EES-avtalet som i det kommande EU-medlemskapet. EES-avtalet innebar inte att de avtalsslutande länderna överlåtit normgivningsmakten till en överstatlig institution, utan varje land hade kvar sin beslutsautonomi, och regleringen skulle därför uteslutande genomföras genom nationell rätt. Nyström 2011 s. 29 f.

[33] Nyström 2002 s. 35, Nyström påpekar även att denna skyldighet formellt endast gällde domar före den 2 maj 1992 men att domstolarna med hänsyn till enhetligheten i rättsbildningen även kunde ta hänsyn till senare praxis enligt 1992/93 EU1 s. 172. Det refereras även delvis till detta i den senare upplagan Nyström 2011 på s. 30 och på samma sätt i Nyström 2017 s. 32.

[34] AD menade att den anförda bilagan till vilken artikel 68 i EES-avtalet hänvisar inte kan anses ha blivit gällande som svensk lag.

[35] För mer utförlig beskrivning se Mulder, 2004, s. 100-102.

Sverige genomförde Överlåtelsedirektivet 77/187 den 1 januari 1995 genom 2 § (där Direktivets skyddssyfte ges kraft av EU-spärr), 3 §, 6 b §, 7 § och 25 § LAS samt 4 §, 13 § och 28 § MBL samt relaterade konsekvensändringar i annan lagstiftning. Systemet ses som komplext och AD:s praxis vittnar om försöken att gifta ihop den svenska rätten med EU-rätten.

13.2.2 Rättsliga utmaningar vid anpassningen till EU-rätt och effekter av tidigare praxis

I och med genomförandet av Direktivet kom en ny syn på vad som gav en övergång av verksamhet och vilka konsekvenser den övergången gav. Anställningsavtalet skulle nu gå över automatiskt och inte bara innebära god sed för förvärvaren att anställa på nytt. Detta betydde dels att det fanns en rättighet att gå över om förutsättningarna i Direktivet var uppfyllda, dels att övergången skedde, med de anställningsvillkor som var avtalade både i anställningsavtal och, till stora delar, även i kollektivavtal.

Synen på legal övergång behövde vidgas till att omfatta även avtalskonstruktioner som inte är direkta, såsom en entreprenad. Arbetsdomstolen hade dock redan tidigare sett legal övergång som möjlig utan formellt avtal, vilket påpekats i ett annat sammanhang i kapitlets inledning.

I *AD 1995 nr 44* prövades, som tidigare har nämnts, huruvida förvärvande företag kan vara bundet av överlåtande företags kollektivavtal. Prövningen avsåg en tidpunkt som föregick genomförandet av Direktivet men eftersom 28 § MBL redan innan 1995 reglerade vad som skulle ske med kollektivavtal och dess villkor vid övergång blev prövningen i sig enkel. Som tidigare anförts visar argumentationen på en viss flexibilitet beträffande förekomst av överlåtelseavtal:

> ”Det föreligger såvitt framkommit inte något formellt överlåtelseavtal mellan aktiebolaget och kommanditbolaget, varigenom det förra bolagets verksamhet överförts till det senare bolaget. Detta fordras dock inte för att en övergång i lagens mening av verksamhet skall anses ha ägt rum.”

Skrivningen är intressant (vilket motiverar viss upprepning) eftersom AD nu står inför ett systemskifte.[36] En automatisk övergång ska ske från överlåtare till förvärvare om förutsättningarna är uppfyllda och avsaknaden av avtal, direkt eller indirekt, är inget hinder om verksamheten kan anses ha övergått.

[36] Se dock diskussionen i *AD 1984 nr 14 och AD 1994 nr 61* där domstolen beaktar ett skyddsvärde beträffande vissa delar av partsintresset.

LAS har genom sitt arbetstagarbegrepp även innan 1995 i praxis gett möjlighet till att anställningar skapades via konkludent handlande av parterna. På motsvarande vis fanns en öppning för att en verksamhet kunde övergå från en överlåtare till en förvärvare utan något formellt avtal.

AD hade dock inte innan 1995 ansett att detta var möjligt för entreprenader. När ett entreprenadbyte sker föreligger oftast inget kontrakt mellan den överlåtande och den förvärvande entreprenören. Detta var huvudargumentet för att entreprenadövergång innan 1995 inte kunde omfattas av dåvarande reglering om övergång av verksamhet enligt svensk rätt, men nu krävdes ett nytt synsätt där även entreprenad kunde omfattas. Möjliga avtalskonstruktioner kom att samspela med begreppet övergång. I den svenska översättningen av Direktivet används begreppet ”överlåtelse” medan lagtexten i stället håller sig till begreppet övergång.[37] I svensk tradition står överlåtelse för den traditionella överlåtelsen i form av köp, byte och gåva medan övergång är ett vidare begrepp som också står för andra typer av transaktioner såsom arv, skifte av samägd egendom, likvidation vid konkurs eller exekution vid utmätning likväl som bolagisering eller byte av huvudman i offentlig verksamhet. Den skillnad som dock oftast brukar påpekas är att övergång inkluderar den indirekta avtalskoppling som uppstår vid entreprenad, vilket överlåtelse inte gör. Detta tydliggör att förutsättningen för vem som kommer att vara överlåtare eller förvärvare kommer att vara olika beroende på det är en övergång eller överlåtelse.

I detta sammanhang kan det därmed förefalla förvirrande att den svenska översättningen av Överlåtelsedirektiv 77/187 använder begreppet överlåtelse. Ville man därmed indikera en snävare användning än vad begreppet övergång skulle ge? Mot detta talar att Sverige genomför inte bara ett begrepp från Direktivet utan även ett rättsligt institut. Det skulle vara mycket svårt för en nation att hävda att begreppet som etablerats inom EU-rätten skulle tolkas snävare nationellt. Möjligen kan det initialt vid ett genomförande föreligga en osäkerhet om vad begreppen egentligen omfattar. I den svenska propositionen framgår det dock med all önskvärd tydlighet att entreprenad kan omfattas, i vilken omfattning kan dock vid denna tidpunkt ses som inte helt klarlagt.[38]

---

[37] Se 6 b LAS (övergång), 25 § LAS (övergått) 28 § MBL (övergår) Semesterlag (1977:480) 31 § (övergång/övergår), Lag (1974:981) om arbetstagares rätt till ledighet för utbildning 2 a § (övergång).

[38] Se t.ex. Prop. 1994/95:102 s. 27: “Det bör här observeras att direktivet kan vara tillämpligt också när det gäller andra typer av transaktioner än sedvanliga överlåtelser och fusioner m.m.” och “Direktivet kan vara tillämpligt exempelvis när ett företag upplåter driften av en del av eller hela sin verksamhet till ett annat företag på entreprenad och därvid också låter arbetsgivaransvaret för personalen gå över till entreprenören” Övergången görs på detta sätt i propositionen beroende av att en personalövergång har skett, vilket motsägs av, framför allt, senare praxis från EUD, se t.ex. Målen C-51/00 *Temco* eller C-340/01 *Carlito Abler*.

13.3 Det svenska genomförandet av Överlåtelsedirektiv 77/187

När Sverige genomför Överlåtelsedirektiv 77/187 sker det dels genom en vilja att nationellt säkra vilka grupper som ska omfattas av regleringen, dels genom ett val av vilka regleringskällor som är nationellt möjliga i förhållande till EU-rätten. I efterhand är det tydligt att denna tid är ett inledande skede av den utveckling som sedan blir alltmer märkbar; hur den svenska kollektivavtalstunga modellen blir allt mer influerad av tvingande EU-reglering såsom GDPR, Visselblåsning och olika regelverk för att t.ex. motverka diskriminering och ge likabehandling. Men inför genomförandet 1995 är frågorna ännu kvar i synen på hur övergångsregleringen lättast skulle förenas med den befintliga svenska modellen.

Det svenska rättsläget innan 1995 var mer baserat på den tidigare användningen av begreppet överlåtelse än på övergång. Särskilt tydligt var detta beträffande entreprenadsituationer som inte sågs som möjlig laglig övergång. När AD ska definiera ordet verksamhet vid övergång börjar därmed inte domstolen sin resa från ett neutralt rättsläge. Tidigare reglering innebar i många delar motsatt resultat mot den reglering som införs 1995. Eklund behandlar rättsläget innan medlemskapet med att avgränsa frågeställningen om verksamhetsbegreppet genom en genomlysning av AD:s dåvarande praxis.[39] LAS-regleringen av övergång av verksamhet före 1995 kretsade, som tidigare nämnts, främst runt företrädesrätten till återanställning i 25 § LAS.[40] Med beaktande av 25 § LAS lydelse 1982[41] före Sveriges medlemskap i dåvarande EG, d.v.s. ”i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta”, argumenterade Eklund för hur avgränsningen av verksamhetsbegreppet skulle tolkas. Om AD i dag avgränsar begreppet är den vidaste avgränsningen utifrån den driftsenhet där arbetstagaren tidigare varit sysselsatt och relevant avtalsområde ifall överlåtaren är eller brukar vara bunden av kollektivavtal.

Men även enligt nu gällande 25 § LAS har verksamhetsbegreppet en mer sammansatt innebörd. Det kan syfta på en rörelses olika funktioner i organisatoriskt eller ekonomiskt hänseende såsom en uppdelning i försäljning, transport, lager m.m.[42] Märk att 25 § LAS i dag har knutits till

[39] Se Eklund, 1983, s. 71 ff.
[40] Något förenklat kan man konstatera att det före 1995 var god sed att ta över anställda vid en verksamhetsövergång men att det i de flesta avseenden inte var ett lagkrav. De stora undantagen var 25 § LAS samt 28 § MBL, före 1995 ansågs dock de anställda som gick över tillträdde en ny anställning medan rättsläget efter 1995 är att samma anställningsavtal fortsätter att gälla när det är identitet i verksamhet enligt 6 b § LAS. 25 § LAS har dock både före och efter 1995 utgått från att det är en ny anställning som ingås.
[41] Av förarbetena till 1974 års LAS framgick att 25 § var tillämpbar vid verksamhetsövergång vilket i 1982 års ändring av LAS i stället framgår direkt i paragrafen.
[42] Se Eklund, 1983, s. 83 ff.

definitionen i 6 b § LAS men betydelsen av detta kan fortfarande framstå som oklar när det handlar om vad som gäller om en övergång inte faller under 6 b § LAS. [43] Särskilt komplicerat blir det om endast en del av en rörelse övergår till en förvärvare och där samordnas med förvärvarens egen verksamhet. Företrädesrätten är även begränsad till det kollektivavtalsområde, och den driftsenhet, där arbetstagaren arbetade när den tidigare anställningen upphörde. Detta betyder att om förvärvaren anställer personal, som går under ett annat kollektivavtal än det som var tillämpligt på den uppsagda personalen, föreligger således ingen företrädesrätt för den uppsagda personalen, se t.ex. *AD 1993 nr 179*.

Eklund menar att verksamhetsbegreppet innefattade ett sorts ”dynamiskt moment”, genom att den företrädesberättigade arbetstagaren endast kunde göra rättsligt anspråk på att få återkomma till i huvudsak samma verksamhet.[44] Hade den gamla verksamheten inkorporerats i en ny verksamhet hos förvärvaren kunde man därmed ifrågasätta om detta verkligen var ”samma verksamhet”. AD:s praxis före 1995 visar att rättsligt samband ses i ett betydligt snävare sammanhang än i EUD:s domar. Dåvarande 4 § LAS innebar ett krav på direkt rättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare, vilket innebar att entreprenadfallen inte omfattades. Samtidigt förordades en vid tolkning av övergångsbegreppet av lagstiftaren för att inte skyddssyftet för den enskilda arbetstagaren skulle urholkas.[45] Detta kan märkas i en del praxis beträffande 25 § LAS från tiden innan 1995.[46] Eklund är kritisk till att lagstiftaren vill ge övergångsbegreppet samma innehåll eftersom han menar att skyddssyftet måste skilja mellan t.ex. LAS och 28 § MBL.[47]

I *AD 1978 nr 153* finns ett exempel på hur 4 § blir avgörande för tillämpningen av 25 §. Café Landvetter AB (Landvetter), har tagit över en cafeteriaentreprenad efter bolaget Bäversjö på ett sjukhus. Landvetter bedrev sin rörelse i samma lokaler som tidigare entreprenör Bäversjö. Inventarierna tillhörande sjukhuset var desamma, så även kundkretsen. Arbetsgivarsidan invände att ingen egendom hade tagits över och att driften bedrevs på ett annat sätt i och med att maten tillagades annorstädes. Inget avtal hade ingåtts mellan överlåtande entreprenör och förvärvare. För att 25 § skulle bli tillämplig krävdes att en övergång enligt 4 § hade skett. AD angrep problemet genom att citera förarbetena och konstatera att lagstiftarens avsikt varit att det skulle föreligga ett direkt rättsligt samband mellan den förutvarande och den nya arbetsgivaren som kan karaktäriseras som eller jämföras med en övergång av

[43] Se Lunning, Lars, & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd*, 9:e uppl., 2006, s. 638.
[44] Resonemanget är inte så avlägset från EUD:s krav på identitet i verksamhet.
[45] Se Prop. 1976/77:105 (MBL-prop) s. 378.
[46] Se nedanstående resonemang.
[47] Se Eklund, 1983, s. 92 not 69.

företag. AD ansåg att avsaknaden av ett avtal mellan entreprenörerna visade att det inte fanns ett sådant direkt rättsligt samband.[48]

Eklund klargör att detta sambandstest egentligen är flera olika prövningar. Det kan vara ett samband mellan de båda bolagens verksamhet, ett rättsligt samband mellan den tidigare bedrivna verksamheten och den nya arbetsgivarens verksamhet eller ett direkt rättsligt samband mellan den förutvarande och den nye arbetsgivaren.[49] Eklund ser det som troligt att AD egentligen arbetar med två olika tester:[50]

- Sambandet mellan överlåtare och förvärvare
- Sambandet mellan verksamheterna före och efter övergången.

AD:s tidigare praxis kan möjligen ha fått betydelse för hur identitetsbegreppet har tolkats även efter 1995 och att detta kan ha fått genomslag på vad som har setts som lagenlig övergång i nationell rätt. Det är därför viktigt att i den vidare genomgången se AD:s domar från 1995 och framåt i ljuset av den praxis som utvecklades innan 1995 för att kunna avgöra om så är fallet.

Som tidigare har klargjorts har EUD spelat en mycket aktiv roll i att uttolka direktiven om övergång. Deras innehåll kan i dag inte förstås fristående utan endast genom den rättsutveckling som EUD:s praxis har lett fram till. De stora frågorna i många av de mål som EUD har haft att ta ställning till är när en lagenlig övergång faktiskt har skett och när identitet i verksamhet, och ekonomisk enhet, har förelegat.

Språkligt kan ordet överlåtelse eller övergång ge intryck av ett krav på direkt avtalsrättsligt samband mellan gammal och ny arbetsgivare. Domstolen har dock valt en vidare tillämpning än så. Sambandet krävs i stället antingen mellan överlåtaren och förvärvaren eller mellan gammal och ny arbetsgivare (eller möjligen korsvis mellan dessa). Birgitta Nyström uttrycker detta på följande sätt:

> ”Det behöver inte finnas något rättsligt samband eller någon relation mellan överlåtaren och den förre arbetsgivaren. Det är tillräckligt att överlåtelsen grundas på ett avtal, ett administrativt beslut, en rättsakt eller ett domstolsbeslut och att

[48] AD verkar ha formulerat ett sambandstest utifrån verksamhetsbegreppet i 25 § LAS. Detta framgår t.ex. i *AD 1979 nr 140*. I ett avgörande om övergång av verksamhet beaktar domstolen huruvida en arbetstagare har fått en mer eller mindre stark anknytning till en viss verksamhet, att det för arbetstagaren med fog framstår som en och samma verksamhet efter övergången. Se även resonemanget i *AD 1994 nr 92*, där AD kommer fram till att sambandstestet ger att det i detta fall föreligger ett brott mot 25 § LAS.
[49] Se Eklund 1983 s. 87 där han refererar till domarna *AD 1978 nr 153, AD 1976 nr 18* samt *AD 1979 nr 140*.
[50] Se Eklund, 1983, s. 88.

> överlåtelsen äger rum inom ramen för ett avtalsförfarande, som inte behöver vara mellan överlåtaren och förvärvaren."[51]

13.3.1 Att införa skyddssyfte från direktiv på en kollektivavtalsreglerad arbetsmarknad

Sverige väljer att genomföra regleringen om övergång både genom tvingande och semidispositiva paragrafer. Den automatiska övergången av anställningsavtalet i 6 b § är semidispositiv, d.v.s. det är möjligt att avtala annat i kollektivavtal.[52] Paragrafen har dock en s.k. "EU-rättslig spärr" med innebörden att det inte går att avtala ett sämre skydd för arbetstagaren än vad Direktivet ger. Det går därmed inte att i kollektivavtal avtala bort att en övergång ska ses som en övergång eller på annat sätt försämra det som får ses som garanterat genom Direktivet eller dess uttolkning i EUD. Regleringsformen innebär därmed att kunskap måste finnas hos kollektivavtalande parter om vad som inte går att disponera över i kollektivavtal.

Det uppstår även en fråga om vilken parts kollektivavtal som kommer att vara styrande – är det kollektivavtalet mellan överlåtaren och dennes fackförbund eller det mellan förvärvaren och dennes fackförbund? Normalt anses förhandlingsskyldighet och träffande av kollektivavtal ske inom ett företag eller en organisation. Detta innebär att överlåtaren fullgör sin förhandlingsskyldighet mot sina fackliga motparter och förvärvaren mot sina.

I ett rättssystem där anställningsvillkor till största delen styrs via kollektivavtal får det stor betydelse om förhandlingsskyldighet inte i praktiken kommer att kunna ge ett tillräckligt skydd vid en övergång. Överlåtaren har enligt svensk rätt enbart skyldighet att informera och förhandla med sina egna fackliga motparter. På samma sätt som förvärvaren enbart har skyldighet att informera och förhandla med sina egna fackliga motparter.

Detta innebär att det är svårt för de fackliga förbunden att få relevant information. Överlåtarens fackliga motparter vet inte vilka förändringar som kan ske hos förvärvaren och förvärvarens fackliga motparter vet inte vad som tidigare har gällt, t.ex. beträffande uttolkning av kollektivavtal.

Överlåtaren har formellt en utökad informations- och förhandlingsskyldighet vid övergång vilket gör att överlåtaren ska kunna informera och förhandla med sina motparter utifrån en kunskap om vad som ska hända

[51] Nyström, 2011, s. 261.
[52] Därutöver skedde följdändringar i ett antal lagar som tidigare har angivits.

hos förvärvaren.[53] Denna kunskap kan vara svår för överlåtaren att fullt ut inneha, varvid överlåtarens informations- och förhandlingsskyldighet riskerar att inte kunna fullgöras.

Bättre skydd skulle kunna ges om korsvis information och förhandling gavs parallellt med nuvarande ordning (d.v.s. att sätta parterna vid samma bord), och om överlåtarens och förvärvarens information först gick till bådas motparter. Då kunde förhandling först äga rum med den egen arbetsgivaren och därefter, vid behov, i ett utökat förhandlingsförfarande med förvärvaren.

Den bristande information och efterföljande förhandling som sker i den ordning som gäller i svensk rätt i dag får flera negativa effekter som får betydande konsekvenser i ett så starkt kollektivavtalsbundet system som det svenska. Detta eftersom skyddet för anställningsvillkor i så stor utsträckning ligger i de svenska kollektivavtalen och inte regleras via anställningsavtal och lag i den utsträckning som många gånger sker inom övriga EU.

Man kan ifrågasätta om regleringen uppfyller Direktivets skyddssyfte i den kontexten, eftersom nuvarande reglering ger så bristfällig information att de fackliga parter som normalt bevakar och reglerar anställningsvillkor har små möjligheter att agera.

Den svenska ordningen ger även bristande förutsägbarhet vilket inverkar negativt på alla parter. För entreprenader blir detta extra påtagligt eftersom tre parter samspelar – överlåtaren, huvudmannen och förvärvaren. Utan tydliga regler om information och förhandling utanför den egna juridiska personen skapas än större oklarhet om vilka anställningsvillkor som går över.

13.3.2 Kollektivavtalens inverkan på anställningsvillkor

Ettårsregeln i 28 § 3 st. MBL medför i flera avseenden mer begränsade rättsverkningar än de som följer av 28 § 1 st. MBL. Den är enbart tillämplig på arbetstagare som omfattas av företagsövergången. Förvärvarens egen personal eller arbetstagare som anställs efter övergången kommer inte att beröras och regleringen gäller enbart anställningsvillkor. Arbetstagarorganisationen får inte ställning som kollektivavtalspart och det gäller inte heller någon fredsplikt. Förvärvaren ska tillämpa kollektivavtalets bestämmelser på ”samma sätt” som överlåtaren varit skyldig att tillämpa dem. Detta innebär t.ex. att personliga avtal som strider mot kollektivavtalet är ogiltiga på vanliga grunder, enligt 27 § MBL.

---

[53] Sjödin, Erik, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige*, Iustus, 2015, generellt.

Det temporära skyddet för kollektivavtalets anställningsvillkor i 28 § 3 st., när förvärvaren redan har tillämpligt kollektivavtal, gäller under max ett år från övergången, men kan enligt *AD 2008 nr 61* även tillämpas till arbetstagarens nackdel på så sätt att även överlåtarens mindre förmånliga anställningsvillkor i kollektivavtalet går att upprätthålla under ett år, trots att förvärvarens avtalsvillkor är bättre. ”Skyddet kan dock i två fall upphöra tidigare, dels om den ursprungliga giltighetstiden för överlåtarens kollektivavtal löper ut, dels om ett ”nytt” kollektivavtal börjar gälla för de övertagna arbetstagarna.”[54]

En förvärvare blir inte heller bunden av överlåtarens kollektivavtal, om denne redan är bunden av något annat kollektivavtal som kan tillämpas på de arbetstagare som följer med. I *AD 2013 nr 6* får AD tillfälle att ställning till den närmare innebörden av detta. Tvisten rörde huruvida ett lokalt kollektivavtal hos överlåtaren skulle gälla hos förvärvaren och om 28 § MBL skulle tolkas med utgångspunkt i Direktivet eller enligt svensk reglering, eftersom delar av paragrafen existerade innan Sverige blev medlem i EU. AD menar att eftersom medlemsstaterna får begränsa den period under vilken förvärvaren ska vara skyldig att tillämpa överlåtarens kollektivavtal till högst ett år, uppstår ingen systemkonflikt. AD kommer därmed fram till att 28 § första stycket andra meningen gäller.

Även om kollektivavtal ger grunden för regleringen av de flesta anställningsvillkor, så kommer ändå anställningsskyddet att regleras av LAS. Identitet i verksamhet och huruvida ekonomisk enhet för entreprenader föreligger blir viktiga frågor att fastställa i samspel med den svenska rättsordningen. Här berörs även hur verksamheten organiseras, liksom gränserna för parternas rättskapacitet att förfoga över delar av processen om övergång av verksamhet. Det förekommer t.ex. att överlåtare och anställda sluter avtal om övergång av verksamhet. Vilka rättsliga implikationer kan då ett sådant avtal ge? Nästa delkapitel tar upp några aspekter inom dessa områden från AD:s praxis.

13.4 AD:s uttolkning av Direktivets anställningsskyddet

AD har prövat tvister beträffande övergång av verksamhet i relativt många mål. I flera av målen har Jonas Malmberg varit ordförande. Det är därför av intresse att se hur han har medverkat till att preciserar AD:s tolkning i läroboken ”Anställningsförhållandet”.[55] Författarna anser att man ska börja med Direktivet, därefter bedöma om EUD:s praxis rörande Överlåtelsedirektiv 77/187 fortfarande har relevans och sedan

[54] Malmberg & Öman, 2017, s. 260.
[55] Källström & Malmberg, 2022, s. 315 ff.

undersöka den nationella nivån och utifrån detta göra en EU-konform tolkning av de nationella reglerna. Till sist ska ett övervägande göras huruvida de nationella reglerna tillför något utöver Direktivets minimiregler.

Det är bra att försöka skapa en tydligare modell för bedömning så länge denna uttolkning sker inom EU-rättens syften. Det kan dock ifrågasättas om Direktivets kodifiering av de tidigare överlåtelsedirektiven och anslutande praxis till dessa fullt ut beaktas.[56] Även kopplingen till den nationella nivån måste ske utifrån vad EU-rätten sanktionerar, och den EU-konforma tolkningen måste beakta den EU-rättsliga utvecklingen. Allt detta gör det tveksamt att bygga nya domar på AD:s tidigare praxis, både beträffande t.ex. *AD 2014 nr 1*, såsom delvis sker i *AD 2023 nr 29*, och än mer genom att ta stöd i principer från domar som avkunnades innan Sverige gick med i EU, beträffande vad som utgör adekvat arbetsbrist vid övergång av entreprenader.[57]

13.4.1 Rättsverkan av avtal om att övergång av verksamhet inte föreligger

AD har i dag prövat många mål beträffande övergång av verksamhet enligt Direktivet.[58] Flera av dessa mål har rört entreprenadövergång och det blir därför intressant att lyfta fram några särskilt viktiga aspekter från några av dessa mål. Den svenska praxisbedömningen vid entreprenadövergång kommer, precis som i EUD:s prövning, att skilja sig åt mellan å ena sidan entreprenader som har materiella eller immateriella ankarkriterium och å andra sidan rena tjänsteentreprenader. Förekommer materiella eller immateriella värden som ankarkriterium, tillsammans med personal, är det mer troligt att bedömning av identitet i verksamhet och ekonomisk enhet leder till att det ses som en övergång i Direktivets mening om tunga materiella eller immateriella värden tas över.

Ett exempel på detta är *AD 2014 nr 46* som även berör rättsverkan av ett avtal om att det inte föreligger övergång enligt Direktivet, som ingås mellan överlåtaren och anställda. Fallet handlar om en privatdriven skola som har avtal med kommunen där kommunen säger upp avtalet för att driva skolan i egen regi. Kommunen tar över lokaler, bänkar m.m., elever, skolans inarbetade namn, tre av fem lärare och rektor. Skolan behåller samma inriktning, den riktar sig mot samma målgrupp och låg inte nere innan övergången. Rättsfrågan i fallet är ogiltigförklarande av avsked. AD konstaterar i sin utredning att en förutsättning för

[56] Nyström, Birgitta, Några aktuella arbetsrättsliga frågor i samband med övergång av verksamhet" i skriften Modern affärsrätt: en antologi, red Nyström m.fl. 2017, Wolters Kluwer, s. 218. Nyström berör frågan men ger inte ett ställningstagande i sak.
[57] Se mer om arbetsbristbedömningen i kap. 14.1.
[58] Se kap. 13.1.2.

övergång enligt Direktivet är att anställningarna gällde vid tidpunkten för övergången. Domstolen klargör ekonomisk enhet genom att citera Art. 1.1.b i Direktivet.

Beträffande avtal om övergång behandlar domen möjligheten att träffa avtal mellan överlåtare och arbetstagare om uppsägning inför övergången, utifrån att det endast kan få rättsverkan mellan arbetstagare och överlåtare. Ett sådant avtal är enligt domstolen bara giltigt ifall det inte skulle föreligga en övergång enligt Direktivet från överlåtaren till förvärvaren.[59] Även om arbetstagarna i detta fall gått med på att deras anställningar avslutas, genom avtalet, skulle detta ändå ske utifrån arbetsbrist hos överlåtaren förutsatt att det inte förelåg en övergång enligt Direktivet. Det får därmed ses som osäkert vad ett avtal tillför i sammanhanget och om det riskerar att skapa ett felaktigt intryck hos arbetstagarna av att ingen rätt att följa med till förvärvaren föreligger, oavsett bedömningen av Direktivet. Detta diskuteras tyvärr inte i domen och det är oklart om AD anser att det finns en risk för otydlighet när parterna på detta sätt träffar avtal om uppsägning inför en övergång.

Avtal mellan överlåtare och anställda om att övergång av verksamhet inte föreligger ger en komplicerad rättslig situation. AD tar inte upp hur det skulle förhålla sig i den situationen att personalen är det enda ankarkriteriet och att ett motsvarande avtal på det sättet undanröjer möjlighet för en majoritet att gå över och därmed innebär att det inte blir identitet i verksamhet i Direktivets mening. Förekomsten av ett avtal mellan arbetstagare och överlåtare om att avsluta anställningen kommer för tjänsteentreprenader att kunna få en direkt rättsverkan beträffande bedömningen av identitet i verksamhet, när inga arbetstagare formellt finns att ta över, vilket inte verkar ligga inom EU-rättens syfte. Även om ett avtal mellan överlåtare och anställda inte har rättsverkan mot förvärvaren vid en övergång påverkas processen till att det är mer troligt att de anställda antingen skaffar nya arbeten och slutar eller att de utgår från att avtalet etablerar gällande rätt, d.v.s. att det rättsligt inte är en övergång av verksamhet.

I det föreliggande rättsfallet kommer AD fram till att en övergång enligt Direktivet har skett. Verksamheten hade stor grad av likhet före och efter övergången och var att se som en ekonomisk enhet. De två lärare

[59] "Ett sätt att undvika osäkerhet av detta slag kan vara att överlåtaren och arbetstagaren träffar en överenskommelse om att arbetstagaren inte gör anspråk på anställning hos överlåtaren efter verksamhetsförändringen. Om det sker en övergång av verksamhet kommer anställningen att gå över till den nya arbetsgivaren genom övergång av verksamhet enligt 6 b § anställningsskyddslagen. Om så inte är fallet upphör anställningen till följd av arbetsbrist hos överlåtaren. En sådan överenskommelse kan träffas sedan överlåtaren har aktualiserat frågan om uppsägning av arbetstagaren (se t.ex. AD 1988 nr 66), t.ex. genom att varsla om uppsägning." *AD 2014 nr 46*.

som sades upp av överlåtaren var fortfarande att se som anställda och hade rätt att övergå till kommunen.

AD konstaterar att en överenskommelse mellan överlåtaren och de uppsagda lärarna beträffande att detta inte var övergång av verksamhet inte är giltig i förhållande till förvärvaren men däremot i förhållandet mellan arbetstagare och överlåtare. Förvärvaren anför dock inte att den överenskommelse som slutits mellan överlåtaren och de två uppsagda arbetstagarna i sig skulle ha rättsverkan även för förvärvaren. I denna del får domskälen anses innehålla ett obiter dictum, men utifrån AD:s folkbildande roll kan detta ses som förklarligt.[60] Kommunens vägran att ta över de två uppsagda lärarna blev att se som ett avskedande. Precis som i äldre praxis från EUD kommer det inte att föreligga några större problem beträffande uttolkningen av Direktivet när det finns andra ankarkriterier, än personal, att hänga upp bedömningen på.

13.4.2 Värdering av ekonomisk enhet när enbart personal tagits över och lokalen inte beaktas

I *AD 2014 nr 14* prövas om det kan ses som en övergång i Direktivets mening när kommunen tar över ansvaret för tillhandahållande av personliga assistenter till en brukare[61] efter att den privata utföraren, överlåtaren, misskött verksamheten. Enligt domen övertogs inga materiella tillgångar, arbetsledning eller administration. Tre av fyra assistenter fortsatte sitt arbete med brukaren under en begränsad tid efter övergången och kommunen bedömde att fler behövde anställas. Rättsfrågan i fallet är om kommunens övertagande av en privat vårdverksamhet, där kommunen är huvudman, under förevarande omständigheter kan ses som en övergång av verksamhet enligt Direktivet. AD kom fram till att det inte förelåg en övergång av en tillräckligt självständig organiserad verksamhet i syfte att bedriva en ekonomisk verksamhet.

Detta är ett exempel på en situation där inga andra ankarkriterier än personal anses ha förts över, trots att lokalen var densamma. Här kommer avsaknaden av arbetsledning att få stor betydelse för domstolen. Ingen diskussion sker dock beträffande vilken arbetsledning som har funnits på plats innan övergången. Den kritik som kan riktas mot domen är dels att inget tydligt klargörande görs av vad som avgränsar den ekonomiska enheten, dels värderingen av lokalen som ett icke materiellt kriterium.

