

AVHANDLINGAR

ANNIKA BLEKEMO

Entreprenadövergång – Anställningsskyddets gränser vid övergång av verksamhet*

ANNIKA BLEKEMO är jur. doktor och verksam vid juridiska institutionen vid Stockholms universitet.



1. INLEDNING

Vad händer med personalen när någon köper fabriken? Om Överlåtelsedirektivets (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) förutsättningar är uppfyllda får de rätt att följa med till den nya arbetsgivaren (förvärvaren) från den gamla arbetsgivaren (överlåtaren). Vad händer om fabriken istället 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 blir en entreprenadövergång enligt direktivet, eller inte, vid entreprenadbyten är ämnet för denna avhandling.

Den rättsliga grunden för det nu gällande Överlåtelsedirektivet är artikel 115 i Fördraget om den europeiska unionens funktionsätt (FEUF). Direktivet är en precisering vid övergång av verksamhet

* Texten baseras på och är delvis en sammanfattning av författarens avhandling vid Stockholms universitet.

av det anställningsskydd som gäller enligt Art. 30 i Rättighetsstadgan. Direktivet ger ett skyddssyfte både för näringsfriheten och för anställningsskyddet. Dessa vägs samman, både i den grund som ges i direktivet, men även via den fortlöpande rättsutveckling som sker i EU-domstolen (EUD). Avhandlingen vill klargöra denna avvägning för att kunna fastställa gränserna för anställningsskyddet vid entreprenadövergång enligt direktivet inom EU-rätten, för att sedan undersöka hur detta får effekt inom svensk rätt.

2. AVHANDLINGENS GRUNDFRÅGA OCH FRÅGESTÄLLNING

Avhandlingens grundfråga blir därmed: Vilka arbetstagare är skyddsvärda vid en entreprenadövergång enligt Överlåtelsedirektivet och svensk tillämpning?

Avhandlingens syfte konkretiseras genom följande frågor:

1. 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?
2. Hur har kravet på ekonomiskt avgränsbar enhet tolkats i EU-rätt och vilka effekter har det gett?
3. Hur har de sju Spijkerskriterierna¹ avgränsat vad som är att se som identitet i verksamhet i EU-rätt och hur samspelar dessa med vad som utgör en ekonomisk enhet?
4. Vilka skillnader föreligger mellan övergång för entreprenader med tunga material/immateriella rättigheter och personalintensiva entreprenader?
5. Vad innebär Överlåtelsedirektivets skydd för arbetstagares anställningsvillkor?
6. Hur har Överlåtelsedirektivets 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 C-24/85 - Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV och Alfred Benedik en Zon en BV. ECLI:EU:C:1986:127 (*C-24/85 Spijkers*).

3. AKTUALISERADE RÄTTSFRÅGOR OCH OMSTÄNDIGHETER

De rättsfrågor och omständigheter som tydliggörs är därmed:

Vad är en unionskonform tolkning och vilket utrymme ger den till medlemsländerna vid entreprenadövergång enligt direktivet beträffande:

- Begreppstolkning av bl.a. lagenlig övergång, arbetstagare, överlåtare och förvärvare.
- Avgränsning av vad som organisatoriskt kan utgöra en ekonomisk enhet.
- Tolkning av ankarkriterier² som enligt C- 24/85 Spijkers räcker för att visa identitet i verksamhet och dess samspel med ekonomisk enhet.
- Skillnaden mellan materiel- och immateriellt intensiv verksamhet kontra personalintensiv verksamhet samt hur inverkar organisationsform. Vilka skillnader föreligger rättsligt och varför?
- Effekten av krav på arbetsledning för att en personalintensiv entreprenad ska kunna ses som självständig.
- Det svenska rättsläget ursprung och uttolkning beträffande entreprenadövergång.
- Nationell uttolkning av arbetsbrist vid entreprenadövergång och huruvida skyddssyftet beaktas.
- Den nationella preskriptionsfristens betydelse.
- Regleringens effekt på ett industrisamhälle kontra ett tjänstesamhälle.

Genomgången av rättsfrågorna och omständigheterna resulterar i dels en värdering av om svensk praxis om entreprenadövergång i alla delar är unionskonform dels vilken kritik som kan riktas mot svensk

² Se kap.1.6.

rätt och EU-rätt utifrån metoden Purposive Approach³ beträffande hur rättssystemen har lyckats klargöra reglerings syftet. Uttolkas regleringen utifrån sitt sammanhang och ger den önskad effektivitet, förutsägbarhet och en demokratisk förankring som bl.a. motverkar en könsuppdelad arbetsmarknad eller tillämpning?

