



Fakulteten för ekonomi, kommunikation och IT

INHYRNING AV ARBETSKRAFT NÄR FÖRETRÄDESRÄTT FÖRELIGGER

UTILIZING LABOUR HIRE WHEN RIGHTS OF PRIORITY ARE PENDING

Martin Henrikson
Tomas Moberg

Examensarbete
Rättsvetenskap

Datum/Termin: 2008-01-02 HT-07
Handledare: Bengt Garpe
Examinator: Stefan Olsson

Abstract

Section 25-27, i.e. the rights of priority of the Employment Protection Act, is a form of post-employment protection which exists to support those employed on a part-time basis and former employees. When a vacancy arises an employer should first and foremost offer part-time employees employment at a higher level of occupation or offer employment to former employees. The various types of employment contracts, other than those valid for an indefinite term, have increased during the last decades on the Swedish labour market. Labour hire has become more common and therefore we find it interesting to investigate how the rights of priority apply.

The purpose of this thesis is to describe and analyze the law with regards to labour hire when people with rights of priority are available. We have formulated the following questions: what differentiates an employee and an assignee¹, to what extent is it possible to utilize labour hire rather than re-employ someone with rights of priority in accordance with Section 25 of the Employment Protection Act or offer a part-time employee employment at a higher level of occupation in accordance with Section 25a of the Employment Protection Act and are the possibilities for an employer in the public sector different from the possibilities for an employer in the private sector to utilize labour hire rather than re-employ someone with rights of priority in accordance with Section 25 of the Employment Protection Act or offer a part-time employee employment at a higher level of occupation in accordance with Section 25a of the Employment Protection Act?

There is no sole criterion that defines whether a person is an employee or an assignee. Instead, all existing circumstances in each particular case must be observed. However, there are two fundamental requirements that must be present in order for a person to be regarded as an employee. The first requirement is that the relationship between the two parties (the employer and the employee) is based on an agreement between the two. The second requirement is that the agreement has to encompass one party providing labour for the second. With this in mind, an employee in a labour hire organisation cannot be regarded as an employee in the company which has hired labour as in this case there is no contractual relationship between the employee and the company to whom the labour is provided.

For an employer to be looked upon as bypassing the rights of priority rules in a prohibited fashion a number of criteria must be fulfilled. Firstly, the employer must have disregarded the rights of priority and furthermore this act must be proved. Secondly, the employer must have consciously intended to do so. Ultimately, the action, with all specific circumstances taken into consideration, must be seen as tortious. There has been no ruling where labour hire has been determined as an act of prohibited bypassing of the rights of priority but the Labour Court has concluded that it cannot be excluded as a possibility. The rights of priority can only be applied when new staff are employed. Therefore, it is our opinion that an unlawful bypassing of the rights of priority rules could potentially occur when the hiring of an assignee is regarded as a new employment. For this to take place the “assignee” must be regarded as an employee. However, we find it difficult to see how hiring labour from a labour hire organization could be regarded as an unlawful bypassing of the rights of priority rules. Although the rights of priority differ in some ways for employees in the public sector we still consider that the possibility to utilize labour hire for employers in the public sector, when there are people with rights of priority available, is in principle unchanged in comparison to employers in the private sector.

¹ Since there is no English equivalence to the Swedish word “uppdragstagare” we are using the word assignee. In this thesis an assignee is a company or person who provides labour without being employed in the company to whom the labour is provided.

Förkortningar

Förkortning

AD

AF

EG

EU

FML

LAS

LOA

LOU

LRA

MBL

NJA

RF

Förklaring

Arbetsdomstolen

Anställningsförordning (1994:373)

Europeiska gemenskapen

Europeiska unionen

Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen.

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Lag (1994:260) om offentlig anställning

Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister

Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Nytt juridiskt arkiv

Regeringsformen (1974:152)

Innehållsförteckning

1 Inledning	1
1.1 Bakgrund och problemdiskussion	1
1.2 Syfte och frågeställningar	1
1.3 Avgränsning	2
1.4 Metod	2
1.5 Centrala begrepp	3
1.6 Disposition	3
2 Uthyrning av arbetskraft	5
2.1 Bemanningsbranschens utveckling	5
2.1.1 Historisk tillbakablick	5
2.1.2 Bemanningsbranschen idag.....	7
2.2 Varför existerar det en bransch för uthyrning av personal?	7
2.3 Begreppet uthyrning av arbetskraft	8
2.4 Lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft	9
2.5 Facklig vetorätt	9
2.6 Lagen om offentlig upphandling	11
3 Arbetstagare respektive uppdragstagare	13
3.1 Arbetstagarbegreppets utveckling	13
3.2 Arbetstagarbegreppet	14
3.2.1 Arbetstagarbegreppets tvingande karaktär	15
3.3 Omständigheter som beaktas i helhetsbedömningen	15
3.3.1 Personlig arbetskyldighet.....	16
3.3.2 Fortlöpande arbetsuppgifter som arbetsgivaren anvisar.....	16
3.3.3 Arbetsgivarens kontroll och ledning	16
3.3.4 Tillhandahållande av maskiner, råvaror och redskap.....	16
3.3.5 Ersättning	17
3.3.6 Varaktigt förhållande.....	17
3.3.7 Övriga omständigheter	17
3.4 Uppdragstagare	17
3.5 Sedvana och påverkan från arbetstagarorganisations agerande	19
3.6 Arbetstagare som ej omfattas av LAS	20
3.6.1 Undantagen i LAS	20
3.7 Arbetstagarbegreppet i förändring?	22

4 Företrädesrätt till återanställning och ökad sysselsättningsgrad	23
4.1 Historisk tillbakablick.....	23
4.2 Företrädesrätt till återanställning	24
4.2.1 Uppsägning på grund av arbetsbrist.....	26
4.2.2 Företrädesrätt vid övergång av verksamhet	28
4.2.3 Anmäla anspråk till företrädesrätt.....	29
4.2.4 Turordningsregler.....	29
4.2.5 Tillräckliga kvalifikationer för återanställning	30
4.2.6 Upphörande av företrädesrätten	31
4.2.7 Företrädesrättens dispositivitet.....	31
4.3 Rätt till ökad sysselsättningsgrad	32
4.4 Begränsningar i företrädesrätten	33
4.5 Förhandling med berörd arbetstagarorganisation	33
4.6 Specialregler för statlig arbetsgivare.....	34
4.6.1 Kravet på skicklighet och förtjänst.....	35
4.6.2 Sakliga grunder vid tillsättningen av statlig tjänst	35
4.6.3 Arbetstagare i verksledande ställning	35
4.6.4 Turordningsregler i statlig anställning	35
5 Arbetstagares företrädesrätt när arbetsgivaren anlitar uppdragstagare ...	37
6 Analys och slutsatser	40
6.1 Skillnaden mellan en uppdragstagare och en arbetstagare	40
6.2 Inhyrning av arbetskraft när det finns företrädesberättigade personer	41
6.3 Statliga arbetsgivares möjlighet att hyra in arbetskraft när det finns företrädesberättigade personer.....	43
7 Diskussion	44
Sammanfattning.....	45
Källförteckning	46
Bilagor	51
Utdrag ur lag (1982:80) om anställningsskydd.....	51

1 Inledning

I detta kapitel ges en introduktion till valt problemområde och här återfinns även studiens syfte och frågeställningar. Vi redogör här för uppsatsens centrala begrepp och beskriver den metod vi har använt oss av.

1.1 Bakgrund och problemdiskussion

År 1974 infördes lagen om anställningsskydd. I och med denna lag upphävdes arbetsgivarens fria uppsägningsrätt. Huvudtanken i lagen var att en anställning normalt skulle gälla tills vidare och att uppsägning enbart fick ske om saklig grund förelåg. Företrädesrätten i 25-27 §§ lagen (1982:80) om anställningsskydd är en form av återanställningsskydd som syftar till att arbetsgivare i första hand ska vända sig till redan eller tidigare anställda då behov av arbetskraft uppstår. Arbetsgivaren ska därmed inte kunna kringgå LAS regler genom att exempelvis säga upp en arbetstagare på grund av arbetsbrist för att därefter nyanställa en annan person när den tidigare anställde arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen.²

Den svenska arbetsmarknaden har genomgått stora förändringar de senaste decennierna. Så sent som 1992 legaliserades uthyrning av arbetskraft efter att ha varit förbjudet i 57 år då arbetsförmedlingens monopol upphävdes.³ Det medförde stora förändringar av anställningsstrukturen. Utvecklingen har gått från tillsvidareanställningar på heltid där arbetet utförs på den arbetsplats vid vilken man är anställd i riktning mot andra former av anställning och arbetsformer. Att arbeta som uthyrd från ett bemanningsföretag skiljer sig från en traditionell anställning på så sätt att arbetet inte utförs hos den arbetsgivare vid vilken personen är anställd utan hos en annan arbetsgivare vilken i regel också står för arbetsledningen.⁴

Många lagar inom arbetsrätten stiftades innan uthyrning av arbetskraft legaliserades vilket gör att vi antar att en del av dessa lagars paragrafer fått en delvis ny innebörd. Inte på så vis att de direkt tolkas annorlunda men att ändringar i samhället och i annan lagstiftning indirekt gör så att en lag kan få en annan mening än den från början var tänkt. Vi ser därför det som intressant att undersöka huruvida det ursprungliga syftet med LAS idag uppfylls.