Beträffande värderingen av ekonomisk enhet så sker den utifrån personal. Initialt följer majoriteten av personalen från överlåtaren med över till förvärvaren men eftersom förvärvaren anser att det behövs fler anställda för att kunna bedriva verksamheten verkar AD:s värdering

[60] Se kap. 1.4.1 om AD:s prejudikatsverkan.
[61] Den person som har beviljats rätt till personliga assistenter kallas i sammanhanget “brukare”.

hamna i att det ändå inte är en identitet i verksamhet. Tyvärr klargörs inte varför förvärvarens värdering av hur många anställda som behövs i verksamheten får betydelse för värderingen av huruvida majoriteten av de anställda hos överlåtaren har tagits över. AD:s diskussion utgår istället från att den ekonomiska enheten inte anses ha tillräcklig självständighet. Med tanke på att personliga assistenter huvudsakligen arbetar ensamma, utan direkt arbetsledning, skulle förmodligen en värdering av huruvida produktionsresurserna hade förts över gett ett annat resultat. Fallet visar även hur bedömningen av personalkriteriet ofta blir uppdelat i att både identitet i verksamhet och ekonomisk enhet måste visas, medan för materiella- och immateriella kriterier prövningen ofta sammanfaller så länge som verksamheten kan antas fortsätta, d.v.s. att det finns en kontinuitet.

Beträffande värderingen av lokalen som ett icke materiellt kriterium finns flera saker att beakta. De personliga assistenterna arbetar i brukarens hem, detta är därmed lokalen för arbetet. Hemmet disponeras av brukaren och kan inte överföras från överlåtare till förvärvare. Vården kan enbart utföras med bas i brukarens hem. Situationen påminner därmed starkt om Mål *C-340/01 Carlito Abler*, där sjukhuset ägde sjukhusköket och där sjukhusköket var den plats där varje ny entreprenör var tvungen att laga maten. Entreprenören fick därmed rätten att använda sjukhusköket. EUD fastställer i domen att rätten att på detta sätt använda material jämställs med ett övertaget ägande, så att det materiella kriteriet är uppfyllt. I *AD 2014 nr 14* för tyvärr domstolen inte något som helst resonemang om varför detta inte är relevant i denna situation. Hade lokalen ansetts vara överförd – och, att det därmed fanns kontinuitet i en fortsatt verksamhet – talar mycket för att identitet i verksamhet hade kunnat fastställas utifrån att en ekonomisk enhet hade gått över.

En liknande situation föreligger i *AD 2014 nr 28* beträffande tågstädning där entreprenaden upphörde. Även här kom AD fram till att någon övergång enligt Direktivet inte förelåg. Rättsfrågorna i fallet var flera. Här blir bara en relevant, nämligen; Har en verksamhetsövergång enligt Direktivet ägt rum mellan överlåtaren ISS och förvärvaren SJ?

AD konstaterar i domskälen att SJ inte i övrigt har övertagit några tillgångar. Den avgörande frågan är därför om SJ tog över huvuddelen av personalstyrkan såvitt avser antal och kompetens.” Här får dock även organisatoriska aspekter betydelse. Vid bedömning av om en majoritet av personalen har förts över kan det få stor betydelse huruvida verksamheten ska ses som en hel verksamhet eller flera delar av en verksamhet. I detta fall prövar därför AD övergången av personal både utifrån helhet och utifrån delar. Oavsett vilket, finner domstolen att det är en minoritet som har gått över. Domen lämnar ett spelrum för förvärvaren att genom val att inte ta över kunna styra om det blir en

entreprenadövergång enligt Direktivet. Detta problem är inte nytt, utan har även dykt upp i EUD:s domar. Det framstår som oklart huruvida tågvagnarna kan ses som ”lokaler” som övergår enligt resonemanget ovan; det beror på hur stadigvarande och unika de är.

13.4.3 Organisationens betydelse för grad av självständighet

När parterna ingår avtal om att det föreligger övergång är det inte alltid klart vilka som innefattas i den verksamhet som går över. Så var fallet i *AD 2013 nr 47* som rörde byte av städentreprenör på ett hotell. Målet prövades utifrån del av verksamhet, där rättsfrågan gällde ogiltigförklarande av avsked. Parterna har varit överens om att det föreligger en övergång av verksamhet enligt Direktivet för städpersonalen. Fallet rör i stället om detta även inkluderar arbetsledningen i administrationen. I fallet påpekar överlåtaren att det föreligger en organisation för utförandet av städentreprenaden där överlåtaren använder sig av ett särskilt koncept för hotellstädning som syftar till att nå en hög effektivitet genom delaktighet av de anställda, där administratören har en samordnande och uppföljande roll. Förvärvarens ståndpunkt är att verksamhetsövergången enbart avsåg själva städverksamheten och att den personal som övergick tillhörde den verksamheten. De arbetstagare som tvisten rör tillhörde därmed, enligt förvärvaren, en annan del av överlåtarens verksamhet, nämligen företagsledning och administration.

AD:s bedömning blir att administratörernas arbetsuppgift har varit att kontrollera att överlåtarens uppdrag utfördes korrekt i enlighet med entreprenadavtalet, något de även gjorde beträffande andra entreprenadavtal parallellt. Domstolen anser inte att denna kontrollfunktion kan anses ha ingått i själva städverksamheten, utan får ses som en del av uppdragstagarens lednings- och administrativa funktion. AD kom därmed fram till att den del som var berörd inte hade övergått med administration och/eller arbetsledning. Domstolen stödjer sig på *Case 186/83 Botzen*, där administrationen ses som åtskild från verksamheten. Här kan man dock notera skillnaden mot senare praxisutveckling i EUD. Administrationen i Mål *C-344/18 ISS Facility Services* sågs som integrerad och inte som en annan verksamhetsdel och gav därmed rättighet att följa med för administratören, även när flera olika förvärvare tog över. EUD har dock inte klargjort vad som skulle hända om enbart en del av en administratörs tjänst blir berörd, såsom i detta fall, och övriga delar fortfarande är kvar hos överlåtaren. Det kan förefalla som en möjlig tolkning av Mål *C-344/18 ISS Facility Services*. Situationen att endast en del av administratörens tjänst övergår till förvärvaren skulle i så fall likställas med situationen att hela tjänsten övergår men till olika förvärvare. De praktiska nationella effekterna av att se en anställning som delbar är dock fortfarande oklara och kan därmed utesluta en sådan tillämpning.

AD 2013 nr 47 är intressant utifrån att det enbart är personalen som utgör ankarkriteriet och där parternas överenskommelse om att det föreligger en övergång i Direktivets mening för städpersonalen tydligen gör att ingen diskussion behöver föras huruvida städpersonalen i sig själva är tillräckligt självständiga i sin organisation för att kunna utgöra en ekonomisk enhet. Det blir här tydligt att ett frivilligt övertagande av städpersonalen inte kräver det som vanligtvis måste föreligga för att verksamheten även ska kunna vara en ekonomisk enhet. Det är mer oklart varför. Om 6 b § LAS ger en rätt till att i kollektivavtal komma överens om att övergången är att se som inom Direktivet, borde det inte även innebära att arbetsledaren prövas tillsammans med personalen, istället för separat? AD resonemang i tidigare praxis om att arbetsledning är en avgörande del för att kunna se tillräcklig självständighet hade kunnat innebära en uttolkning av att arbetsledningen därmed ingick i den ekonomiska enheten när städpersonalen tas över, men så blir inte fallet.

Detta väcker även frågan huruvida parternas rätt att avtala att en övergång enligt Direktivet föreligger kan ses som partiell. Kan en övergång avtalas föreligga för viss personalgrupp men inte för en annan grupp som ingår i samma ekonomiska enhet? Det får ses som klarlagt att det kan finnas flera olika ekonomiska enheter inom en verksamhet. Men kan del av verksamhet även omfatta delar av en ekonomisk enhet? Frågorna kan inte anses klarlagda i praxis, men mycket verkar tyda på att den ekonomiska enheten är minsta gemensamma nämnare och därmed inte kan delas upp, även om den kan integreras.[62]

Möjligheten för överlåtare och förvärvare att själva avtala om att det föreligger en övergång i Direktivets mening kan även ifrågasättas utifrån dels om den exkluderar andras rättigheter, dels om den inverkar på balansen mot näringsfriheten.

[62] Se kap. 4.7.

Kapitel 14: AD:s behandling av entreprenad - identitet i verksamhet och ekonomisk enhet

Kapitel 13 visade på vissa nationella val och särskilda förutsättningar vid genomförandet av Direktivet. Den tidigare synen på entreprenad verkar ha präglat AD:s rättstillämpningen och gett svårigheter att se identitet i verksamhet. Även EUD:s rättsutveckling med att produktionsfaktorerna i en ekonomisk enhet har övergått har varit svår att nationellt applicera på entreprenader. I kapitel 14 kommer några viktiga effekter för entreprenader att klargöras utifrån den svenska rättstillämpningen. Följande rättsfrågor kommer att beröras:

- *Hur påverkas genomförandet av Direktivet av fortsatt nationell tillämpning av tidigare etablerad praxis beträffande arbetsbrist?*
- *Vilka begränsningar ger EU-rätten i ett rättsområde styrt av domstolspraxis och kollektivavtal?*
- *Hur har bedömningen av begreppet ekonomisk enhet utvecklats i nationell rätt? Finns det en mer dynamisk syn på arbetsstyrning?*
- *Svensk arbetsrätt är känd för sina preskriptionsfrister, hur inverkar dessa vid övergång av verksamhet?*

Sist men inte minst, den kommunala och regionala entreprenadens särart – vad finns att lära för privat sektor?

Kapitel 14: AD:s behandling av entreprenad - identitet i verksamhet och ekonomisk enhet
14.1 Arbetsbrist vid entreprenadövergång
14.1.1 Prövning av arbetsbrist
14.1.2 Utökat anställningsskydd vid övergång?
14.1.3 Föreligger identitet i verksamhet?
14.1.4 Ekonomisk enhet i AD:s praxis – vad skyddas?
14.2 Ekonomisk enhet vid personalintensiva entreprenader
14.3 Preskriptionsfristens betydelse vid övergång av personaltung verksamhet
14.4 Något om den kommunala entreprenadens särart vid övergång av verksamhet i svensk rätt och de generella slutsatser som går att dra av detta
14.4.1 Förutsättningar för kommunala entreprenader
14.4.2 Övergång av verksamhet vid kommunala entreprenader
14.4.3 Företrädesrätt till återanställning
14.5 Sammanfattning del 3

14.1 Arbetsbrist vid entreprenadövergång

När ett entreprenörskontrakt löper ut uppstår en osäkerhet om kontraktet kommer att förnyas eller om någon annan entreprenör kommer att ta över utförandet av verksamheten. Om det finns tydliga ankarkriterier för personalen, kan det vara lättare att se om ett byte av entreprenör skulle kunna innebära en övergång utifrån att en identitet i verksamhet

och en ekonomisk enhet existerar. I svensk rätt har detta emellertid i vissa fall hanterats på ett något annorlunda sätt.

Arbetsgivarens företagsledningsrätt inverkar på i vilka situationer som arbetsgivaren har rätt att säga upp anställda p.g.a. icke personliga skäl, s.k. arbetsbrist. I svensk rätt har det sedan länge varit en del av företagsledningsrätten att en arbetsgivare kan säga upp anställda när ett avtal är på väg att löpa ut, såvida inte omplacering är möjlig. Uppsägningen görs ofta med uppsägningstiden beräknad till tidpunkten för avtalets upphörande. Om det föreligger en uppsägningstid på t.ex. två månader kommer uppsägningen att ske två månader innan avtalet löper ut.

En stor del av den praktiska regleringen kring övergång av verksamhet kommer att ligga i AD:s praxis – en praxis som är väl utarbetad sedan lång tid och i många fall har sin kärna i det rättsförhållande som rådde innan 1995. Som tidigare har klargjorts i kapitel 2 bygger Direktivet i dag sin primärrättsliga grund på Art.30 i Rättighetsstadgan. Varje arbetstagare har rätt till skydd mot uppsägning utan saklig grund,[1] i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Det finns en skyldighet att använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det syfte som fastställs i Direktivet. Effekten av att inte göra en nationell tolkning i överensstämmelse med EU-rättens primärrätt är att tolkningen inte anses giltig.[2]

I kapitel 2 fördes en diskussion om Direktivets rättsverkan i medlemsländerna. EU-rättens grunder ger att nationell lagstiftare, myndigheter och domstolar alltid måste beakta Rättighetsstadgan inom ramen för unionsrätten, samt att EU:s primärrätt alltid har företräde.[3] Enligt Art.52 i Rättighetsstadgan ges nationell lag och praxis stort utrymme, men det är oklart i vilken utsträckning detta påverkar Art. 30 i Rättighetsstadgan.[4]

Sverige har genomfört Direktivet med delvis bättre rätt för arbetstagarnas anställningsskydd. 6 b § LAS anger uttryckligen att både sjömän och offentliganställda omfattas, och man har även valt att låta både överlåtare och förvärvare vara ansvariga för arbetsrelaterade skulder, förutsatt att skulden har uppstått hos överlåtaren innan övergången. Dessutom har ett uppsägningsförbud införts hos överlåtaren för uppsägningar som har samband med övergången. Men vilka uppsägningar har

---

[1] Art. 30 i Rättighetsstadgan använder fortfarande uttrycket “saklig grund”.
[2] Mål C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson. Begäran om förhandsavgörande från Haparanda tingsrätt*, ECLI:EU:C:2013:105 (Mål C- *617/10 Åkerberg Fransson*), p. 21.
[3] Se (Mål C *617/10 Åkerberg Fransson*). Se även för en närmare diskussion, Fast, 2013.
[4] Kenner, Jeff, 'Article 30' i Peers, Hervey, Kenner & Ward (red), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*. Hart Publishing 2014 s. 807. Se även Förenade målen C-488/12, C-491/12 och C-526/12 *Nagy* som rör Art. 30 i Rättighetsstadgan men där EUD beslutar att avvisa talan p.g.a. att den inte ligger inom domstolens behörighet.

egentligen samband med en övergång och vilket utrymme finns i EU-rätten för att genom nationell praxis tillföra egna balanspunkter? Mycket blir beroende av hur nationell praxis har hanterat skyddsvärdet. Samspelet mellan nationell svensk rätt och EU rätt kan därmed skildras som just en skyldighet att använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det syfte som fastställs i Direktivet.[5] AD konstaterar i *AD 2023 nr 29* att det är förvärvaren som får ansvaret för övergången. Överlåtaren är dock också ansvarig gentemot arbetstagaren, men bara för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Domstolens tolkning blir därmed att det s.k. uppsägningsförbudet i 7 § tredje stycket LAS inte direkt berör överlåtaren så länge det inte står klart för överlåtaren att en övergång av verksamhet kommer att äga rum under uppsägningstiden eller i anslutning till att denna löper ut. Prövningen blir istället huruvida sakliga skäl för arbetsbristuppsägning föreligger vid tidpunkten för uppsägningen som för entreprenaden ligger långt före att kontraktet löper ut.

Anställningsskyddet i Direktivet gäller även för entreprenadövergångar, vilket betyder att de skillnader som föreligger mellan entreprenadövergång och övergång av primärverksamhet måste beaktas. En uppsägning från överlåtaren p.g.a. arbetsbrist får inte orsakas av övergången. Då får i stället förvärvaren säga upp efter övergången.[6] Planerna på övergång måste dock ha en relativt fast form innan uppsägningsförbudet inträder.[7] En sedan tidigare etablerad praxis från AD, beträffande att en entreprenör kan säga upp anställda inför att ett avtal löper ut, kan därmed ifrågasättas. Även om företagsledningsrätten sedan gammalt gör att överlåtaren inte anses behöva stå risken för osäkerheten att avtalet inte förnyas, eller att ny entreprenör inte tar över de anställda, måste uppsägningen ske inom Direktivets ram.

---

[5] Se t.ex. argumentationen i p. 29 "Härav följer att de nationella domstolarna vid tillämpningen och tolkningen av nationell rätt är skyldiga att beakta samtliga nationella bestämmelser och tillämpa de tolkningsmetoder som medges enligt nationell rätt för att, i den utsträckning det är möjligt, tolka nationell rätt mot bakgrund av det aktuella direktivets lydelse och syfte så att det resultat som fastställs i direktivet uppnås och, därmed, agera i överensstämmelse med Art. 288 tredje stycket FEUF (dom av den 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 31 och där angiven rättspraxis)." I samma rättsfall ges domstolens sammanfattning p. 61: "Direktiv 2001/23, och särskilt Artiklarna 3–5, ska tolkas så, att direktivet utgör hinder för en nationell lagstiftning,– i händelse av en företagsövergång som äger rum inom ramen för ett förfarande för företagsrekonstruktion genom "verksamhetsövergång under tillsyn av rättslig myndighet" som genomförs i syfte att bevara hela eller delar av överlåtaren eller överlåtarens verksamhet – innebär att förvärvaren har rätt att välja vilka arbetstagare som denne vill ta över." Förvärvaren fick därmed inte välja vilka som skulle tas över eftersom det ansågs strida mot Direktivets skydd. Se även EUD upprätthållande av korrekt nationellt genomförande och (19) Mål C-472/93 *Luigi Spano m. fl. mot Fiat Geotech SpA och Fiat Hitachi Excavators SpA* ECLI:EU:C:1995:421 (Mål C-472/93 *Luigi Spano*).

[6] Prop. 1994/95:102 s. 44-45. Se även Lunning & Toijer, 2016, s. 297-298.

[7] Se Nyström, 2017, s. 224 samt Mål C-51/00 *Temco*, p. 18 där ett tidssamband diskuteras.

14.1.1 Prövning av arbetsbrist

Arbetsbristbedömningen får stor betydelse för om en entreprenadövergång kan anses ha skett. Låt oss ta ett praktiskt exempel. I *AD 2014 nr 1*, ett mål som det ofta refereras till i senare praxis,[8] förs talan om huruvida det hade varit en övergång av en driftentreprenad på ett kärnkraftverk i form av en interimistisk prövning av företagna uppsägningar.

Bolaget, ISS, utför enligt ett entreprenadavtal vissa servicetjänster vid ett kärnkraftverk på uppdrag av FKA/Vattenfall. Med anledning av att avtalet skulle löpa ut sade bolaget upp de anställda som arbetade inom entreprenaden. Vid uppsägningstillfället pågick ett anbudsförfarande avseende de aktuella servicetjänsterna. Efter att arbetstagarna hade sagts upp men innan uppsägningstiden hade löpt ut, fick bolaget besked om att det hade vunnit upphandlingen. I målet är tvistigt om uppsägningarna är giltiga. AD har med stöd av 34 § tredje stycket LAS beslutat att anställningarna ska upphöra för tiden intill det slutliga avgörandet.

Uppsägningarna av de aktuella medlemmarna vidtogs den 31 maj och den 4 juni 2013 och uppsägningstiden var i flera fall sex månader. I september 2013 fick fackklubben besked att ISS hade vunnit upphandlingen och att ISS skulle fortsätta som entreprenör även för tiden efter den 31 december 2013. AD konstaterar att utgångspunkter för domstolens prövning är att det av förarbetena till LAS och fast praxis i AD framgår att det ytterst är arbetsgivarens sak att bedöma behovet av att genomföra t.ex. en inskränkning eller omorganisation av verksamheten. AD visar här att den grund som har skapats långt innan 1995 än i dag i stort sett tolkas på samma sätt för ett kontrakt som löpt ut. Ingen diskussion förs huruvida ett förstärkt skydd om entreprenadövergång enligt Direktivet hade varit aktuellt. I stället håller man fast vid tidigare praxistolkning att bedömningen av huruvida arbetsbrist föreligger ligger inom företagsledningsrätten. AD konstaterar dock att

> ”Uppsägning får emellertid bara tillgripas om någon annan lösning inte står till buds. Arbetsgivaren måste därför kunna prestera en utredning varav framgår att uppsägningen inte kunnat undvikas utifrån de grundläggande företagsekonomiska eller därmed jämställda överväganden som gjorts. Har arbetsgivaren gjort en noggrann och seriös bedömning av det företagsekonomiska läget kan domstolen i princip inte ifrågasätta denna (se t.ex. AD 2012 nr 47 och AD 2006 nr 92).”

Av AD:s praxis framgår vidare att arbetsgivaren, vid sitt beslut att säga upp på grund av arbetsbrist, får utgå från en bedömning av

[8] Se t.ex. *AD 2023 nr 29*.

personalbehovet vid uppsägningstidens slut. Rätten att säga upp p.g.a. arbetsbrist förutsätter dock att arbetsgivaren har fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Arbetsgivaren ska bara beakta sådana förhållanden som vid ett ”praktiskt bedömande med säkerhet kan överblickas.” Bedömningen landar här i att det är tillräckligt att arbetsgivaren vet att avtalet löper ut. Arbetsgivaren har då rätt att agera utifrån den information som är känd. Arbetsgivaren får inte beakta sådant som endast med större eller mindre sannolikhet kommer att inträffa, eftersom det skulle kunna innebära en uppsägning för säkerhets skull, vilket inte skulle utgöra sakliga skäl. AD hänför sig i sitt resonemang till stor del till domar som avser rättsläget före 1995: ”Arbetsgivaren är å andra sidan inte skyldig att beakta sådana omständigheter som kan föranleda ett förbättrat sysselsättningsläge, om dessa omständigheter är ovissa…”[9]

Arbetsgivaren har sedan praxis från tiden innan Direktivet ansetts ha rätt att anpassa uppsägningstiden så att anställningen löper ut när arbetsbristen uppstår.[10] När så sker är det därmed inte ett tecken att uppsägningarna har företagits för tidigt eller för säkerhets skull. Grunden för den tidigare praxis som AD stödjer sig på etableras därmed innan 1995 och har inte gällt entreprenader. Detta eftersom entreprenader inte ansågs vara lagenlig övergång innan Sveriges EU-inträde. Målen har istället gällt övergång av primär verksamhet där logiken blir annorlunda.

14.1.2 Utökat anställningsskydd vid övergång?

I *AD 2014 nr 1* diskuterar domstolen förarbetena till genomförandet av Överlåtelsedirektivet 77/187 utifrån om uppsägningen ska hanteras av överlåtaren eller förvärvaren – inte om situationen bör föranleda någon annan värdering av skydd än den som alltid har använts beträffande arbetsbrist i primär verksamhet.

Man klargör att övertaligheten inte får uppstå på grund av övergången, d.v.s. som en följd av övergången och förvärvarens önskemål och beslut, och således inte hänför sig till arbetsbrist i den överlåtna verksamheten. ”I ett sådant fall kan överlåtaren inte vidta uppsägningar för förvärvarens räkning (prop. 1994/95:102, s. 44 f.).” Propositionen ger som sagt ett starkare skydd för arbetstagaren än Direktivet genom att införa ett uppsägningsförbud.

Arbetsdomstolen klargör att uppsägningsförbudet inte är knutet till någon fixerad punkt under en övergångsprocess, men att det krävs att planerna på en övergång måste ha tagit en relativt fast form för att

---

[9] Se t.ex. *AD 2006 nr 92, AD 1993 nr 214, AD 1984 nr 26* och *AD 1984 nr 19.*
[10] *AD 1993 nr 214.*

uppsägningsförbudet ska bli tillämpligt.[11] Detta får utifrån AD:s bedömning i sak uttydas till att hänför sig till ett senare stadium än i fallet. Ett läge där det ännu inte föreligger ett besked huruvida kontraktet ska förnyas anser inte AD omfattas. Därmed omfattas inte heller situationen av uppsägningsförbudet, vilket i praktiken innebär en rätt för överlåtaren att säga upp p.g.a. arbetsbrist.

> ”Det avgörande för om uppsägningsförbudet är tillämpligt får därför vara om det vid uppsägningstillfället, med beaktande av sådana förhållanden som vid ett praktiskt bedömande med säkerhet kan överblickas, står klart att en övergång av verksamhet kommer att äga rum under uppsägningstiden eller i anslutning till att denna löper ut.”[12]

Frågan är dock i vilken mån detta i praktiken får genomslag när rättsläget fortfarande tolkas till att överlåtaren har rätt att säga upp anställda inför att ett kontrakt löper ut.

14.1.3 Föreligger identitet i verksamhet?

AD menar att kontakter eller förhandlingar mellan överlåtaren och förvärvaren kan visa på att en övergång av verksamhet kommer att äga rum.[13] Men eftersom det enligt svensk rätt inte finns någon skyldighet för överlåtaren att ta en sådan kontakt, innan det är klart att det kan vara fråga om en övergång av verksamhet, kan detta bli kontraproduktivt. Särskilt är detta fallet där det är okänt vilken entreprenör som ska ta över utförandet av verksamheten. Om ingen kontakt tas mellan aktörerna minskar enligt AD sannolikheten för att det skulle vara en övergång av verksamhet. Medan övergången i sig innebär att en kontakt borde tas, eller att en förhandling borde föras. Vid entreprenadövergång riskerar bedömning av om kontakt eller förhandlingar förts bli ett Moment 22. Vid övergång av primär verksamhet är det naturligt att förhandlingar inleds med presumtiva förvärvare. Vid entreprenad är läget det motsatta. Det som är känt är att entreprenadkontraktet löper ut. I detta tidiga skede, när uppsägningarna sker för att avpassa uppsägningstid till kontraktstiden, föreligger det ingen information om vilken förvärvare som tar över entreprenaden. Det blir därmed fel att även för entreprenadövergången se avsaknaden av avtalsförhandlingar och kontakter mellan överlåtare och förvärvare som ett tecken på att det inte föreligger en övergång enligt Direktivet.

Domstolen för i *AD 2014 nr 1* även ett resonemang om att andra ankarkriterier skulle kunna indikera att det kan bli fråga om en övergång av

---

[11] *AD 2009 nr 55.*
[12] *AD 2014 nr 1.*
[13] *AD 2014 nr 1.*

verksamhet, såsom överföring av en licens eller materiella värden.[14] Den fråga som AD tar ställning till är därför om det med säkerhet antingen stod klart vid uppsägningstillfället att ISS skulle erhålla avtalet eller, om så inte var fallet, att det skulle bli fråga om en verksamhetsövergång till en annan entreprenör.

Domstolen konstaterar att verksamheten huvudsakligen är personaltung och inte hade några tunga materiella eller immateriella inslag. Man ser därmed inga tydliga ankarkriterier utifrån material eller immateriella rättigheter. Personalkriteriet blir inte heller aktuellt eftersom uppsägningen görs innan en majoritet av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, har haft möjlighet att gå över.

14.1.4 Ekonomisk enhet i AD:s praxis – vad skyddas?

AD konstaterar att en övergång förutsätter att en ekonomisk enhet går över från överlåtaren till förvärvaren och ”att enheten behåller sin identitet efter att verksamheten fortsätter eller återupptas”.

Kravet på ekonomisk enhet ställs fullt förståeligt utifrån EUD:s dåvarande praxis om krav på kontinuitet i verksamhet. En prövning om produktionsfaktorerna hade gått över i enlighet med EUD:s senare praxis hade möjligen gett ett annat utfall men AD fäster även vikt vid avtalssambandet: ”Bytet av arbetsgivare ska ske till följd av avtal. ISS:s avtal med FKA avsåg, i fråga om enheten Kraft & Belysning, att svara för service av elektriska anläggningar som innehas av FKA/Vattenfall.”

Diskussionen mynnar ut i att ett avtalssamband inte finns eftersom det inte finns några ankarkriterier att ta över och därmed inte heller någon ekonomisk enhet. Denna eller liknande diskussion återkommer i flera domar rörande personalintensiva driftentreprenader.[15]

Domstolens diskussion är intressant på flera sätt:

För det första; det är tillåtet att säga upp personal vid övergång så länge det inte föreligger säker information om att nytt avtal kommer att ingås eller att eventuell förvärvare kommer att ta över personal. Uppsägningsförbudet i 7 § 3 stycket LAS anses i sådana fall inte tillämpligt. Detta skapar en situation där parternas passivitet kan styra rättsläget mot ett minskat anställningsskydd. Vid övergång av primärverksamhet föreligger ett direkt avtal mellan parterna som skapar större tydlighet om det föreligger en övergång i Direktivets mening. Vid entreprenadövergång

---

[14] Såsom franchise, butiksnamn, lokal, inventarier, varulager m.m.

[15] *AD 1997 nr 81, AD 1998 nr 44, AD 2007 nr 44* (som formellt rör kollektivavtalstolkning men visar på intressanta effekter av entreprenadövergång), *AD 2010 nr 88, AD 2014 nr 14, AD 2014 nr 28 och AD 2016 nr 59*.

är det vanligt att osäkerhet initialt råder beträffande vilken entreprenör som tar över som förvärvare och vad som innefattas i övergången. Att inte beakta entreprenadens särskilda förutsättningar går emot det synsätt EUD anlägger i Mål *C-472/16 Colino*.[16]

För det andra; genom att tillämpa sedan länge fastlagd svensk praxis för när arbetsbrist föreligger, kommer i praktiken en personalintensiv entreprenad, utan några andra ankarkriterier, oftast inte att omfattas av skyddssyftet.

För det tredje; den avtalskontext som domstolen söker kommer sällan att föreligga för driftentreprenader, eftersom det inte föreligger varken information och förhandlingsskyldighet eller avtal mellan överlåtare och förvärvare vid entreprenadbyte. Det avtal som kan föreligga är avtal mellan överlåtaren och anställda som i stället kan innebära risk för missförstånd om huruvida övergång enligt Direktivet kan föreligga.

För det fjärde; den diskussion som borde föras vid entreprenadövergång enligt Direktivet är om det är uppenbart att verksamhet kommer att fortsätta. Antingen i överlåtarens egen regi eller genom övergång till en förvärvare, såsom sker vid övergång, eller som fortsatt drift, av primärverksamhet. Arbetsbrist borde inte uppstå så länge verksamheten kvarstår i samma organisationsform och med samma behov av personal.

För det femte; I *AD 2014 nr 1* klargörs att det finns anställda i entreprenaden som arbetat i mer än tio år i verksamheten, eftersom det tidigare entreprenadbytet sågs som en entreprenadövergång enligt Direktivet. Den erfarenhet som finns hos de anställda bildar ett kunskapskapital som i AD:s praxis värderas till noll, i motsats till övertagande av materiella värden. Detta fungerar inte i ett tjänstesamhälle och EUD:s senare praxis[17] måste i dag beaktas.

I *AD 2019 nr 8* gör domstolen en intressant och inträngande analys av relevant tidpunkt för övergång. AD diskuterar begreppet ”i samband med” som aktualiserades i 1982 års LAS. Begreppet kommenterades inte i förarbetena. Däremot fördes en diskussion om att införa en bestämd tidpunkt för när anställningstid hos tidigare arbetsgivare skulle få medräknas vid byte av arbetsgivare inom en koncern. I 6 b § LAS har lagstiftaren med hänvisning till Överlåtelsedirektivet 77/187 valt begreppet ”vid tidpunkten för”. Förutsättningen blir att arbetstagaren bytt anställning ”i samband med” en sådan verksamhetsövergång, vilket enligt AD:s diskussion i denna dom inte är samma som att bytet sker vid tidpunkten för övergången av verksamheten.

---

[16] Se även McMullens diskussion av detta i McMullen 2021 s. 132 ff.
[17] Se Mål C-*298/18 Grafe*.

AD går i domen in på hur begreppet ”i samband med” ska tolkas. Ska det tolkas som ”vid” eller ”till följd av” eller kanske ”på grund av”, övergång av verksamhet. AD söker ledning, i de svenska förarbetena, snarar än i EU-rätten, och kommer fram till att något orsakssamband inte indikeras av uttrycket ”i samband med”. Det förefaller därför, enligt AD, mest förenligt med lagtexten och mest ändamålsenligt att tolka begreppet som att det är fråga om ett tidsmässigt samband. Här kan man utifrån EUD:s praxis ifrågasätta om det inte är just orsakssambandet som blir relevant för en automatisk övergång, även om det tidsmässiga sambandet naturligtvis kommer att spela in.