4. UNIONSKONFORM TOLKNING AV BEGREPPEN LAGENLIG ÖVERGÅNG, ARBETSTAGARE, ÖVERLÅTARE OCH FÖRVÄRVARE SAMT INSOLVENS?

Överlåtelsedirektivet ger ett utrymme för medlemsländerna att i vissa delar införa ett starkare anställningsskydd, men detta står hela tiden i avvägning mot näringsfrihet och gränserna för andra EU-rättsliga regleringar. Arbetstagarbegreppet avgränsas enligt EUD nationellt men får inte undanta visstidsanställningar eller anställningar på deltid. Arbetstagarbegreppet blir en avgörande komponent i begreppsapparaten eftersom endast den som är anställd vid övergången skyddas enligt direktivet. Har uppsägning skett p.g.a. övergången kan bedömningen dock bli annorlunda. Det måste vara en lagenlig övergång men EUD:s tillämpning har i detta fall varit mycket vid och det krävs därmed inte att det föreligger ett direkt avtal mellan parterna. Detta får betydelse för entreprenad, där den första entreprenören sällan har ett avtal med nästföljande entreprenör. EUD:s praxis visar att även entreprenadövergångar enligt direktivet omfattas förutsatt att det finns en identitet i verksamhet och en ekonomisk enhet som kan gå över.

Överlåtelsedirektivet ger även möjlighet för medlemsländerna att sätta olika insolvensrättsliga gränser för när direktivet ska tillämpas. Vid det svenska genomförandet 1995 valde Sverige att tolka direktivet, och EUD-praxisutveckling vid tidpunkten, som inte tillämpligt på överlåtelser där överlåtaren har försatts i konkurs (has been adjunged insolvent) och där verksamheten i fråga ingår i konkursboet. Men medlemsländerna har emellertid frihet att införa regler

³ Davidov, G., *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 2016.

som sträcker sig längre och som också täcker vissa aspekter av sådan konkurssituationer. I det svenska genomförandet ansågs istället direktivet tillämpligt om verksamheten överläts inom ramen för vissa andra typer av insolvensförfarande som syftar till verksamhetens fortlevande.⁴

En konkurs kom enligt EUD-praxisuttolkning att innebära att en övergång inte kan föreligga om konkursen inträffar innan övergången.⁵ Överlåtelsedirektivet klargör i artikel 5.1 att direktivet regler om anställningsskydd, i artikel 3 och 4, inte ska tillämpas vid överlåtelse när överlåtaren är föremål för konkurs eller något motsvarande insolvensförfarande som inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar och som står under tillsyn av behörig offentlig myndighet.

Direktivet i sig ger dock i artikel 5:2 en möjlighet för ett medlemsland att föreskriva annorlunda. När artiklarna 3 och 4 om anställningsskydd är tillämpliga på en överlåtelse under ett insolvensförfarande som har inletts mot överlåtaren kan överlåtarens skulder regleras på annat sätt. Detta gäller om de grundas i ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande och ska betalas före överlåtelser eller innan insolvensförfarandet inleds. I så fall kan, trots vad som sägs i artikel 3.1, nationell rätt reglera att dessa skulder inte ska övergå på förvärvaren under vissa förutsättningar, såsom lönegaranti motsvarande direktiv 2008/94/EG⁶, samt partssamsyn reglerat i lag eller följande av praxis. Här har olika medlemsländer gjort olika vägval.⁷

Medlemsländerna är enligt artikel 5.4 i Överlåtelsedirektivet skyldiga att vidtaga lämpliga åtgärder för att hindra att insolvensförfarande används för att kringgå rättigheter enligt direktivet.

⁴ Proposition 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar s. 26.

⁵ Se t.ex. Case 19/83 Knud Wendelboe m.fl. mot Masse de faillite L. J. Music ApS, ECLI:EU:C:1985:54, Case 135/83 Abels Mot Bedrijfsvereniging Voor De Metaalindustrie En De Electrotechnische Industrie, ECLI:EU:C:1985:55, Case 186/83 Botzen Rotterdamsche Droogdok Maatschappij Botzen, ECLI:EU:C:1985:58, Case 362/89 Giuseppe d'Urso och Adriana Ventadori m.fl. mot Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA m.fl., ECLI:EU:C:1991:326.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/94/EG av den 22 oktober 2008 om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens.