Företrädesrätt till återanställning infördes i 1974 års anställningsskyddslag och har sedan dess lämnats relativt oberörd. Eftersom denna rätt tillkom arbetstagare långt innan det blev vanligt att företag hyrde in arbetskraft vill vi i och med denna uppsats klargöra hur företrädesrätten förhåller sig till inhyrning av arbetskraft i form av enskilda uppdragstagare och bemanningsföretag.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera gällande rätt vad gäller inhyrning av arbetskraft när det finns företrädesberättigade personer. För att kunna fullgöra detta syfte beskriver vi först inhyrning av arbetskraft för att sedan gå in på företrädesrätten. För att veta om den arbetspresterande parten ska betraktas som inhyrd arbetskraft eller omfattas av LAS regler beskriver vi även skillnaden mellan en uppdragstagare och en arbetstagare.

² Prop. 2005/06:185, s. 54

³ Andersson & Wadensjö, Hur fungerar bemanningsbranschen, s. 50

⁴ A.a. s. 3

Vi avser dessutom göra en internt komparativ studie mellan privata- och statliga arbetsgivare där vi vill påvisa eventuella skillnader i reglering. Genom att jämföra statliga och privata arbetsgivare tror vi oss kunna få en både djupare och bredare bild av ämnet.

Frågeställningarna vi i uppsatsen utgår ifrån är:

- Vad är skillnaden mellan en uppdragstagare och en arbetstagare?
- I vilken utsträckning är det möjligt för en arbetsgivare att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt enligt 25 § LAS eller att ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS?
- Skiljer sig möjligheterna åt för en statlig arbetsgivare att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt enligt 25 § LAS eller att ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS i jämförelse med en privat arbetsgivare?

1.3 Avgränsning

Vi kommer ej i vår uppsats att beröra den kommunala sektorn på arbetsmarknaden. Vi kommer heller inte att beröra utländsk rätt. EG-rätt kommer vi beröra i den mån det krävs för att svara på våra frågeställningar.

1.4 Metod

I detta avsnitt beskriver vi tillvägagångssättet för uppsatsen som är baserad på den traditionellt rättsvetenskapliga metoden. Undersökningen i denna uppsats går ut på att fastställa de rättsregler som arbetsgivaren måste beakta när han anlitar en uppdragstagare samtidigt som personal eller tidigare anställd personal i organisation har företrädesrätt.

Den traditionellt rättsvetenskapliga metoden går ut på att fastställa gällande rätt, de lege lata, genom att använda sig av rättskällor såsom lag, kollektivavtal, rättspraxis, förarbeten och doktrinen. Hit hör också att man, som författare, urskiljer och begränsar rättsligt relevanta fakta för undersökningen. Det är viktigt att, i den traditionellt rättsvetenskapliga metoden, först finna och formulera ett problem som kan bearbetas vetenskapligt för att sedan, i argumentationen, undersöka problemet. En traditionellt rättsvetenskaplig metod kan också vara komparativ.⁵ Vi använder oss av en delvis komparativ metod.

Lagstiftningen om företrädesrätt till återanställning har ändrats fram och tillbaka de senaste åren. Den borgerliga regeringen som tillträdde makten hösten år 2006 uppskattade inte den socialdemokratiska regeringens lag om ändring i LAS och utfärdade en ny lag om ändring i LAS som trädde ikraft innan den tidigare ändringen hann träda ikraft. Det finns få prejudikat som kommit till efter de senaste ändringarna i reglerna om företrädesrätt till återanställning men det har i uppsatsskrivandet inte skapat några problem då ändringarna inte påverkat området för uppsatsen. Vi har därför studerat rättsfall som sträcker sig långt tillbaka i tiden men som fortfarande kan göras gällande idag.

⁵ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s. 35-40

1.5 Centrala begrepp

Eftersom vår uppsats till stor del handlar om att utreda den rättsliga betydelsen av vissa begrepp, såsom företrädesrätt till återanställning och uppdragstagare/arbetstagare redogör vi inte för dessa begrepp i detta avsnitt. Istället kommer vi här att ta upp några andra begrepp som också är centrala för uppsatsen och det är viktigt att läsaren förstår vad vi menar när vi använder dessa.

Bemanningsföretag: Ett företag som hyr ut arbetskraft i form av personal till andra företag. Större bemanningsföretag erbjuder ofta också konsulttjänster som, exempelvis, att hjälpa andra företag att rekrytera personal. När vi använder begreppet bemanningsföretag är det dock endast i meningen företag som hyr ut personal.

Inhyrd arbetskraft: När vi skriver om inhyrd arbetskraft åsyftar vi både enskilda uppdragstagare (exempelvis då man hyr in en egenföretagare) och personal som hyrs in via bemanningsföretag.

Arbetsavtal: Detta begrepp använder vi som samlingsnamn på anställningsavtal och uppdragsavtal.

Arbetstagarförhållande: När vi använder begreppet arbetstagarförhållande avser vi ett arbetstagar-arbetsgivarförhållande.

Uppdragsförhållande: När vi använder begreppet uppdragsförhållande avser vi ett uppdragstagar-beställarförhållande. Uppdragstagaren kan vara ett bemanningsföretag eller en enskild uppdragstagare.

Företrädesrätt: Eftersom det finns två olika typer av företrädesrätt, företrädesrätt till återanställning och företrädesrätt till ökad sysselsättningsgrad, använder vi i uppsatsen det samlade begreppet *företrädesrätt* när vi åsyftar båda dessa. När vi istället pratar om en av dessa typer specifikt skriver vi *företrädesrätt till återanställning* respektive *företrädesrätt till ökad sysselsättningsgrad*.

1.6 Disposition

Vi har delat upp uppsatsen i följande kapitel där varje kapitel är uppdelad i olika antal underrubriker:

Kapitel 1 – Inledning

I detta kapitel ges en introduktion till valt problemområde och här återfinns även studiens syfte och frågeställningar. Därefter följer uppsatsens avgränsningar samt förklaras centrala begrepp närmare. Vi redogör också för arbetets metodologiska ram.

Kapitel 2 – Uthyrning av arbetskraft

Kapitlet öppnas med ett förberedande avsnitt om bemanningsbranschens utveckling. Detta följs upp av relevant lagstiftning där vi utreder vilka regler som gäller för både privata- och statliga arbetsgivare då dessa hyr in arbetskraft. Syftet med kapitlet är att ge en inblick i hur bemanningsbranschen har växt fram och varför uthyrning av arbetskraft förbjöds för att senare tillåtas igen. Vi anser att en redogörelse för bemanningsbranschens utveckling och status idag är viktigt för att förstå varför lagstiftningen på området ser ut som den idag gör.

Kapitel 3 – Arbetstagare respektive uppdragstagare

I detta kapitel går vi in på vår första frågeställning och utreder vad som skiljer en arbetstagare ifrån en uppdragstagare. Vi beskriver även arbetstagarbegreppets historia och i slutet av kapitlet utreder vi huruvida det är eller kan bli aktuellt att ändra på arbetstagarbegreppets innebörd. Syftet med detta kapitel är att utreda vilka personer som betraktas som arbetstagare och därmed kan ha företrädesrätt samt vilka som är att betrakta som uppdragstagare och därmed kan utgöra inhyrd arbetskraft.

Kapitel 4 – Företrädesrätt till återanställning och ökad sysselsättningsgrad

I detta kapitel redogör vi för företrädesrättens bestämmelser i 25-27 §§ LAS. I detta kapitel framgår det vilka som har företrädesrätt till återanställning eller rätt till ökad sysselsättningsgrad. Det framgår även hur arbetstagare med företrädesrätt ska turordnas och hur en arbetstagare ska gå tillväga för att göra sin företrädesrätt gällande. Eftersom företrädesrätten är central i vår uppsats kommer vi även att redogöra för uppsägning på grund av arbetsbrist då den typen av uppsägning är en förutsättning för företrädesrätten.

I kapitlet tar vi även upp ett antal specialregler för statliga arbetsgivare, såsom reglerna om skicklighet och förtjänst i 11 kap. 9 § RF.

Kapitel 5 – Arbetstagarers företrädesrätt när arbetsgivaren anlitar uppdragstagare

I det femte kapitlet sammanflätar vi kapitel två och fyra och redogör för vad som gäller när en arbetsgivare beslutar sig för att hyra in arbetskraft då en eller flera arbetstagare vid samma tillfälle har företrädesrätt till återanställning.

Kapitel 6 – Analys och slutsatser

I detta kapitel återkopplas uppsatsens undersökning till syftet och frågeställningarna där varje frågeställning behandlas i ett enskilt avsnitt. Här reflekterar vi över och argumenterar för uppsatsens resultat.

2 Uthyrning av arbetskraft

Syftet med detta kapitel är att ge en inblick i hur bemanningsbranschen har växt fram och varför uthyrning av arbetskraft förbjöds för att senare tillåtas igen. En redogörelse för bemanningsbranschens utveckling och status idag är viktig för att förstå varför lagstiftningen på området ser ut som den idag gör.