Sverige har infört Direktivet med bättre rätt för arbetstagares skydd i lag men där tillämpningen i praxis ändå kan ge ett sämre skydd än vad som följer av EUD:s uttolkning av Direktivet. Det kan starkt ifrågasättas om detta är en tillåten nationell balanspunkt utifrån aktörernas intressen. Skyddssyftet kan inte minskas genom nationella åtgärder i den mån detta inte är lämnat till medlemsstaternas nationella rätt.

Ett stort problem är även den bristande förutsägbarhet som rättsläget ger. Praxis är svårtolkad och det kan förefalla oklart huruvida ett genomförande av Direktivet fullständigt kan granskas när det inte sker via lag utan via en praxis som kommer att ge andra effekter för entreprenader än för primärverksamhet. Här riskerar den transparens som krävs, både för att Kommissionen ska kunna granska genomförandet och för att aktörerna ska kunna veta vad som gäller, att bli begränsad.

Den överskuggande frågan är om vi använder nationella tolkningsmetoder för att uppnå skyddssyftet i Direktivet. Enligt *Case 101/87 Bork*[18] kan en övergång även prövas genom att fastställa att anställda från överlåtaren efter övergången återfinns hos förvärvaren. Detta kan därmed inverka på om majoriteten av de tidigare anställda hos överlåtaren har gått över. Finns det skyddet i svensk rätt när arbetsbrist definieras utifrån att kontrakt löper ut så att de anställda i entreprenaden blir uppsagda långt innan övergången sker? AD har haft orsak att behandla de svenska reglerna om arbetsbrist i bl.a. *AD 2009 nr 55* och fann där att en uppsägning p.g.a. arbetsbrist innan övergången i detta fall var giltig men att begäran om företrädesrätt till återanställning kunde riktas mot förvärvaren.[19] Företrädesrätt enligt 25 § LAS förutsätter dock bl.a. att samma kollektivavtal finns hos förvärvare som överlåtare, något som ibland inte gäller vid övergång av tjänsteentreprenad. Även om så är fallet kan inte företrädesrätt jämställas med en automatisk övergång beträffande anställningsskydd.

[18] Case 101/87 *Bork*, p. 18.
[19] *AD 2009 nr 55*.

En annan fråga är vad som skulle hända i en tjänsteentreprenad om mer än hälften av berörda arbetstagare via företrädesrätt fortsätter sitt arbete hos en förvärvande entreprenör. Skulle det innebära att den rättsliga statusen på ett entreprenadbyte skulle ändras till att det var ett entreprenadbyte enligt Direktivet och att därmed en övergång av verksamhet hade inträtt? *Case 101/87 Bork*[20] kan tolkas till att detta skulle vara troligt.

14.2 Ekonomisk enhet vid personalintensiva entreprenader

En ekonomisk enhet är, som tidigare har klarlagts, mer komplicerad än enbart förekomsten av en ekonomisk verksamhet hos överlåtaren, som sedan fortsätter hos förvärvaren, såsom detta har uttryckts i EUD:s tidigare praxis. Denna praxis kan i dag tolkas till att begreppet i stället får utläsas till att en ekonomisk avgränsbar verksamhet (en ekonomisk enhet) ska ha förelegat hos överlåtaren. Produktionsfaktorerna hos denne ekonomiska enhet har sedan förts över till förvärvaren på ett sådant sätt att en ekonomisk verksamhet kan bedrivas hos förvärvaren, antingen den sker inom en enhet, eller integrerat i förvärvarens verksamhet.

Begreppet produktionsfaktorer skapar här ett vidare fält för vad som kan ha övergått. Det kan, som tidigare har diskuterats i kapitel 4-9, vara fråga om en samordning av ankarkriterier av materiell eller immateriell art men i vissa fall även ankarkriteriet personal. Identiteten i verksamheten kan på detta sätt ibland även utgöra en ekonomisk enhet. Kravet som har ställts i Mål *C-48/94 Rygaard*, beträffande hur personal kan utgöra en ekonomisk enhet, är att det ska vara en stabilt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete. Målet citeras i flera av AD:s tidiga domar om övergång av verksamhet, såsom *AD 1997 nr 67* och *AD 1998 nr 44*.

I *AD 2014 nr 14* görs en intressant genomgång av vad som utgör ekonomisk enhet i personalintensiv verksamhet, där EUD:s praxis sammanfattas enligt följande:

> ”Med ekonomisk enhet förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet (artikel 1.1 b). Enheten ska vara varaktigt organiserad och inte begränsad till att utföra visst arbete. Det ska vara fråga om en ”organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas”

[20] Case 101/87 *Bork*, p. 18.

> (C-151/09 UGT-FSP REU 2010 s. I-7591, punkten 26). Inom sektorer, som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft, behöver det inte finnas några betydande materiella eller immateriella tillgångar. Ett strukturerat kollektiv av arbetstagare kan utgöra en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, om grupperingen av arbetstagare är tillräckligt självständig. Med det förstås att ledningen för grupperingen relativt fritt och oberoende kan organisera arbetet inom gruppen och ge order och instruktioner samt fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare inom den aktuella enheten utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer (se till exempel C-108/10 Scattolon REU 2011 s. I-7491, punkterna 42–52 med hänvisningar).”[21]

AD konstaterar även att det krävs att den ekonomiska enheten behåller sin identitet efter det att verksamheten fortsätter eller återupptas, vilket inte står i överensstämmelse med EUD:s praxis.

AD 2016 nr 59 sammanfattar och utvecklar AD:s syn på ekonomisk enhet. Domstolen betonar att även en del av en verksamhet kan utgöra en ekonomisk enhet men att den, på samma sätt som i tidigare refererade dom, måste vara varaktigt organiserad och inte begränsad till att utföra visst arbete. Den ekonomiska enheten måste vara tillräckligt funktionellt självständig:

> ”Med självständighet menas de befogenheter som de ansvariga inom den aktuella gruppen arbetstagare har att relativt fritt och oberoende organisera arbetet inom gruppen”… ”Det krävs att gruppen av arbetstagare har en viss frihet att organisera och bedriva verksamheten i fråga (EU-domstolens dom, Scattolon C-108/10, EU:C:2011:542, punkt 51).”[22]

Man bör dock observera att i den av AD ofta citerade domen i Mål *C-108/10 Scattolon* var den verksamhet som överfördes integrerad i överlåtarens större verksamhet, men sågs ändå bilda en egen ekonomisk enhet.[23]

---

[21] *AD 2014 nr 14*, inledningen till domskälen.
[22] *AD 2016 nr 59*, domskälen.
[23] Mål C-*108/10 Scattolon* p. 53: “För det tredje och sista ska, beträffande det faktum att den överförda personalen och dess verksamheter integrerades i den offentliga förvaltningen, påpekas att enbart den omständigheten inte innebär att enheten ska undantas från tillämpningsområdet för direktiv 77/187 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Collino och Chiappero, punkterna 33 och 35). Motsatsen skulle strida mot den rättspraxis som det hänvisas till ovan i punkt 42, enligt vilken en organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas utgör ett “företag” i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 77/187, oberoende av dess rättsliga form och oberoende av hur den finansieras.”

AD 2016 nr 59 ger uttryck för en stor insikt i begreppet ekonomisk enhets utveckling beträffande personalintensiv verksamhet. Det förhållande att organisationen framställs som mer komplex ger en antydan om hur arbetsorganisationen kan påverka graden av självständighet i en verksamhet. En nyckelfaktor blir här att konstatera om förutsättningarna i form av att produktionsfaktorer har förts över från överlåtare till förvärvare. Genom att se att produktionsfaktorerna återfinns, samlat eller integrerat, hos förvärvaren kan även den ekonomiska enheten fortsätta att existera.

14.3 Preskriptionsfristens betydelse vid övergång av personaltung verksamhet

Det fjärde kriteriet, personalkriteriet, kan – som klargörs i kapitel 8 – granskas utifrån att övergång kan ske av majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, tas över av förvärvaren (Majoritetsfallet) och därmed ger identitet i verksamhet. Övergången kan också ske av en strukturellt organiserad personalstyrka, en ekonomisk enhet (Organisationsfallet).

AD har inte i något mål, så här långt, bedömt att personalkriteriet i sig skulle räcka för identitet i verksamhet eller ekonomisk enhet. Att AD till skillnad från EUD inte har avgjort något mål där detta anses gälla kan dock bero på flera olika omständigheter såsom att situationen i de mål som tagits upp inte innehållit underlag för bedömning av vare sig Majoritetsfallet eller Organisationsfallet. Eftersom många prövningar görs just utifrån förhållandet att personal inte har tagits över är detta dock något uppseendeväckande.

I *AD 1998 nr 146* har överlåtare och förvärvare avtalat att ingen personal ska tas över, något som AD konstaterar inte i sig utesluter att det skulle kunna vara övergång av verksamhet. AD anser dock inte att det kan ses som att en bestående ekonomisk enhet har övergått i detta fall. Eftersom verksamheten bl.a. har legat nere, räckte det inte med att bara materiella tillgångar övergått.

Det är något som är märkligt i denna bedömning generellt. I ett industrisamhälle blir det naturligt att se materiella och immateriella värden som de viktiga produktionsresurserna. Om de överförs finns det förutsättningar att fortsätta verksamheten. I ett tjänstesamhälle är detta förändrat. Personalen är den tunga resursen i allt fler verksamheter, de utgör kunskapskapitalet. Att i detta läget inte utvärdera personalens roll som produktionsfaktor blir märkligt.

Prövningen av om ”Majoritetsfallet” föreligger (d.v.s. att en majoritet kvantitativt eller kvalitativt har gått över) kan dock, såsom klargjorts i *Bork*,[24] även ske genom en senare prövning av huruvida de arbetstagare som återfinns som anställda i verksamheten hos förvärvaren, vid övergången var anställda hos överlåtaren. Detta verkar dock aldrig ha skett i svensk rätt. Anledningen är förmodligen AD:s praxis,[25] där AD konstaterar att lagrummet innebär att en uppsägning – även om den är angriplig p.g.a. att inte sakligt skäl föreligger – inte utan vidare skulle vara verkningslös.

Preskriptionen vid uppsägning räknas från uppsägningstillfället. Om Överlåtaren säger upp anställningen sex månader innan kontraktet löper ut går därmed preskriptionsfristen ut när det är drygt 5 ½ månad kvar till anställningen avslutas. I ett svårbevisat rättsläge, såsom vid övergång av tjänsteentreprenad, är det vanligt att arbetstagaren söker nytt arbete. Detta innebär att rättsföljden av svensk preskription i denna situation ofta innebär att det inte finns en majoritet av arbetstagare kvar att ta över ens om så önskas av förvärvaren.

I AD 2023 nr 29 klargör domstolen att den inte ser preskriptionen som ett problem:

> ”De arbetstagare vars anställningsavtal eller anställningsförhållande har avslutats före övergången, i strid med artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet, ska enligt EU-domstolens praxis alltjämt anses vara anställda vid tidpunkten för övergången (se EU-domstolens dom av den 12 mars 1998, Dethier Équipement, C-319/94, EU:C:1998:99, punkt 35, dom av den 24 januari 2002, Temco, C-51/00, EU:C:2002:48, punkt 28, och dom av den 15 juni 1988, Bork International m.fl., 101/87, EU:C:1988:308, punkt 18). Detta medför bl.a. att arbetsgivarens skyldigheter gentemot dessa arbetstagare fullt ut överförs från överlåtaren till förvärvaren.”

AD menar att processen blir enkel och effektiv eftersom arbetstagaren inte behöver föra talan mot överlåtaren utan att det räcker med att detta görs mot förvärvaren. Beträffande övergång av tjänsteentreprenad enligt Direktivet blir dessa uttalanden något märkliga. AD anser att det är tillåtet att säga upp de anställda i en tjänsteentreprenad, på grund av arbetsbrist, om inte överlåtaren med säkerhet kan överblicka att det blir en övergång. Uppsägning kommer därmed, enligt AD, inte att ske i strid med Direktivet och är därmed tillåten.

---

[24] Case 101/87 *Bork*, p. 18.
[25] *AD 1995 nr 60*.

En arbetstagare som vill få uppsägningen undanröjd måste föra en ogiltighetstalan och därvid iakttaga LAS mycket korta preskriptionstid. Om man ska kunna pröva om samma personer som var anställda hos överlåtaren vid övergångstillfället senare återfinns hos förvärvaren krävs en längre preskriptionstid än två veckor för ogiltighetstalan, för att anställda ska kunna få rätt att övergå. Här kan man, som tidigare klargjorts, hävda att preskriptionen åsidosätts av Direktivet.

Den praktiska effekten blir dock en annan. Den uppsagde arbetstagaren, som vet hur anställda i tjänsteentreprenader – utan andra ankarkriterier – värderas, har i praktiken få andra val än att söka nytt arbete. En ogiltighetstalan är alltid osäker, särskilt när tjänsten inte består, och kan dessutom ta lång tid. Den automatiska övergång som Direktivet garanterar när kriterierna är uppfyllda blir här en chimär. Situationen för den som arbetar i en tjänsteentreprenad utan andra ankarkriterier än personal är att övergång av verksamhet behandlas helt annorlunda än övergång där tunga materiella eller immateriella värden övergår. Men denna situation behandlas även helt annorlunda än när personaltung primärverksamhet övergår, eftersom det särskilda förfarandet vid entreprenadövergång inte beaktas utan att samma krav på förutsägbarhet för överlåtaren ställs. Detta kan därmed ge en bristande access to justice för de anställda.

Prövningen om det skulle strida mot näringsfriheten med en preskriptionsbestämmelse som inte uteslöt prövning av huruvida anställda i praktiken har gått över till förvärvaren kan göras utifrån tidigare genomgånget trestegstest:[26]

> Steg 1: Är åtgärden i strid med näringsfriheten?
> Steg 2: Är åtgärden i så fall berättigad för att skydda någon annan rättighet eller något annat samhällsintresse?
> Steg 3: Är åtgärden proportionerlig för ändamålet.

Testet resulterar i att en förlängd preskriptionstid möjligen kan vara en ingripande åtgärd för arbetsgivare, men eftersom det finns arbetsgivarintressen både hos överlåtare och förvärvare kan arbetsgivarintressena bli motstridiga. Överlåtaren skulle, i lägen där förvärvaren inte frivilligt tar över personalen vid övergångstillfället, gynnas av en utsträckt preskriptionstid medan förvärvaren däremot skulle kunna se den som negativ.

Läget i Steg 1 blir därmed inte helt klart, men om åtgärden skulle ses som stridande mot näringsfriheten i första steget kan vid prövning av Steg 2 ett berättigat skyddsintresse enligt Direktivet visas, och åtgärden kan inte heller ses som oproportionerlig i Steg 3.

[26] Se kap. 2.

I ett sådant läge får i stället en prövning göras om detta strider mot EU-rätten eller inte. Skyddet i Direktivet gäller den som är arbetstagare enligt nationell rätt. Dock får inte inskränkningar göras av arbetstagarbegreppet som skulle strida mot Direktivet. Inskränkningen av anställningsskydd genom nationell preskription är tveksam, särskilt som den ger speciella rättsverkningar vid entreprenadövergång. Se även EUD:s behandling av nationell preskriptionsbestämmelse som inskränkte rätten att ta ut semester, vilket sågs som oskäligt när situationen berodde på arbetsgivarens agerande.[27]

Man bör även beakta den förskjutning som verkar ha skett i senare domar från EUD. I Mål *C-344/18 ISS Facility*[28] har klargjorts att begreppet övergång ska tolkas ”tillräckligt extensivt för att direktivets syfte att skydda arbetstagarna vid övergång till ett nytt företag ska kunna uppnås”. När EUD väljer att precisera skyddssyftet på detta utvidgade sätt, kan nationella regler om preskription, som ger sämre skydd vid övergång, ifrågasättas.

14.4 Något om den kommunala entreprenadens särart vid övergång av verksamhet i svensk rätt och de generella slutsatser som går att dra av detta

En entreprenad kan organisatoriskt utgöra en hel verksamhet eller en del av en verksamhet. Den kan vara kärnan i verksamhetens produktion, likaväl som endast en servicefunktion. Det som är gemensamt i de olika fallen är att det föreligger ett kontrakt mellan entreprenören och huvudmannen om arbetets utförande. Vanligtvis upphandlas detta kontrakt och avser en bestämd period, ofta tre år, ibland med en ömsesidig förlängningsmöjlighet på ytterligare två eller tre år.[29]

Entreprenaden kan bedriva sin verksamhet i privat sektor, likaväl som i offentlig sektor. I privat sektor styr marknaden medan i kommunal och regional sektor, liksom även i statlig sektor, har

[27] Mål C-120/21 angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Bundesarbeitsgericht (Federala arbetsdomstolen, Tyskland) genom beslut av den 29 september 2020, som inkom till domstolen den 26 februari 2021, i målet LB mot TO. s. 21. Se p. 57 “Av det anförda följer att tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt. Artikel 7 i direktiv 2003/88 och artikel 31.2 i stadgan ska tolkas så, att de utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken den rätt till årlig betald semester som en arbetstagare förvärvat under en referensperiod preskriberas vid utgången av en treårsperiod som börjar löpa i slutet av det år då denna rättighet uppkom, när arbetsgivaren inte verkligen har gett arbetstagaren möjlighet att utöva denna rättighet.”

[28] *C-344/18 ISS Facility Services*, p. 34.

[29]Se; Intervju Karlsson, Barbro, strateg på Stockholms kommuns kansli för äldreomsorg, intervju 15 februari 2021. Intervju Loftby, Helen, Personalchef region rikskunder Sodexo, Eva Samuelsson, inköpsavdelningen Sodexo, Eva-Kristina Andersson Personalchef regionala rikskunder städ, Sodexo, gemensam intervju, 12/4 2005.

entreprenadutläggningar tillkommit utifrån politisk vilja till driftsformsförändringar, ofta för att spara pengar eller av ideologiska skäl.[30] Kommunala och regionala entreprenader (här kallade kommunala entreprenader)[31] är intressanta, eftersom de renodlar flera av de problem som har uppkommit vid övergång av verksamhet. Många entreprenörer har kontrakt för arbete både inom privat och kommunal sektor. Det kan därmed finnas mycket i de kommunala entreprenaderna som kan ha relevans även för privat sektor.

14.4.1 Förutsättningar för kommunala entreprenader

Kommunal verksamhet bedrevs under många år med kommunen som huvudman, utförare och finansiär. Redan under 1950-talet förekom det att kommuner lät en del kommunal verksamhet utföras av entreprenörer, men då var det endast fråga om den s.k. hårda verksamheter, såsom gata, park, bygg och anläggning.[32]

När offentlig sektor byggdes ut under 60- och 70-talet var det främst tjänstesektorn som ökade. Det arbete som tidigare utförts i hemmet professionaliserades inom vård, förskola, etc. Transfereringssystemen gjorde att tidigare oavlönade sysslor i hemmet nu i större utsträckning utfördes på den offentliga arbetsmarknaden och bekostades via skatt. Kvinnor som i denna fas kom ut på arbetsmarknaden arbetade i stor utsträckning inom tjänstesektorn, som utvecklades till en låglönemarknad, där många dessutom arbetade deltid. Arbetet var tungt, och behovet av att kunna bemanna verksamheter, där vissa tider var betydligt mer intensiva, försvårade heltid.

Industrin sågs som den produktiva och bärande sektorn – det var industrin som satte riktmärket för löneutvecklingen. Den offentliga sektorn benämndes den ”tärande sektorn” och löneutvecklingen var sämre. Värderingen av personalintensiv tjänstesektor, såsom städning, var låg. Även för yrken som kräver gedigen utbildning är ingångslönen än i dag mycket lägre än för många industriarbetare med betydligt kortare utbildning.[33] En privat arbetsmarknad gav möjlighet till konkurrensutsättning, vilket öppnade upp för entreprenadutläggning av verksamheten.[34]

---

[30]Se Intervju Söderlöf, Göran. Jurist, Tidigare SKL (SKR), 2019 (en av flera). Se även Edgren & Skärvad, Nätverksorganisationer: Outsourcing, partnerskap och nya organisationsformer, 2 uppl., Liberförlag. 2014.

[31] Entreprenader med kommunal eller regional huvudman kallas enligt kommunallagen “privata utförare”, se prop. 2013/14:118, men här är perspektivet på huvudmannaskapet och de kallas därför “kommunala entreprenader”.

[32] Se Intervju, Lars Kolmodin, Region Halmstad, avdelningschef och Sakkunnig inom konkurrensutsättning av välfärdstjänster och valfrihetssystem, 19/1 2021.

[33] Se lönegenomgången i kap. 12.6.

[34] Se SOU 1991:26 Kommunala entreprenader – Vad är möjligt? Rapport till konkurrenskommittén, generellt.

I dag är det vanligt att de flesta kommuner och regioner har åtminstone någon entreprenadutlagd verksamhet som upphandlas i konkurrens.

Den tidigare utläggningen av verksamhet på entreprenad inom t.ex. teknisk förvaltning såsom snöröjning och sophämtning var materialtung och de personalgrupper som då berördes var inte särskilt omfattande. Vid utläggning av personalintensiv verksamhet, såsom vård, omsorg, städning, blev resultatet ett annat. Dels omfattades många anställda genom att verksamheterna var personalintensiva, dels berördes många genom att dessa utläggningar nu kom att omfatta en allt större andel av verksamheten. En entreprenad kännetecknas av att kommunen eller regionen:[35]

1. har kvar det fulla ansvaret för verksamheten
2. fastställer kvantitativa och kvalitativa mål för verksamheten.
3. prioriterar insatserna samt beslutar om vilka som ska få del av tjänsterna och i så fall i vilken omfattning.
4. fastställer avgifter för den kommunala servicen om servicen är avgiftsbelagd.
5. följer upp och kontrollerar verksamheten.
6. upphandlingen sker efter LOU:s regelverk.
7. avgränsar den verksamhet, del av verksamhet eller arbetsuppgifter som ska läggas ut.[36]

Med entreprenad menas att ”en extern producent anlitas av t.ex. en kommun för att för den sistnämndas räkning, självständigt och över en längre tid, utföra en eller flera tjänster inom en viss sammanhållen kommunal verksamhet.”[37]

Entreprenören är en från kommunen avskild juridisk person, men associationsformen kan variera. Entreprenaden kan utföras av ett kommunalt[38] eller privat bolag, av en ekonomisk eller ideell förening eller av en stiftelse. Detta innebär att även en association som inte är en egen juridisk person likaväl kan inträda som fullvärdig entreprenör.

---

[35] Se SOU 1991:104 s. 88 för kriterierna 1-5. Kriteriet nr 6 är en anpassning till dagens lagstiftning av det kriterium som framgår i SOU 1991:104. Kriterium nr 7 baseras på egen uttolkning.
[36] Listan är sammanställd från genomgången i Madell, *Det allmänna som avtalspart - särskilt avseende kommunens kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, 1998.
[37] Madell, *Det allmänna som avtalspart - särskilt avseende kommunens kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*. 1998, s. 199.
[38] Kommunallagen ser inte kommunen som huvudman när ett helägt kommunalt bolag utför arbetet. Detta kan dock ge en del problem se diskussionen i Örnberg, 2004, s. s. 57 ff., där det klargörs att kommunen i vissa lägen har ett ansvar för att tjänsten utförs. Ansvar och huvudmannaskap följs därmed inte alltid åt. Vid t.ex. köp av enstaka platser på en institution föreligger inget huvudmannaskap för verksamheten men ansvaret för att kommunmedborgaren får en vård av god kvalitet finns ändå.

Driften är privat men finansieringen är huvudsakligen kommunal och ansvaret för att verksamheten bedrivs och hur den bedrivs ligger ytterst på kommunen. Nya driftsformer har växt fram och gett nya utmaningar.[39] Detta gör att kommunen får ett stort behov av att till viss del styra innehållet i entreprenörens verksamhet. Denna styrning kan inte uppnås enbart genom associationsformen som sådan, utan kommunen måste i stället avtala om detta.[40]

Kommunala driftsformsförändringar är alltjämt i utveckling och vi är i dag, ett par decennier in på 2000-talet, inne i en ny våg av utläggning av kommunal verksamhet.

Ända sedan slutet av åttiotalet har man arbetat mycket med styrmodellsförändringar genom att gå från regel- och detaljstyrning till målstyrning i en strävan efter en tydligare koppling mellan den politiska inriktningen och den faktiska verksamheten.[41] En förnyelse inom den kommunala förvaltningsformen har blivit allt vanligare under de senaste årtiondena.[42] Andelen anställda i kommunala entreprenader inom välfärdstjänsterna är störst inom storstads- och förortskommuner men växer även regionalt.[43]

I propositionen till lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) redogjorde regeringen för olika sätt att konkurrensutsätta verksamhet i egen regi och uttalade bl.a. följande.

> ”En driftentreprenad föreligger när en kommun anlitar en extern leverantör som på grundval av ett skriftligt avtal åtar sig att för kommunens räkning, varaktigt och självständigt, utföra en eller flera tjänster i en sammanhållen verksamhet. Kommunen är fortsatt huvudman för verksamheten, dvs. kommunen behåller sitt ansvar gentemot de brukare eller patienter som omfattas av den entreprenaddrivna verksamheten. Kommunen bestämmer vad verksamhetensmål, inriktning, omfattning och kvalitet ska vara. Kommunen

[39] SKF, Konkurrens för fortsatt välfärd? – om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftsformer, Välfärdsprogrammet, s. 135.
[40] Se; Intervju Jörgen, Lundqvist, Ombudsman, VD - LSR Service AB Fysioterapeuterna, 5/3 2014.
[41] För två helt olika perspektiv se, Werenfels Röttorp, Monica & Hedelin, Johan, *Konkurrens på låtsas - Kommunalt förändringsarbete på villovägar*, Ekerlids förlag, 1995, s. 22 ff. och Ström, Peter, ’Hur påverkas de gamla och personalen av hemtjänstens privatisering? Om behovet av kritisk forskning om entreprenader i äldreomsorgen’ i Gustafsson Rolf Å (red), *Ur Köp och sälj var god svälj – vårdens nya ekonomistyrningssystem i ett arbetsmiljöperspektiv*, Arbetsmiljöfonden, 1994, s. 155.
[42] 2011 uppgick offentlig sektors köp av tjänster till 81 miljarder, se SCB, Finansiärer och utförare inom vård, skola och omsorg 2011, s. 6 f., publicerad 2013-09-20. Under 2021 köpte kommuner och regioner kärnverksamhet från privata och offentliga aktörer för 194 miljarder enligt SKR:s sammanställning, Köp av verksamhet, 3 oktober 2022, https://skr.se/skr/ekonomijuridik/ekonomi/sektornisiffror/kopavverksamhet.35817.html (besökt 13 april 2023).
[43] Prop. 2013/14:118 s. 30.

ansvarar även för uppföljning, utvärdering och eventuella kompletterande insatser.”[44]

Detta klargörande av huvudmannaskapets ansvar och utföraransvaret kvarstår även i senare reglering.[45]

14.4.2 Övergång av verksamhet vid kommunala entreprenader

Materialintensiva kommunala entreprenader har ofta en tydlig övergångskedja genom sitt materiella ankarkriterium så länge verksamheten fortsätter. Materialet bildar förutsättningen för de produktionsfaktorer som måste finnas i den ekonomiska enhet som går över och materialet kommer även att ge en identitet i verksamheten. Vid upphandling kommer personalen vanligtvis att följa med den utlagda verksamheten och kontinuitet kan därmed säkras. Detta gäller både så kallade ”hårda verksamheter” såsom teknisk förvaltning m.m. och så kallade ”mjuka verksamheter” såsom omvårdnad m.m.. Om ett tydligt materiellt ankarkriterium finns, kommer både hård och mjuk verksamhet att gå över inklusive personal. I den mjuka verksamheten uppnås detta ofta genom att den personalintensiva verksamheten bedrivs i en byggnad, t.ex. ett äldreboende, som är utrustad med sängar, liftar m.m. där byggnaden och utrustningen blir ankarkriterium även för personalövergången. Det blir därmed en kombination av material och personal, där material kommer att ge förutsättningarna för övergång enligt nuvarande tolkning av EUD.

Den personalintensiva verksamhet som bedrivs utan ett materiellt eller immateriellt ankarkriterium, såsom hemtjänst kan däremot hamna i ett helt annat läge. Verksamheten utmärks av att personalgruppen går hem till brukarna av tjänsten. De agerar huvudsakligen självständigt utan någon direkt arbetsledning. Den arbetsledning som finns sitter på ett kontor och utövar indirekt ledning genom vissa instruktioner men personalen får huvudsakligen förlita sig på sin utbildning eller erfarenhet. Vid upphandling av verksamheten finns få materiella- eller immateriella resurser, verksamheten baseras på personalens kunskap.

Detta innebär problem beträffande att fastställa ankarkriterium. Personalen kommer vid en övergång vanligtvis inte att komma över tillsammans med arbetsledning. Det blir därmed i dag ofta en tolkning som innebär att personalen inte har tillräcklig styrning och strukturell självständighet för att personalgruppen i sig skulle kunna utgöra ett ankarkriterium.

Styrningen av kommunala entreprenader blir väsentlig för kommun och region för att kunna säkerställa kvalitéten i verksamheten för kommun-

---

[44] Prop. 2008/09:29 s. 19 f. Lag om valfrihetssystem.
[45] Örnberg, 2014, s. 52-59.

och regioninvånarna. Styrningen sker dels via avtal med entreprenören, dels genom de tillitsbaserade styrningsmodeller som oftast byggts upp i den egna verksamheten och blivit en förutsättning för verksamhetens utförande.[46] Dessa modeller har även blivit standard hos många entreprenörer som tillhandahåller verksamheter där arbetet utförs till stora delar självständigt av anställda. Vid utläggning från kommunal eller regional verksamhet eller vid entreprenadbyten vid ny upphandling är styrmodellen i sig en kvalitetsaspekt.[47]

Styrningen av personalintensiv verksamhet är mer komplex än en branschvis uppdelning. Ett bra exempel på detta är städning. En städentreprenad kan vara tillitsstyrd genom att de anställda har stor kunskap och får fortbildning. Städning av operationssalar på ett sjukhus är ett exempel på verksamhet som bör förutsätta stor kunskap och fortlöpande utbildning. Städning av ett universitet kan vara enklare men det är mest en fråga om vilka krav som har ställts på arbetets utförande i upphandlingen och vilken styrmodell som förutsätts. En prövning av huruvida en städentreprenad kan utgöra grund för övergång av verksamhet vid ny upphandling bör därmed ske genom en genomgång av flera olika omständigheter såsom:

1. Finns produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet som skulle kunna föras över till nästa utförare? För att kunna svara på detta måste vi undersöka verksamhetens karaktär.
2. Har vi ett ankarkriterium i form av materialintensiv verksamhet så kommer material dels stödja identitet i verksamhet så länge verksamheten fortsätter, dels kunna utgöra produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet. Samma resonemang kan föras beträffande en immaterialrättsligt tung verksamhet.
3. Om inte tunga materiella eller immaterialrättsliga värden finns får vi i stället en prövning av om personalen skulle kunna utgöra ett ankarkriterium. Detta kan ske genom att majoriteten av personalen kvantitativt eller kvalitativt övertas av överlåtaren.
4. Om detta inte sker kan en prövning i stället göras huruvida styrmodellen för personalen skulle kunna ge en tillräcklig självständighet i personalgruppen. Föreligger den självständigheten så finns även de produktionsfaktorer som kan skapa en ekonomisk enhet genom personalens arbete.

Vad skulle fördelen kunna vara med en modell som även granskar styrmodeller utifrån om de kan skapa tillräcklig självständighet och därmed

[46] Se avsnitt 11.4.
[47] Sveriges Kommuner och Regioner (SKR), Tillitsbaserad styrning, publicerad 6 maj 2022, https://skr.se/skr/demokratiledningstyrning/styrningledning/organiserastyraleda/styrledningssystemarbetssatt/styraforresultat/tillitsbaseradstyrning (besökte 13 April 2023). Se även intervju Sara, Tocklin HR-chef ISS, Intervju 3/10 2012.

utgöra produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet? Svaret är; en mer exakt och förutsägbar bedömning.