⁷ För mer ingående information om insolvensrättsliga effekter av övergång av verksamhet se Danhard, Erik, KonkursArbetsrätt - Om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion, 6:e uppl., Jure, 2018.

5. AVGRÄNSNING AV VAD SOM ORGANISATORISKT KAN UTGÖRA EN EKONOMISK ENHET

En 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. Domstolen ser i Rygaard ett behov av att identifiera att den ekonomiska verksamheten fortgår, parallellt med vad som utgör identitet i verksamhet. Några av Spijkerskriterierna, som används för att ge identitet i verksamhet är initialt väldigt lika en del av det som används för att tydliggöra ekonomisk enhet.

Begreppet ”ekonomisk enhet” kom i en första fas att utvecklas till att urskilja en avgränsbar enhet hos överlåtaren som övergår till förvärvaren. I senare praxis blir en mer holistisk syn märkbar där verksamheten kan anses ha övergått även om den integreras hos förvärvaren.⁸ Avgränsningen av en ekonomiska enheten kommer dock att ses olika i olika typer av verksamhet, och samspelar med ankarkriterierna. Den enhet som övergår måste vara självständig vilket är lätt att se vid övertagande av material och immateriella rättigheter. Vid övertagande av personalintensiv verksamhet utan andra ankarkriterier har EUD i tidig praxis uttolkat detta till att arbetsledare måste gå över för att självständighet ska kunna föreligga.

Slutsatsen idag är att det finns mycket i senare praxis som talar för att det snarare är produktionsfaktorer som måste övergå, d.v.s. att övergången innebär en möjlighet att hos förvärvaren skapa det samma, eller liknande, som har funnits i en samlad ekonomisk enhet hos överlåtaren. För personalintensiv verksamhet, utan andra ankarkriterier, blir det därmed viktigt att se i vilken utsträckning arbetsledaren är en produktionsfaktor.

⁸ Se t.ex. C-466/07 Dietmar Klarenberg mot Ferrotron Technologies GmbH, ECLI:EU:C:2009:85.

6. TOLKNING AV ANKARKRITERIER SOM ENLIGT C- 24/85 SPIJKERS RÄCKER FÖR ATT VISA IDENTITET I VERKSAMHET OCH/ELLER DESS SAMSPEL MED EKONOMISK ENHET

I Case 24/85⁹ framgår de sju Spijkerskriterierna:

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.*¹⁰

Kriterierna kommer att vara olika viktiga i olika typer av verksamhet. Vissa kriterier ger en starkare förankring än andra för arbetstägarens rätt att följa verksamheten vid övergång. Tre kriterier kallas i avhandlingen av denna orsak för ankarkriterier, det är kriterierna 2-4, material, immateriella rättigheter och personal. Utmärkande för de två första; övergång av material och immateriella värden, är att de i sig ofta ger både identitet i verksamheten samt även den ekonomiska enheten. Det ankarkriterium som är mest omdiskuterat är personal när det inte åtföljs av något av de andra ankarkriterierna. Ska övergång av personal, särskilt i en entreprenadövergång, ses som en övergång i direktivets mening? Ger det identitet i verksamhet och kan det ses som en ekonomisk enhet? Avhandlingen framhåller att mycket mer krävs för att det fjärde kriteriet, personal, ska anses räcka, både för identitet i verksamhet och för att utgöra en ekonomisk enhet än för de två andra ankarkriterierna.

För att övergång ska föreligga för personal krävs identitet i verksamhet att majoriteten av personalen, kvantitativt eller kvalitativt

⁹ Case 24/85 Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV och Alfred Benedik en Zonen BV, ECLI:EU:C:1986:127.

¹⁰ Även om beteckningen "Spijkerskriterier" ofta används är de inte absoluta och alla kriterier måste inte vara uppfyllda, de är endast exempel på faktorer som kan få betydelse, enskilt och i sammanvägning, och som i praxis ofta har fått det.

har gått över. Övertagandet 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.¹¹

Personalkriteriet blir ofta kontraproduktivt eftersom man oftast tvistar om huruvida personalen har en rätt att gå över i enlighet med det anställningsskydd som direktivets syfte ger. Att undersöka om majoriteten av personal har gått över för att se om all personal har rätt att gå över blir en sammanblandning av mål och medel. Lite hårdraget kan man hävda att om 51 % har gått över föreligger en rätt för alla att gå över, om 49 % har gått över föreligger ingen rätt för de kvarvarande 51 % att gå över.