2.1 Bemanningsbranschens utveckling

Bemanningsbranschen uppkom för länge sedan men den var till stor del förbjuden under 1900-talet innan branschen, på 1990-talet, återigen blev uppmärksam. Detta hade framförallt att göra med att det var under detta decennium som denna typ av företag fick tillåtelse att verka i Sverige i och med att lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft trädde ikraft. Bemanningbranschen är idag nästan helt avreglerad och det finns ytterst få specialregler för denna bransch.⁶ De regler som finns kvar är att företag som hyr ut eller på annat sätt förmedlar arbetskraft inte får ta betalt av den som blir uthyrd. En arbetstagare som sagt upp sig från sin anställning får heller inte hyras ut till sin forna arbetsgivare tidigare än sex månader efter det att anställningen upphörde hos denne. En arbetstagare hos ett bemanningsföretag får heller inte, genom villkor i avtal eller på något annat sätt, hindras att ta anställning hos beställare för vilka de utför eller utfört arbete.⁷

2.1.1 Historisk tillbakablick

Exakt hur länge uthyrning av arbetskraft har förekommit i Sverige är svårt att fastställa. Arbetsförmedlingar av olika slag har antagligen funnits så länge det funnits arbete att förmedla. Redan på 1700-talet fanns i Stockholm det s.k. privilegierade adresskontoret som var ett första försök att skapa en arbetsförmedling i Sverige. Även tidiga fackföreningar och skrån kunde ha arbetsförmedlande uppgifter i liten skala. På 1800-talet växte privata kommissionärers arbetsförmedlingsverksamhet fram där arbetsförmedlingen drevs i vinstsyfte och det togs ut avgifter av arbetssökande eller av arbetsgivare. Detta ledde till en rad olika missförhållanden av olika slag där bland annat arbetssökande tvingades betala oskäligt höga avgifter eller anvisades till platser som inte existerade. Arbetsförmedlingarna var ofta lokalt begränsade och inriktade på vissa yrken, som exempelvis på att förmedla kvinnor till dåtidens kvinnoarbetsmarknad. Det förekom förvisso under samma tid privata förmedlingar som drevs utan vinstsyfte, men dessa förmedlingar drevs då som regel av olika organisationer.⁸

Kritiken mot de privata kommissionärerna växte under början av 1900-talet vilket ledde fram till en reglering av de privata arbetsförmedlingarna i framförallt två steg. 1916 års kungörelse innebar att det vid tillståndsprovning av arbetsförmedlingar skulle tas hänsyn till om det fanns behov av förmedlingar och att dessa skulle lämna uppgifter på vilka avgifter som krävdes för de arbetssökande. Avvecklingen av privata arbetsförmedlingar började i viss mån redan år 1935 då riksdagen beslutade om en arbetsförmedlingslag där det infördes ett förbud mot att nyetablera privata arbetsförmedlingar. Existerande arbetsförmedlingar fick emellertid fortsätta verksamheten men avvecklingen av dessa arbetsförmedlingar fortskred och de sista som tilläts att verka hade dispens för arbetsförmedling t.o.m. år 1967.⁹

⁶ Andersson & Wadensjö, Hur fungerar bemanningsbranschen, s. 5

⁷ SOU 1997:58, s. 17

⁸ SOU 1992:116, s. 23

⁹ SOU 1992:116, s. 24

En offentlig arbetsförmedling växte fram under början av 1900-talet då riksdagsmannen Edvard Wavrinsky skrev två motioner där han pläderade för inrättandet av en offentlig arbetsförmedling. Dessa båda motioner avslogs men Wavrinskys modell, med lika antal arbetsgivar- och arbetstagarrepresentanter i ledningen samt att förmedlingen skulle ske gratis och opartiskt, medförde att debatten fortsatte. Kommunala arbetsförmedlingskontor enligt Wavrinskys modell började inrättas med början år 1902 i Helsingborg och Göteborg. År 1907 fanns det i tio större städer arbetsförmedlingar organiserade efter Wavrinskys principer. Statsbidrag för dessa verksamheter infördes under förutsättning att organisationen var opartisk och hade en partssammansatt ledning samt att förmedlingarna ställdes under statlig inspektion. År 1940 förstatligades organisationen temporärt och 1948 beslutade riksdagen att arbetsförmedlingen skulle vara statens ansvar och Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) inrättades.¹⁰

Lag om obligatorisk platsanmälan tillkom på 1970-talet. Den ålade arbetsgivare att anmäla lediga platser till den offentliga arbetsförmedlingen eftersom antalet anmälda lediga platser stadigt minskade.¹¹ Lagen har idag avskaffats och upphörde gälla den 2 juli 2007.¹²

Fram till och med 1992 gällde 1935 års lag med förbud mot privat arbetsförmedling. Arbetsmarknadsstyrelsen kunde ge tillstånd för privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft men dessa tillstånd gavs sällan ut. Det var framförallt två skäl som låg bakom förbudet att bedriva privat arbetsförmedling. Det ena var att missförhållanden rådde inom området för den yrkesmässigt bedrivna arbetsförmedlingen och att de övervakande myndigheterna hade svårt att komma tillrätta med dessa missförhållanden. Det andra var att staten kommit att utöva en alltmer reglerande, omfattande och understödjande verksamhet och det ansågs att det hade skapats ett behov av en vidgad och mer ingående kännedom om det aktuella läget på arbetsmarknaden. För att tillgodose detta behov ansågs det önskvärt att samla förmedlingsverksamheten på så få händer som möjligt. Framväxandet av starka fackliga organisationer och omfattande lagstiftning såväl inom arbetsrätten som inom socialskydds-rätten ansåg man då gav tillräckliga garantier för att sådana missförhållanden av de slag som förelåg vid 1935 års lag inte längre skulle behöva uppkomma. Det andra skälet ansåg man inte längre heller ha någon större relevans då det fanns en väl utbyggd och fungerande offentlig arbetsförmedling.¹³

Från 1992 gällde en ny lag¹⁴ som på vissa villkor tillät förmedling av chefstjänster samt uthyrning av arbetskraft i viss mån. Riksdagen beslutade även samma år att säga upp ILO-konventionen¹⁵ som förbjöd arbetsförmedling i vinstsyfte. Lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft trädde därefter i kraft den 1 juli 1993 och det krävdes inte längre något tillstånd av AMS för privat arbetsförmedling.¹⁶

I samband med avregleringen 1993 bestämdes det att man skulle göra en utvärdering efter tre år. En sådan utvärdering gjordes i form av en rapport (SOU 1997:58) där man utvärderade och analyserade effekter och konsekvenser av avregleringen av

¹⁰ SOU 1992:116, s. 22

¹¹ Lag (1976:157) om skyldighet för arbetsgivare att anmäla ledig plats till den offentliga arbetsförmedlingen

¹² Se SFS 2007:396

¹³ SOU 1992:116, s. 31

¹⁴ Lag (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft

¹⁵ FN:s ILO-konvention är resultat av ett flera decennier långvarigt arbete för att främja urbefolkningars sociala och ekonomiska situation.

¹⁶ SOU 1997:58, s. 17

arbetsförmedlingsmonopolet.¹⁷ Slutbetänkandet i SOU 1997:58 föreslog bland annat en uppdelning i en lag om privat arbetsförmedling och en om personaluthyrning. Lagtexten skulle också förändras så att lagen inte förhindrar en sund och seriös utveckling av branschen.¹⁸

I vårpropositionen 1998 meddelade regeringen att de inte hade för avsikt att besluta om en ny lag för personaluthyrningsföretag. Anledningen var att frivillig auktorisation och kollektivavtal alltmer användes inom branschen. Samtidigt betonade regeringen att de noggrant skulle följa utvecklingen och vid behov föreslå ny lagstiftning.¹⁹

2.1.2 Bemanningsbranschen idag

Bemanningsbranschen står för matchning i utbud och efterfrågan på arbetsmarknaden och den kraftiga utveckling av branschen som skett på senare år beror främst på två orsaker. För det första så har avregleringen bidragit till att verksamheten underlättats. För det andra har den tekniska utvecklingen på informationsbehandlingsområdet lett till minskade kostnader för bemanningsföretagen som därmed kunnat expandera sin verksamhet. Arbetsgivarorganisationen Almega redovisar i sin statistik att antalet anställda ökade från 5000 år 1994 till 42 000 år 2000. Åren efter avregleringen växte branschen med cirka 40 procent per år.²⁰ Därefter har trenden pekat något nedåt då privata företag, framförallt inom telekombranschen, hade några tuffa år men har sedan (fram till år 2004) hållits uppe på en relativt hög nivå tack vare att bemanningsföretagen hittat nya områden, som att exempelvis hyra ut läkare och sjuksköterskor till landstingen.²¹

Bemanningsbranschen utgör idag en viktig funktion i den svenska samhällsekonomin. Företag på den svenska marknaden behöver flexibilitet och det måste finnas möjlighet att lätt och snabbt att få in kompetent arbetskraft vid behov. Företag i framförallt tjänstesektorn går mot en utveckling där man främst fokuserar på sina kärnområden och hyr in tjänster inom övriga områden. Således är bemanningsföretagen en naturlig del av arbetsmarknaden.²² Bemanningens verksamhet omfattar i dag bemanning, rekrytering, entreprenader och outsourcing. Branschen sysselsätter totalt cirka 31 500 personer, vilket är 0,87 procent av arbetskraften.²³

2.2 Varför existerar det en bransch för uthyrning av personal?

En första förklaring är att bemanningsföretagen kombinerar många deltids- och delårsarbeten ihop till heltidsarbeten. Det finns ett behov hos många företag att få hjälp med vissa arbetsuppgifter några timmar i veckan eller på heltid under vissa veckor. De flesta personer vill arbeta mer än så och bemanningsföretagen kan på ett smidigare sätt än företagen själva kombinera olika deltider till heltid samtidigt som företagen slipper ta hand om försäkringar och andra typer av sidoförmåner.²⁴