Om man som i punkt 3 ovan har en situation där förvärvaren tar över majoriteten av kvarvarande personal, kanske som i avgörandet Mål *C-51/00 Temco*, där kollektivavtalets skrivning fick den effekten, kvarstår ändå frågan om det verkligen finns en ekonomisk enhet som har övergått. Finns produktionsfaktorer i tillräcklig mån för att kunna bedriva verksamheten? Denna fråga framställs sällan. I stället sätter man likhetstecken mellan att majoriteten har övergått och att det är en ekonomisk enhet som övergår, men är detta logiskt?

Om man i stället som i punkt 2 har situationen att materialintensiv verksamhet eller stora immateriella värden går över, kvarstår ändå frågan om dessa ensamma kan bilda en ekonomisk enhet eller om produktionsfaktorerna också förutsätter personal som kan hantera det som går över.

En tydligare koppling mellan personalkriteriet, styrmodell och produktionsfaktorer skulle skapa en större förutsägbarhet. I dag kan en överlåtande entreprenör inom personalintensiv verksamhet säga upp de anställda i god tid innan kontraktet löper ut med motiveringen att det vid uppsägningstillfället inte är känt om ny entreprenör tar vid eller om den första entreprenören får ett förnyat kontrakt. Om en ny entreprenör kommer in, vet nämligen inte den överlåtande entreprenören om förvärvaren frivilligt kommer att ta över personalen eller. Denna osäkerhet har inte setts som skälig för överlåtaren, och denne har därför rätt att säga upp personalen. Om entreprenören får ett förnyat kontrakt utgör detta inte grund för att avbryta uppsägningen, eftersom bedömning av sakliga skäl görs vid tiden för uppsägningen, inte utifrån vad som händer under uppsägningstiden.

Om den bedömning, som görs av den överlåtande entreprenören i stället utgick från effekt av styrmodell, skulle överlåtaren med större säkerhet kunna fastställa om personalgruppen kan utgöra ett ankarkriterium och även kunna ge produktionsfaktorer för en ekonomisk enhet, oavsett om förvärvaren planerar att ta över personal eller inte.

14.4.3 Företrädesrätt till återanställning

Om en övergång av verksamhet enligt Direktivet sker, men personal har sagts upp innan detta blir klart, föreligger en företrädesrätt för dessa till återanställning. Förutsättningen är att det inom nio månader efter att uppsägningen sker uppstår ett ledigt arbete hos förvärvaren. Detta arbete måste dock ligga inom samma driftsenhet och samma avtalsområde, och arbetstagaren måste ha tillräckliga kvalifikationer.

Hur ska driftsenhet avgränsas hos entreprenader? Hos en entreprenör som bedriver flera olika verksamheter bestäms driftsenheten utifrån ”den egna verksamheten”. I den egna verksamheten avgränsar man driftsenhet utifrån byggnad eller inhägnat område. Huruvida entreprenaden blir en egen driftsenhet beror därmed dels på om entreprenören har flera verksamheter i samma byggnad eller inhägnade område, dels på om samma avtalsområde består hos den nya entreprenören.

I en entreprenad kan dock arbetsledning och arbetsmiljöansvar vara delat mellan huvudmannen och arbetsgivaren på samma sätt som vid inhyrning av arbetskraft. Överlåtaren kan vid talan om övergång av verksamhet föreligger, och denna talan inte handlar om överlåtarens uppsägning, uppleva en viss rättslöshet. Överlåtarens intresse av att påtala att det föreligger en övergång av verksamhet, för att därmed inte behöva säga upp personalen och betala lön under uppsägningstiden, har inte beaktats. Därmed föreligger ingen nationell talerätt för överlåtare. I prop. 94/95:102 konstateras:

> ”Vad man i traditionell mening uppfattar som renodlade entreprenadsituationer, eventuellt med byte av två entreprenörer utan rättsligt samband dem emellan, har exempelvis ansetts omfattade av direktivet i vissa fall. I dessa entreprenadliknande situationer som har bedömts har dock domstolen haft att utgå från förutsättningen att entreprenören inte bara åtar sig själva entreprenaden, utan att han därtill också tagit över arbetsgivaransvaret för de anställda som har funnits i verksamheten. Det är tydligt att dessa situationer befinner sig nära gränsen för direktivets tillämpningsområde. Det kan ifrågasättas om en entreprenad som utförs uteslutande med användning av entreprenörens egna anställda överhuvudtaget omfattas av direktivet.” [48]

Är kommunen huvudman för verksamheten, och därmed ansvarig för dess utförande och kvalitet, är situationen tydligare än om så inte är fallet. Har kommunen ett huvudmannaskap för verksamheten föreligger nämligen en skyldighet för kommunen att tillhandahålla tjänsten till kommunmedborgarna. Sambandet ges därmed förvaltningsrättsligt och bör kunna vara liknande det avtalsrättsliga sambandet som föreligger i privaträttsliga övergångssituationer.

Direktivet är inte bara tillämpligt på övergång av företag utan även övergång av verksamhet, vilket tydligt visas i de mål där en statlig verksamhet överförs från en myndighets verksamhetsområde till en annans. Här blir begreppsdefinitionerna dock betydligt mer komplicerade. Staten är en enda juridisk person, och statlig verksamhet som

[48] Prop. 1994/95:102, s. 31. Citatet speglar den svenska inställningen till entreprenad 1994.

ej överförs till privat sektor utan till annan del av staten byter därmed i strikt mening inte arbetsgivare. Direktivet ger medlemsstaterna frihet att själva avgöra om den offentliga verksamheten ska omfattas, vilket Sverige har valt att göra.

De sju kriterierna får även en delvis annan viktning när en övergång är alternativ till att huvudmannen anställer direkt, bedömningen måste då grundas utifrån om kärnan i verksamheten består. Kärnan kan ses både utifrån verksamhetens karaktär, verksamhetens art, ekonomisk avgränsning och tillståndsgivningens förutsättningar. Inom kommunala entreprenader kan denna kärna finnas i kommunens huvudmannaskap, när verksamheten ligger inom kommunens obligatoriska ansvar och därför måste fortsätta att utföras. Kravet på kontinuitet är därmed uppfyllt.

14.5 Sammanfattning del 3

I kapitel 13 skildras hur Sverige går in i EU 1995 med ett existerande rättssystem, beträffande övergång och entreprenader, sedan lång tid. Eftersom det inte fanns något avtalssamband mellan övertagande och förvärvande entreprenör har svensk rätt tidigare inte sett övergång av verksamhet mellan entreprenörer som möjlig. När ett kontrakt löpte ut har det sedan länge setts som arbetsbrist och entreprenören har kunnat säga upp de arbetstagare som inte kunde omplaceras. När EU-rätten infördes och inkluderade övergång av verksamhet som möjlig utan att direkt avtalssamband föreligger, kom även entreprenader att innefattas.

Det tog lång tid innan AD i sin praxis kom fram till att byte av en entreprenad i praktiken skulle kunna innebära övergång av verksamhet. Vilket i ett kollektivavtalstungt system innebär att dessa arbetstagare inte omfattas av ett kontinuerligt skydd utifrån kollektivavtalade villkor. Problem kan även föreligga när skyldigheten till information och förhandling enbart föreligger inom den egna juridiska personen. Vid övergång av verksamhet finns ett praktiskt behov av att informera och förhandla mellan alla involverade aktörer.

I kapitel 14 klargörs vissa problem vid entreprenadövergång i svensk rätt. Enligt EU-rätten måste medlemsländerna använda nationella tolkningsmetoder för att uppnå det skydd som ges i t.ex. Direktivet. Vilka möjligheter finns det för ett medlemsland att hålla fast vid tidigare praxis huruvida legal arbetsbrist föreligger om detta försvagar skyddet vid övergång av verksamhet? Här diskuteras situationen att det i svensk rätt anses föreligga sakliga skäl att säga upp p.g.a. arbetsbrist, förutsatt att omplaceringsskyldigheten är fullgjord, när ett entreprenadavtal löper

ut. Detta gäller oavsett om det efter uppsägningen senare visar sig att entreprenören får ett förnyat kontrakt. Arbetstagaren har i detta fall företrädesrätt till återanställning men det är inte samma anställningsskydd som Direktivet ger. Möjligheten att kontrollera om identitet eller ekonomisk enhet övergått genom att arbetstagare efter övergången tagit anställning hos förvärvaren försvåras starkt av svenska preskriptionsregler. Eftersom de svenska preskriptionsreglerna ger korta frister vid ogiltighetstalan, två veckor, så kommer möjligheten att kontrollera huruvida majoriteten av personalen tagits över genom nyanställning av förvärvaren, såsom EU-rätten möjliggör, inte vara möjlig i svensk rätt. Om en entreprenadövergång enligt Direktivet föreligger kan arbetstagaren föra talan mot förvärvaren eftersom uppsägningen i så fall är olaglig. Teoretiskt sett låter detta som ett skydd, men i praktiken kommer uppsägningen många gånger att ske långt innan övergången. Arbetstagaren har att välja mellan att föra talan mot överlåtaren om att uppsägningen var felaktiga, vilket är svårt enligt nuvarande tillämpning av vad som utgör arbetsbrist, eller att senare föra talan mot förvärvaren om att en övergång har skett i Direktivets mening.

Det första valet blir svårt eftersom det ses som sakliga skäl att säga upp inför att ett entreprenadkontrakt löper ut, såvida det inte framstår som klart att det kommer att bli en övergång, vilket sällan är fallet vid tjänsteentreprenad. Om överlåtaren säger upp men får ett förnyat entreprenadkontrakt utgör detta inte grund att avbryta uppsägningen eftersom bedömning av vad som utgör sakliga skäl görs vid tiden för uppsägningen, inte utifrån vad som händer under uppsägningstiden. Den arbetstagare som blir uppsagd kommer i praktiken att istället inrikta sig på att hitta nytt arbete.

För att en övergång ska vara möjlig måste det föreligga en ekonomisk enhet hos överlåtaren där produktionsfaktorerna övergår till förvärvaren. Vid personalintensiv verksamhet kommer därvid att krävas att den ekonomiska enheten är tillräckligt självständig, vilket i dag ofta indikeras via att arbetsledning följer med. Här förs en diskussion om att tjänsteentreprenader sällan har direkt arbetsledning och att det därför är ovanligt att arbetsledning har följt med över. Arbetsorganisationen hos tjänsteentreprenader bygger i dag ofta på indirekt arbetsledning såsom målstyrning eller tillitsbaserad styrning. Denna typ av mer passiv arbetsledning är inte i sig en produktionsfaktor. Det är i stället arbetstagarna som har möjlighet att integreras i en ny organisation för att fortsätta producera och som normalt är tillräckligt självständiga för att kunna klara av detta.

Kapitlet avslutas med en genomgång av förutsättningarna för kommunala/regionala entreprenader. Styrningen av kommunala entreprenader har kommit allt mer i fokus för att kunna säkerställa kvalitéten i

verksamheten för kommun- och regioninvånarna. Vid utläggning från kommunal eller regional verksamhet eller vid entreprenadbyten vid ny upphandling är styrmodellen en kvalitetsaspekt.[49] Frågan blir då: Finns produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet som skulle kunna föras över till nästa utförare? För att kunna besvara frågan måste vi undersöka följande i verksamhetens karaktär:

1. Om det finns ett ankarkriterium i form av materialintensiv verksamhet och verksamheten fortsätter/kan förväntas fortsätta efter övergången så kommer material dels att stödja identitet i verksamhet, dels kunna utgöra produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet. Samma resonemang kan föras beträffande en immaterialrättsligt tung verksamhet.

2. Om inte material eller stora immaterialrättsliga värden finns, får vi i stället göra en prövning av huruvida personalen skulle kunna utgöra ett ankarkriterium. Detta kan ske genom att majoriteten av personalen antingen kvantitativt eller kvalitativt övertas av överlåtaren.

3. Om detta inte finns vare sig tunga materiella- eller immateriella kriterier eller att majoriteten av personalen har tagits över, kan en prövning i stället ske om styrmodellen för personalen skulle kunna ge en tillräcklig självständighet i personalgruppen. Föreligger den självständigheten finns även de produktionsfaktorer som kan skapa en ekonomisk enhet genom personalens strukturerade arbete.

Vad skulle kunna vara fördelen med en modell som även granskar styrmodeller utifrån huruvida de kan skapa tillräcklig självständighet och utgöra produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet? Svaret är; en mer exakt och förutsägbar bedömning.

En tydligare koppling mellan personalkriteriet, styrmodell och produktionsfaktorer skulle skapa en större förutsägbarhet. Bristande rättslig förutsägbarhet ger en ineffektivitet och är tvistedrivande. Detta skulle i så fall kunna innebära att en ekonomisk enhet i en entreprenad går över på samma sätt som i en primärverksamhet, oavsett om förvärvaren planerar att ta över personal eller inte. Det viktiga blir om produktionsfaktorerna har gått över.

[49] Sveriges Kommuner och Regioner (SKR), Tillitsbaserad styrning, publicerad 6 maj 2022, https://skr.se/skr/demokratiledningstyrning/styrningledning/organiserastyraleda/styrlednings-systemarbetssatt/styraforresultat/tillitsbaseradstyrning (besökt 13 April 2023).

Kapitel 15: Sammanfattning, analys och tankar

I avhandlingens sista kapitel ska ett försök göras att sammanfatta de slutsatser som tidigare kapitel ger underlag för, analysera dess effekter och svara på avhandlingens grundfråga: *Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning?*

Därför utgår detta kapitel inledningsvis från frågorna i frågeställningen i syftet:

- *Hur långt går skyddet för arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet i förhållande till näringsfriheten vid tolkning av Direktivets syfte och EUD:s domar beträffande entreprenader?*
- *Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätten och vilka effekter har det gett?*
- *Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?*
- *Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?*
- *Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?*
- *Hur har Direktivets skyddssyfte genomförts i svensk rätt och uttolkats i AD beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet och vilka effekter har det gett för entreprenader?*

Analysen i avhandlingen har i enligt med metoden Purposive Approach, såsom den skildras i kapitel 1.4.3, byggs upp utifrån ramfrågorna i frågeställningen och besvaras enligt sammanställningen nedan:

1. Vad är syftet med regleringen? – kapitel 15.1.3.
2. Hur ska regleringen klarläggas och uttolkas utifrån sitt sammanhang? – kapitel 15.5.2.
3. Hur kan regleringen ses utifrån en strävan både till effektivitet och att ge en demokratisk förankring? – kapitel 15.6.1.

En analys av effekterna av regleringen utifrån effektivitet och demokratisk förankring samt förslag på åtgärder ges i kapitel 15.7 och 15.8. Förenande för kapitel 15 är skyddssyftet och dess begränsningar och hur

entreprenadsituationen hårddrar situationen och utkristalliserar de rättsliga frågorna.

15.1 Hur långt går skyddet - EU-rättens grundläggande avvägning beträffande skydd för arbetstagare vid övergång och näringsfrihet

Direktivet ska tillämpas om det företag eller den verksamhet som ska överlåtas ligger inom EU-fördragets territoriella räckvidd. Samtidigt är Direktivet en balansgång mellan aktörernas intressen och preciserar nödvändiga inskränkningar i näringsfriheten för att skydda sociala hänsyn. Proportionalitet i enlighet med Art. 52 Rättighetsstadgan ska därmed eftersträvas utifrån utgångspunkterna i stadgan.

Näringsfrihet blir grunden för tolkningen, men Direktivet preciserar hur näringsfriheten förenas med social hänsyn i en sammanvägning. De värden som direkt skyddas i Direktivet eller enligt EUD:s uttolkning, måste därmed respekteras av medlemsländerna. Medlemsländerna har även en skyldighet att använda tolkning av nationell rätt för att uppnå de av EU fastställda skyddsvärdena, se t.ex. *C-617/10 Åkerberg Fransson.* Nationella förarbeten som inte beaktar EU-rättens sammanvägning kan därmed inte användas. Varje nationell lagstiftare och domstol har att göra proportionalitetsavvägningar i varje konkret fråga utifrån det som är EU-rättens syften vid gällande tidpunkt. Begreppet ekonomisk enhet i Direktivet ska dock tolkas EU-konformt.

Rättighetsstadgan är primärrätt, vilket innebär ett starkare genomslag, eftersom denna stadga får direkt effekt i den mån den är tillräckligt klar och tydlig. Enligt Art. 30 i Rättighetsstadgan ska skydd ges mot osakliga uppsägningar i enlighet med unionsrätten, medlemsländernas lagstiftning och praxis. Art. 30 i stadgan preciseras i Direktivet och har så här långt inte i sig själv setts som möjlig att ge direkt effekt utan verkar i stället som stöd för Direktivet, se *C-488/12 – C-491/12 och C-526/12 Nagy*. Medlemsländerna kan därmed inte göra en tolkning som direkt strider mot skyddsvärdet. Utrymmet för nationell rätt att avvika enligt nationell reglering ligger enbart inom det område som inte omfattas av Direktivets skyddssyfte. Möjligheten att avvika enligt nationell praxis bör dessutom ses som snävare än att avvika via nationell lag p.g.a. större svårighet för Kommissionen att granska genomförandet samt mindre förutsägbarhet för aktörerna på arbetsmarknaden.

15.1.1. Skyddssyftet i Direktivet

Direktivet skapar ett substitutionsförhållande vid övergång av verksamhet; förvärvaren träder i överlåtarens ställe med överlåtarens skyldigheter och rättigheter. För att det ska ske måste vissa förutsättningar vara

uppfyllda. Rätt aktörer måste föreligga, d.v.s. överlåtare, förvärvare och arbetstagare. Arbetstagarbegreppet i Direktivet utgår från det nationella arbetstagarbegreppet men får i nationell rätt inte utesluta anställningsavtal eller anställningsförhållanden från Direktivets räckvidd enbart på grund av de omständigheter som anges i Art. 2.2, d.v.s. visstid och deltid.

Det måste dessutom föreligga en lagenlig övergång och det får inte föreligga ett konkursbeslut. Om dessa grunder finns, blir det relevant att göra en bedömning huruvida identitet i verksamhet föreligger, enligt de sju *Spijkers*-kriterierna, och om det dessutom finns en ekonomisk enhet hos överlåtaren där produktionsfaktorerna kan gå över till förvärvaren, antingen i en samlad enhet, eller integrerade i förvärvarens verksamhet. Övergång kan ske av del av verksamhet och av sidoverksamhet. Övergång är möjlig utan direkt avtalssamband och i flera led, såsom för t.ex. entreprenader.

Föreligger dessa förutsättningar råder ett uppsägningsförbud från överlåtaren förutsatt att uppsägningen beror på övergången. Om förvärvaren har skyldighet att ta över men inte gör det kommer detta även att drabba förvärvaren. Talan kan föras både mot överlåtare och förvärvare. Övergången sker den faktiska dagen verksamheten övergår, parterna kan inte avtala annat. Prövning av vilka som har gått över kan även göras i efterskott hos förvärvaren och innebära att en annan bedömning görs av huruvida övergång av verksamhet har skett.

Även arbetstagarens anställningsvillkor skyddas, men detta skydd avgränsas av att alla förändringar som överlåtaren kunde göra, kan även förvärvaren göra. Kollektivavtalade villkor skyddas i flera fall, helt eller under en period. Direktivet är dock inte till för att skydda mot nödvändig rationalisering och omorganisation i arbetslivet.

15.1.2 Identitet i verksamhet

EUD har valt ett funktionellt perspektiv beträffande vilka övergångssituationer som ska vara skyddade av Direktivet. Detta tar sig uttryck i en vid syn på vad som är en lagenlig övergång, vilka arbetsgivarbyten som omfattas och vilka faktorer som ger identitet i verksamhet.

Vid övergång av företag eller verksamhet är det arbetsgivarbytet som står i fokus, inte ägarbytet, d.v.s. företaget kan byta ägare t.ex. genom aktieförsäljning men det avgörande är om man även byter faktisk eller funktionell arbetsgivare.

EUD praxis visar på ambitiösa försöka att fastställa vad som skulle kunna bli föremål för övergång av verksamhet, eftersom detta inte definieras särskilt väl i Överlåtelsedirektiv 77/187. I stället hittar

domstolen en sjupunktsguide genom det s.k. *Spijkers*-fallet, *Case 24/85 Spijkers*. Dessa sju kriterier ska sammanvägas, de ger inte alla relevanta faktorer men får ses som en utgångspunkt:

> 1). Arten av företaget eller verksamhet?
> 2). Har materiella tillgångar, t.ex. byggnader och lösöre, överlåtits eller inte?
> 3). Har immateriella tillgångar överlåtits och i så fall värdet därav?
> 4). Har förvärvare tagit över (större delen) av arbetsstyrkan?
> 5). Har förvärvaren tagit över kundkretsen?
> 6). Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen?
> 7). Har verksamheten legat nere och i så fall hur länge?

Övergångsbegreppet prövas efter hand som det används för varje fall i domstolen. De faktiska omständigheterna som kännetecknar varje enskild övergång blir utmärkande för vad som blir särskilt viktigt och EUD kan även tillföra nya omständigheter att beakta. Förutom kriterier kan detta även innebära att EUD tillför nya tillvägagångssätt, t.ex. ett betonande av att varje verksamhet måste bedömas enligt sina förutsättningar. I bl.a. Mål *C-472/16 Colino* ser domstolen till entreprenadens särskilda förutsättningar, vilket även återkommer i Mål *C-298/18 Grafe*. Detta innebär att nationell rätt får en skyldighet att beakta vad som skiljer vid övergång av entreprenad kontra övergång av primärverksamhet. Tidigt blir det dock tydligt att EUD återkommer till vissa ”ankarkriterier”, nämligen materiella värden, immateriella värden och personal. Ett ankarkriterium förankrar arbetstagaren i verksamheten och ger en större sannolikhet för identitet i verksamhet som kan innebära att arbetstagaren får en rätt att följa med verksamheten. Att vissa kriterier på detta sätt blir tyngre än andra innebär inte att de kan ses som ensamt avgörande, EUD betonar betydelsen av att sammanvikta alla kriterier och att se till helheten.

Ankarkriterierna blir särskilt tydliga i verksamhet som är materialintensiv och/eller immaterialrättsligt tung, där verksamheten i sig även ofta utgör en ekonomisk enhet. Förekomsten av för verksamheten viktig maskinell utrustning eller licenser kommer vanligtvis att förankra rätten för de anställda i verksamheten att gå över på ett tydligare sätt än vad som sker i personalintensiv verksamhet. I personalintensiv verksamhet måste majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, gå över för att visa på identitet i verksamhet. För att utgöra en ekonomisk enhet måste personalen ha en tydlig ledning eller organisatorisk struktur med ett ekonomiskt syfte. För entreprenader kan dessutom särskilda organisatoriska förutsättningar tillkomma som komplicerar bedömningen. Kriterierna måste även förstås utifrån en generell bedömning av

huruvida det är en ”going concern” som överlåts. Det måste finnas förutsättningar för ett fortsatt liv i verksamheten. Därför uppställs ett krav på varaktighet i domstolens praxis.

Lagenlig övergång har fått en vid tolkning i EUD:s praxis. En överlåtare och en förvärvare behöver föreligga men de behöver inte stå i ett avtalsrättsligt samband till varandra. Vid ett byte av entreprenör har ofta entreprenörerna inget avtalssamband sig emellan utan de har båda enbart avtal med den huvudman som ansvarar för verksamheten, vilket räcker för att övergång ska kunna föreligga. EUD har i Mål *C-344/18 ISS Facility* klargjort att begreppet övergång till följd av avtal enligt Art. 1.1 a i direktiv 2001/23, ska tolkas ”tillräckligt extensivt för att direktivets syfte att skydda arbetstagarna vid övergång till ett nytt företag skall kunna uppnås”. EUD har slagit fast att tillämpningsområdet för Direktivet utsträcks till att omfatta ”samtliga fall när det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift och som har en arbetsgivares skyldigheter gentemot de anställda i företaget” se *Case 287/86 - Landsorganisationen i Danmark*, oberoende av huruvida äganderätten till företaget har överförts och om det finns ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren.

15.1.3 Vad är därmed det sammanfattande syftet med regleringen utifrån metoden Purposive Approach?

Syftet med regleringen blir att i enlighet med Direktivet förena anställningsskyddet för en specifik grupp med näringsfrihet. Det som blir utmärkande i detta sammanhang är att en överstatlig reglering får genomslag i medlemsstaterna och styr gränserna för skyddsvärdet, medan den nationella särarten behålls utanför Direktivets uttryckliga tillämpningsområde, i den mån den inte inskränker Direktivets skydd. Den nationella rätten ska dock tolkas på så sätt att det skydd som framgår av Direktivet alltid ska säkerställas.

Det har därför varit viktigt i denna avhandling att klargöra vilken grupp som omfattas av Direktivets skydd och om anställningsskyddet omfattning blir lika, oberoende av organisationsform. Det är även viktigt att klargöra begreppens omfattning och det svenska genomförandet, samt om den svenska rätten tolkats på så sätt att skyddet i Direktivet säkerställts.

Även om Direktivets uttalade syfte är att skydda arbetstagarens ställning vid övergång av verksamhet så sker detta i en avvägning mot näringsfriheten. Direktivet är inte till för att skydda arbetstagaren mot nödvändiga företagsekonomiska överväganden.

De olika linjer som blir metodmässigt intressanta att följa är dels den horisontala linjen inom EU-rätten beträffande vilka grupper som är skyddsvärda och i vilka situationer. Dels den vertikala linjen beträffande hur Direktivet har genomförts i Sverige och huruvida skyddsvärdet i tillämpningen är det samma som inom EU-rätten.

15.2 Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och svensk rätt och vilka effekter har det gett för entreprenadövergång?

Begreppet ekonomisk enhet har i praxis i många fall inte särskilts från prövningen om det föreligger en identitet i verksamhet. Liknande termer används i båda fallen, vilket har skapat en otydlighet rörande ekonomisk enhets avgränsning, vilket är olyckligt.

I EUD:s praxis dyker begreppet ekonomisk enhet upp i Mål *C-48/94 Rygaard*. Diskussionen i domen relaterar till stora delar tillbaka till skrivningarna i *Case 24/85 Spijkers*. I *Spijkers* framhålls att förvärvaren måste överta en "going concern", d.v.s. en verksamhet som är i gång hos överlåtaren och har möjlighet att fortsätta tidigare aktiviteter, eller åtminstone aktiviteter av samma slag, inom en verksamhet.

Uttolkningen av huruvida det föreligger en ekonomisk enhet ska, som nämnts, göras enligt EU-rätt, begreppet har därmed inte lämnats till nationell uttolkning. Detta betyder att Rättighetsstadgans status som primärrätt kan få en starkare effekt för skyddssyftet än de begrepp som utgår från nationell tolkning.

Begreppet ekonomisk enhet infördes först i Överlåtelsedirektivet 98/50 och bekräftades senare i Direktivet. Genomförandet av Överlåtelsedirektivet 98/50 och Direktivet skedde utan någon lagändring i svensk rätt, vilket inte heller har krävts av Kommissionen. Man kan tyda detta till att inställningen både hos Kommissionen och den svenska lagstiftaren var att förändringen var marginell. Frågan är dock om denna syn på begreppet består inom EU-rätten? Senare praxis från EUD definierar ekonomisk enhet på ett helt annat sätt än vad som var fallet när de senaste två direktiven antogs. Grunden baseras på en övergång av möjliga produktionsfaktorer, vilket ställer krav på en annan prövning för att se om en ekonomisk enhet kan ha övergått.

Direktivet syftar till att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom en ekonomisk enhet, även om det sker ett ägarbyte. Det avgörande kriteriet för att fastställa huruvida det föreligger en övergång enligt

Direktivet är om enheten i fråga behåller sin identitet. Ett tecken på detta är att driften faktiskt fortsätter eller återupptas.

I generaladvokat van Gervens utlåtande i Mål *C-392/92 Schmidt*, p. 12-13 förs ett klargörande resonemang. Här framgår tanken på att det inte räcker med att överlåtaren avyttrar spridda delar för att en övergång av verksamhet ska ske. Det måste därmed indirekt finnas en produktionsfaktor i den enhet som överlåts, såsom materiell, immateriell eller en tillräckligt tydligt organiserad grupp av personal. Denna typ av produktionsfaktor framgår tydligt när verksamheten övergår eller återupptas som en going concern och produktionen därmed fortsätter hos förvärvaren och kan då utgöra en ekonomisk enhet.

I Mål *C-466/07 Dietmar Klarenberg* ges ett mer komplicerat samband mellan de faktorer som klargör att en ekonomisk enhet kan föreligga. EUD introducerar en holistisk syn på hur den ekonomiska enheten kan återfinnas hos förvärvaren; en ändring i den övertagna enhetens organisationsstruktur utgör inte i sig ett hinder för att tillämpa Direktivet. Detta eftersom en bestämmelse som inskränker Direktivets skydd ska tolkas restriktivt. Syftet med Direktivet är att ge ett effektivt skydd för de anställda vid övergång av verksamhet. En utsträckt tolkning av innebörden av att den ekonomiska enheten ska återfinnas hos förvärvaren som organisatoriskt självständig skulle nämligen innebära en inskränkning av skyddssyftet, vilket skulle strida mot EU-rätten.

Det samband av *”ömsesidigt beroende och komplementaritet”*, som föreligger mellan den ekonomiska enheten hos överlåtaren och de produktionsfaktorer som går över till förvärvaren, gör att dessa gemensamt bidrar till utövandet av viss ekonomisk verksamhet. Detta kan gälla även när enheten integreras i förvärvarens verksamhet och inte längre kan ses som samma enhet som hos överlåtaren. Det gäller därmed även för det fall att den ekonomiska enheten skiljer sig från överlåtarens struktur vad beträffar storlek eller organisationsformer.

Tolkningen av ekonomisk enhet i svensk rätt har till stora delar följt framför allt EUD:s tidiga praxis, där ekonomisk enhet först tolkades som synonymt med a going concern och verksamhetskriteriet. AD har sedan följt en del av utvecklingen beträffande synen på när personalintensiv verksamhet skulle kunna utgöra en ekonomisk enhet, men har inte haft anledning att ta ställning till svenska mål efter det att domarna i de mål som startade 2018 och 2019 i EUD har kommit, förrän målet *AD 2023 nr 29*. Här bekräftar dock AD åter sin syn genom att referera till *AD 2014 nr 1* och tar inte ställning till, eller tillämpar, den utveckling som har skett i EUD:s praxis. *AD 2023 nr 29* rör dock inte samma ankarkriterium, personal, som *AD 2014 nr 1*, utan handlar i stället om övergång av bussar i en bussentreprenad, där bussarna inte tas över av

miljöskäl. Den intressanta rättsfrågan i *AD 2023 nr 29* blir främst tolkningen av arbetsbrist vid kontrakts utlöpande och när preskription inträder vid uppsägning hos överlåtaren. Men man kan även ifrågasätta om inte tolkningen av Mål *C-298/18 Grafe* beträffande situationen när bussar i en bussentreprenad är för gamla och inte tas över av miljöskäl ska inverka på vad som då utgör den ekonomiska enheten. Särskilt som många av bussförarna i *AD 2023 nr 29* får ny anställning hos förvärvaren.

Skulle ett utökat och tydliggörande användande av begreppet ekonomisk enhet i allmänhet kunna lösa en del av de problem som föreligger vid övergång av verksamhet? Denna avhandling argumenterar för att så är fallet i många situationer, men inte alla. Om definitionen kan tydliggöras beträffande EUD:s mer dynamiska syn på att det är produktionsfaktorer som övergår, och inte nödvändigtvis en avgränsad ekonomisk verksamhet i en ekonomisk enhet, blir möjligheten att identifiera en övergång av en ekonomisk enhet enklare och tydligare.

15.3 Hur har de sju kriterierna avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?

Arten och inriktningen för en verksamhet har ibland kallats branschkriteriet. Samma bransch blir den minsta gemensamma nämnaren. Är verksamheten inte inom samma bransch före och efter övergången kommer det att vara svårt att se en identitet i verksamhet. EUD anser även att en del av en verksamhet kan läggas ut, t.ex. en driftentreprenad, som utför andra sysslor än kärnverksamheten, utan att det ses som att arten skiljer. EUD klargör att en övergång från offentlig till privat verksamhet, eller tvärtom, normalt inte ger att det skulle vara fråga om olikheter i ”art och inriktning” så länge det inte är fråga om myndighetsutövning.