För att en ekonomisk enhet ska anses att ha gått över blir det ofta en prövning av verksamheten har en avgränsad och självständig struktur, ofta likställs detta med att arbetsledningen har gått över. Det är för många typer av tjänsteentreprenader ovanligt att arbetsledningen följer med verksamheten.

7. EFFEKTEN AV KRAV PÅ ARBETSLEDNING FÖR ATT EN PERSONALINTENSIV ENTREPRENAD SKA KUNNA SES SOM SJÄLVSTÄNDIG

Majoriteten av de som arbetar i tjänsteentreprenader är kvinnor. Detta betyder att ett anställningsskydd avpassat för ett industrisamhälle fortfarande kan fungera för många män, som i större utsträckning arbetar i entreprenader med stora materiella eller immateriella värden, än kvinnor. Men även för denna kategori tar entreprenader över i allt större utsträckning. I industrisamhället var det naturligt att se förmannen vid löpande bandet som en avgörande faktor för att produktionen skulle fungera. Detta är idag inte lika vanligt i nu-

¹¹ C-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 (C-101/87 Bork) p. 18.

varande tjänstesamhälle. I tjänsteentreprenader är det idag många gånger vanligt med olika typer av självstyrande grupper eller extern arbetsledning. Det finns därmed ingen arbetsledning som kan tas över. Att bedöma huruvida det föreligger en ekonomisk enhet utifrån huruvida arbetsledningen gått över blir därmed inkorrekt. En tydligare definition av ekonomisk enhet och vad som kan utgöra produktionsfaktorer blir en viktig faktor för att även en arbetsmarknad av kvinnodominerade tjänsteentreprenader ska kunna få ett jämställt anställningsskydd

8. NATIONELL UTTOLKNING AV ARBETSBRIST VID ENTREPRENADÖVERGÅNG OCH HURUVIDA SKYDDSSYFTET BEAKTAS VID NATIONELLA PRESKRIPTIONSREGLER

I svensk rätt har anställda vid övergång av verksamhet generellt getts ett starkare anställningsskydd än vanligt vid arbetsbrist eftersom överlåtaren får en bevisbörda för att en arbetsbristuppsägning inte relaterar till övergången. Detta är inte fallet vid entreprenadbyten som istället ges ett mindre utvecklat anställningsskydd. Entreprenadbyte har inte setts som legal övergång innan Sverige gick med i EU. Detta betyder att det inte finns någon nationell rättslig tradition att följa. Ändå använder Arbetsdomstolen (AD) praxis från tiden innan EU-inträdet för att avgöra om det föreligger laglig arbetsbrist när ett entreprenadkontrakt sägs upp.

Entreprenadbyten jämställs även med övergång av primär verksamhet i krav på vad som måste föreligga i form av information m.m., vilket fungerar dåligt eftersom verksamheternas förutsättningar är olika. Vid entreprenadövergång är det ovanligt att överlåtaren har kontakt med förvärvaren eftersom man oftast inte har information om vem som tar över när kontraktet sägs upp. EU-domstolen har klargjort behovet av att varje typ av verksamhet måste bedömas

utifrån sina egna förutsättningar,¹² det är därmed mycket tveksamt att basera bedömningen på detta.

I svensk rätt anses det föreligga arbetsbrist när det är klart att ett entreprenadkontrakt löper ut, även om det är lång tid kvar till att det sker. Det är endast om överlåtaren kan se att det kommer att bli en övergång eller att det föreligger möjlighet till omplacering som det inte ses som sakliga skäl för uppsägning. En uppsägnings skälighet kommer att bedömas utifrån den kunskap som överlåtaren hade vid uppsägningstillfället. Detta innebär att senare information, t.ex. om att överlåtarens kontrakt förnyas, inte innebär att uppsägningen avbryts.

Preskription för ogiltighetstalan inträder normalt två veckor efter att arbetstagaren har blivit uppsagd. Med en uppsägningstid på t.ex. sex månader måste arbetstagaren redan inom två veckor ha yrkat på att uppsägningen var ogiltig för att talan inte ska preskriberas, trots att arbetstagaren har drygt fem och halv månad kvar att arbeta innan uppsägningstiden har löpt ut. Detta innebär i praktiken att i ett osäkert rättsläge väljer de flesta att istället söka nytt arbete. I en personalintensiv verksamhet, såsom en tjänsteentreprenad, kommer därmed de flesta att inte längre kvarstå i verksamheten och kunna gå över om en förvärvare fortsätter verksamheten. Eftersom personalövergången är nödvändig för att kunna styrka identitet i verksamhet kommer svenska preskriptionsregler att göra det mindre troligt att det blir en övergång av verksamhet. Detta är inte förenligt med Överlåtelsesdirektivet och försvårar arbetstagarens access to justice.