En andra förklaring är att det är kostsamt och i viss mån omständligt att rekrytera och anställa personal. Det tillkommer många engångskostnader för företaget såsom annonsering och urval

¹⁷ Ds 2000:69, s. 86

¹⁸ www.almega.se – Historik –

¹⁹ Prop. 1997/98:150

²⁰ Ain 1999:2, Arbetsförmedlingens förhållande till bemanningsföretag, s. 3

²¹ Andersson & Wadensjö, Hur fungerar bemanningsbranschen?, s. 7

²² www.almega.se – Kartläggning av bemanningsbranschen –

²³ www.almega.se - Historik –

²⁴ Andersson & Wadensjö, Hur fungerar bemanningsbranschen?, s. 8

m.m. Det är framförallt vid kortare anställningar, som kan behövas vid säsongsvariationer eller vid oväntade variationer i efterfrågan, som dessa engångskostnader kan vara mycket prohibitiva. Vid anlitaandet av bemanningsföretag slipper företaget som hyr in personal rekryteringskostnader då personalen är anställd hos bemanningsföretaget. Ytterligare en fördel kan vara det går snabbare att få tag i en person via ett bemanningsföretag än via egen rekrytering.²⁵

En tredje förklaring är att bemanningsföretag är specialiserade på att hitta rätt person med rätt kompetens. Detta kan framförallt för småföretag vara viktigt, i synnerhet då en anställning via bemanningsföretag kan tjäna som en provanställning.²⁶ En fjärde förklaring är att det existerar lagar och avtal som gör det kostsamt för företag att säga upp arbetstagare som ett sätt att förändra personalstyrkan. Istället är det lättare för ett företag att förändra omfattningen av inhyrningen än att förändra den ordinarie personalstyrkan. Ökad anställningstrygghet enligt lag eller avtal kan alltså leda till ökad efterfråga på bemanningsföretagens tjänster.²⁷

2.3 Begreppet uthyrning av arbetskraft

Med 1991 års arbetsförmedlingslagstiftning (som trädde ikraft 1992) uppstod ett nytt rättsläge då uthyrning av arbetskraft skildes ut ur arbetsförmedlingsbegreppet och legaliserades. Arbetsgivarbegreppet var då tvunget att klaras ut och för att åstadkomma detta infördes i lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft en definition på uthyrning av arbetskraft:

2 § Med uthyrning av arbetskraft avses ett rättsförhållande mellan en beställare och en arbetsgivare som innebär att arbetsgivaren mot ersättning ställer arbetstagare till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till beställarens verksamhet.

I motsats till tidigare skall med andra ord inte uthyrning av arbetskraft anses utgöra en form av arbetsförmedling utan får istället ställning som en egen självständig verksamhet. I och med detta fastställdes det att personal som är uthyrd till ett annat företag anses vara anställd av det uthyrande företaget.

För att uthyrningsverksamhet i lagens mening skall föreligga måste arbetsgivaren uppbära ersättning i en eller annan form. Såväl förvärvssyftande verksamhet som verksamhet som endast bedrivs mot självkostnad eller liknande omfattas av definitionen. Med uthyrning av arbetskraft avses enligt lagen ett rättsförhållande mellan en beställare och en arbetsgivare som innebär att arbetsgivaren mot ersättning ställer arbetstagare till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till dennes verksamhet. Att ställa arbetskraft till beställarens förfogande innebär att denne disponerar över arbetskraften i olika hänseenden vilket innebär att exempelvis beställaren står för den direkta arbetsledningen. Uthyraren är dock hela tiden arbetsgivare för arbetstagarna, dvs. även när de är inordnade i verksamheten på det främmande arbetsstället och där står under direkt arbetsledning.²⁸

Med beställare menas i sammanhanget den som står som uppdragsgivare i ett avtal om inhyrning av arbetskraft. Om beställaren saknar egen verksamhet innebär det att anlitaandet av arbetskraften faller utanför lagens tillämpningsområde. Det är uppdragsförhållandet och inte bemanningsföretagets verksamhet som är avgörande för om ett avtal mellan ett uthyrningsföretag och ett kundföretag ska ses som uthyrning av arbetskraft eller exempelvis

²⁵ SOU 1997:58, s. 19ff

²⁶ Andersson & Wadensjö, Hur fungerar bemanningsbranschen?, s. 9

²⁷ A.st.

²⁸ Prop. 1993/94:186, s. 33ff

entreprenad. Det som är avgörande är vilket rättsförhållande och vilka villkor avtalet beskriver. Det spelar således ingen roll om ett företag kallar sig för ett bemanningsföretag, ett personaluthyrningsföretag eller anser sig syssla med en helt annan typ av verksamhet. I en rättslig bedömning är det istället det faktiska rättsförhållandet och avtalets villkor i det aktuella fallet som är avgörande.²⁹

2.4 Lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft

Varför lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft kom till har vi beskrivit i den historiska tillbakablicken i bemanningsbranschen. I detta avsnitt kommer vi mer ingående beskriva vad som föreskrivs i lagen som öppnat upp för vinstdrivande bemanningsföretag att verka i Sverige.

Mellan uthyraren och dennes anställda ska de finnas ett skriftligt anställningsavtal som reglerar anställningsvillkor, anställningsform och lön. Uthyraren kan i enlighet med LAS träffa tidsbegränsade anställningsavtal likväl som andra arbetsgivare. De speciella regler som gäller för uthyrd arbetskraft återfinns i 4 § lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. Lydelsen är följande:

Arbetsgivare som bedriver uthyrning av arbetskraft skall iaktta följande.

1. Arbetstagare får inte genom villkor i avtal eller på något annat sätt hindras att ta anställning hos beställare för vilka de utför eller utfört arbete.
2. En arbetstagare som har sagt upp sig från en anställning och tar anställning hos en arbetsgivare som hyr ut arbetskraft får inte hyras ut till sin förra arbetsgivare tidigare än sex månader efter det att anställningen hos denne upphörde.

Vidare föreskrivs det i 6 § att det är förbjudet för arbetsgivaren att begära, avtala om eller ta emot ersättning av arbets sökande eller arbetstagare för att erbjuda eller anvisa dem arbete. I övrigt så är LAS regler tillämpliga i bemanningsföretag som i vilken annan privat verksamhet som helst.

2.5 Facklig vetorätt

Arbetsgiversidan är som regel skyldig att ta initiativ till förhandling enligt 11 § MBL före beslut om att lämna ut arbete till andra än företagets egen personal om ett sådant beslut innebär en viktigare förändring av verksamheten. Även om ett sådant beslut inte innebär en viktigare förändring av verksamheten är dock arbetsgivaren skyldig att på eget initiativ förhandla i enlighet med 38 § MBL. Arbetstagarorganisationen äger också vetorätt vad gäller arbetsgivarens tänkta åtgärd och kan därmed förbjuda arbetsgivaren att lämna ut arbete till en viss uppdragstagare om särskilda skäl föranleder det. Bestämmelserna om facklig vetorätt avser främst hindra avgifts- och skattefusk samt att förhindra olovlig privat arbetsförmedling.³⁰

I 38 § 1st MBL föreskrivs en primär förhandlingsskyldighet, dvs. skyldighet för arbetsgivaren att själv ta initiativet till förhandling. Det framgår även att förhandlingsskyldigheten endast gäller mot arbetstagarorganisation som har eller brukar ha kollektivavtal med arbetsgivaren för det ifrågasvarande arbetet. I första stycket framgår också att arbetsgivaren vid förhandlingen är skyldig att lämna den information om det tilltänkta arbetet som arbetstagarorganisationen behöver för att kunna ta ställning i förhandlingsfrågan. Av förarbetena framgår det att primär förhandlingsskyldighet till avtalsbunden

²⁹ Prop. 1990/91:124 s. 20f

³⁰ Göransson i Schmidt et al, Facklig arbetsrätt, s. 167

arbetstagarorganisation föreligger även när det är fråga om arbetsuppgifter av aktuell art som inte tidigare har funnits hos den enskilde arbetsgivaren.³¹

I förarbetena till lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft så pekar man på sambandet mellan att förhandlingsrätten förstärkts samtidigt som det inte längre krävs något tillstånd för uthyrningsverksamhet.³²

Om arbetsgivaren beslutar sig för att hyra in arbetskraft är arbetsgivaren som regel skyldig att ta initiativ till förhandling i enlighet med 11 §. Viktigt att poängtera är att arbetsgivaren oftast har rätt att ensam fatta beslut i de frågor som varit föremål för förhandlingar och så är fallet även här. Dock kan den avtalsbärande arbetstagarorganisationen utöva sin vetorätt i enlighet med 39 § om åsikterna går isär om vem arbetet ska läggas ut på, eller vilken arbetskraft som ska hyras in. Förutsättningarna för att vetorätten skall få utövas är att inhyrningen av arbetskraft antingen kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet inte följs eller att anlitaandet strider mot vad som är allmänt godtaget på avtalsområdet.³³ Exempel på detta skulle kunna vara att arbetsgivaren anställer en tidigare anställd arbetstagarare som egenföretagare för att undgå att betala sociala avgifter m.m. eller då den tänkta uppdragstagararen kan misstänkas tillhandahålla svart arbetskraft.