Det materiella kriteriet är ett starkt ankarkriterium i sig som talar för att identitet i verksamhet föreligger. Den materiella tillgången måste dock förenas med en ekonomisk enhet med produktionsfaktorer. Ett övertagande av material kommer i många fall att vara en tydlig indikation på att det även föreligger en ekonomisk enhet, där det material som går över är en förutsättning för verksamhetens bedrivande genom att produktionsresurser finns hos överlåtaren, som i någon form kan ge produktion även hos förvärvaren.

Material behöver inte ha övergått i eget kommersiellt syfte för att kunna ses som att det skett en övergång av tillgångar. Detta eftersom ett sådant

krav varken framgår av ordalydelsen eller av syftet med Direktivet, d.v.s. att säkerställa dels skyddet för arbetstagare vid företags- eller verksamhetsbyte, dels genomförandet av den inre marknaden.

Därav följer att det kan vara övergång av verksamhet i en materiellt tung verksamhet när material ägt av huvudmannen ställs till förfogande för att brukas av ny entreprenör, även om det inte är ett direkt eget kommersiellt syfte med brukandet. Målet får ses som en utveckling av den diskussion EUD för i Mål *C-234/98 Allen*, där materialanvändning tolkas snävare.

De anställda hos överlåtaren i Mål *C-232/04 Nurten Güney-Görres* sägs upp när överlåtaren förlorar kontraktet och tas inte över av den förvärvare som övertar kontraktet. EUD kommer ändå fram till att detta kan vara en övergång, trots att endast brukandet av material gick över till förvärvaren, som en part bland flera. Målet visar att överlåtarens uppsägning inte kan tillåtas avgränsa övergången i förevarande situation när förvärvaren efterträder överlåtaren som ny utförare utan att ta över vare sig ägande eller exklusivt användande. Utrustningen ses som så viktig för arbetets utförande att den ger ett starkt ankarkriterium, men arbetets art innebär att ägande eller exklusivt brukande inte är en förutsättning.

Den som innehar en immateriell rättighet har förutsättning för att bedriva en verksamhet. Växlingen av rättigheten, antingen via avtal eller återtagande, ger därmed även en växling av verksamhet, en övergång, under förutsättning att verksamhet ges möjlighet att fortsätta existera. Det måste vara en stabil ekonomisk enhet som förs över, där den immateriella rättigheten ges förutsättningar att fortsätta som produktionsfaktor.

När det är fråga om ett kontrakt som ska förnyas i och med övergången, anses kontraktet inte vara en immateriell tillgång, eftersom det ska bli föremål för ny upphandling. Oavsett om den nya innehavaren av kontraktet ska överta de pågående avtalen med kunderna eller om huvuddelen av kunderna kan anses som fasta, ska det emellertid anses som att kunderna har överlåtits.

Skulle på motsvarande sätt ett kontrakt om rätt att bedriva verksamhet kunna ses som en immaterialrättslig tillgång? Om kontraktet ger förutsättningar för att verksamheten ska kunna ses som en going concern verkar mycket tala för att det är en faktor som skulle kunna vägas in. Mot detta talar dock EUD:s uttalande i Mål *C-172/99 Oy Liikenne* som klargör det begränsade värde den immateriella tillgången har när ett kontrakt löper ut. Här får man dock beakta skillnaden i Mål *C-298/18 Grafe*, där kontraktet gällde för tio år i jämförelse med det parallella

målet Mål *C-172/99 Oy Liikenne* där kontraktet endast gällde för tre år. Skillnaden består helt enkelt i vad som görs till föremål för övergången.

Vid beaktande av det fjärde kriteriet, personalkriteriet, kan konstateras att skyddssyftet vid övergång av verksamhet gäller endast de arbetstagare som kan ses som anställda hos överlåtaren vid övergångstillfället. Bedömningen av vilka som ses som anställda kan antingen ske i direkt anslutning till övergången eller vid senare tillfälle.

Direktivet är även tillämpligt när bytet av arbetsgivare sker i två steg, såsom vid entreprenad, samt när arbetstagarna tillfälligt har upphört att vara anställda i verksamheten förutsatt att uppsägningen relaterar till verksamhetsövergången såsom i Mål *C-472/16 Colino* . EUD klargör att övergången inte kan avtalas till ett annat datum än det faktiska samt att det är viktigt att beakta alla omständigheter vid transaktionen. Om en arbetstagare som vid övergångstillfället var anställd hos överlåtaren senare återfinns som anställd hos förvärvaren, kan detta innebära att skyddssyftet kan utsträckas genom att en övergång enligt Direktivet kan anses ha skett.

Övergång av kunder har visats vara ett kriterium som kan samspela med övriga kriterier men inte räcka i sig för övergång. Kriteriet kan dock ha särskild vikt i vissa typer av verksamhet och där utgöra en förutsättning tillsammans med andra kriterier för att en övergång ska vara möjlig.

Vad kan utgöra en verksamhet enligt det sjätte kriteriet? Övergång av verksamhet har ofta skildrats som att något mer än arbetsuppgifter har gått över, att verksamheten har en avgränsning som ger möjlighet för fortsatt drift. På detta sätt finns det många omständigheter i beskrivningen av verksamhetsbegreppet som påminner om ekonomisk enhet, och de båda begreppen har i praxis använts på ett liknande sätt; ett klargörande av att det måste finnas förutsättningar för att fortsätta en produktion genom att produktionsfaktorer överförs.

Det sjunde kriteriet, huruvida verksamheten legat nere och i så fall hur länge, blir på många sätt parallell med att det är en going concern som övergår. Hur länge en verksamhet kan ha haft ett avbrott, men ändå ses som fortfarande pågående, kommer att skilja mellan olika typer av verksamhet.

15.4 Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga materiella/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?

De tre tydligaste ankarkriterierna, som ger personal en förankring i verksamheten och därmed även kan ge personal en rätt att följa med verksamheten vid övergång av entreprenad, är material, immateriella rättigheter och personal. Dessa tre ankarkriterier behandlas olika av EUD. Material och immateriella rättigheter skapar ofta en rätt att följa med när dessa övergår med verksamheten, men detta är inte automatiskt fallet med personalkriteriet. Material och immateriella rättigheter kommer även ofta att bilda en tydlig ekonomisk enhet på så sätt att, om verksamheten avser att fortsätta, behövs det sällan någon separat prövning av huruvida en ekonomisk enhet föreligger. För personalintensiv verksamhet blir i stället identitetskriteriet och förekomst av ekonomisk enhet vanligtvis två separata spår. Särskilt tydligt blir detta vid entreprenadövergångar, eftersom både personalintensiva entreprenader, och den organisation som många gånger ligger bakom vad som ingår i den ekonomiska enhet som läggs ut, skapar otydliga förutsättningar.

Kravet för att det ska föreligga identitet i verksamhet beträffande det fjärde kriteriet är att en majoritet av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, tas över av förvärvaren. Det är svårt att logiskt motivera att skyddsvärdet skiljer om 49% av personalen tas över eller om 51% tas över. Motiveringen av skyddsvärdet kan göras något enklare för en kvalitativ majoritet. Märk även att någon motsvarande prövning inte görs av det materiella kriteriet. Ingen dom klargör att identitet i verksamhet inte föreligger p.g.a. att 49% av maskinerna har tagits över. I stället blir diskussionen huruvida en del av verksamheten har tagits över, d.v.s. betydelsen förskjuts beroende på yttre eller inre organisation.

Det stora problemet med det fjärde kriteriet, personalkriteriet, är dock att skyddssyftet och bedömningskriteriet hamnar i ett motsatsförhållande. Det man vanligtvis tvistar om är huruvida personalen har rätt att gå över. Att i det läget undersöka om personalen faktiskt har gått över, för att klarlägga om rättigheten finns, blir märkligt – det blir ett s.k. Moment 22.

Skulle en avgränsning av ekonomisk enhet kunna tydliggöra skyddet? EUD har klargjort att en verksamhet måste bestå av mer än arbetsuppgifterna för att en ekonomisk enhet ska kunna ses, d.v.s. något mer måste till för att tydliggöra verksamhetens gränser. Verksamheten måste vara strukturellt organiserad och sträva efter ett ekonomiskt syfte.

Endast den omständigheten att den av förvärvaren utövade verksamheten är likartad, eller till och med identisk, kan inte leda till slutsatsen

att den ekonomiska enheten består. En enhet kan, enligt EUD, nämligen inte endast likställas med den verksamhet som den bedriver.

Organisationen kan t.ex. tydliggöras av att arbetsledning följer med eller att arbetets struktur indikerar en egen organisationsform såsom har beskrivits i kapitel 11. EUD:s senare praxis visar på en förändrad syn på ekonomisk enhet som i mycket överstämmer med slutsatserna i avhandlingens kapitel 4. En ekonomisk enhet behöver inte vara en pågående ekonomisk verksamhet direkt vid övergången. Det som dock måste föreligga är möjligheten för den ekonomiska verksamheten att existera genom att produktionsfaktorer förs över. En ekonomisk enhet som grundar sig på personal kräver att personalgruppen visar på en egen organisation och självständighet.
’

Entreprenadföretag inom tjänsteproduktion ses sällan som direkt skyddsvärda vid tidiga tolkningar av Direktivet. Senare praxis från EUD, när effekten av Rättighetsstadgan som primärrätt börjar beaktas, indikerar dock att flera omständigheter kan behöva ses över.

Fokus har gått från en hierarkisk styrmodell där högsta chefen styrde mellancheferna, som i sin tur styrde arbetsledarna, som styrde arbetarna. I dag sätts kunderna i stället i fokus. Genom att det är kundernas behov som styr blir medarbetare som är i frontlinjen de som främst har kunskap om vad som efterfrågas. Medarbetarna stöttas av olika stödfunktioner och högsta chefen får en övergripande roll som samordnare. Verksamheten inriktas på att vara målrationell och effektiv och därför exklusivt inriktad på resultaten i verksamheten.

Resultat, (kvalitet och effektivitet), värderas, enligt senare organisationsmodell, bäst genom att översättas till generellt tillämpbara kvantifierbara indikatorer. Mätning, bedömning och utvärdering av arbete och resultat förutsätter att organisationer och individer är, eller förmås vara, transparenta, självdokumenterande och återkopplande. Den målstyrda arbetsorganisationen kritiseras ofta utifrån att målen kan sättas utifrån felaktiga premisser och att den riskerar att tränga ut professionella normer hos de anställda. Kritiken har varit extra tydlig i verksamheter som har fått stora inslag av styrning enligt NPM, en samling styrmodeller som syftar till att göra offentlig verksamhet mer marknadsanpassad. Förespråkarna hävdar i stället att NPM ger en möjlighet att bedriva verksamheten mer effektivt.

Båda sidor konstaterar dock ett behov av att söka styrformer som bygger på de anställdas professionella normer och kompetens. I en värld av snäva ekonomiska förutsättningar måste varje anställd till stora delar kunna vara självstyrande för att vara ekonomiskt effektiv. Detta har lett fram till tanken på tillitsbaserad arbetsledning. Arbetsledningen syftar

därmed till att stärka medarbetarnas egen förmåga till professionalism för att uppnå kvalitativa resultat. Mycket talar för att stora delar av tjänstesamhället inte kan styras på samma sätt som var vanligt under industrisamhället, med direkt arbetsledning. Arbetsledningen är mer av en samordnande, eller administrerande, funktion i bakgrunden. Denna typ av mer passiv arbetsledning är inte i sig en produktionsfaktor. Det är i stället arbetaren som har möjlighet att integreras i en ny organisation för att fortsätta producera som är produktionsfaktorn.

Detta innebär att den värdering som skedde i EUD:s tidiga domar om övergång av verksamhet beträffande personalgruppens självständighet i dag kan ifrågasättas. I stället bör en mer nyanserad granskning av graden av självständighet och självstyre ske. En arbetsgrupp som arbetar målstyrt eller med tillitsstyrning har i flera fall de produktionsfaktorer som skulle kunna innebära att det föreligger en ekonomisk enhet utan att direkt arbetsledning följer med över. Inför denna förändring bör det normala vara att självständighet presumeras.

I dag utgår prövningen i personalintensiv verksamhet ifrån att en personalgrupp utan arbetsledning är osjälvständig, vilket utifrån organisationsutvecklingen förmodligen till stora delar är fel. Det är viktigt att uppdatera bedömningen av begreppen så att EUD och AD inte agerar utifrån en förlegad bild.

15.5 Vad innebär Direktivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?

Direktivet utgör en avvägning vid övergång av verksamhet mellan å ena sidan skydd för arbetstagaren och å andra sidan näringsfrihet och föreningsfrihet för arbetsgivare. I arbetsgivarens rättigheter ligger även rätten att sluta avtal och bestämma över huruvida man önskar bli medlem i en arbetsgivarorganisation eller inte. Denna avvägning återverkar även på uttolkningen av vilka villkor som skyddas vid en övergång av verksamhet.

Direktivet kan inte tolkas till att arbetstagaren skulle vara skyldig att fortsätta sitt anställningsförhållande med förvärvaren. En sådan skyldighet skulle strida mot de grundläggande rättigheter som en arbetstagare har att fritt välja sin arbetsgivare enligt EUD, den nationella tolkning har dock varit mer komplex i flera medlemsländer.

Anställningsavtalet och dess innehåll ”are automatically transferred to the transferee by the mere fact of the transfer”. Om förvärvaren erbjuder sämre villkor likställs detta med att en uppsägning har skett. Men

eftersom skyddet hos förvärvaren blir beroende av nationell rätts möjlighet till förändring kan detta i praktiken bli ganska urholkat.

Bestämmelserna är däremot tvingande på det sättet att en arbetstagare inte kan avstå från sina rättigheter om denne de facto följer med till förvärvaren. Tanken är att förvärvaren inte ska kunna göra några ändringar av anställningsvillkor som inte överlåtaren hade kunnat göra. Medlemsstaterna har dock frihet att reglera vad som ska gälla i den situationen när arbetstagarna av egen fri vilja avstår från att följa med till den nya arbetsgivaren.

Skyddssyftet i Direktivet uttrycks ofta som att arbetstagarens ställning skyddas i och med att anställningsavtalet går över om det är identitet i verksamhet. Reglering av villkor ligger i svensk rätt dock huvudsakligen i kollektivavtalen. Vanligtvis hålls anställningsavtalen medvetet relativt tomma för att kollektivavtalsregleringar ska kunna få full kraft.

För att ge skyddet ett materiellt innehåll har Direktivet tolkats till att inte bara skydda att en arbetstagare har en rätt att gå över från överlåtare till förvärvare, utan även ge ett skydd för anställningsvillkor. Skyddet kommer dock att se olika ut beroende på regleringsgrunden för anställningsvillkoret. Anställningsavtalets villkor kan dels vara uttryckligen avtalade, dels tolkas in utifrån t.ex. sedvana på arbetsplatsen eller i branschen, praxis och arbetsledningsrättens gränser.

Många anställningsvillkor kommer från kollektivavtal, som anställningsavtalet samspelar med på olika sätt. De anställningsvillkor som direkt framgår i anställningsavtal är lättast att klarlägga. Här får det inte ske en väsentlig förändring vid övergång enligt Direktivet. Huruvida sedvana i branschen eller på arbetsplatsen, praxis eller arbetsledningsrättens gränser ger innehåll till anställningsavtalet kommer till stor del att relatera till nationell rätt, men med de begränsningar som EU-rätten ger.

En övergång av ett anställningsavtal kan därmed antingen ses som en övergång av ett avtal som inte reglerar särskilt mycket, d.v.s. ett skydd för själva anställningen, eller ett avtal som vid varje tidpunkt får sitt innehåll av gällande kollektivavtal. Här har EUD inte fullt ut prövat anställningsavtalets innehåll utifrån kollektivavtalspåverkan men däremot olika aspekter av vad som går över av kollektivavtal.

EUD klargör tidigt att det är de personer som har varit anställda hos överlåtaren vid tidpunkten för övergången vars villkor ska skyddas. Skyddet ska i ett korrekt genomförande av Direktivet även omfatta de anställningsvillkor som kollektivavtalet reglerar. EUD konstaterar att

Direktivet är till för att skydda anställdas villkor, inte presumtiva kommande anställda.

Här kan man även se en skillnad i synen på avtalsbindning mellan olika medlemsländer. Antingen ser man de anställda som bärare av kollektivavtalets rättigheter, och därmed nödvändiga för att rättigheterna ska gå över. Eller i stället fokuserar man på avtalsbindningen i sig mellan kollektivavtalets parter, fristående från huruvida det för närvarande finns några anställda eller inte, såsom i svensk rätt.

Enligt Art. 8 i Direktivet ska Direktivet inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna eller dessa staters rätt att främja eller tillåta kollektivavtal eller avtal mellan arbetsmarknadens parter som är gynnsammare för arbetstagarna. Skyddet för villkoren kan dock ges en avvägning utifrån balens mellan parternas intressen.

Det är endast kollektivavtalade villkor som uttryckligen undantas i Direktivet, såsom pension, som inte följer med över från överlåtaren till förvärvaren. Undantaget ska tolkas restriktivt, vilket visas i Mål *C-164/00 Katia Beckmann* där förtidspension ansågs omfattas av Direktivet. Frågan behandlas även i Mål *C-4/01 Martin*, där överlåtare och förvärvare hade olika regler för förtidspension och avgångsvederlag. Att arbetstagaren efter övergången fick sämre villkor sågs som stridande mot Direktivet eftersom det var direkt relaterat till övergången. Det var i det sammanhanget ointressant om arbetstagarna gått med på försämringen eller om regleringen fanns i kollektivavtal, eftersom förändringen var negativ och stred mot Direktivet.

Det är endast de normativa kollektivavtalsvillkoren, d.v.s. de som skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda arbetstagare om t.ex. lön och andra anställningsvillkor, som förvärvaren ska vara bunden av och det är endast de som var anställda hos överlåtaren vid övergången som kan omfattas av Art. 3.3 i Direktivet.

Artikel 3.3 i Direktivet hänvisar till ”*villkoren i löpande kollektivavtal*”. Här omfattas enligt Mål *C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund* villkor i ett kollektivavtal när en medlemsstats nationella lagstiftning – trots att kollektivavtalet sagts upp – fortfarande har verkan för berörda anställningsförhållanden. Dessa villkor ska omfattas av nämnda avtal omedelbart innan det sades upp, till dess att ett nytt kollektivavtal börjar gälla för dessa anställningsförhållanden eller ett nytt individuellt avtal ingås med berörda arbetstagare. Kollektivavtalets villkor blir en del av de anställningsvillkor som skyddas, under minst ett år, men förvärvaren ges samma möjlighet som överlåtaren haft till förändring av villkoren.

Kommissionen menar att kollektivavtalade villkor enligt uttolkningen av Direktivet är ett resultat av att sådana villkor enligt flera länders nationella rätt automatiskt ingår i det individuella avtalet. Kommissionen framhåller även att den viktigaste regeln är att fastställa en frist för hur länge denna bundenhet av anställningsvillkoren i kollektivavtal föreligger.

I Mål *C-336/15 Unionen* klargörs att behovet av balans mellan parternas intressen gör att förvärvaren måste kunna göra de anpassningar och omställningar som är nödvändiga för den fortsatta verksamheten. Avvägningen av skälig balans mellan arbetstagare och förvärvare uppkommer i detta fall beträffande vad som går över, inte huruvida identitet i verksamhet föreligger, d.v.s. att anställningen har gått över. Direktivet skyddar därmed anställningen mer än anställningsvillkoren, som ofta avtalas via kollektivavtal. Exempel på när denna avvägning sker är när förvärvaren blir bunden av villkor som förvärvaren inte själv har möjlighet att påverka. Praxis är dock inte helt entydig; i vissa situationer ses en bundenhet av förvärvaren till överlåtarens kollektivavtal så som skälig, medan motsatsen föreligger i andra situationer.

Det skulle strida mot den negativa föreningsfriheten att förvärvaren tvingas in i en viss arbetsgivarorganisation likväl som det skulle kunna strida mot rätten att bedriva en effektiv näringsverksamhet om omstrukturering inte var möjlig. Utrymme finns dock för nationell rätt att påverka skyddets omfattning.

15.5.1 Hur skyddas kollektivavtalade villkor?

Kollektivavtalets villkor är ofta avgörande för anställningsförhållandets villkor. Detta är särskilt fallet i medlemsländer t.ex. Sverige som förlitar sig på en omfattande kollektivavtalsreglering av arbetsmarknaden. Skyddssyftet vid övergång av verksamhet påverkas därför i stor utsträckning av vilka anställningsvillkor som övergår, anställningsavtalets villkor och/eller kollektivavtalets villkor.

EUD klargör en grundläggande syn på kollektivavtalen som att de bärs av de anställda, utan anställda i en verksamhet kan inte kollektivavtalen gå över från överlåtare till förvärvare. Detta är naturligt på en arbetsmarknad som huvudsakligen regleras av andra rättskällor än kollektivavtal såsom författning eller förordning. Att anställningsvillkoren regleras via författning eller förordning förutom i anställningsavtal är vanligt i många medlemsländer. Antingen har man minimivillkor i lag eller så görs dominerande kollektivavtal i en bransch allmängiltigt för hela branschen genom att upphöjas till förordning.

På en arbetsmarknad som i stället utmärks av reglering via avtalade kollektivavtal, såsom i Sverige, blir situationen annorlunda. Avtalsrätten

blir där direkt tillämplig; de avtal som överlåtaren är bunden av i verksamhetens namn kommer i huvudsak att följa med vid en övergång, oavsett om dessa avtal bara rör rent materiella villkor eller reglerar villkor för facklig verksamhet såsom ett kollektivavtal.

Enligt Art. 8 i Direktivet ges medlemsstaterna rätt att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna eller för dessa staters rätt att främja eller tillåta kollektivavtal eller avtal mellan arbetsmarknadens parter som är gynnsammare för arbetstagarna, så länge det finns en balans mellan parternas intressen. Här utgår EU från den vanliga regleringen beträffande kollektivavtal inom EU, att de gäller för alla arbetstagare inom en bransch och inte från den svenska verkligheten.

Artikel 3.3 i Direktivet hänvisar till att förvärvaren ska vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden av villkoren till dess att avtalets giltighetstid har löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla. Detta betyder att om nationell reglering erkänner efterverkan av ett kollektivavtal kan detta bli aktuellt även vid övergång av verksamhet där förvärvaren i så fall har att tillämpa det utgångna kollektivavtalet fram till att ett nytt avtal träffas, under de förutsättningar som nationellt gäller för efterverkan. EUD praxis ger dock även möjligheten att i stället ingå ett nytt individuellt anställningsavtal med den anställde som har gått över.

I Mål *C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund* behandlas förhållandet att Österrike i lag infört en efterverkan av kollektivavtal och där rättsfrågan i målet handlade om avtalsvillkoren i det inte gällande kollektivavtalet, ändå kan övergå på en förvärvare. EUD anser att eftersom efterverkan kan avslutas om arbetsgivare och arbetstagaren avtalar annorlunda, eller nytt kollektivavtal ingås, finns en tillräcklig balans mellan parterna, och skyddsaspekten i Direktivet betonas därmed.

De övertagna arbetstagarnas anställningstid hos överlåtaren är i och för sig inte en rättighet som kan göras gällande mot förvärvaren, men gör att rättigheter av ekonomisk natur som baseras på anställningstid ska bibehållas. Denna inskränkning får dock inte strida mot skyddsintresset i Direktivet. Det tillvägagångssätt som väljs måste vara förenligt med målsättningen med Direktivet, d.v.s. att förhindra att de som berörs av övergången hamnar i en mindre fördelaktig situation enbart på grund av övergången. Det nya kollektivavtalet kan enligt EUD inte ha till syfte, eller verkan, att ge arbetstagarna villkor som, totalt sett, är mindre gynnsamma än de som var tillämpliga före övergången.

I Mål *C-426/11 Alemo-Herron* relateras en annan aspekt av efterverkan beträffande dynamiska klausuler, när verksamheten går från offentlig

sektor till privat och olika kollektivavtal föreligger för sektorerna. Vilken rättsverkan ska ges när anställningsavtal hänvisar till ett avtalsvillkor i ett kollektivavtal, som var under omförhandling under övertagandet. Kollektivavtalet gällde dessutom offentlig sektor, där förvärvaren inte kunde vara avtalspart, men där möjlighet fanns för förvärvaren att säga upp avtalsklausulen i anställningsavtalet, på samma sätt som förvärvaren kunde.

I målet kom EUD fram till att det vore i strid med näringsfriheten att förvärvare skulle bli bunden. Detta trots Art. 8 i Direktivet som klargör att medlemsland får implementera Direktivet med bättre rätt även när det är kollektivavtal som ger bättre villkor. Domstolen sätter här, enligt kritikerna, näringsfriheten före Direktivets skyddssyfte och tar inte i beaktande de ursprungliga parternas avtalsfrihet eller möjlighet för förvärvaren att ta bort avtalsklausulen.

Motsatt utgång kommer EUD fram till i *C-680/15 och C-681/15, Asklepios.* I målet framkommer en rätt att beakta även dynamiska klausuler när de sker utifrån en strävan efter att garantera de anställdas rättigheter, oavsett om de är fackligt anslutna eller inte. Förvärvaren, kunde dock i fallet, antingen i samförstånd eller ensidigt ändra eller ta bort hänvisningen till klausulen i anställningsavtalet.

EUD fäster stor vikt vid partsavsikten och huruvida lagstiftaren har lagt en högre skyddsnivå. EUD finner att det inte på något sätt framgår av Direktivets ordalydelse att unionslagstiftaren har haft för avsikt att binda förvärvaren vid andra kollektivavtal än det som var tillämpligt vid tidpunkten för övergången och följaktligen tvinga denne att senare ändra anställningsförhållandena genom att tillämpa ett nytt kollektivavtal som har slutits efter övergången.

Ett avtal kännetecknas av att parterna genom samstämmiga viljeyttringar är fria att ingå avtal med varandra. Det saknas således anledning att tolka Direktivet, och särskilt dess Art. 3, som om att det under alla omständigheter syftar till att undvika att en dynamisk avtalsklausul kan ges verkan.

Ändamålet med Direktivet var endast att skydda de rättigheter som arbetstagarna hade på övergångsdagen, inte att skydda rena förväntningar utifrån framtida utveckling av kollektivavtalen.

Förvärvaren måste ges möjlighet att bedriva en effektiv verksamhet och kunna göra sina intressen gällande i en avtalsprocess. Förvärvaren måste kunna förhandla om de faktorer som avgör utvecklingen av arbetsvillkoren för arbetstagarna med avseende på förvärvarens framtida ekonomiska verksamhet.

Det faktiska skyddsintresset i Art. 3.3 i Direktivet är därmed att säkerställa fortsatt tillämpning, inte av ett kollektivavtal som sådant, utan av de ”villkor” som föreskrivs däri.

15.5.2 Hur ska Direktivets reglering utifrån metoden Purposive Approach klarläggas och uttolkas i sitt sammanhang?

Rättsområdet kommer, som tidigare diskuterats, att styras mycket utifrån vissa begrepp och praxisutvecklingen av dessa begrepp. Det är därför av stort intresse att försöka dekonstruera och definiera dem för att få en större förståelse. Betydelsen av begreppsdefinition blir mycket tydlig vid användning av begreppen ”ekonomisk enhet” och ”identitet i verksamhet”. Begreppen avgränsar kärnan för skyddssyftet, vad som omfattas av anställningsskyddet vid övergång och vad som ligger inom näringsfrihet.

Denna avhandling har visat på en utveckling för begreppet ekonomisk enhet som tydliggör vad som måste övergå, nämligen produktionsfaktorer, inte en färdig ekonomisk verksamhet. Med produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet kan således en ekonomisk verksamhet skapas, antingen som en egen enhet eller integrerat i förvärvarens verksamhet. Vi får därmed en ny syn på vad som måste övergå; inte den färdiga verksamheten, men de beståndsdelar som behövs för att skapa den, d.v.s. produktionsfaktorerna.

Utöver en ekonomisk enhet måste även en identitet i verksamhet finnas, det måste vara ”samma” verksamhet före och efter övergången. Identiteten fastställs enligt EUD:s praxis utifrån en sammanvägning av sju kriterier där tre av kriterierna blir tydligare i sin förankring av personals rätt att gå med över till ny arbetsgivare, men de förutsätter ändå ytterligare faktorer, såsom samma bransch och att verksamheten fortsätter. Dessa tre ankarkriterier är material, immateriella värden och personal, som kan finnas enskilt eller i samverkan. Utifrån vad som är viktigt i branschen kommer övergången av dessa ankarkriterier att styra stora delar av identiteten. Detta betyder att skyddet kommer att variera stort beroende på hur identitet tolkas.

I en materialtung bransch där material, t.ex. maskiner, övergår kommer anställningsskyddet för de som arbetar med maskinerna att vara relativt stort. På samma sätt förhåller det sig i en immaterialrättsligt tung bransch, där stora varumärken etc. ger ett stort skydd till de anställda. Annorlunda har det dock varit i personaltunga branscher som inte har någon av de två andra ankarkriterierna att förlita sig på. Särskilt tydligt blir detta i tjänsteentreprenader, där kontrakten löper ut med jämna mellanrum och därmed ofta aktualiserar övergångar. Här ges ett mer begränsat skydd eftersom identitet uppkommer om majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt, går över. Detta förutsätter därmed

att förvärvaren tar över personal antingen frivilligt eller utifrån en avtalsreglering såsom i Mål *C-00/51 Temco*. Om ett övertagande sker av majoriteten, kvantitativt eller kvalitativt, får även övriga en rätt att övergå. Om förvärvaren däremot inte vill ta över personal och inget avtal föreligger, blir det svårt att etablera den identitet som krävs. Anställningsskyddet blir i denna situation betydligt svagare i en personalintensiv verksamhet.

I en tjänsteentreprenad är ofta kunden den som styr verksamheten. I ett samhälle som har gått från ett industrisamhälle, med dess materiella och immateriella prägling, till ett tjänstesamhälle med kundfokus, värderas därmed övertagande av kunden förvånansvärt lite som ankarkriterium. Fokus för värdering av identitet ligger fortfarande kvar på samma faktorer som i en mer statisk verksamhet. EUD:s praxisutveckling har dock börjat gå mot en mer dynamisk utveckling i några mål, t.ex. Mål *C-298/18 Grafe*, där kundperspektiv och anställda busschaufförers kunskap värderas som ankarkriterier, trots att bussarna inte hade tagits över p.g.a. miljökrav. Även i Mål *C-194/18 Dodič* åsätts kunder ett stort värde och blir i detta mål om transferering av värdepapper, t.o.m. en förutsättning för att övergång ska anses ha skett, kunderna måste ha valt att följa med över.

15.6 Hur har Direktivets skyddssyfte genomförts i svensk rätt och uttolkats i AD beträffande vad som utgör en ekonomisk enhet och vilka effekter har det gett för entreprenader?

Svensk rätt hade innan 1995 inte en reglerad övergång av verksamhet beträffande entreprenadövergångar, eftersom avsaknaden av avtal mellan entreprenörerna sågs som att det inte förelåg någon laglig övergång. Även sedan Sverige gick med i EU har tankegången på entreprenad som något som inte riktigt omfattats funnits kvar. De material- och immaterialtunga entreprenaderna var dock lättare att inordna som möjliga för övergång av verksamhet. Vilket förmodligen berodde på att ankarkriterierna påminde mycket om en ren övergång av primärverksamhet. Personalkriteriet ställde dock till problem.

15.6.1 Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning?

Sedan gammalt har svensk företagsledningsrätt sett det som tillåtet att säga upp personalen p.g.a. arbetsbrist när en entreprenörs avtal löper ut. Entreprenören, som inte vet om avtalet kommer att förnyas eller om ny entreprenör kommer att ta över de anställda anses ha rätt att säga upp, så länge det inte föreligger en möjlighet till omplacering. Detta innebär att de uppsagda arbetarna, p.g.a. preskriptionsreglerna, i praktiken inte

kommer att ha möjlighet att föra en ogiltighetstalan mot överlåtaren eller förvärvaren vid övergången eftersom deras uppsägning skedde långt tidigare. Det kan därmed mycket tveksamt om Sverige tolkar nationell rätt för att uppnå EU-rättens syften och om inte tillämpningen är i strid med EU-rätten. Enligt Art. 30 i Rättighetsstadgan måste nationella begränsningar införas via lag eller praxis. Att ha kvar tillämpning av gammal praxis på ett sätt som kan strida mot skyddssyftet kan starkt ifrågasättas, särskilt som Rättighetsstadgans status som primärrätt, och därmed dess stöd till Direktivet, allt mer börjar slå igenom i EUD:s praxis.