9. REGLERINGENS KÖNSEFFEKT PÅ ETT INDUSTRISAMHÄLLE KONTRA ETT TJÄNSTESAMHÄLLE OCH FÖRSLAG TILL ÅTGÄRDER

Kritik kan riktas både mot svensk rätt och EU-rätt utifrån metoden Purposive Approach beträffande hur rättssystemen har lyckats klar-

¹² 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 (FogasaECLI:EU:C:2018:646 (C-472/16, Colino).

göra regleringens syftet. D.v.s. om den uttolkas utifrån sitt sammanhang och ger den effektivitet, förutsägbarhet och en demokratisk förankring som motverkar en könsuppdelad arbetsmarknad eller tillämpning.

Regleringen inom EU och Sverige är fortfarande till stora delar kvar i ett system som stödjer anställningsskyddet för anställda i industri men har ännu inte fullt ut kommit att omfatta tjänstesamhället, särskilt inte tjänsteentreprenader. Könsfördelningen är ojämn på svensk arbetsmarknad, män arbetar i mycket större utsträckning inom industri eller entreprenader med tunga materiella eller immateriella värden än kvinnor, motsatsen gäller för tjänsteentreprenader. Idag är tjänsteentreprenadsektorn så stor i Sverige att den i flera avseenden är större än industrisektorn. Detta innebär att Överlåtelse-direktivet kan synas stödja ett betydligt sämre anställningsskydd för kvinnor än för män, och svensk nationell uttolkning och tillämpning spär på detta ytterligare.

I avhandlingen föreslås flera olika åtgärder för att komma till rätta med detta och anpassa direktivets avvägning av anställningsskydd och näringsfrihet på ett bättre sätt. En av lösningarna är en tydligare definition av ekonomisk enhet och ett klagande vad den praktiskt innehåller i en tjänsteentreprenad, vilket har påbörjats i EUD.

Avhandlingen argumenterar även för att det borde föreligga en presumtion för övergång om det kan fastställas att en personalgrupp normalt är självstyrande inom en bransch. Detta skulle innebära att överlåtaren inte lagligen kan säga upp arbetstagarna i entreprenaden så länge verksamheten är tänkt att fortsätta. De lagliga uppsägningarna får istället ske hos förvärvaren efter övergången, på samma sätt som för primärverksamhet och entreprenader som har tunga materiella eller immateriella ankarkriterier. I avhandlingen efterlyses därmed en reglering som ger ett utökat anställningsskydd även till arbetstagare i ett tjänstesamhälle, både beträffande en tydligare definition av ekonomisk enhet och självständighets betydelse i tjänsteentreprenader.

Eftersom de flesta överlåtare och förvärvare, när det gäller tjänste-entreprenader, alternerar i sina roller, skulle en tydlighet om vem av parterna som tar nödvändiga uppsägningar innebära en större förutsägbarhet och därmed en bättre ekonomisk effektivitet för båda parter. Oklara rättslägen är sällan effektiva och leder till praktiskt märkliga tolkningar på arbetsmarknaden. Såsom att förorda att tidigare nationell praxis om bussentreprenader ska bestå, närmare 30 år senare, och innebära att det enbart är huruvida bussarna övertas som ska vara avgörande för om en entreprenadövergång föreligger, trots en annan utveckling i EUD.

EUD är på väg mot en mer dynamisk syn beträffande vilka kategorier på arbetsmarknaden som i praktiken kan omfattas av Överlåttelsedirektivet. En EU-konform tolkning måste innefatta mer än ett direktivs ordalydelse, Nationella rättstillämpare, både i domstol och aktörerna på arbetsmarknaden, har en skyldighet att söka systemkoherens. Regleringens syfte och EUD:s praxis måste ses i ett sammanhang och nationell uttolkning måste enligt lojalitetsprincipen ske så att varje medlemsstat anpassar rättsläget i övrigt i landet så att det är förenligt med ett direktivs syfte och materiella bestämmelser.¹³

¹³ C-441/14 Dansk Industri (DI) mot Sucession Karsten Eigil Rasmussen Begäran om förhandsavgörande från Højesterett, ECLI:EU:C:2016:278.