I 38 § 2st gjordes det ett tillägg med anledning av att ut- och inhyrning av arbetskraft legaliserades i och med lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. Tilläget innebär att arbetsgivarens förhandlingsskyldighet i första stycket inte är tillämplig för de fall arbetsgivaren hyr in arbetskraft som inte omfattas av lagen om privat arbetsförmedling och arbetet är av kortvarig eller tillfällig natur eller kräver särskild sakkunskap.

Hur kort ett arbete behöver vara för att det ska klassas som kortvarigt och av tillfällig natur har Arbetsdomstolen i ett antal domar gett riktlinjer om. Då en entreprenad pågick under sammanlagt tio arbetsdagar och sysselsatte sju till åtta anställda hos entreprenören uppgick den totala arbetstiden till 470 timmar. Detta såg man i domstolen inte som kortvarigt arbete.³⁴ Inte heller i en annan dom då det rörde sig om en entreprenad om sammanlagt 262 timmar var arbetet tillräckligt kortvarigt för att undantagsregeln om förhandlingsskyldighet skulle vara tillämplig.³⁵

Vad gäller särskild sakkunskap har Arbetsdomstolen kommit fram till att det i den termen ligger ett krav på att den kunskap som fordras är kvalificerad. Detta undantag äger främst tillämpning när arbetet hör till organisationens administrativa verksamhet som arbetsgivaren saknar kompetens inom. Exempelvis kan det röra sig om ekonomisk eller juridisk expertis. Även när arbetet fordrar särskild teknisk sakkunskap, exempelvis vid reparationer, äger det här undantaget ofta tillämpning. I övrigt kan detta undantag, enligt Arbetsdomstolen, endast tillämpas på speciella och väl avgränsade uppgifter.³⁶

³¹ Prop. 1975/76:105

³² SOU 1992:116, s. 99

³³ Bylund & Viklund, Arbetsrätt i praktiken s. 181

³⁴ AD 1978:45

³⁵ AD 1978:79

³⁶ AD 1980:39

I paragrafens tredje stycke föreskrivs det att arbetsgivaren har rätt att fatta och verkställa ett beslut innan förhandlingsskyldigheten enligt första stycket har fullgjorts om synnerliga skäl föranleder det. Om facket ändå begär förhandling så är arbetsgivaren inte skyldig att skjuta upp beslutet eller verkställigheten.

I paragrafens fjärde stycke står det följande:

Har förhandling begärts enligt första eller andra stycket är arbetsgivaren skyldig att på begäran av arbetstagarorganisationen lämna sådan information om det tilltänkta arbetet som organisationen behöver för att kunna ta ställning i frågan.

Denna regel innebär en mer vidsträckt skyldighet för arbetsgivaren att lämna information om förhållandena hos den tilltänkte uthyraren och om de förhållanden under vilka arbetet kommer att utföras. Informationen har till syfte att skapa förutsättningar för ett ändamålsenligt utnyttjande av vetorätsreglerna.

Eftersom 38 § MBL är dispositiv kan arbetsmarknadens parter träffa kollektivavtal om annat, men har så inte gjorts är en arbetsgivare alltid skyldig att på eget initiativ uppta förhandlingar med avtalsbärande arbetstagarorganisationer innan han beslutar att hyra in arbetskraft. Arbetsgivaren behöver dock inte begära förhandling om han vill anlita en entreprenör för ett arbete som facket tidigare godkänt förutsatt att villkoren för arbetets utförande är ungefär likartade som tidigare.³⁷

2.6 Lagen om offentlig upphandling

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling är relevant för vår frågeställning då vi ämnar belysa skillnader mellan den statliga och privata sektorn vad gäller inhyrning av arbetskraft. Samtidigt som uppsatsen skrivs har regeringen lämnat förslag till ny lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt ny lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Dessa två nya lagar kommer att ersätta den nu gällande lagen om offentlig upphandling. De nya bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 januari 2008.³⁸ Mot bakgrund av detta kommer vi endast kort redogöra för relevant innehåll i lagen om offentlig upphandling såsom den lyder idag (innan den 1 januari 2008).

Vad gäller inhyrning av arbetskraft och tjänster har man som statlig arbetsgivare ytterligare reglering att ta hänsyn till (i jämförelse med privata arbetsgivare). Dessa regler finns i lagen om offentlig upphandling. Enligt 5 § LOU gäller det att upphandling ska omfatta köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

Genom lagen om offentlig upphandling har EG:s regler för den offentliga upphandlingen införlivats i svensk rätt. En av EG:s kanske viktigaste uppgifter är att se till att medlemsländernas gemensamma marknad fungerar på ett tillfredsställande sätt. Detta menar man endast kan uppnås genom att alla företag har möjlighet att på lika villkor konkurrera om upphandlingar både inom den privata och offentliga sektorn. Lagens grundprinciper är att all offentlig upphandling ska ske i konkurrens, vara affärsmässig och ske på ett objektivt sätt.³⁹

³⁷ Bylund & Viklund, Arbetsrätt i praktiken s. 179

³⁸ Prop. 2006/07:128, s. 2f

³⁹ Hedlund & Olsson, Offentlig upphandling av entreprenader och tjänster, s. 4ff

Enligt 1 kap 22 § LOU ska den upphandlande enheten anta det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Dock ska även hänsyn tas till andra omständigheter såsom leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Det föreligger alltså här en begränsning för statliga myndigheter och bolag att "fritt" välja vem som ska anlitas som uppdragstagare.

3 Arbetstagare respektive uppdragstagare

Den arbetsrättsliga lagstiftningen gäller för den som är arbetstagare. Lagstiftningen och kollektivavtal gäller således inte för den som utför arbete utan att vara arbetstagare. Egenföretagare och uppdragstagare omfattas därmed inte av lagstiftningen. Det är därför intressant hur en arbetstagare definieras rättsligt. Inom arbetsrätten använder man arbetstagarbegreppet som en samlad rubrik för denna frågeställning där arbetstagarbegreppet kan ses som själva nyckeln till det skydd man får som anställd genom olika arbetsrättsliga lagar.⁴⁰ Det finns ingen enskild förutsättning som avgör huruvida en person är att betrakta som arbetstagare eller uppdragstagare vilket Högsta domstolen beskriver på följande vis:

Frågan huruvida någon i lagens mening är arbetstagare hos annan eller icke är att bedöma efter vad dem emellan kan anses avtalat varvid man icke kan inskränka sig till något visst avtalsvillkor såsom ensamt avgörande utan har att beakta alla i samband med avtalet och anställningen förekommande omständigheter.⁴¹

Arbetsdomstolen uttrycker detta på ett liknande sätt och säger också att det inte ska fästas någon större vikt vid hur parterna själva uppfattar förhållandet eller hur de rubricerat avtalet när det slöts. Eftersom det är en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som är avgörande för om det rör sig om ett arbetstagar- eller uppdragsförhållande kan inte parterna själva, genom en rubrik på avtalet, bestämma avtalsförhållandet. På så vis överensstämmer synsättet med den arbetsrättsliga lagstiftningen som i sina grunddrag är tvingande till arbetsstagarens fördel.⁴²

3.1 Arbetstagarbegreppets utveckling

Arbetstagarbegreppet har sedan i början av förra seklet varit ämne för diskussion inom arbetsrätten. Lagstiftaren har haft som utgångspunkt att den som betraktas som arbetstagare av en lag också ska göra det av alla andra lagar som talar om arbetstagare. På 30-talet började man tala om två olika arbetstagarbegrepp, ett civilrättsligt och ett socialrättsligt arbetstagarbegrepp där det civilrättsliga är något snävare.⁴³

Under 1930- och 1940-talen bestämde Arbetsdomstolen ett bestämt kriterium för att en person skulle betraktas som arbetstagare. Detta kriterium var att en arbetstagare hade en personlig arbetsskyldighet.⁴⁴ På så vis kunde man direkt avgöra huruvida en person var att betrakta som arbetstagare eller inte. När Högsta domstolen i sin dom från 1949 intog ställningen att det är alla omständigheter som tillsammans är avgörande och inte ett enskilt kriterium anpassade sig dock också Arbetsdomstolen till detta synsätt.⁴⁵ Det kan man bland annat se i Arbetsdomstolens avgörande 1958 nr 17.