Svaret på frågan vilka arbetstagare som är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Direktivet och svensk tillämpning blir därmed: ”Det beror på”.

Arbetstagare i entreprenader med tunga materiella eller immateriella värden där dessa ankarkriterier följer med vid en entreprenadövergång kommer ofta att anses skyddsvärda. Arbetstagare i tjänsteentreprenader, som inte har något annat ankarkriterium än personal, kommer i de flesta situationer inte att vara skyddsvärda utan är i stället beroende av marknadsförutsättningarna. Det vill säga, att om förvärvaren frivilligt tar över en majoritet av överlåtarens anställda i verksamheten, så kan detta innebära att det blir en övergång enligt Direktivet.

Vi har här en motsättning mellan å ena sidan klassiska industriella värden, såsom maskiner och licenser, som är starka ankarkriterier och dessutom ofta bildar ekonomiska enheter, och å andra sidan tjänstesamhället där personal utan andra ankarkriterier får ett sämre skydd, eftersom de sällan ses som del i en verksamhet som kan ge identitet i verksamhet eller som tillräckligt strukturerade för att kunna utgöra en ekonomisk enhet.

15.6.2 Kan Direktivet utifrån Purposive Approach ses som en strävan till effektivitet och att ge en demokratisk förankring?

Direktivet är genom sin utformning dynamiskt genom att EUD:s praxis kommer att ge ett inflöde av nya tillämpningar av begreppen utifrån en ständigt föränderlig värld. Ett sådant exempel är utvecklingen av begreppet ekonomisk enhet. Begreppet har gått från en statisk spegling av huruvida samma ekonomiska verksamhet som fanns hos överlåtaren senare återfinns hos förvärvaren, till en mer dynamisk bild idag, där i praktiken övergång av produktionsfaktorer blir det intressanta.

Denna utveckling måste dock följas upp och systematiseras för att få genomslag. Utvecklingen med nya styrmodeller för personalintensiv verksamhet måste uppmärksammas av rättstillämpningen och juridiskt sättas in i sitt sammanhang. En uppdelad arbetsmarknad där kvinnor och män utför olika typer av arbete är i sig problematisk. När den

dessutom leder till olika grader av anställningsskydd blir den ineffektiv. Avhandlingen har visat på statistik över svensk arbetsmarknads könsuppdelning, där det blir tydligt att män i större utsträckning arbetar i material- och immateriellt intensiv verksamhet. Detta är verksamheter som många gånger har varit basen i industrisamhället, medan kvinnor i större utsträckning arbetar inom det rent personalintensiva tjänstesamhället. Kvinnors tillgång till anställningsskydd vid övergång av verksamhet i tjänstesektorn blir mindre än för män som arbetar i materialintensiv verksamhet, även beträffande entreprenader. Detta blir extra tydligt i entreprenadövergångar. Direktivet kommer i denna del att förstärka en snedvriden arbetsmarknad, där mäns anställningsskydd vid entreprenadövergång enligt Direktivet i mycket högre grad skyddas än kvinnors. Det finns därmed flera skäl att pröva anställningsskyddets avgränsning. En sådan avgränsning måste ske på ett sätt som är företagsekonomiskt effektivt och förutsägbart samtidigt som det inte styrs av en statisk syn på vad som är skyddsvärt. Vi behöver en modell som är förenlig med EUD:s praxisutveckling, som beaktar näringsfriheten, likväl som anställningsskyddet. Vi behöver dra konsekvenserna av att vi i dag i allt större utsträckning har ett tjänstesamhälle där EUD bör väga in könseffekter av Direktivets reglering. En modell som värderar det som är arbetskapitalet i dagens tjänsteentreprenader – kunden, och arbetstagaren som ankarkriterier, samt en mer dynamisk syn på när arbetstagaren utgör en produktionsfaktor.

Arbetsledningens betydelse vid bedömningen av huruvida en arbetsgrupp är tillräckligt självständig för att kunna betecknas som ekonomisk enhet får i dag stor betydelse. Vi måste undersöka om produktionsfaktorer finns i en ekonomisk enhet som skulle kunna föras över till nästa utförare. För att kunna göra detta måste vi undersöka verksamhetens karaktär.

Om ett ankarkriterium föreligger i form av materialintensiv verksamhet, kommer material dels att stödja identitet i verksamhet, dels oftast kunna utgöra produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet. Samma resonemang kan föras beträffande en immaterialrättsligt tung verksamhet.

Om inte material eller stora immaterialrättsliga värden finns, får vi i stället en prövning av huruvida personalen skulle kunna utgöra ett ankarkriterium. Detta kan antingen ske genom att majoriteten av personalen kvantitativt eller kvalitativt övertas av förvärvaren.

Om detta inte sker kan en prövning i stället ske huruvida styrmodellen för personalen skulle kunna ge tillräcklig självständighet i personalgruppen. Finns den självständigheten, finns även de produktionsfaktorer som kan skapa en ekonomisk enhet genom personalens arbete.

Här behöver betydelsen av ekonomisk enhet stärkas även för personaltung verksamhet, så att den sker på samma sätt som för materiellt- eller immateriellt tung verksamhet. Det vill säga, att en tydlig ekonomisk enhet som fortsätter, avskilt eller integrerat hos förvärvaren, talar för att identitet i verksamhet föreligger för hela eller del av verksamheten.

Vad skulle kunna vara fördelen med en modell som även granskar styrmodeller utifrån huruvida de kan skapa en tillräckligt självständig struktur och därmed utgöra produktionsfaktorer i en ekonomisk enhet? Svaret är: En mer exakt och förutsägbar bedömning. En tydligare koppling mellan personalkriteriet, styrmodell och produktionsfaktorer kan skapa en större förutsägbarhet. I dag kan en överlåtande entreprenör inom personalintensiv verksamhet säga upp de anställda i god tid innan kontraktet löper ut, med motiveringen att det vid uppsägningstillfället inte är känt om ny entreprenör tar vid eller om den första entreprenören får ett förnyat kontrakt.

Kommer ny entreprenör in, vet nämligen inte den överlåtande entreprenören om förvärvaren frivilligt kommer att ta över personalen eller inte. Denna osäkerhet har inte setts som skälig för arbetsgivaren och överlåtaren har därför rätt att säga upp personalen. Om entreprenören får ett förnyat kontrakt utgör detta inte grund till att avbryta uppsägningen eftersom bedömning av sakliga skäl görs vid tiden för uppsägningen, inte utifrån vad som händer under uppsägningstiden.

Om den bedömning som görs av den överlåtande entreprenören i stället utgick från effekten av styrmodell, d.v.s. grad av självständighet, kan överlåtaren med större säkerhet fastställa om personalgruppen kan utgöra produktionsfaktorer för en ekonomisk enhet, oavsett om förvärvaren planerar att ta över personal eller inte.

15.7 Styrande parametrar

Genomgående i denna avhandling har en rättslig undersökning genomförts för att fastställa gränser för skydd enligt vissa parametrar. Här görs ett försök att analysera vad som har varit styrande för skyddssyftet utifrån en delvis annan vinkel – interaktion mellan rätt och samhälle – det som i denna avhandling beskrivs utifrån metoden Purposive Approach.

15.7.1 Behov av skydd vid övergång i industrisamhälle kontra tjänstesamhälle

Behovet av reglering och ett socialt skydd vid övergång av verksamhet startade i en tid med många företagsövergångar inom framför allt industri. Diskussionen i denna avhandling började med vad som händer när

fabriken köps och säljs. Hur påverkar detta de anställda? Det blev initialt naturligt att knyta skyddet till materiella- eller immateriella värden utifrån att det var just detta som köptes och såldes. Personalen var initialt något som följde med maskiner och licenser och deras roll var att serva de materiella och immateriella värdena. Tanken var inte att personalen kunde ha ett egenvärde i en organisation, utan bara som medföljande till tunga ankarkriterier.

Under 1980-talet börjar dock en annan bild uppkomma i EUD:s praxis. Personalen börjar få ett eget utrymme, som inte alltid är knutet till materiella eller immateriella värden. Övergång av personal började prövas i personalintensiv verksamhet, som saknade ett tydligt materiellt eller immateriellt ankarkriterium. EUD började därför se ett behov av att reglera ett skydd för arbetstagarna i personalintensiv verksamhet. Detta gav dock problemet att målet, Direktivets syfte, att skydda personal vid övergång genom övertagande, nu även blev ett medel, d.v.s., att kontrollera om personalen hade tagits över. I *Case 24/85 Spijkers* klargjorde EUD sju kriterier som skulle sammanvägas för att kunna fastställa huruvida identitet i verksamhet förelåg, där det fjärde kriteriet var huruvida personal hade övergått. Detta gav upphov till tanken på att ett moment 22 kunde föreligga i personalintensiv verksamhet – ”att personal ska tas över om personal tas över”.

Även om *Case 24/85 Spijkers* betonade att kriterierna inte ger allt och att de måste ses i ett större sammanhang blev prövningen centrerad till huruvida främst tre kriterier hade övergått, material, immateriella värden och personal. Förutsättningen är dock att överlåtare och förvärvare befinner sig inom samma bransch och att verksamheten fortsätter. Dessa tre kriterier kan var och en förankra personalens rätt att gå över mycket mer tydligt än övriga kriterier. Vid övergång av material och immateriella värden ses personalövergången som logisk eftersom verksamheten består av dessa viktiga faktorer. Är maskinerna i fabriken eller varumärket det som är det stora värdet i verksamheten, ses det som logiskt att det kommer att vara basen i verksamhetens identitet. Det kommer även att utgöra grunden för avgränsning av en ekonomisk enhet. När industrisamhället i allt större utsträckning ersätts med ett tjänstesamhälle, och så småningom med ett informationssamhälle, förändras värderingen av personal i förhållande till maskin.

Personalen börjar värderas i grupp och utifrån funktion och identitet i verksamhet kan föreligga om majoriteten, kvalitativt eller kvantitativt, tas över frivilligt av förvärvaren. Ekonomisk enhet kan föreligga om gruppen är en strukturerad organisation där produktionsfaktorerna från överlåtaren har gått över. Fortfarande kvarstår dock problemet med sammanblandningen mellan Direktivets mål och medel när det gäller personal.

15.7.2 Privat kontra offentlig

När offentlig sektor byggdes ut under 60- och 70-talet var det främst tjänstesektorn som ökade. För att ta ett exempel; den vård som tidigare kunde ges i hemmet för barn, gamla och funktionsnedsatta blev nu ofta professionell och utfördes i det offentligas regi. En trend var att kvinnor som kom ut på arbetsmarknaden i stor utsträckning arbetade inom tjänstesektorn. Sektorn blev främst en låglönemarknad, där många dessutom arbetade deltid, eftersom arbetet var tungt och tjänsteplaneringen i arbetet försvårade heltid.

När beskattningen på 70-talet ändrades till särbeskattning, från tidigare familjebeskattning, blev det ännu tydligare att varje individ förväntades arbeta på arbetsmarknaden - men vilken arbetsmarknad? Transfereringssystemen gjorde att tidigare oavlönade sysslor i hemmet nu i större utsträckning utfördes på den offentliga arbetsmarknaden och bekostades via skatt. Den offentliga sektorn benämndes den ”tärande sektorn” och löneutvecklingen skedde inte utifrån den ”bärande sektorn”, d.v.s. industrins, riktmärke. Värderingen av personalintensiv tjänstesektor, såsom städning, var låg. Även för yrken som kräver gedigen utbildning, såsom sjuksköterskor, är ingångslönen än i dag mycket lägre än för många industriarbetare med betydligt kortare utbildning.

När det första Överlåtelsedirektivet 77/187 kom var arbetstagare i offentlig sektor inte automatiskt inkluderade bland de arbetstagare som skyddades. Offentlig sektor sågs initialt som något annat och gavs därmed ett lägre skyddsvärde. EUD:s praxisutveckling har dock steg för steg börjat inkludera offentlig sektor. I dag ligger skillnaden mest utifrån verksamhetens karaktär, där främst myndighetsutövning särskiljs från annan offentlig verksamhet, som oftast omfattas av Direktivet.

Från 90-talet har tjänstesektorn allt mer etablerat sig, eller växt i privat sektor, både med städning, vård, etc. Låglöneyrken från offentlig sektor har delvis flyttat över till privat sektor och bristyrken, t.ex. sjuksköterskor, kan hyras in i den offentliga verksamheten från privat verksamhet, vilket ger den inhyrde möjlighet att öka sin lön betydligt. Övriga låglöneyrken, som inte är bristyrken, verkar inte ha en markant annorlunda löneutveckling än i offentlig sektor.

En privat arbetsmarknad gav möjlighet till konkurrensutsättning, vilket öppnade upp för entreprenadutläggning av verksamheten. I dag är det vanligt att de flesta kommuner och regioner har någon entreprenadutlagd verksamhet som upphandlas i konkurrens. Vissa kommuner har mycket stora delar av sin tjänsteproduktion utlagd på entreprenad. Det förekommer att personalövertagande är ett mer eller mindre uttalat villkor första gången kommunen lägger ut en verksamhet. Förvärvaren har att erbjuda personalen att gå över men dessa kan även tacka nej och

fortsätta att vara anställda direkt av kommunen. Vid nästa upphandling kommer övergången, från entreprenör 1 till entreprenör 2, i stället att prövas utifrån om de rättsliga förutsättningarna för övergång föreligger.

För de som arbetar i dessa entreprenader, där det enda ankarkriteriet är personal, är ny utläggning något som inte alltid ger tydlighet beträffande huruvida personalen har rätt att gå med eller inte. Denna otydlighet skapar en imperfektion på arbetsmarknaden såväl för arbetstagaren, överlåtaren som förvärvaren. Otydliga regler ger kostnader, både i form av bristande förutsägbarhet och minskad möjlighet att planera verksamhet, arbete och inkomst. Oklara rättslägen är även tvistedrivande. Större tydlighet vore en fördel för alla.

15.7.3 Inkluderande eller inte inkluderande nationellt genomförande

Medlemsländerna gavs möjlighet att inkludera offentlig sektor i det som omfattas av Direktivets skydd, vilket Sverige valde att göra. Samtidigt hade Sverige en lång rättslig tradition av att se entreprenad som en form där övergång av verksamhet inte är möjlig, eftersom det inte finns något direkt avtalssamband. Den svenska synen i AD på övergång beträffande entreprenad har sedan det första målet, *AD 1995 nr 163 Swebus*-domen, varit mycket försiktig. De materiella eller immateriella ankarkriterierna har i flera fall varit enklare att hantera för domstolen än personalintensiv verksamhet. Föreligger övergång av relevant material eller tunga materiella värden ses det ofta både som att identitet i verksamhet och, om verksamheten återupptas, att en övergång av ekonomisk enhet föreligger. Problemet har varit skyddet för personalintensiva entreprenader utan andra ankarkriterier. Om entreprenaden omfattar personal inom bristyrken kommer det sällan att vara något problem, eftersom övertagande ofta sker oavsett om det krävs enligt Direktivet eller inte. Problemet blir i stället inom de yrken där det finns ett överskott av personal och där arbetsgivarbyten innebär drastiska förändringar. Det vill säga, just den typ av anställda som Överlåtelsedirektiv 77/187 en gång skapades för, den grupp som påverkas negativt av verksamhetsförändring och därmed behöver Direktivets skydd.

Den svenska praxistolkningen är i dag att det är korrekt av en överlåtande entreprenör, som har en personalintensiv verksamhet där det inte finns andra ankarkriterier, att säga upp personalens anställningar inför att avtalet löper ut. Under förutsättning att överlåtaren vare sig vet om avtalet med huvudmannen kommer att förnyas eller huruvida ny entreprenör vill ta över personalen. Detta skapar en situation som inte ger tillräckligt skydd till personalen eller tillräcklig förutsägbarhet för överlåtare eller förvärvare. LAS kräver att arbetsgivaren har gjort en omplaceringsutredning, men för entreprenaden ger detta sällan ett utökat anställningsskydd av organisatoriska skäl. Om överlåtaren får ett förnyat avtal, föreligger endast en företrädesrätt till återanställning. Får

överlåtaren inte ett förnyat avtal, föreligger i stället möjligheten att föra talan om att anställningen egentligen består och har gått över. För de som inte arbetar i bristyrken blir det en risk att avvakta med att hitta ny anställning för att invänta vad som händer med verksamheten. Slutresultatet leder ofta till arbetslöshet, varvid många i stället väljer att söka annat arbete när de blir uppsagda. Ger en ekonomisk realitet en bristande access to justice för dessa grupper?

Uttolkningen av genomförandet av Överlåtelsedirektiv 77/187 förde in ett starkt skydd i form av att överlåtaren förbjöds att säga upp av anledningar som relaterar till övergången. I praktiken har detta gett liten effekt för personalintensiva entreprenader, eftersom rättsläget inte omfattar en situation där entreprenadavtalet är på väg att löpa ut om t.ex. sex månader och osäkerhet föreligger om framtiden. Anställningsskyddet för anställda i personalintensiva entreprenader, utan annat ankarkriterium, blir därmed lätt en chimär i denna del.

15.7.4 Regleringskällors för och nackdelar – räcker det med starka svenska parter som sluter kollektivavtal?

Vad är regleringsbart inom EU-rätten?

Anställningsskyddet vid entreprenadövergång preciseras i Direktivet och ges även en avvägning mot näringsfriheten genom Direktivet och EUD:s praxis. Ett utrymme ges att införa ett starkare anställningsskydd nationellt men det får inte krocka med etablerade EU-rättsliga principer som värnar näringsfrihet eller reglerar andra områden.

Kollektivavtal kan reglera en entreprenadövergång inom detta utrymme.

Vad är regleringsbart inom svensk rätt?

Svensk lag ger parterna ett utrymme att via kollektivavtal komma överens om att det är frågan om en entreprenadövergång. Det kan emellertid starkt ifrågasättas om det skulle vara förenligt med en systemkoherent tolkning att avtala om motsatsen. Ett avtal om att ett entreprenadskifte inte utgör en övergång, mellan överlåtare och fackförbund, enligt Direktivet skulle innebära en svårighet för enskilda anställda att i strid med avtalsslutande arbetstagarorganisation driva frågan. Den arbetstagare som tillhör avtalsbärande förbund kunde knappast förvänta sig att fackförbundet skulle företräda sin medlemmen i en sådan fråga.

Ett generellt kollektivavtal om att en viss situation inte ska ses som en entreprenadövergång enligt Direktivet skulle därmed strida mot EU-rätten såvida avtalet inte mycket tydligt höll sig inom Direktivets ramar. Flera av EUD:s domar visar ett hänsynstagande mot detaljreglering i

nationell rätt och även via kollektivavtal, men enbart inom det område där medlemslandet har rätt att agera.

15.7.5 Statiskt kontra dynamisk rättstillämpning

Rätten interagerar med samhället, inte bara genom att sätta de juridiska gränserna för samhället, utan även genom att förändringar i samhället kan påverka rättsliga bedömningar. EUD:s praxis visar i många avseenden en dynamisk rättstillämpning, där samhällsintressen beaktas och skyddsvärdet i Direktivet genom åren har ändrats. AD:s tillämpning är mer statisk, vilket i viss mån kan vara naturligt i ett system med stark kollektivavtalspåverkan. Många gånger kommer det dynamiska inslaget att komma in i AD:s rättstillämpning via parternas kollektivavtal, men så är inte fallet vid övergång av verksamhet. Även om 6 b § LAS har en s.k. EU-spärr, vilket ger möjlighet att i kollektivavtal avtala om ett starkare skydd, finns inte möjligheten att definiera vad som utgör övergång av verksamhet i kollektivavtal på ett sätt som inskränker skyddssyftet och avvägningen mot näringsfriheten.

Det dynamiska skyddet måste i stället komma via en tolkning av EUD:s domar och att AD relaterar till vilka nationella samhällsförändringar som ger rättsliga effekter i enlighet med EU-rätten. Detta har blivit allt mer tydligt beträffande den nationella tillämpningen av Direktivets skydd när det gäller personalintensiva entreprenader som saknar andra ankarkriterier. Avgränsningen av en upphandling kan avgöra den externa form som kommer att påverka huruvida den verksamhet som läggs ut ska ses som en del av en verksamhet eller en hel verksamhet. På samma sätt kommer den externa formen att styra huruvida det ska ses som att en eller flera ekonomisk enheter existerar hos överlåtaren. Det blir därmed möjligt att avgränsa verksamheten på ett sådant sätt, externt så väl som internt, att bedömningen av huruvida identitet i verksamhet föreligger, eller huruvida produktionsfaktorerna i en ekonomisk enhet kan gå över, kommer att variera.

15.8 Ekonomisk enhet – sökandet efter den heliga graal?

Övergång av verksamhet beträffande entreprenader belyser på ett intressant sätt var gränserna går för Direktivets skyddssyfte genom att klargöra vilken rätt till skydd som ges för grupper som ofta har osäkrare villkor. Innebär detta att Direktivet ska, eller inte ska, ge ett starkare skydd vid övergång eftersom dessa personer har ett svagare skydd på arbetsmarknaden? Trots allt är Direktivet inte till för att skydda arbetstagaren mot nödvändiga företagsekonomiska överväganden. Här kan lite hårddraget framför allt två olika argumentationslinjer ses:

Den första linjen vill betona näringsfrihet. Näringsfriheten förutsätter en flexibilitet på arbetsmarknaden där personal kan tas in på kort sikt för att ge effektivitet i produktionen. Ibland framförs tanken att entreprenadens funktion är att svara mot behovet av tillfällig arbetskraft. Som visats i denna avhandling har dock olika typer av entreprenader olika syften och förutsättningar. Några är kortvariga lösningar, många är det inte.

Utan flexibilitet och effektivitet skulle samhällets intäkter minska, eftersom färre skulle vara i arbete och vinsterna för företagen skulle vara mindre. Detta är basala grunder i nationalekonomi men samhället är inte bara en passiv aktör. I en demokrati skapas vårt regelverk utifrån vad en majoritet upplever som skäligt. Vi har ett regelverk som, likt en trögrörlig glacier, långsamt är i rörelse, än mot starkare anställningsskydd, än mot större rörlighet och ekonomisk effektivitet på arbetsmarknaden; ett regelverk som i Sverige består både av framförhandlade kollektivavtal och stiftad lag, där kollektivavtalen inte kommer att omfatta alla i en sektor.

Det finns en vilja att hitta effektiva produktionsformer samtidigt som man söker ett effektivt anställningsskydd som hindrar uppsägningar som är oskälig. Samhället kommer att stå med ett ansvar för de arbetstagare som inte får nytt arbete. Skattepengar kommer att användas till omskolning, försörjningsstöd och tidig pensionering, om inte allokeringar på arbetsmarknaden kan skötas inom både arbetsmarknaden och regelverkets gränser. Därför har näringsfriheten inom EU sociala gränser – gränser där det måste finnas en balans mellan det som är företagsekonomiskt effektivt och det som ger ett socialt skydd. Även i en organisationsform som kan användas för tillfälliga lösningar måste arbetstagarnas anställningstrygghet ges rimlig säkerhet. Balans mellan näringsfrihet och skydd kommer delvis att vara olika i varje medlemsland utifrån den nationella arbetsrätten, vilket EU-rätten understödjer inom vissa gränser.

Ett slag för rättssäkerhet och näringsfrihet skulle även vara att tydliggöra överlåtarens rätt att föra talan mot förvärvaren när denne inte frivilligt tar över personalen, trots att förutsättningar för detta föreligger. Även om dessa inte står i ett kontraktsförhållande till varandra, vilket t.ex. normalt inte föreligger vid entreprenadbyte, skapar Direktivet ett rättsförhållande mellan parterna som är kontraktsliknande. Detta borde därmed ge samma behov av rättsmedel för att effektuera inomkontraktuell lojalitetsplikt som en vanlig affärstransaktion.

Den andra argumentationslinjen börjar från motsatt håll. Arbetstagaren måste skyddas, Direktivets skyddssyfte måste därför gälla alla arbetstagare som påverkas av en övergång av verksamhet, oavsett om de är

direkt anställda i en verksamhet som övergår eller om de i stället utför samma arbete men är anställda av en entreprenör. Även denna skyddslinje hamnar dock i att det måste finnas en balans mellan arbetsgivarens och arbetstagarens intressen. Det kommer att finnas sämre förutsättningar för arbetstagare att få anställning, om skyddet för arbetstagare blir starkare än fördelarna för arbetsgivaren att anställa. På en arbetsmarknad med ett anställningsskydd som upplevs för starkt av arbetsgivare, kommer i stället verksamheter att flytta till andra länder, inom eller utom EU, för att få billigare produktionskostnader. Rättigheten att följa med verksamheten inom EU utnyttjas sällan i praktiken, mycket för att villkoren inte ses som attraktiva. Detta i sig riskerar att förstärka skillnaderna mellan medlemsländerna.

Den rent juridiska avvägningen blir att Sverige är bundet till EU-rätten när det gäller huruvida anställda i entreprenader ska omfattas fullt ut av Direktivet vid entreprenadövergång. Sverige ska genom unionskonform tolkning tillämpa inhemsk rätt för att uppnå EU-syften. I Direktivet eller EUD:s praxis finns i dag inget som kan tolkas till en vilja att ge ett generellt sämre skydd för anställda i entreprenader. All inhemsk rättstolkning som ger ett generellt sämre skydd kan därmed ifrågasättas. Det som blir avgörande är i stället vilka produktionsfaktorer som går över och kan skapa en ekonomisk enhet och om detta även ger en identitet i verksamhet.

I denna avhandling introduceras ett tredje synsätt: Genom att granska de ankarkriterier som ger identitet i verksamhet vid övergång och de produktionsfaktorer som kan klarläggas i en ekonomisk enhet hos överlåtaren, framgår ett tydligare mönster. Dessa faktorer sätts i relation till vad som skiljer mellan arbetsledning i ett industrisamhälle och arbetsledning i ett tjänstesamhälle. I detta avslutningskapitel har en kort genomgång av avhandlingens olika delar presenterats för att klargöra om det skulle kunna finnas ett stöd för ett annat synsätt när det gäller entreprenader, och om detta synsätt skulle kunna vara produktivt.

Blir begreppet ekonomisk enhet den nya heliga graal? När näringsfriheten avgränsar bort skyddsvärdet för allt som inte uttryckligen täcks av Direktivet, ger begreppet ekonomisk enhet en möjlighet att föra in ekonomiska argument i konstruktionen för att fortfarande kunna pröva förändringen som en övergång av verksamhet utifrån verkligheten i en föränderlig värld. Jämför Mål *C-298/18 Grafe* där entreprenad inom busstrafik ses som övergång av en ekonomisk enhet. Detta trots att inga bussar tagits över, eftersom det av företagsekonomiska skäl var ineffektivt att ta över bussar som inte uppfyllde upphandlingens miljökrav. I stället för att detta faller utanför Direktivets skyddssyfte lyckas EUD ta in näringsfriheten i konstruktionen genom att skapa en ny identitet i

verksamhet och visa på en ekonomisk enhet som inte längre behöver vara en spegling av den ekonomiska enhet som fanns hos överlåtaren.

Den ekonomiska enheten får en genomslagskraft i vissa typer av företagsekonomiskt viktiga konstruktioner, där en verksamhet som normalt är material- eller personalintensiv kan kännetecknas av andra parametrar. Men vad är det som motiverar att detta gäller för busstrafik men inte för städkontrakt? Styrningen av personalintensiv verksamhet är mer komplex än en branschvis uppdelning. Ett bra exempel på detta är just städning. En städentreprenad kan vara tillitsstyrd genom att de anställda har kunskap och får fortbildning. Städkvalitét kan vara avgörande för en verksamhets förmåga, tänk t.ex. på den katastrofala effekten av operationssalar som städas av någon med bristande kunskap, vilket kan ge sjukdom och död.

En prövning av huruvida en städentreprenad kan utgöra grund för övergång av verksamhet vid ny upphandling bör därmed ske utifrån en genomgång av flera olika omständigheter vid viktning av personalkriteriet och graden av självständighet i den ekonomiska enheten. Presumtionen bör vara att tjänsteentreprenader inom städning i dag arbetsleds genom målstyrning eller tillitsstyrning och att det sällan finns någon gammaldags direkt arbetsledning att ta över.

Större förutsägbarhet skulle uppnås om detta bildade utgångspunkt och bevisningen för lägre självständighet måste företes, än som i dag, för högre. Detta skulle innebära att en presumtion görs beträffande att personal i tjänsteentreprenad är tillräckligt självständiga för att kunna vara produktionsfaktorer som övergår från en ekonomisk enhet hos överlåtaren till förvärvaren, oavsett om förvärvaren frivilligt tar över personalen.

Precis som vid övergång i primärverksamhet eller i materiellt eller immateriellt tung entreprenadverksamhet skulle uppsägningarna vid arbetsbrist i stället ske hos förvärvaren. Avvägningen mellan näringsfrihet och anställningsskydd skulle på så sätt inte bli oproportionerlig. Överlåtare och förvärvare växlar ofta roller på det sätt att de omväxlande agerar överlåtare eller förvärvare, varvid båda parter tjänar på större rättslig tydlighet.

Det blir därmed ett starkt ökat anställningsskydd för arbetstagare i tjänsteentreprenader vilket skulle innebära att de ofta inte behöver bli uppsagda och byta arbetsgivare innan övergången. I dag behöver många anställda skaffa nya arbeten under uppsägningstiden för att vara säkra på att ha en försörjning när ett entreprenadkontrakt löper ut. Att arbetstagaren ska vänta in resultatet av en talan om ogiltig uppsägning från överlåtaren framstår inte som ekonomiskt realistiskt, särskilt som

anställningen sedan oktober 2022 inte består under tiden som ogiltighetstalan förs.

Om arbetstagarna i en tjänsteentreprenad normalt bildar en ekonomisk enhet ges dessa en rätt att gå över, vilket innebär att uppsägningstiden börjar löpa efter övergången, och inte före som i dag, om det uppkommer arbetsbrist. Det blir en tydligare förutsägbarhet både beträffande personalens anställningsskydd samt kostnader för uppsägning, för både överlåtare och förvärvare. En ökad förutsägbarhet skulle därmed vara ett av det starkaste effektivitetsargumenten för förändring för såväl arbetstagare som för arbetsgivare, oavsett om arbetsgivaren agerar som överlåtare eller förvärvare.

Förslagen kan därmed sammanfattas på följande vis:

15.8.1 Förslag – Ekonomisk enhet

En ekonomisk enhet består enligt EUD:s rättsutveckling av produktionsfaktorer som kan överföras till – eller integreras – i förvärvarens verksamhet. Bedömningen av huruvida en ekonomisk enhet som huvudsakligen är beroende av materiellt och immateriellt tunga tillgångar har gått över till förvärvaren avgörs enligt praxis även huruvida det föreligger en identitet i verksamhet, när verksamheten fortsätter, bedömningen samordnas därmed ofta. För personaltung verksamhet har relationen mellan identitet och ekonomisk enhet varit mer komplex I det sammanhang kan identitet i verksamhet och ekonomisk enhet diskuteras utifrån två olika aspekter. Identiteten anses uppstå om majoriteten, kvantitativt eller kvalitativt går över medan den ekonomiska enheten i stället definieras utifrån om personalgruppen har en tillräckligt hög grad av strukturell självständighet.

Begreppet ekonomisk enhet måste klargöras avseende personaltung verksamhet i allmänhet och tjänsteentreprenader i synnerhet, på så sätt att en personalgrupp under vissa förutsättningar kan utgöra den ekonomiska enhet som definierar identiteten i den verksamhet som förvärvaren fortsätter att bedriva. Detta kunde lösa en del av de problem som uppstår när identitet i verksamhet bestäms av huruvida majoriteten av personalen har tagits över, vilket skapar ett ”Moment 22”, d.v.s. personal ska tas över om personal har tagits över.

Om begreppet ekonomisk enhet skulle bli lika avgörande för personaltung verksamhet som för materiell och immateriell verksamhet, skulle i stället struktur och självständighet avgöra huruvida personalen bildar en ekonomisk enhet, med en tydlig identitet i verksamhet, som kan gå över till förvärvaren.

Begreppet ekonomisk enhet ska tolkas EU-konformt. Huruvida produktionsfaktorer överförs vid entreprenad måste därmed utgå från en modell som beror på i vilken utsträckning personal, material och immateriella värden kan vara produktionsfaktorer i sig eller i samverkan. Modellen bör enligt detta förslag utgå från en värdering av hur den ekonomiska enheten har fungerat hos överlåtaren och om den verksamhet som har bedrivits i den ekonomiska enheten kommer att fortsätta hos förvärvaren, antingen i samlad eller i integrerad form.

15.8.2 Förslag – Presumtion för strukturell självständighet i en personalgrupp – utifrån bransch, produktionsfaktorer och ekonomisk enhet

Tolkningen av ekonomisk enhet i svensk rätt bör ses i ljuset av såväl den övergripande samhällsutvecklingen som den praktiska utvecklingen av organisation och arbetsledning. Detta gäller särskilt tjänsteentreprenader där kunskapskapital är förankrat i personalen. Här blir det viktigt att kunna göra en riktig bedömning av huruvida personalgruppen är självstyrande och därmed kan ses som tillräckligt självständig för att kunna utgöra en produktionsfaktor i en ekonomisk enhet. I dag utgår AD från motsatsen, eftersom domstolen inte anser att gruppen är självständig om inte arbetsledaren ingår i den personal som övergår till förvärvaren. Här måste enligt förslaget frågan ställas om det finns någon direkt arbetsledare hos överlåtaren överhuvudtaget eller om gruppen har varit självstyrande. Det kan även ifrågasättas på vem bevisbördan borde ligga. Är normen inom en bransch att grupper är självstyrande, borde den sida som hävdar avvikelse från normen ha bevisbördan. Det torde vara en tidsfråga innan indirekt styrning och självstyrning kan presumeras för majoriteten av tjänsteentreprenader.

15.8.3 Förslag – Hur vi undviker otillbörlig preskriptionsbegränsning av anställningsskyddet

Svenska preskriptionsregler fungerar bäst i en situation där uppsägningen tidsmässigt direkt relaterar till arbetsbristen. En uppsägning av en anställning sex månader innan en övergång, därför att ett entreprenadkontrakt löper ut, gör inte det. Möjligheten att föra en ogiltighetstalan inom två veckor efter uppsägningen mot överlåtaren är i praktiken svår så länge AD:s tolkning är att det föreligger sakliga skäl att säga upp anställningen på grund av att ett kontrakt löper ut i framtiden. Teoretiskt skulle talan i stället kunna riktas mot förvärvaren efter övergången, eftersom en uppsägning som strider mot Direktivet inte är giltig. Den vanliga praktiska lösningen i ett svårbevisat rättsläge är i stället att den anställde söker nytt arbete. Detta leder i sig till att det inte finns kvar några anställda vid övergångstillfället för att en ”majoritet” ska kunna gå över. Svenska preskriptionsregler påverkar på så sätt den rättsliga konsekvensen av en övergång eftersom preskriptionsreglerna i sig medför att det inte blir en övergång enligt Direktivet. Preskriptions-

reglernas uttolkning vid entreprenadövergång ger i praktiken både ett sämre anställningsskydd och begränsar arbetstagarens praktiska access to justice. Det går därför att starkt ifrågasätta om nationell rätt beträffande tillämpning av preskriptionsreglerna är förenlig med EU-rättens anställningsskydd såsom det preciseras i Direktivet. Trots att Norge inte är en EU-medlemsstat, utan endast tillämpar EU-rätt, har Norsk Høyesterett ändrat sin tillämpning av sina preskriptionsregler vid övergång av verksamhet, för att man ansåg att de inte stämde med Direktivets skydd.[1] Förslaget är därmed att även Sverige, som medlemsstat och därmed starkare bunden, gör en ny prövning av preskriptionsreglernas praktiska effekter utifrån dagens rättsliga tillämpning vid övergång av verksamhet i allmänhet och vid tjänsteentreprenad i synnerhet.

15.8.4 Förslag – Omfattningen av uppsägningsförbudet och nationell tolkning av arbetsbrist

Bedömningen av huruvida sakliga skäl för när arbetsbrist föreligger vid verksamhetsövergång måste enligt EUD utgå från verksamhetens förutsättningar. Anställda i entreprenader ska ha samma anställningsskydd som anställda i primärverksamhet, eftersom Direktivet inte ger stöd för ett sämre anställningsskydd. Med tanke på att övergång av primärverksamhet och entreprenader skiljer sig åt, exempelvis avseende tidpunkten när överlåtaren får kunskap om eventuell ny förvärvare eller förnyat kontrakt, måste situationerna behandlas olika utifrån verksamhetens förutsättningar. Medan överlåtaren vid övergång av primär verksamhet normalt i god tid innan övergången känner till vem som förvärvar verksamheten och kan inleda kontakter, är detta ofta ovanligt vid entreprenadövergång. Att en domstol förutsätter att samma information finns tillgänglig inför övergång av entreprenad som vid övergång av primärverksamhet är därmed felaktigt. I dag kommer övergång av verksamhet enligt Direktivet oftast att föreligga för primär verksamhet och för materiellt och immateriellt tunga entreprenader. Prövningen baseras på om det finns en säkerhet från överlåtarens sida att övergången skulle ses som en övergång enligt Direktivet. I annat fall anses överlåtaren ha en rätt att säga upp personalen så länge en omplacering inte är möjlig.

Uppsägningen prövas utifrån den information som överlåtaren har vid tillfället för uppsägningen. Information som tillkommer senare under uppsägningstiden, t.ex. om att kontraktet förnyas, leder därför inte till att uppsägningen avbryts. Verksamhetens förutsättningar för entreprenader gör dock att det är svårt att överblicka de rättsliga konsekvenserna

[1] Høyesteretts kjennelse 21. desember 2021, HR-2021-2554-A, (sak nr. 21-090917SIV-HRET). Domstolen valde att låta preskriptionsfristen löpa från övergångstillfället, i stället för vid det tidigare uppsägningstillfället eftersom man anser att om preskriptionsfristen skulle börja löpa vid uppsägningen, skulle arbetstagare som senare får reda på en kommande övergång av verksamhet berövas sin rätt till rättslig prövning, se kap. 1.6.2.

så långt innan ett kontrakt löper ut. Förslaget blir därmed att entreprenadövergång i svensk rätt borde medföra en annan tolkning av uppsägningsförbudet. Det normala borde vara att anställda i entreprenader inte sägs upp av överlåtaren utan att det är förvärvaren som hanterar eventuell övertalighet, på samma sätt som för primär verksamhet. Det borde därmed normalt inte vara möjligt för överlåtaren att säga upp anställda enbart för att ett entreprenadkontrakt löper ut, under förutsättning att verksamheten kommer att fortsätta. En tydlighet kring detta skulle öka förutsägbarheten för samtliga parter och anställningsskyddet för berörda arbetstagare utan någon större begränsning av näringsfriheten, enligt det i avhandlingen använda trestegstestet.

15.8.5 Förslag – Industrisamhälle kontra tjänstesamhälle

Direktivet tillkom under början av 1970-talet då oljekrisen ändrade förutsättningarna för en energikrävande industri. Läget var turbulent i många medlemsstater; industrier köptes, såldes och slogs samman i ovanligt stor omfattning. Direktivet värnade om de anställdas skydd samtidigt som det bejakade nödvändiga förändringar på arbetsmarknaden. Arbetstagare som omfattades av verksamhetsövergångar gavs skydd för anställning och anställningsvillkor. Direktivet gjordes dock dynamiskt i och med att möjligheten till förändringar i EUD:s praxis gavs ett ovanligt stort spelrum i många domar.

I dag är arbetsmarknaden förändrad, eftersom industrisamhället efterhand har ersatts av ett tjänstesamhälle som håller på att bli dominerande. Samtidigt är grunden för bedömningen av övergång enligt Direktivet kvar i faktorer som härrör från ett industrisamhälle. Detta leder till flera negativa konsekvenser. Direktivets anställningsskydd omfattar i dag inte alla berörda målgrupper. Detta gäller särskilt de tjänsteentreprenader som inte har några andra ankarkriterier än personal. Här måste värderingen av kriterierna ändras så att skydd även ges för personalintensiv verksamhet i allmänhet och för tjänsteentreprenader i synnerhet. Det finns inget stöd i Direktivet för att verksamhetens organisation ska inverka på den grad av skydd som de anställda har i en övergång. Tjänstesamhällets fokusering på entreprenader, och framför allt tjänsteentreprenader, ger dock i praktiken ett sämre anställningsskydd för arbetstagarna. Här måste EU än mer utveckla lösningar för anställningsskydd på dagens arbetsmarknad. EUD har börjat beakta personalen som en allt tyngre vägande faktor i flera domar om övergång, men det finns fortfarande ett behov av utveckling och tydliggöranden i flera avseenden.

Det är inget nytt att vi har en könsuppdelad arbetsmarknad. Det som är nytt är i vilken utsträckning tillämpningen av Direktivet understödjer och förstärker den uppdelningen. Kvinnor arbetar i betydligt större utsträckning än män i tjänsteentreprenader, utan andra ankarkriterier än personal. Samtidigt ser AD sällan att det föreligger övergång av

verksamhet enligt Direktivet i tjänsteentreprenader. Anställda i tjänsteentreprenader har därmed i dag ett betydligt sämre anställningsskydd än anställda i entreprenader som även har andra ankarkriterier. Förslaget är i denna del att vidga synen på vilka grupper regleringen är till för. Värderingen av vilka arbetstagare som skyddas är kvar i industrisamhällets synsätt. Är det inte på tiden att vi, både inom EU och nationellt, har en reglering som även stödjer anställningsskyddet i ett tjänstesamhälle?

15.9 En avslutande tanke om ekonomisk enhet och den heliga graal

Ekonomisk enhet är ett begrepp som utvecklas via EUD:s praxis som ett resultat av en alltmer extensiv syn på vad som ingår i lagenlig övergång. Begreppet har tidigare varit ganska vagt, här finns dock en tydlig balansering mot näringsfriheten, det måste finnas en ekonomisk kärna i det som övergår. Men här finns även en öppning för EUD att i begreppet tolka in nya faktorer för att kunna anpassa bedömningen till det som är utmärkande för den ekonomiska enhet som övergår. Den ekonomiska verksamheten måste kunna fortgå enligt sina egna särskilda förutsättningar, parallellt med det som utgör identitet i verksamhet, för att en övergång enligt Direktivet ska kunna ske.

Den ekonomiska verksamheten består i praktiken av produktionsfaktorer, dessa produktionsfaktorer kan bilda en eller flera ekonomiska enheter. Avgränsningen av en ekonomisk enhet kommer dock att se olika ut i olika typer av verksamheter, och samspelar dessutom med ankarkriterierna. Den verksamhet som har varit en ekonomisk enhet hos överlåtaren behöver inte längre vara likadan hos förvärvaren för att en ekonomisk enhet ska ha övergått enligt Direktivet. Det som måste vara likadant är dock produktionsfaktorerna. Det är därmed produktionsfaktorerna som måste övergå, d.v.s. att övergången innebär en möjlighet att hos förvärvaren skapa detsamma, eller liknande, som har funnits i en samlad ekonomisk enhet hos överlåtaren. Det är produktionsfaktorerna som är den egentliga ekonomiska verksamheten i den ekonomiska enheten.

Traditionellt har produktionsfaktorer bedömts som särskilt tydliga i materiell och immateriell verksamhet. Att ta över maskiner eller t.ex. licenser ger både ett ankarkriterium, d.v.s. identiteten i verksamheten, och produktionsfaktorn i den ekonomiska enheten. Detta är logiskt i ett industrisamhälle. Personalintensiv verksamhet utan tunga materiella eller immateriella värden har varit mer komplext att hantera. Identitet i verksamhet har ansetts uppkomma om förvärvaren frivilligt tar över majoriteten, kvantitativt eller kvalitativt, av personalen. Den

ekonomiska enheten har i stället bestämts utifrån om den personal som övergår är tillräckligt strukturerad och självgående och därmed utgör produktionsfaktorer.

Detta kan ses som förvirrande. Behöver man inte säkra att produktionsfaktorer övergår om förvärvaren frivilligt tar över en majoritet? Här kan det säkert finnas flera tolkningar, men jag stannar vid att se detta som ett utflöde av näringsfriheten. Förvärvarens rätt att själv bestämma om produktionsfaktorer finns i den personalgrupp denne väljer att ta över. Rent logiskt finns det sällan någon orsak för förvärvaren att ta över personal om man inte kan se möjlighet för fortsatt produktion. Det som denna avhandling har fokuserat på är istället vad som skapar den ekonomiska enheten i personalintensiv verksamhet när förvärvaren inte själv väljer att ta över anställda.

Särskilt tydlig blir problematiken med ekonomisk enhet i tjänsteentreprenad, där överlåtare och förvärvare ofta inte känner till varandra eller har en naturlig kontakt som avtalspartner och där kunderna är i fokus. I dessa situationer blir det ännu viktigare att skapa tydliga begrepp för att kunna avgöra om den ekonomiska enheten hos överlåtaren kan övergå till förvärvaren enligt Direktivet. Produktionsfaktorerna i den ekonomiska enheten är i detta fall personalen. Personalen måste dock vara strukturerad och självständig, annars kräver praxis att arbetsledare måste medfölja. Här måste metoder hittas för att kunna avgöra om arbetsledaren är relevant för självständigheten. En början är att fastställa hur personalgruppen har agerat hos överlåtaren. Finns det en direkt arbetsledare som närvarar på arbetsplatsen i personalgruppen eller finns det istället någon form av självstyrande, tillitsstyrning eller indirekt målstyrning bland personalgruppen?

Vi har idag ett samhälle där fler arbetar i tjänstesektorn än i industrisektorn, dock har rättsutvecklingen inte riktigt hängt med. Bedömningen baseras på industrisamhällets verklighet, inte tjänstesamhällets och framför allt inte verkligheten för tjänsteentreprenader. Samtidigt uttrycker EUD en allt klarare vilja att anpassa bedömningen av om övergång av verksamhet föreligger utifrån verksamhetens egna särskilda förutsättningar. Anställningsskyddets gränser vid entreprenadövergång för tjänsteentreprenader måste därför bedömas utifrån tjänsteentreprenadernas verklighet, inte utifrån vad som gällt i industrisamhället.

Så innebär detta att ett klargörande av begreppet ekonomisk enhet är liktydigt med att finna den heliga graal, lösningen på problemen med skyddssyftet vid övergång av verksamhet?
Ja, mycket talar för att det i vart fall skulle lösa en hel del av problemen, men graalen behöver putsas på!

Källförteckning

Europeiska Union (EU)

Offentligt tryck
EU direktiv

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.

Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.

Council Directive 89/391/EEC on the protection of the health and safety of workers from the risks related to chemical agents at work (fourteenth individual directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC) (C4-0531/97 00/0459(SYN).

Rådets direktiv 91/383/EEG av den 25 juni 1991 om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat anställningsförhållande eller tillfälligt anställningsförhållande (EGT L 206, s. 19).

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

Rådets direktiv 96/67/EG av den 15 oktober 1996 om tillträde till marknaden för marktjänster på flygplatserna inom gemenskapen.

Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (direktiv om elektronisk handel).

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.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/74/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 80/987/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

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

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 av den 14 december 2016 om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2018/957 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 (Rekonstruktions- och insolvensdirektiv).

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1152 av den 20 juni 2019 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen (arbetsvillkorsdirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1158 av den 20 juni 2019 om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare och om upphävande av rådets direktiv 2010/18/EU (balansdirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2022/2041 av den 19 oktober 2022 om tillräckliga minimilöner i Europeiska unionen.

EUD:s avgöranden

Övergång av verksamhet

(1) Case 19/83 *Knud Wendelboe m.fl. mot Masse de faillite L. J. Music ApS*, ECLI:EU:C:1985:54 (Case 19/83 *Wendelboe*).

(2) Case 135/83 *Abels Mot Bedrijfsvereniging Voor De Metaalindustrie En De Electrotechnische Industrie*, ECLI:EU:C: 1985:55 (Case 35/83 *Abels*).

(3) Case 179/83 *Industriebond FNV och Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) mot Nederländska staten*, ECLI:EU:C:1985:57 (Case 179/83 *Industriebond*).

(4) Case 186/83 *Botzen Rotterdamsche Droogdok Maatschappij Botzen*, ECLI:EU:C:1985:58 (Case 186/83 *Botzen*).

(5) Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Danmols Inventar*, ECLI:EU:C:1985:331 (Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*).

(6) Case 235/84 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, ECLI:EU:C:1986:303 (Case 235/84 *Kommisionen*).

(7) Case C-237/84 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien*, ECLI:EU:C:1986:149 (Case 237/84 *Kommission*).***[1]
(8) Case 24/85 *Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV och Alfred Benedik en Zonen BV*, ECLI:EU:C:1986:127 (*Case 24/85 Spijkers*).
(9) Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mot Ny Mølle Kro*, ECLI:EU:C:1987:573 (Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark*).
(10) Case 324/86 *Tellerup mot Daddy's Dance Hall*, ECLI:EU:C:1988:72 (Case 324/86 *Tellerup*).
(11) Case 101/87 *P. Bork International A/S, konkurs med ackord, m.fl. mot Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, i egenskap av ombud för Birger E. Petersen, och Jens E. Olsen m.fl. mot Junckers Industrier A/S*, ECLI:EU:C:1988:308 (Case 101/87 *Bork*).
(12) Förenade målen 144/87 och 145/87 *Harry Berg och Johannes Theodorus Maria Busschers mot Ivo Martin Besselsen*, ECLI:EU:C:1988:236 (Förenade målen 144/87 och 145/87 *Berg*).
(13) Case 362/89 *Giuseppe d'Urso och Adriana Ventadori m.fl. mot Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA m.fl.*, ECLI:EU:C:1991:326 (Case 362/89 *d'Urso*).
(14) Mål C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol m.fl.*, ECLI:EU:C:1992:220 (Mål C-29/91 *Redmond Stichting*).
(15) Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Grigorios Katsikas mot Angelos Konstantinidis och Uwe Skreb och Günter Schroll mot PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, ECLI:EU:C:1992:517 (Förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91 *Katsikas*).
(16) Mål C-209/91 *Anne Watson Rask och Kirsten Christensen mot ISS Kantineservice A/S*, ECLI:EU:C:1992:436 (Mål C-209/91 *Rask*).
(17) Mål C-382/92 *Europeiska gemenskapernas kommission mot förenade kungariket*, ECLI:EU:C:1994:233 (Mål C-382/92 *Kommissionen*).
(18) Mål C-392/92 *Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, ECLI:EU:C:1994:134 (Mål C-392/92 *Schmidt*).
(19) Mål C-472/93 *Luigi Spano m. fl. mot Fiat Geotech SpA och Fiat Hitachi Excavators SpA*, ECLI:EU:C:1995:421 (*Mål C-472/93 Luigi Spano*).
(20) Mål C-48/94 *Ledernes Hovedorganisation, agissant pour Ole Rygaard mot Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Strø Mølle Akustik A/S*, ECLI:EU:C:1995:290 (Mål C-48/94 *Rygaard*).
(21) Förenade målen C-171/94 och C-172/94 *Albert Merckx och Patrick Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA*, ECLI:EU:C:1996:87 (Förenade målen C-171/94 och C-172/94 *Merckx*).
(22) Mål C-298/94 *Annette Henke mot Gemeinde Schierke och Verwaltungsgemeinschaft Brocken*, ECLI:EU:C:1996:382 (Mål C-298/94 *Henke*).
(23) Mål C-305/94 *Claude Rotsart de Hertaing mot J. Benoidt SA i likvidation och IGC Housing Service SA*, ECLI:EU:C:1996:435 (Mål C-305/94 *Rotsart*).

[1] Målen med *** citeras inte i avhandlingen men inkluderas här för att ge en fullständig lista över relevanta domar från EUD:s om övergång av verksamhet.

(24) Mål C-319/94 *Jules Dethier Équipement SA mot Jules Dassy och Sovam SPRL*, ECLI:EU:C:1998:99 (Mål C-319/94 *Dethier Équipement*).
(25) Mål C-13/95 *Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, ECLI:EU:C:1997:141 (Mål C-13/95 *Süzen*).
(26) Mål C-336/95 *Pedro Burdalo Trevejo m.fl. mot Fondo Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:1997:204 (Mål C-336/95 *Trevejo*).
(27) Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez och Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner mot Hoechst AG (C-229/96), och Mercedes Gómez Montaña mot Claro Sol SA och Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*, ECLI:EU:C:1998:594 (Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Vidal*).
(28) Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser och Sociedad Cooperativa Minerva C-173/96, och Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH och Horst Bohn Sicherheitsdienst C-247/96*, ECLI:EU:C:1998:595 (Förenade målen *C-173/96 Hidalgo m.fl.).*
(29) Mål C-399/96 *Europièces SA mot Wilfried Sanders och Automotive Industries Holding Company SA*, ECLI:EU:C:1998:532 (Mål C-399/96 *Europièces SA*).
(30) Mål C-234/98 *G. C. Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd*, ECLI:EU:C:1999:594 (Mål C-234/98 *Allen*).
(31) Mål C-343/98 *Renato Collino och Luisella Chiappero mot Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2000:441 (Mål C-343/98 *Collino*).
(32) Mål C-172/99 *Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi och Pentti Juntunen*, ECLI:EU:C:2001:59 (Mål C-172/99 *Oy Liikenne*).
(33) Mål C-175/99 *Didier Mayeur mot Association Promotion de l'information messine (APIM)*, ECLI:EU:C:2000:505 (Mål C-175/99 *Didier Mayeur*).
(34) Mål C-51/00 *Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen m.fl.*, ECLI:EU:C:2002:48 (Mål C-51/00 *Temco*).
(35) Mål C-164/00 *Katia Beckmann mot Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd.*, ECLI:EU:C:2002:330 (Mål C-164/00 *Katia Beckmann*).
(36) Mål C-320/00 *A. G. Lawrence m.fl. mot Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd*, ECLI:EU:C:2002:498 (Mål C-320/00 *A. G. Lawrence*).
(37) Mål C-4/01 *Serene Martin, Rohit Daby och Brian Willis mot South Bank University*, ECLI:EU:C:2003:594 (Mål C-4/01 *Martin*).
(38) Mål C-145/01 *Europeiska Kommissionen mot Italienska republiken*, ECLI:EU:C:2003:324 (Mål C-145/01 *Kommissionen*).
(39) Mål C-340/01 *Carlito Abler m.fl. mot Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2003:629 (Mål C-340/01 *Carlito Abler*).
(40) Mål C-425/02 *Johanna Maria Delahaye, gift Boor, mot Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*, ECLI:EU:C:2004:706 (Mål C-425/02 *Delahaye*).
(41) Mål C-460/02 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien*, ECLI:EU:C:2004:780 (Mål C-460/02 *Kommissionen*).
(42) Mål C-297/03 *Sozialhilfeverband Rohrbach mot Arbeiterkammer Oberösterreich och Österreichischer Gewerkschaftsbund*, E-CLI:EU:C:2005:315 (Mål C-297/03 *Rohrbach*).

(43) Mål C-333/03 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Luxemburg*, ECLI:EU:C:2004:369 (Mål C-333/03 *Kommissionen*).
(44) Mål C-386/03 *Europeiska Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*, ECLI:EU:C:2005:461 (Mål C-386/03 *Kommissionen*).
(45) Mål C-478/03 *Celtec Ltd mot John Astley m.fl*,. ECLI:EU:C:2005:321 (Mål C-478/03 *Celtec Ltd*).
(46) Förenade målen C-232/04 *Nurten Güney-Görres och* C-233/04 *Gul Demir mot Securicor Aviation (Germany) Ltd och Kötter Aviation Security GmbH & Co.* KG, ECLI:EU:C:2005:778 *(*Förenade målen C-232/04 och C-233/04 *Nurten Güney-Görres och Gul Demir*).
(47) Mål C-499/04 *Hans Werhof mot Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2006:168 (Mål C-499/04 *Werhof*).
(48) Mål C-458/05 *Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH (PPS)*, ECLI:EU:C:2007:512 (Mål C-458/05 *Jouini*).
(49) Mål C-313/07 *Kirtruna SL och Elisa Vigano mot Red Elite de Electrodomésticos SA m.fl.*, ECLI:EU:C:2008:574 (Mål C-313/07 *Kirtruna*).
(50) Mål C-396/07 *Mirja Juuri mot Fazer Amica Oy*, ECLI:EU:C:2008:656 (Mål C-396/07 *Juuri*).
(51) Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg mot Ferrotron Technologies GmbH*, ECLI:EU:C:2009:85 (Mål C-466/07 *Dietmar Klarenberg*).
(52) Mål C-561/07 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italien*, ECLI:EU:C:2009:363 (Mål C-561/07 *Kommissionen*).
(53) Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) mot Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe och Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2010:452 (Mål C-151/09 *Federación de Servicios Públicos*).
(54) Mål C-242/09 *Albron Catering BV mot FNV Bondgenoten och John Roest*, ECLI:EU:C:2010:625 (Mål C-242/09 *Albron Catering*).
(55) Mål C-386/09 *Jhonny Briot mot Randstad Interim, Sodexho SA och Europeiska unionens råd*, ECLI:EU:C:2010:526 (Mål C-386/09 *Briot*).
(56) Mål C-463/09 *CLECE SA mot María Socorro Martín Valor och Ayuntamiento de Cobisa*, ECLI:EU:C:2011:24 (Mål C-463/09 *CLECE SA*).
(57) Mål C-108/10 *Ivana Scattolon mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, ECLI:EU:C:2011:542 (Mål C-108/10 *Ivana Scattolon*).
(58) Mål C-426/11 *Mark Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd*, ECLI:EU:C:2013:521 (Mål C-426/11 *Alemo-Herron*).
(59) Mål C-290/12 *Oreste Della Rocca mot Poste Italiane SpA*, ECLI:EU:C:2013:235 (C-290/12 *Della Rocca*).
(60) C-458/12 *Lorenzo Amatori m.fl. mot Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2014:124 (C-458/12 *Amatori*).
(61) Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund mot Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmungen*, ECLI:EU:C:2014:2197 (Mål C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*).
(62) Mål C-688/13 *Gimnasio Deportivo San AndrésTesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fondo de Garantía Salaria*, ECLI:EU:C:2015:781l (C-688/13 *General de la Seguridad*).
(63) Mål C-160/14 *João Filipe Ferreira da Silva e Brito m.fl. mot Estado português*, ECLI:EU:C:2015:565 (Mål C-160/14 *Brito*).

(64) Mål C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) mot Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios SL, Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:2015:781 (C-509/14 *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*).
(65) Mål C-336/15 *Unionen mot Almega Tjänsteförbunden och ISS Facility Services AB*, ECLI:EU:C:2017:276 (Mål C-336/15 *Unionen*).
(66) Förenade målen C-680/15 och C-681/15 *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH Mot Ivan Felja (C-680/15) och Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH mot Vittoria Graf (C-681/15)*, ECLI:EU:C:2017:317 (Förenade målen C-680/15 och C-681/15 *Asklepios*).
(67) Mål C-126/16 *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. mot Smallsteps*, BV ECLI:EU:C:2017:489 (Mål C-126/16 *Federatie Nederlandse Vakvereniging*).
(68) Mål C-200/*16 Securitas - Serviços e Tecnologia de Segurança SA mot ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA m.fl.*, ECLI:EU:C:2017:780 (Mål C-200/16 *Securitas*).
(69) Mål C-416/16 *Luís Manuel Piscarreta Ricardo mot Portimão Urbis, E.M., SA, i likvidation, Município de Portimão, Emarp – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, EM, SA*, ECLI:EU:C:2017:574 (Mål C-416/16 *Ricardo*).
(70) C-472/16 *Jorge Luís Colino Sigüens mot Ayuntamiento de Valladolid, InPulso Musical SC, Miguel del Real Llorente, Administrador Concursal de Músicos y Escuela SL, Músicos y Escuela SL, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2018:646 (C-472/16 *Colino*).
(71) Mål C-60/17 *Ángel Somoza Hermo, Ilunión Seguridad SA mot Esabe Vigilancia SA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2018:559 (C-60/17 *Somoza Hermo*).
(72) Mål C-509/17 *Christa Plessers mot PREFACO NV och Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2019:424 (Mål C-509/17 *Christa Plessers*).
(73) Mål C-664/17 *Ellinika Nafpigeia AE mot Panagiotis Anagnostopoulos m.fl.*, ECLI:EU:C:2019:496 (Mål C-664/17 *Ellinika Nafpigeia*).
(74) Mål C-167/18 *Unión Insular de CC.OO. de Lanzarote mot Swissport Spain Aviation Services Lanzarote SL*, ECLI:EU:C:2019:418 (Mål C-167/18 *Unión Insular*).***
(75) Mål C-194/18 *Jadran Dodič mot Banka Koper och Alta Invest*, ECLI:EU:C:2019:385 (Mål C-194/18 *Dodič*).
(76) Mål C-298/18 *Reiner Grafe och Jürgen Pohle mot Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH och OSL Bus GmbH*, ECLI:EU:C:2020:121 (Mål C-298/18 *Grafe*).***
(77) Mål C-317/18 *Cátia Correia Moreira mot Município de Portimão*, ECLI:EU:C:2019:499 (Mål C-317/18 *Moreira*).
(78) Mål C-344/18 *ISS Facility Services NV mot Sonia Govaerts och Atalian NV Begäran om förhandsavgörande från Arbeidshof te Gent*, ECLI:EU:C:2020:239 (Mål C-344/18 *ISS Facility Services*).
(79) Mål C-465/18 *AV och BU mot Comune di Bernareggio*, ECLI:EU:C:2019:1125 (Mål C-465/18 *AV och BU*).***
(80) Förenade målen C-674/18 och C-675/18 *EM och FL mot TMD Friction GmbH och TMD Friction EsCo GmbH*, ECLI:EU:C:2020:682 (Förenade målen C-674/18 och C-675/18 *EM och FL*).

(81) Mål C-550/19 *EV mot Obras y Servicios Públicos SA, Acciona Agua SA*, ECLI:EU:C:2021:514 (Mål C-550/19 *EV*).
(82) Mål C-237/20 *Federatie Nederlandse Vakbewegning mot Heiploeg Seafood International BV och Heitrans International BV*, ECLI:EU:C:2022:321 (Mål C-237/20 *Federatie Nederlandse Vakbewegning*).
(83) Förenade målen C-583/21 och C-586/21 *NC m.fl. mot notarierna BA, DA, DV och CG*, ECLI:EU:C:2023:435 (Förenade målen C-583/21 och C-586/21 *NC m.fl.*).
(84) Mål C-675/21 *Strong-Charon Soluções de Segurança, S.A. mot 2045 Empresa de Segurança, S.A. FL*, EU:C:2023:108 (Mål C-675/21 *Strong Charon*).

Övrig praxis från EUD

Case 26/62 *van Gend & Loos* EU:C:1963:1.
Case 80/70 *Gabrielle Defrenne mot Belgien*, ECLI:EU:C:1971:55. (Case 80/70 *Defrenne*).
Case 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission*, ECLI:EU:C:1974:51:491 (Case 4/73 *Nold*).
Case 43/75 *Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, ECLI:EU:C:1976:56 (Case 43/75 *Defrenne*).
Case 149/77 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*,. ECLI:EU:C:1978:130 (Case 149/77 *Defrenne*).
Case 129/79 *Macarthys Ltd mot Wendy Smith*, ECLI:EU:C:1980:103 (Case 129/79 *Macarthys Ltd*).
Case 53/81Levin mot Staatssecretaris van Justitie ECLI:EU:C:1982:105 (*Case 53/81. Levin*).
Case 14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*. ECLI:EU:C:1984:153 (Case 14/83 *Sabine*).
Case 66/85 *Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1986:284 (Case 66/85 *Lawrie-Blum*).
Mål C- 7/90 *Vandevenne m.fl.*, ECLI:EU:C:1991:363 (Mål C-7/90 *Vandevenne*).
Mål C-73/95 *Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 24 oktober 1996. Viho Europe BV mot Europeiska Kommissionen. Konkurrens - Koncerner - Artikel 85.1 i fördraget Mål C-73/95 P*, ECLI:EU:C:1996:405. (Mål C-73/95 *Viho*).
Mål C-67/96 *Domstolens dom den 21 september 1999. Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430 (Mål C-67/96 *Albany*).
Mål C-256/01 *Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional och Secretary of State for Education and Employment*, ECLI:EU:C:2004:18 (Mål C-256/01 *Debra Allonby*).
Mål C-371/02 *Björnekulla Fruktindustrier AB mot Procordia Food AB*, ECLI:EU:C:2004:275 (Mål C-371/02 *Björnkulla*).
Mål C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809 (Mål C-341/05 *Laval*).