Från 60-talet och framåt har arbetstagarbegreppet minskat i enhetlighet i lagstiftningen. I flera lagar som tillkom under den här perioden valde lagstiftaren att göra tillägg i dessa lagar som åsyftade att arbetstagarbegreppet skulle tolkas extensivt.⁴⁶ I exempelvis förarbeten till MBL framkommer det att det är det civilrättsliga arbetstagarbegreppet som åsyftas i MBL och att begreppet ska betraktas vidsträckt eftersom praxis inom området visar att

⁴⁰ Gellner, Att anställa personal, s. 48

⁴¹ NJA 1949:153

⁴² AD 2005:33

⁴³ Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 61

⁴⁴ AD 1938:112

⁴⁵ Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 61

⁴⁶ A.a. s. 62f

arbetstagarbegreppet utvidgats. Därmed innefattar begreppet också en stor del grupper som tidigare betraktats som uppdragstagare.⁴⁷

3.2 Arbetstagarbegreppet

Det finns i den arbetsrättsliga lagstiftningen inte någon definition av arbetstagarbegreppet. Lagarna och kollektivavtalen⁴⁸ talar endast om "arbetstagare" utan att ange några rättsliga kriterier för detta begrepp. Skälet till att lagstiftaren inte infört någon definition av begreppet arbetstagare är att man inte vill låsa rättsutvecklingen.⁴⁹ I förarbeten och i den juridiska doktrinen redogörs det dock för begreppet arbetstagare och vad som skiljer mellan en arbetstagare och en uppdragstagare. Arbetstagarbegreppet tydliggörs även i rättspraxis.⁵⁰ När vi i uppsatsen skriver arbetstagarbegreppet utgår vi ifrån det civilrättsliga arbetstagarbegreppet som också är det som åsyftas i bl.a. LAS⁵¹ och MBL.⁵²

När Lunning beskriver arbetstagarbegreppet hänvisar han till förarbetena till MBL.⁵³ I en utredning från 1975 beskrivs arbetstagarbegreppet ingående. Där står det att läsa att rättstillämpningen huvudsakligen har bestämt arbetstagarbegreppets innebörd. Detta då det i lagen inte definieras vad en arbetstagare är även om det i förarbeten ges viss vägledning. Här tas även upp vissa förutsättningar för att en person ska betraktas som arbetstagare.⁵⁴

För att en person ska betraktas som arbetstagare måste parternas förhållande grundas på ett frivilligt ingånget avtal. Således är det just avsaknaden av ett avtal som kan tala emot ett arbetstagarförhållande. Det finns dock inget formkrav och därmed kan ett anställningsavtal vara såväl muntligt, skriftligt som det kan ske genom konkludent handlande. Eftersom åtagandet måste vara frivilligt för att ett arbetstagarförhållande ska föreligga klassas inte personer som på grund av ett offentligrättsligt tvång utför arbete som arbetstagare i lagens mening. Hit hör exempelvis värnpliktiga och personer som är intagna på fängvårdsanstalt.⁵⁵ Det andra grundläggande kravet för att en person ska betraktas som arbetstagare är att anställningsavtalet ska gå ut på att ena parten ska prestera arbete för den andra partens räkning.⁵⁶ Numera krävs det inte att arbetstagaren ensam utför arbetet utan han kan använda sig av medhjälpare. Dock krävs det att han jämte medhjälparen eller medhjälparna deltar i arbetet.⁵⁷

Inget av dessa grundläggande krav särskiljer dock en arbetstagare från en uppdragstagare då även ett uppdragsförhållande är grundat på avtal som också det bygger på att den ena parten ska utföra arbete för den andra partens räkning.⁵⁸ Därför är dessa förutsättningar inte av stor vikt vid gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare. Dock innebär kravet på att en arbetstagare själv måste delta i arbetet en skiljelinje mellan arbetstagare och

⁴⁷ Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 63

⁴⁸ *I vissa kollektivavtal om försäkringar för anställda finns dock regler som avgränsar arbetstagare från ägare.*

⁴⁹ Gellner, Att anställa personal, s. 48

⁵⁰ Runhammar & Stare, Handbok i arbetsrätt, s. 60

⁵¹ AD 2005:33

⁵² SOU 1975:1, s. 691

⁵³ Lunning, Anställningsskydd, s.23

⁵⁴ SOU 1975:1, s. 693

⁵⁵ SOU 1975:1, s. 693

⁵⁶ Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 66

⁵⁷ A.a. s. 65

⁵⁸ SOU 1975:1, s. 692

uppdragstagare då en uppdragstagare själv kan bestämma huruvida han själv ska delta i arbetet eller inte.⁵⁹

3.2.1 Arbetstagarbegreppets tvingande karaktär

Eftersom ett arbetsavtal bedöms efter faktiska omständigheter och inte efter hur avtalet ser ut kan man inte kringgå arbetsrättsliga regler genom att ”avtala bort” ett arbetstagararbetsgivarförhållande.⁶⁰ Både LAS och MBL:s inledande paragrafer, där det redogörs för vem som ska betraktas som arbetstagare i dessa lagar, är indispositiva. Detta leder tillsammans till att även arbetstagarbegreppet är indispositivt eller tvingande till sin karaktär fastän det inte är definierat i lagstiftningen.⁶¹

I förarbetena till MBL rekommenderas att arbetstagarbegreppet ska tillämpas extensivt. Anledningen till detta är att lagstiftaren vill motverka att arbetstagarbegreppet kringgås på olika sätt. Om det finns någon anledning till att misstänka att en, eller båda, av parterna har försökt kringgå lagstiftningen eller kollektivavtal genom att upprätta ett ”uppdragsförhållande” utgår Arbetsdomstolen därför ifrån att det är fråga om ett arbetstagarförhållande.⁶² På motsvarande sätt kan det också vara avgörande för bedömningen att det föreligger ett uppdragsförhållande då det saknas belägg för att en eller båda parterna försökt kringgå lagstiftning eller kollektivavtal.⁶³

3.3 Omständigheter som beaktas i helhetsbedömningen

Skillnaden mellan anställningsavtal och uppdragsavtal är att en uppdragstagare i motsats till en arbetstagare intar en självständig ställning gentemot den andra parten, i detta fallet uppdragsgivaren.⁶⁴ I de flesta fall råder det ingen oklarhet huruvida någon är arbetstagare eller uppdragstagare men ibland kan gränsdragningen vara mycket svår. Vilka omständigheter som tas med i en helhetsbedömning och därmed kan tala för eller emot ett arbetstagarförhållande skiljer sig till viss del åt i olika källor. Enligt Källström brukar den rättsliga doktrinen ta upp följande omständigheter som talar för ett arbetstagarförhållande:⁶⁵

1. Förhållandet är grundat på avtal.
2. Avtalet ska gå ut på att den ena parten skall prestera arbete för den andra partens räkning.
3. Den som åtagit sig att prestera förpliktar sig att prestera personligen, eller att han förutsättes att jämte medhjälpare själv delta i arbetet.
4. Avtalet avser utförande av arbete av den art som andra parten anvisar.
5. Beställaren utövar viss kontroll över när, var och hur arbetet utföres.
6. Beställaren tillhandahåller maskiner, råvaror och andra kapitalinsatser.
7. Ersättningen står i relation till arbetstiden.
8. Arbetet är varaktigt och utgör inte en obetydlig bisyssla i förhållande till huvudarbete för annan arbetsgivare.
9. Den arbetspresterande har vid sin arbetsinsats en social ställning jämförlig med en arbetstagers.
10. Den arbetspresterande ingår i beställarens företagsorganisation.

⁵⁹ SOU 1975:1, s. 694

⁶⁰ AD 2005:33

⁶¹ Lunning, Anställningsskydd, s. 23

⁶² AD 1983:89

⁶³ AD 1981:121

⁶⁴ SOU 1975:1, s. 692

⁶⁵ Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 65

I en utredning från 1993 tas liknande omständigheter upp även om de där skiljer sig en aning från Källströms sammanställning. Där står exempelvis att hänsyn ska tas till om den arbetspresterande parten är förhindrad att utföra arbete för annan än huvudmannen.⁶⁶ Att han är förhindrad skulle kunna bero på att exempelvis tid och krafter inte räcker till.⁶⁷ Nedan följer en förklaring av de omständigheter som tas upp i punkterna 3-10. (Punkt 1 och 2 behandlas i avsnitt 3.2 om arbetstagarbegreppet)

3.3.1 Personlig arbetskyldighet

Normalt förutsätts det att den arbetspresterande parten personligen måste utföra arbetet för att betraktas som arbetstagarare.⁶⁸ Dock krävs det inte att han utför hela arbetet själv utan det är tillräckligt om han utför arbetet jämte en medhjälpare. En uppdragstagarare kan däremot själv anlita medhjälpare eller egna anställda som på egen hand utför arbetet och behöver således inte personligen medverka i arbetet. När den personliga arbetskyldigheten bedöms är det de faktiska omständigheterna som vägs in, avgörande blir alltså hur det ser ut i praktiken. Således spelar det ingen roll vad parterna ursprungligen menade eller skrev i avtalet.⁶⁹

3.3.2 Fortlöpande arbetsuppgifter som arbetsgivaren anvisar

För att den arbetspresterande parten ska betraktas som arbetstagarare med denna aspekt i åtanke måste han stå till arbetsgivarens förfogande och ta sig an arbetsuppgifter allteftersom de tilldelas honom eller uppkommer. Som en del andra omständigheter är det inte säkert att avsaknaden av fortlöpande arbetsuppgifter i samma utsträckning tyder på att det föreligger ett uppdragsförhållande.⁷⁰ Däremot visar praxis att det är ett starkt skäl till att anta att det är fråga om ett arbetstagarförhållande då denna omständighet uppfylls.⁷¹

3.3.3 Arbetsgivarens kontroll och ledning

I förarbeten till MBL står det att läsa att de omständigheter som ska beaktas i helhetsbedömningen är av olika stor vikt för hurvida en person är att betrakta som uppdrags- eller arbetstagarare. Rekvisitet om att den arbetspresterande parten ska vara underkastad motparten angående arbetets ledning och kontroll för att betraktas som arbetstagarare ligger enligt förarbeten till MBL högt upp i den inbördes ordningen bland de olika omständigheterna. Då avsaknaden av kontroll och ledning från arbetsgivaren kan bero på att arbetstagararen exempelvis har en långt högre kompetens och är mer sakkunnig än arbetsgivaren på området behöver dock inte avsaknaden tyda på att det är fråga om ett uppdragsförhållande.⁷² I senare praxis framkommer det dock inte att det fästs särskilt avseende vid just detta rekvisit nuförtiden.⁷³

3.3.4 Tillhandahållande av maskiner, råvaror och redskap

Det är arbetsgivaren som normalt står för tillhandahållandet av arbetsredskap och liknade som erfordras för arbetet när det är fråga om ett arbetstagarförhållande. Hit hör exempelvis maskiner, råvaror, redskap, lokaler och så vidare.⁷⁴ Inom vissa arbeten är det dock inte

⁶⁶ SOU 1993:32, s. 227

⁶⁷ Lunning, Anställningsskydd, s. 24

⁶⁸ Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 65

⁶⁹ SOU 1993:32, s. 229

⁷⁰ SOU 1993:32, s.229f

⁷¹ AD 1987:21

⁷² SOU 1975:1, s.723

⁷³ SOU 1993:32, s. 231

⁷⁴ SOU 1993:32, s. 232

ovanligt att arbetstagare själva står för sådana företeelser som nämns ovan. Därför spelar sedvanan inom branschen stor roll när det ska avgöras om det är fråga om ett arbetstagar- eller uppdragsförhållande.⁷⁵

3.3.5 Ersättning

För att denna omständighet ska tala för ett arbetstagarförhållande visar rättspraxis att den arbetspresterande parten ska erhålla åtminstone en delvis garanterad ersättning. Detta hindrar dock inte att lönen bygger på arbetstagarens prestation i form av provisionslön, ackordslön och så vidare. Ibland kan lönen till och med vara helt prestationsbaserad och ändå tala för ett förhållande mellan arbetstagare och arbetsgivare. Vanligast är dock att en del av lönen är garanterad oberoende av arbetstagarens prestation. För att styrka arbetstagarförhållandet ska den arbetspresterande parten också få direkt kompensation för utlägg som exempelvis resekostnader.⁷⁶

3.3.6 Varaktigt förhållande

Ett varaktigt förhållande anses i förarbetena till MBL som centralt i bedömningen om huruvida en person är att betrakta som arbetstagare respektive uppdragstagare. Men precis som för vissa andra omständigheter betyder inte avsaknaden av denna omständighet att det finns starka skäl att anta att ett uppdragsförhållande föreligger.⁷⁷

3.3.7 Övriga omständigheter

I en rättslig prövning av arbetsavtalets natur bedöms också, förutom tidigare nämnda omständigheter, den arbetspresterande partens sociala ställning. För att det ska tala för ett arbetstagarförhållande ska den arbetspresterande parten kunna likställas med övriga arbetstagare såväl socialt som ekonomiskt.⁷⁸

Adlercreutz ställer sig kritisk till det sociala kriteriet då det är alltför obestämt och menar därför att man bör vara försiktig att använda sociala faktorer som ett tecken på att det inte föreligger ett arbetstagarförhållande.⁷⁹ Istället förespråkar Adlercreutz enligt Källström att man bör granska hur den arbetspresterande partens förhållande till motparten ser ut praktiskt i organisationen. Ingår den arbetspresterande parten i organisationen på samma eller liknande sätt som övriga arbetstagare, ska även han betraktas som arbetstagare.⁸⁰

3.4 Uppdragstagare

Genom att använda i princip samma kriterier som ovan men omvänt kan man även utreda huruvida det är tal om ett uppdragsförhållande. Det bör dock betonas att bara för att förekomsten av en viss omständighet är av väsentlig betydelse för att ett arbetstagarförhållande ska anses föreligga behöver inte avsaknaden av densamma, eller förekomsten av dess motsats, betyda att den har samma betydelse för att förhållandet ska betraktas som ett uppdragsförhållande.

⁷⁵ SOU 1975:1, s. 723

⁷⁶ SOU 1993:32, s. 232f

⁷⁷ SOU 1975:32, s. 723

⁷⁸ SOU 1993:32, s. 233

⁷⁹ Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, s. 265f

⁸⁰ Källström i Schmidt et al, *Löntagar rätt*, 2 kap, s. 65

Följande omständigheter tyder på att den arbetspresterande parten är en uppdragstagare:⁸¹

1. Han är inte skyldig att personligen utföra arbetet utan kan på eget ansvar överlåta arbetet helt eller delvis på annan.
2. Han låter rent praktiskt på sitt ansvar någon annan helt eller delvis utföra arbetet.
3. Åtagandet av arbetet är begränsat till viss eller möjligen vissa bestämda uppgifter.
4. Förhållandet mellan parterna är av tillfällig natur.
5. Varken avtalet eller arbetsförhållandena hindrar honom från att samtidigt utföra liknande arbete av någon betydelse åt annan.
6. Han bestämmer – frånsett de inskränkningar som följer av arbetets natur – själv sättet för arbetets utförande samt arbetstid och arbetsplats.
7. Han har i arbetet att använda sina egna maskiner, redskap eller råvaror
8. Han har att själv stå för utgifter vid arbetets utförande.
9. Vederlaget för arbetsprestationen är helt beroende av verksamhetens ekonomiska resultat.
10. Han är i ekonomiskt och i socialt hänseende jämställd med en företagare inom verksamhetsgränsen.
11. Han har för verksamheten fått ett personligt tillstånd eller en auktorisation av någon myndighet (exempelvis tillstånd till yrkesmässig automobiltrafik) eller har fått en egen firma registrerad.

I det enskilda fallet görs en sammanlagd bedömning av ovanstående nämnda karakteristika om vad som ska betraktas som en anställning respektive ett uppdrag. En enskild faktor är inte ensamt avgörande utan en helhetsbedömning av situationen är nödvändig.⁸² När domstolarna ska avgöra om det är fråga om ett anställnings- eller uppdragsavtal jämförs det omtvistade arbetsförhållandet med ett typiskt arbetstagarförhållande samt ett typiskt uppdragsförhållande och sedan hänförs det enskilda fallet till den avtalsgrupp som har störst likheter med det fallet.

Lunning beskriver även andra omständigheter som han säger kan inverka bevismässigt i bedömningen. Om exempelvis den arbetspresterande parten tidigare har varit anställd hos motparten kommer detta troligtvis att ha stor inverkan på bedömningen om huruvida personen ska betraktas som arbetstagar eller uppdragstagar.⁸³ Detta härrör från att arbetstagarbegreppet är tvingande till sin karaktär och har personen tidigare varit anställd hos beställaren har man fog att anta att det förändrade avtalsförhållandet beror på att en eller båda av avtalsparterna försöker kringgå lagstiftningen.⁸⁴

Betydelsen av de olika omständigheterna, både när det gäller arbetstagar och uppdragstagar, ska inte ses som absoluta. Dessa omständigheters betydelse har sedan de formulerades i förarbetena till MBL redan förändrats och kan mycket väl fortsätta förändras i takt med att arbetsmarknaden utvecklas. När uthyrning av arbetskraft legaliserades i och med lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft har arbetsplatserna blivit mer heterogena och det är idag vanligt att arbetstagar inom en organisation arbetar jämsides inhyrd personal med i princip lika eller likvärdiga arbetsuppgifter. Många av omständigheterna som vi tidigare har gått igenom pekar därmed på att de inhyrda arbetarna är att likställa med arbetstagar inom organisationen där de utför arbete, men så behöver inte vara fallet. Förvisso

⁸¹ SOU 1993:32, s. 228, se även SOU 1975:1, s. 722

⁸² Englund, Reglerna kring anställningen, s. 21

⁸³ SOU 1975:1, s. 723

⁸⁴ Lunning, Anställningsskydd, s. 24f

är dessa personer arbetstagare i lagens mening men inte arbetstagare hos företaget där de utför arbete utan i bemanningsföretaget som hyr ut arbetskraft till kundföretaget.⁸⁵

I och med att möjligheterna till att hyra in arbetskraft vidgades i början av 1990-talet har Arbetsdomstolen betonat att en anställning alltid grundas på ett avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.⁸⁶ När ett företag hyr in personal från ett uthyrningsföretag träffas ett avtal om detta mellan de båda företagen. Det träffas inte särskilda avtal mellan uppdragsgivaren och respektive person från uthyrningsföretaget. I ett sådant förhållande kan därför de inhyrda arbetstagarna i många hänseenden vara likställda med de ordinarie arbetstagarna utan att betraktas som arbetstagare i företaget i vilket de utför arbetsuppgifter. Ett sådant förhållande kan också pågå under en lång tid utan att det ska betraktas som ett arbetstagarförhållande mellan den inhyrda arbetstagaren och företaget som hyr in arbetskraft.⁸⁷

Juridiska personer kan aldrig betraktas som arbetstagare då det endast är fysiska personer som kan vara arbetstagare. Dock kan den fysiska personen bakom exempelvis ett handelsbolag vara att betrakta som arbetstagare i den organisation han utför arbete i. Det förutsätter emellertid att den fysiska personen bakom den juridiska personen personligen utför eller deltar i arbetet.⁸⁸ Det är därför i förlängningen föga troligt att ett bemanningsföretag eller snarare den fysiska personen bakom ett bemanningsföretag kan vara att betrakta som en uppdragstagarare.