Mål C-438/05 *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772 (Mål C-438/05 *Viking*).

Mål C-275/06 *Promusicae Productores de Música de España (Promusicae) mot Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54 (Mål C-275/06 *Promusicae*).

Mål C-549/07 *Friederike Wallentin-Hermann mot Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA*, ECLI:EU:C:2008:771 (Mål C-549/07 *Friederike Wallentin-Hermann*).

Mål C-433/08 *Yaesu Europe;* ECLI:EU:C:2009:750 (C-433/08 *Yaesu Europe*).

Mål C-69/10 *Brahim Samba Diouf mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, ECLI:EU:C:2011:524 (Mål C-69/10 *Brahim Samba Diouf*).

Mål C-544/10 *Deutsches Weintor eG mot Land Rheinland-Pfalz*, E-CLI:EU:C:2012:526 (Mål C-544/10 *Deutsches Weintor eG*).

Mål C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson Begäran om förhandsavgörande från Haparanda tingsrätt*, ECLI:EU:C:2013:105 (C-617/10 *Åkerberg Fransson*).

Förenade målen C-488/12 C-491/12 och C-526/12 *Nagy Sándor m.fl. mot Hajdú-Bihar megyei Kormányhivatal m.fl. Begäran om förhandsavgörande från Debreceni Munkaügyi Bíróság*, ECLI:EU:C:2013:703 (Förenade målen C-488/12 C-491/12 och C-526/12 *Nagy*).

Mål C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media mot Staat der Nederlanden*, ECLI:EU:C:2014:2411 (Mål C-413/13 *Kunsten*).

Mål C-441/14 *Dansk Industri (DI) mot Sucession Karsten Eigil Rasmussen Begäran om förhandsavgörande från Højesterett*, ECLI:EU:C:2016:278 (Mål C-441/14 *Dansk Industri*).

Mål C-201/15 *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, ECLI:EU:C:2016:972 (Mål C-201/15 *Iraklis*).

Mål C-216/15 *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH mot Ruhrlandklinik gGmbH*, ECLI:EU:C:2016:883 (Mål C-216/15 *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*).

Förenade målen C-569/16 och C-570/16 S*tadt Wuppertal mot Maria Elisabeth Bauer och Volker Willmeroth mot Martina Broßonn*, ECLI:EU:C:2018:871. (Förenade målen C-569/16 och C-570/16 *Stadt Wuppertal*).

Mål C-101/21 *HJ mot Ministerstvo práce a sociálních věcí mot Tjeckien*, ECLI:EU:C:2022:356. (Mål C-101/21 *HJ*).

Mål C-120/21 *LB mot TO*, ECLI:EU:C:2022:718 (Mål C-120/21 *LB*).

Mål C-427/21 *LD mot ALB FILS Kliniken GmbH*, ECLI:EU:C:2023:505 (Mål C-427/21 *LD*).

EFTA-domstolen

EFTA-domstolen mål E-02/04, *Reidar Rasmussen, Jan Rossavik och Johan Käldman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann*, EFTA Court Report 57, dom den 10/12/2004.

EFTA-domstolen mål förenade målen E-15/15 and E-16/15 *Franz-Josef Hagedorn v Vienna-Life Lebensversicherung AG and Rainer Armbruster v Swiss Life (Liechtenstein).*

EU meddelande och förslag

COM/1974/351 final Amended Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on harmonization of the legislation of Member States on the safeguarding of employees' right and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations (Submitted to the Council by the Commission).

COM/1975/0429 final Amended Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on harmonization of the legislation of Member States on the safeguarding of employees' right and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations (Amendment presented by the Commission to the Council pursuant to Article 143, second paragraph of the EEC-Treaty).

COM (2006) 708 slutlig. GREEN PER Modernizing labour law to meet the challenges of the 21th century.

COM (2007) 359 slutlig, Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security.

COM (2017) 251 European Commission (2017) (Staff Woking Document Accompanying the document establishing a European Pillar of Social Rights.

Kommissionen - övrigt

EU SVAR – frågor och svar om EU nr 507 – Kommissionens meddelande.

Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme (EGT C 13, 1974, s. 1).

Dok. 16201/07; Gemensamma principer för ”flexicurity” – Rådets slutsatser.

Europeiska Kommissionen (2017) (White Paper on the Future of Europe).

Europeiska Kommissionen (2017) (Reflection paper on the social dimension of Europe).

EU rapporter

Bulletinen EC 10–1972

Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme. Dokument 31974Y0212(01).

Nationell praxis

Danmark

Dom den danske Højesterett den 6 december 2016 i mål 15/2014.

Norge

Høyesteretts kjennelse 21. desember 2021, HR-2021-2554-A, (sak nr. 21-090917SIV- HRET).

Storbritannien

Employment Appeal Tribunal (EAT) in Argyll Training Ltd v Sinclair[2000] IRLR 630.Scottish Coal Co Ltd v Crouch Mining Ltd [2005] CSIH 68 [2006] SC 105.

Sverige

Offentligt tryck

Propositioner

- Prop. 1970:66 med förslag till lag om ändring i lagen (1962:351) om allmän försäkring, m. m.
- Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd.
- Prop. 1976/77:105 om medbestämmande i arbetslivet.
- Prop. 1979/80:4 om ändring i lagen (1974:12) om anställningsskydd m.m.
- Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.
- Prop. 1990/91:11 Ny kommunallag.
- Prop. 1991/92:170 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).
- Prop. 1992/93:43 Ökad konkurrens i kommunal verksamhet.
- Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.
- Prop. 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem.
- Prop. 2013/14:118 Privata utförare av kommunal verksamhet.
- Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

Statens offentliga utredningar

SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Anställningsskydd och vissa anställningsfrämjande åtgärder. Betänkande angivet av utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen (Åmanska utredningen).

SOU 1991:26 Kommunala entreprenader – Vad är möjligt? Rapport till konkurrenskommittén.

SOU 1991:104 Konkurrensen inom den kommunala sektorn : delbetänkande.
SOU 1994:83 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar. EU och den svenska arbetsrätten. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté.
SOU 2013:53 Privata utförare – kontroll och insyn, delbetänkande av Utredningen om en kommunallag för framtiden.
SOU 2014:55 Inhyrning och företrädesrätt till återanställning.
SOU 2018:47 Med tillit växer handlingsutrymmet – tillitsbaserad styrning och ledning av välfärdssektorn.

Departementsserien

Ds A 1981:6) Anställningsskydd jämte remissyttranden däröver.

Myndigheter

DIARIENUMMER 14-07/D, Skatterättsnämndens förhandsbesked beträffande begreppet Verksamhetsgren, diarienummer 14-07/D meddelandedatum 2007-04-11 LAGRUM 23 kap. 17 § inkomstskattelagen (1999:1229) sökande X AB (X) motpart Skatteverket.

Rapporter

Almega. Sociala pelaren hotar den svenska modellen, Almega 2020 https://www.almega.se/sociala-pelaren-hotar-den-svenska-modellen/.
Medlingsinstitutets årsrapport 2015.
Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2022 (Medlingsinstitutet, 2023).
SCB. Finansiärer och utförare inom vård, skola och omsorg 2011, s. 6f., publicerad 2013-09-20.
SBC:https://www.scb.se/hitta-statistik/artiklar/2018/allt-fler-arbetsstallen-inom-tjanstebranscher/

SCB. Lönespridning efter sektor och kön 2021.
SCB. Statistiknyhet från 2023-03-08 om könsfördelning på svensk arbetsmarknad.
SKF. Konkurrens för fortsatt välfärd? – om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftsformer, Välfärdsprogrammet.
SKL. (SKL:s) statistik över antalet anställda 2018. (https://skl.se/ekonomijuridikstatistik/statistik/personalstatistik/personalenisiffror.850.html)., SKL.
SKR:s rapport, Driftformer, 2023, https://skr.se/skr/demokratiledningstyrning/styrningledning/driftformer.2658.html (besökte 8 dec. 2023) https://skr.se/demokratiledningstyrning/driftformervalfrihet/valfrihetssystemochersattningsmodeller/socialomsorg/valfrihetssystemikommunerbeslutslaget 2020.33705.html.

SKR, Den svenska modellen, lönepolitik 2022, https://skr.se/skr/arbetsgivarekollektivavtal/fortroendevaldasarbetsgivaransvar/lonepolitik/densvenskamodellen.68259.html (besökte 8 dec 2023).
Statskontoret, Om offentlig sektor - Att göra eller köpa? Om outsourcing av statlig kärnverksamhet, 2015.
Svenska Kommunförbundets skrift ”Konkurrens för fortsatt välfärd” Hugo Blom, Thomas Hallgren, Stockholm, Kommentus, 2000.

Arbetsdomstolen

AD 1930 nr 100
AD 1935 nr 95
AD 1976 nr 18
AD 1978 nr 153
AD 1979 nr 140
AD 1984 nr 14
AD 1984 nr 19
AD 1984 nr 26
AD 1986 nr 144
AD 1993 nr 179
AD 1993 nr 214
AD 1994 nr 61
AD 1994 nr 85
AD 1994 nr 92
AD 1995 nr 8
AD 1995 nr 60
AD 1995 nr 96
AD 1995 nr 97
AD 1995 nr 100
AD 1995 nr 134
AD 1995 nr 148
AD 1995 nr 163
AD 1996 nr 12
AD 1996 nr 39
AD 1996 nr 49
AD 1996 nr 65
AD 1997 nr 19
AD 1997 nr 67
AD 1997 nr 81
AD 1998 nr 44
AD 1998 nr 59
AD 1998 nr 121
AD 1998 nr 124
AD 1998 nr 144
AD 1998 nr 146
AD 1999 nr 21
AD 2000 nr 8
AD 2001 nr 101
AD 2002 nr 63
AD 2003 nr 10
AD 2003 nr 13
AD 2003 nr 15
AD 2006 nr 92
AD 2007 nr 44
AD 2008 nr 51
AD 2008 nr 61
AD 2009 nr 55
AD 2010 nr 25
AD 2010 nr 61
AD 2010 nr 88
AD 2011 nr 3
AD 2011 nr 54
AD 2012 nr 18
AD 2012 nr 47
AD 2013 nr 6
AD 2013 nr 47
AD 2014 nr 1
AD 2014 nr 14
AD 2014 nr 28
AD 2014 nr 46
AD 2014 nr 69
AD 2014 nr 91
AD 2016 nr 59
AD 2018 nr 35
AD2019 nr 8
AD 2023 nr 29

Länsrätten

Länsrättens dom, målnummer 6565-01, samt därefter följande prövningstillstånd från Stockholms Kammarrätt målsnummer 287-2002, målet återkallades.

Övrigt

Svenskt näringsliv, Så mycket handlar länets kommuner av näringslivet, 2021, https://www.svensktnaringsliv.se/regioner/jonkoping/ny-granskningsa-mycket-handlarlanetskommuneravnaringslivet_1164304.html (besökt 8 dec 2023)
Trafikverket, Svensk bygg- och anläggnings marknaden 2023, https://bransch.trafikverket.se/for-dig-i-

branschen/upphandling/leverantorsmarknadsanalys/svenska-bygg--och-anlaggningsmarknaden/ (besökte 8 dec 2023)
Anders Johnson, Tjänstesamhället, Företagskällan, 2023, https://www.foretagskallan.se/foretagskallan-nyheter/lektionsmaterial/tjanstesamhallet/#:~:text=Sverige%20%C3%A4r%20ett%20tj%C3%A4nstesamh%C3%A4lle.,%C3%A4n%20halva%20arbetskraften%20inom%20tj%C3%A4nstesektorn (besökte 8 dec 2023)

Litteratur

Ahlinder, Elisabeth, ’Rättsvetenskaplig metod – om vikten av att motivera och redovisa sin metod’ i Leviner, Pernilla, Papadopoulou Skarp, Frantzeska, och Reichel, Jane (red.), *Kreativitet, strategi och etik i rättsvetenskaplig forskning*, 2023.
Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, OUP Oxford, 2012.
- *The substantive law of the EU - The four freedoms*, 6:e uppl., Oxford, 2019.
Barnard & Peers, Steve, *European Union Law*, 3:e uppl., OUP Oxford, 2020.
- *European Union Law*, 4:e uppl., OUP Oxford 2023.
Bayreuther, Frank, ‘Transfer of Undertakings in the Field of Public Passenger Transport Services’ i *Festskrift til Stein Evju – Sui generis*, Universitetsförlaget, 2016.
Beltzer, Ronald, ‘The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle,’ 23(19 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2007), 139 – 155.
Bercusson, Brian, *European Labour Law*, 2:a uppl., Cambridge University Press, 2009.
Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, Norstedts Juridik, 2012.
Bernitz & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 7:e uppl., Norstedts juridik Karnov group, 2022.
Blanpain, Roger, *European Labour Law*, 14:e uppl., Wolters Kluwer, 2013.
Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Wolters Kluwer, 2016.
Borgert, Leif, *Organiserandet som mode – Perspektiv på hälso och sjukvård*, Nerenius & Santérus Förlag, 1992.
Brante, Thomas, *Den professionella logiken: Hur vetenskap och praktik förenas i det moderna kunskapssamhället*, Liber, 2014.
Bringselius, Louise, *Trust-Based Public Management: Conceptualization and lessons from the Swedish trust reform, In Handbook on Strategic Public Management*, Cheltenham, UK, Edgar Elgar, 2023.
Bruun, Niklas, *‘Kollektivavtal i EU – Om allmängiltiga avtal och social dumping’*, Bruun, Niklas & Ahlberg, Kerstin, Arbetsmarknad & Arbetsliv, 1996
- ‘Prohibition of Discrimination under Article 14 European Convention on Human Rights’ i Dorssemont, Filip, Lörcher, Klaus, Schömann, Isabelle (red.), *The European Convention on Human Rights and The Employment Relations*, Hart publishing, 2013.
- ‘The Old and New Foundations of Labour Law’ i Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (red.), *The New Foundations of Labour Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2017.

Bruzelius, Lars & Skärvad, Per-Hugo, *Integrerad organisationslära*, Studentlitteratur, 1995.
Carlson, Laura, *Searching for equality*, Iustus, 2007.
Carvalho Martins, David, 'Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling', 9(1) *European Labour Law Journal* 2018, 29-49.
Countouris, Nicola & Koukiadaki, Aristea, 'The glass half full: collective redundancies, public interest, and the (unfulfilled) potential of Europe's "highly competitive social market economy"', Manchester Centre for Regulation and Governance and Public LawPMO General, 2017.
Craig, Paul, 'Development of the EU' i Barnard & Peers, *European Union Law*, 3:e uppl., 2020.
Danhard, Erik, *KonkursArbetsrätt - Om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion*, 6:e uppl., Jure, 2018.
Davidov, Guy, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 2016.
Deakin, Simon, 'The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development' i Davidov, Guy & Langille, Brian (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
Derlen, Mattias & Lindholm, Johan, *The Court of Justice of the European Union -Multidisciplinary Perspectives*, London, Hart Publishing, 2018.
Dukes, Ruth, 'Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law' i Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
Dukes, Ruth, *The Labour Constitution – The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
Edgren, Jan & Skärvad, Per-Hugo, *Nätverksorganisationer: Outsourcing, partnerskap och nya organisationsformer*, 2:a uppl., Liberförlag, 2014.
Eklund, Ronnie, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse*, Norstedts, 1983.
- 'Tjänsteentreprenad - ett sätt att organisera arbetet?' Informationsskrift 8, Arbetslivscentrum, Stockholm, 1986.
- *Bolagisering - ett mode eller ett måste?* Juristförlaget, 1992.
- 'In och uthyrning av arbetskraft i Norden', Juridicum på uppdrag av Nordiska Ministerrådet, 1993.
- 'Temporary Employment Agencies in the Nordic Countries', Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2002.
Farnham, David & Pimlott, John, *Understanding Industrial Relations*, Casell, 1995.
Fast, Katarina, 'Dubbelbestraffningsförbudet i EU:s rättighetsstadga och det svenska systemet med skattetillägg och skattebrott – en kommentar till EU-domstolens avgörande i fallet Åkerberg Fransson' 2 *Svensk Skattetidning* 2013.
Fast Lappalainen, Katarina, *Om skyddet mot retroaktiv beskattning – En studie i konstitutionell rätt*, 2019.
Flodgren, Boel, *Arbetsdomstolen som rättsbildare*, Juridiska föreningen i Lund, 1983.
Fransson, Susanne, 'Equal Pay for Equal and Comparable Work - a Question of Law or a Question of Labour Contract?' i Perspectives of Equality - Work, Women and Family in the Nordic Countries and EU: Norden och Europa, Nord 2000:5.

Gill-Pedro, Eduardo, ‘Freedom to conduct business in EU law: freedom from interference or freedom from domination’, 9(2) *European Journal of Legal Studies* 2017.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, 2020.

Lord Goldsmith, Peter, ‘A Charter of Rights, Freedoms and Principles’, 38 *Common Market Law Review* 2001, 1213.

Granmar, Claes, ’EU-stadgan, direktivet och nationell rätt’, JT 2018, 845–872.

Grönroos, Christian, *Service Management*, ISL Förlag, 1992.

- *Service Management och marknadsföring: kundorienterat ledarskap i servicekonkurrensen*, Liber, 2016.

Göransson Håkan, *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument: de grundläggande förbuden mot stridsåtgärder i historisk och internationell belysning*, Jure, 1988.

Hartzén, Ann-Christine, m.fl., ‘The Right of the Employee to Refuse to be Transferred. A comparative and theoretical analysis’, EUI Working Papers LAW 2008/20.

- *The European Social Dialogue in Perspective. Its future as an autopoietic system of industrial relations*, Lund University, 2017.

Hellner, Michael, ’Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU’, 11/2003 *Svenska institutet för europapolitiska studier* (Sieps), juni 2003.

Herzfeld Olsson, Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus, 2003.

'Alla vägar bär till Rom, multi kulti eller den brokiga konsten att få fram rättsvetenskaplig text' i Leviner, Papadopoulou Skarp, Reichel (red.), Kreativitet, strategi och etik i rättsvetenskapligt skrivande, 2023.

Hettne, *Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel - Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts, 2008.

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättlig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a uppl., Norstedts juridik, 2011.

Heuman, Lars, *Metoder för rättstillämpning och lagtolkning - Generaliseringar, logik och argumentation*, Jure, 2018.

Houwerzijl, Mijke S.,’”Regime shopping” across (blurring) boundaries’ i Evju, Stein (red.), *Regulating Transnational Labour in Europe: The quandaries of multilevel governance*, Skriftserie nr. 196, 95 – 130, UiO, 2014.

Hunt, Jo, ‘The Court of Justice as a Policy Actor: The Case of the Acquired Rights Directive’, 18(3) *Legal Studies*, Wiley, 1998.

Jaspers, Teun, ‘Introduction’ i Teun, Jaspers, Pennings, Frans och Peters, Saskia (red.) *European Labour Law*, Intersentia, 2019.

Johansson, Caroline, *Tjänstepension möter EU-rätten*, Iustus, 2017.

Kenner, Jeff, *EU Employment Law – From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, 2002.

Kenner, Jeff, 'Article 30' i Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeffrey & Ward, Angela (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Hart Publishing, 2014.

Kjellberg, Anders, *Den svenska modellen i en föränderlig värld*, Arena Idé, Stockholm, februari 2022.

Kleineman, Jan, ’Rättsdogmatisk metod’ i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2:a uppl., Studentlitteratur, 2018.

Koch, Michaël, ’Vi har ambitionen att vara folkbildare’ Lag & Avtal 2011, december.

Kochan, Thomas A., *What Is Distinctive about Industrial Relations Research?*, Cornell, 1998.
Kuhn, Thomas, *The Nature of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1970.
Källström, Anders, *Uppdrag styreffekt*, Liber, 1990.
Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet*, 6:1 uppl., Iustus, 2022.
Lapsley, Irvine, 'The NPM Agenda: Back to the Future', Vol. 4 *Financial Accountability & Management* 2008.
Lernestedt, Claes, 'Att besvärja döden - ett begränsat återbesök. Sortering som drivkraft' i Leviner Papadopoulou Skarp Reichel (red.), *Kreativitet, strategi och etik i rättsvetenskaplig forskning*, 2023.
Lind, Johan, 'Kritik av Flodgren, "Arbetsdomstolen som rättsbildare"', 6 Lag & Avtal 1984.
Lindblom, Per Henrik, 'Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s. 743)' i *Festskrift till Lars Welamson*, 1988.
Lindgren, Lena, *Utvärderingsmonstret, kvalitets- och resultatmätning i den offentliga sektorn*, Lund, Studen'tlitteratur, 2008.
Lindqvist m.fl., *Kommunala befogenheter*, Wolter Kluwer, 2016.
Lindström, Dag, 'Genusarbetsdelning i det tidigmoderna skråväsendet' i Jacobsson, Benny & Ågren, Maria (red.), *Levebröd - Vad vet vi om tidigmodern könsarbetsdelning*, Opuscula Historica, Upsaliensia 47, 2011.
Lomba, Cédric, 'Beyond the Debate over 'Post'- vs 'Neo'-Taylorism The Contrasting Evolution of Industrial Work Practices', 201 *Int. Sociol*. March 2005, 71–91.
Lundin, Tom & Madell, Olle, *Kommunallagen - En kommentar*, Norstedts, 2018.
Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd, En lagkommentar*, 11:e uppl., Wolters Kluwer, 2016.
Madell, Tom, *Det allmänna som avtalspart - särskilt avseende kommunens kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Umeå, 1998.
-'Socialtjänst på entreprenad: kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?' Förvaltningsrättslig Tidskrift 2003, 15-46.
Magpili, Nina Cristina and Pazos, Pilar, 'Self-Managing Team Performance: A Systematic Review of Multilevel Input Factors', 49(1) Small Group Research 2018.
Maier, Lena, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten: en rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningsutrymmen*, Rättsvetenskapliga biblioteket, Stockholms Universitet, 2000.
Malmberg, Jonas, 'Anmälan av Johann Bernard Mulder; Anställningen vid verksamhetsövergång', JT 2005-06, 209.
- 'Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter'. Uppsala Faculty of Law Working Paper 2010:9.
- 'Arbetsrätten efter EU-inträdet', *Svensk Juristtidning* SvJT 2011, 430–439.
Malmberg & Öman, Sören, 'Något om kollektivavtal vid övergång av verksamhet' i Ahlberg, Kerstin, Herzfeld Olsson, Petra, and Malmberg, Jonas (red.), *Niklas Bruun i Sverige - En vänbok*, Iustus, 2017.
Marx, Karl, Das Kapital, 1 bandet Hamburg 1867 års originalupplaga.

McMullen, John, ‘Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertakings’ 23/3 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2007, 335, 344.
McMullen, John, ‘Transfer of Undertakings: The Purposive Approach’, 48(2) *Industrial Law Journal* June 2019.
McMullen, John, ‘Leaving a Legacy: Recent Jurisprudence of the European Court on Transfer of Undertakings’, 50(1) *Industrial Law Journal* March 2021, 130–157.
Moberg, Axel, *EES, det europeiska ekonomiska samarbetet. EFTA länderna och EG:s inre marknad*, Stockholm, 1991.
Mulder, Johann, *Anställningsförhållandet vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget i Lund, 2004.
- ’Komparativ skiss över reglerna vid verksamhetsövergång’ i *Festskrift til Stein Evju – Sui generis*, Universitetsforlaget, 2016.
Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, 2007.
Nial, Håkan, ’Från individualism till kollektivism - en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel’ i *Minnesskrift utgiven av juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum*, Stockholm, 1957.
Nielsen, Ruth, *EU labour law*, DJOF Publishing, 2019.
Niekerk, André van & Smit, Nicola, *Law@work*, Lexis Nexis, 2017.
Nycander Svante, *Makten över arbetsmarknaden - ett perspektiv på Sveriges 1900-tal*, Studentlitteratur, 2017.
Nyström, Birgitta, *Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet*, Jure AB, 2001.
Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten, 4:e uppl. Norstedts, 2011.
- EU och arbetsrätten, 5:e uppl. Norstedts, 2016.
- EU och arbetsrätten, 6:e uppl. Norstedts juridik, 2021.
- ’Några aktuella arbetsrättsliga frågor i samband med övergång av verksamhet’ i Nyström m.fl., *Modern affärsrätt: en antologi*, Wolters Kluwer, 2017.
O´Leary, Síofra, *Employment law at the European Court of Justice – Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, 2002.
Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeffrey & Ward, Angela (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Hart Publishing, 2014, 2:a uppl., 2021.
Prassel, Jerimias, ‘Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law Case C-426/11 Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd’, 42(4) *Industrial Law Journal*, december 2013, 434–446.
Rainone, Silvia, *The Role of the Court of Justice in EU Labour Law – A Case Study on the Transfer of Undertakings Directive*, Thesis, Tilburg University, KU Leuven, 2022, i Hendrickx, Frank och Blanpain, Roger (red.), *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Wolters Kluwer, 2023.
Ramberg, Christina, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, Wolter Kluwer, 2017.
Reichel, Jane, ’EU-rättslig metod’ i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, 2:e uppl., 2021.
Rosengren, Karl-Erik, & Arvidson, Peter, *Sociologisk metodik*, Liber, 2002.
Ryberg-Welander, Lotti, *Arbetstidsregleringens utveckling: en studie av arbetstidsreglering i fyra länder*, Lund, 2000.

Rönnmar, Mia, ‘Transfers of undertakings, collective redundancies and employer insolvency’ i Barnard, Catherine & Peers, Steve (red) *European Union Law*, 2020, s. 619.

Sandgren, Claes, ’Om empiri och rättsvetenskap’, *Juridisk tidskrift* 1995–96, 726 och 1035.

Schmidt, Folke, reviderat av Eklund, Ronnie, Göransson, Håkan, Källström, Kent, och Sigeman, Tore, *Facklig arbetsrätt*, Juristförlaget, 1997.

Selberg, Niklas, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer - En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*, Lund, 2017.

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten - En översikt*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, 2022.

Simon-Almendal, Teresa, 'Det inomvetenskapliga gränsöverskridandet' i Leviner, Papadopoulou Skarp, Reichel (red.), *Kreativitet, strategi och etik i rättsvetenskaplig forskning*, 2023.

Sinander, Erik, *Internationell kollektivavtalsreglering. En studie i internationell privaträtt av den svenska modellen för reglering av anställningsvillkor*, Universitetstryck, 2017.

Sjödin, Erik, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige*, Iustus, 2015.

- ’Näringsfriheten förtydligad - Kommentar till C-201/15 AGET Iraklis’, 1 *Europarättslig tidskrift* 2018.

Skandalis, Ioannis, *Balancing Employer and Employee Interests: Legitimate Expectations and Proportionality under the Acquired Rights Directive*, Thesis, Trinity College, 2012.

Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776.

Strauss, George & Keith Whitfield, *Research Methods in Industrial Relations*, Cornell, 1998.

Ström, Peter, ’Hur påverkas de gamla och personalen av hemtjänstens privatisering? Om behovet av kritisk forskning om entreprenader i äldreomsorgen’ i Gustafsson, Rolf Å. (red.), *Ur Köp och sälj var god svälj – vårdens nya ekonomistyrningssystem i ett arbetsmiljöperspektiv*, Arbetsmiljöfonden, 1994.

Twining, William, 'Reflections on ‘Law in Context’ i *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Oxford, 1997.

Veneziani, Bruno, ‘The Employment Relationship’ i Hepple, Bob & Veneziani, Bruno (red.), *The transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

De Vries, Sybe, Bernitz, Ulf och Weatherill, Stephen (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, 15 Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart 2013.

- *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument Five Years Old and Growing*, Vol. 20, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart, 2015.

Weatherill, Stephen, ‘The Common Market: Mission Accomplished?’ i Heiskanen, Veijo & Kulovesi, Kati (red.) *Function and future of European Law*, Helsinki University Press, 1999.

- ‘Use and Abuse of the EU:s Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of freedom contract - Comment on Case C-426/11 Mark Alemo-Herron v Parkwood Leisure (2014)’, 10 *European Review of Contract Law* 167, 2014.

Werenfels Röttorp, Monica & Hedelin, Johan, *Konkurrens på låtsas - Kommunalt förändringsarbete på villovägar*, Ekerlids förlag, 1995.
Åman, Karin, ’2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter — en jämförelse’, *SvJT 100 år festskrift*, 2016, 460.
Örnberg, Åsa, *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, Jure, 2014.

Respondenter

Ericson, Bo, jurist, Senior advisor LO/TCO-rättskydd, intervju i september 2017 (en av flera).
Karlsson, Barbro, strateg på Stockholms kommuns kansli för äldreomsorg, intervju 15/2 2021.
Kolmodin, Lars, Region Halmstad, avdelningschef och sakkunnig inom konkurrensutsättning av välfärdstjänster och valfrihetssystem, intervju 19/1 2021.
Loftby, Helen, Personalchef region rikskunder Sodexo, Eva Samuelsson, inköpsavd, Sodexo, Eva-Kristina Andersson, personalchef regionala rikskunder städ, Sodexo, gemensam intervju, 12/4 2005.
Lundén, Peter, jurist, och bitr. chef för bussektionen, Region Stockholm, intervju 1 juni 2021.
Lundqvist, Jörgen, Ombudsman, VD - LSR Service AB Fysioterapeuterna, intervju 5/3 2014.
Ramberg, Eva-Lotta, jurist, Intervju om Hotell och Restaurang, 24/10 2019.
Söderlöf, Göran. Jurist, Tidigare SKL (SKR), intervju 2019 (en av flera).
Tocklin, Sara, HR-chef ISS, Intervju 3/10 2012.

Muntlig källa

Muntlig källa: Bercusson, Brian, föreläsning 1998-09-08 Arbetslivsinstitutet ang. direktivet 98/50/EG.

Kan begreppet ”ekonomisk enhet” vara den heliga graal som sprider ett förklarat ljus över den bro som skyddssyftet i Rådets direktivet om övergång av verksamhet 01/23 (Direktivet) ger? Avvägningen mellan näringsfrihet och anställningsskydd? Bryggan mellan industrisamhälle och tjänstesamhälle?

Denna avhandling tydliggör att den ekonomiska enheten består av produktionsfaktorer som möjliggör att verksamheten kan fortsätta. Att prövningen av huruvida övergång av verksamhet föreligger enligt Direktivet därmed måste ske utifrån om dessa produktionsfaktorer har gått över, samlat eller integrerat, och bildar en ekonomisk enhet. Hur den ekonomiska enheten praktiskt samspelar med kriterierna för identitet i verksamhet är i dag inte helt klarlagt. Denna avhandling vill visa på en möjlig avvägning som skulle ge större förutsägbarhet inom Direktivets ramar för övergång av verksamhet i allmänhet, men särskilt för entreprenader och i synnerhet för tjänsteentreprenader. Tjänsteentreprenaders styrformer måste omvärderas. Borta är industrisamhällets förman som direkt övervakade och styrde arbetstagarna. I tjänsteentreprenader är det vanligt med olika typer av egenstyrning eller digital styrning – arbetstagarna bildar ofta självständiga och strukturerade grupper, utan någon direkt arbetsledare. Här måste värderingen av om personalen kan bilda en ekonomisk enhet ske på ett nytt sätt och därmed avgöra om personalen har rätt att följa med över vid en entreprenadövergång.

Annika Blekemo
lärare i arbetsrätt på Juridicum,
Stockholms universitet, framlägger i
denna bok sin doktorsavhandling.

ISBN 978-91-8014-611-1

Juridiska institutionen

Stockholms universitet