3.5 Sedvana och påverkan från arbetstagarorganisationens agerande

I flera AD-domar framkommer det att hänsyn tas till hur eventuella arbetstagarorganisationer har agerat. I ett avgörande från Arbetsdomstolen har ett åkeriföretag omorganiserat verksamheten genom att överlåta lastbilarna till chaufförerna. Båda parterna kom överens om att det, istället för ett arbetstagarförhållande, då blev tal om ett uppdragsförhållande. Målet drevs av Transportarbetareförbundet mot arbetsgivarparterna. Tidigare hade dock samma arbetstagarorganisation både deltagit i de primära förhandlingarna som i de centrala förhandlingarna och även begärt att avtal skulle tecknas med chaufförerna då dessa ansågs vara arbetsgivare av förbundet. I domskälen påpekar Arbetsdomstolen att arbetstagarorganisationens agerande i frågan har inverkat på domslutet som gick i arbetsgivarparternas favör.⁸⁹

Även sedvana inom branschen är viktig för Arbetsdomstolens bedömning huruvida det rör sig om ett uppdrags- eller arbetstagarförhållande. I samma avgörande som behandlas ovan tas även denna aspekt upp. I domskälen skriver Arbetsdomstolen att det i åkeribranschen är vanligt med långtgående bindningar mellan transportör och beställare. Där tas även upp att avtal mellan ett av Sveriges dåvarande största speditiönsföretag och dess transportörer säger att speditiönsföretaget i stor utsträckning kan styra transportörernas verksamhet vad gäller exempelvis turdagar och avgångstider. Eftersom sedvanan inom åkeribranschen säger att det är fullt normalt att utomstående företag till stor del dirigerar åkeriföretag menar Arbetsdomstolen att det talar för ett uppdragsförhållande också med detta i åtanke.⁹⁰

⁸⁵ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 32f

⁸⁶ AD 2006:24

⁸⁷ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 33

⁸⁸ Ds 2002:56, s. 122f

⁸⁹ AD 1981:121

⁹⁰ AD 1981:121

Genom rättspraxis kan man dra slutsatsen att om branschuppfattningen säger att en viss typ av arbetsavtal är uppdragsavtal betraktar också Arbetsdomstolen avtalet som ett uppdragsavtal och tvärtom.⁹¹ För att domstolen ska gå emot branschens sedvana måste övriga omständigheter i bedömningen starkt tala för att det inte är fråga om ett uppdragsavtal.⁹² Det är därför viktigt att sätta sig in i såväl branschens sedvana som arbetstagarorganisationers agerande när man ska avgöra huruvida den arbetspresterande parten ska betraktas som uppdragstagare eller arbetstagare.

3.6 Arbetstagare som ej omfattas av LAS

I regel omfattas inte personer med olika typer av förtroendeuppdrag av LAS. Hit hör uppdrag såsom riksdagsman, kommunalråd, ordförande i idrottsförening och så vidare. Inte heller uppdrag såsom styrelseledamot i aktiebolag eller statliga verk räknas som anställningar. När ett förtroendeuppdrag har stora likheter med en vanlig anställning kan det dock betraktas som ett arbetstagarförhållande.⁹³

Fackliga förtroendeuppdrag är typiska förtroendeuppdrag som har likheter med vanliga anställningar. Om en facklig förtroendeman inte tillsätts genom val bland organisationens medlemmar menar Bylund et al att det är fråga om en anställning som faller under LAS regler. Däremot är läget mer osäkert när det gäller valda ombudsmän, särskilt ju högre upp i organisationen man kommer.⁹⁴

Samtidigt som en person arbetar som arbetstagare inom ett aktiebolag kan han även äga en stor del aktier, eller till och med alla aktier, i bolaget. Därför finner vi det lämpligt att påpeka att bara för att ett av förhållandena mellan en sådan person och företaget blir ett arbetstagararbetsgivarförhållande faller en sådan person ändå utanför LAS. Då ägare av handelsbolag och enkla bolag är personligt ansvariga för verksamheten betraktas dessa inte som arbetstagare i några hänseenden.⁹⁵

3.6.1 Undantagen i LAS

Som det framkommer i 1 § LAS är huvudregeln att arbetstagare omfattas av LAS. Det saknar betydelse om arbetstagaren är organiserad eller ej eller vilken typ av anställningsform arbetstagaren har.⁹⁶ I paragrafens andra stycke undantas dock fyra grupper av arbetstagare från LAS:

1. arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha företagsledande eller därmed jämförlig ställning,
2. arbetstagare som tillhör arbetsgivarens familj,
3. arbetstagare som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll,
4. arbetstagare som är anställda med särskilt anställningsstöd, i skyddat arbete eller i utvecklingsanställning.

Det första undantaget åsyftar arbetstagare som anses ha en företagsledande eller jämförlig ställning utifrån arbetsuppgifter och anställningsvillkor. Bylund et al menar att detta härrör ifrån att arbetstagare med företagsledande eller jämförlig ställning har ”något av en förtroendeställning” och att de ofta har så pass goda anställningsvillkor att de inte behöver

⁹¹ Se exempelvis AD 1981:121 och AD 1987:21

⁹² Källström i Schmidt et al, Löntagarrätt, 2 kap, s. 69f

⁹³ Bylund et al, Anställningsskyddslagen, s. 21

⁹⁴ A.a. s. 21

⁹⁵ A.a. s. 22

⁹⁶ Runhammar & Stare, Handbok i arbetsrätt, s. 60

anställningsskyddet från LAS.⁹⁷ Normalt anses arbetstagare som ligger precis under den verkställande direktören i en organisation och därmed ansvarar för en gren av företagets verksamhet tillhöra kategori ett i 1 § LAS. Detta leder till att exempelvis försäljningschefer, produktionschefer och så vidare inte omfattas av lagen. När lagen tillämpas för statlig verksamhet innebär bestämmelsen att verkschefer, överdirektörer, avdelningschefer, rektorer, skolchefer och så vidare inte omfattas av lagen.⁹⁸

I propositionen till 1974 års anställningsskyddslag anges det att det första angivna undantaget ska tolkas restriktivt. Framför allt gäller det när det är fråga om arbetstagare med ledande ställning i små företag där ägaren själv arbetar.⁹⁹ I en senare utredning beskrivs det också att LAS skydd i vissa avseenden kan minska ju högre befattning en arbetstagare har. I exempelvis en prövning av saklig grund vid uppsägning har en arbetstagare med hög befattning ett avsevärt mindre skydd än en arbetstagare långt ner i organisationen.¹⁰⁰

Det andra undantaget motiveras med att arbetstagare som tillhör arbetsgivarens familj har ett nära personligt förhållande till arbetsgivaren. Undantaget syftar till att sådana arbetstagare ska kunna sägas upp sist av alla då de står utanför turordningen vid uppsägning på grund av arbetsbrist.¹⁰¹ Med familjemedlemmar avses i förarbetena till LAS make, släktingar i rakt upp- och nedstigande led men även släktingar på längre håll och fosterbarn om de bor tillsammans med arbetsgivaren. Även styvbarn undantas från LAS om de bor tillsammans med arbetsgivaren.¹⁰² När det gäller en person som arbetsgivaren lever i ett äktenskapsliknande förhållande med är rättsläget inte helt klart men huruvida arbetstagaren bor i ihop med arbetsgivaren kan även här falla avgörande.¹⁰³

Den tredje gruppen av arbetstagare som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll, undantas från LAS eftersom denna grupp istället omfattas av lagen om arbetstid m.m. i husligt arbete.

Den fjärde gruppen som undantas är anställda med ett särskilt anställningsstöd, i ett skyddat arbete eller i en utvecklingsanställning. Med personer som har ett särskilt anställningsstöd avses främst äldre personer som genom den arbetsmarknadspolitiska aktivitetsgarantin erhållit ett arbete.¹⁰⁴ Garantin omfattar personer som är eller riskerar att bli långtidsinskrivna hos Arbetsförmedlingen.¹⁰⁵ Med skyddat arbete avses den typ av arbete som Samhallkoncernen erbjuder men även arbete hos offentliga arbetsgivare som får statsbidrag när personer med arbetshandikapp arbetar hos dem. Det är dock viktigt att här påpeka att andra grupper av arbetstagare som påverkas av arbetsmarknadspolitiska åtgärder och som arbetar på den öppna arbetsmarkanden inte omfattas i undantaget i 1 § LAS. Hit hör exempelvis funktionshindrade arbetstagare som får lönebidrag.¹⁰⁶

⁹⁷ Bylund et al, Anställningsskyddslagen, s. 23

⁹⁸ Prop. 1973:129, s. 231

⁹⁹ A.prop. s. 231

¹⁰⁰ SOU 1993:32, s. 236

¹⁰¹ Prop. 1973:129, s. 232

¹⁰² SOU 1993:32, s. 237

¹⁰³ Lunning, Anställningsskydd, s. 40

¹⁰⁴ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 63

¹⁰⁵ Prop. 1999/2000:98, s. 57

¹⁰⁶ Se Förordning (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga

3.7 Arbetstagarbegreppet i förändring?

Som vi nämnt tidigare har arbetstagarbegreppet länge varit föremål för diskussion inom arbetsrätten. Så sent som i mitten på 1990-talet diskuterades det om en ändring av arbetstagarbegreppet i en proposition. Där föreslås det att arbetstagarbegreppet skall fortsätta vara tvingande men att begreppets innebörd bör ändras på vissa punkter. Det föreslås bland annat att ingen av avtalsformerna skall ges företräde framför den andra om det är fråga om ett svårbedömt gränsfall. Som det är nu ska anställningsförhållande anses föreligga om det är tveksamt huruvida en person är arbets- eller uppdragstagare. I förslaget ska hänsyn bara tas till helhetsbedömningen i det aktuella fallet.¹⁰⁷

Vidare föreslås att parternas gemensamma uppfattning ska vara betydande i en bedömning av förhållandet mellan parterna och i normalfallet ska den arbetspresterande parten betraktas som uppdragstagare om personen uppvisar F-skattesedel. Slutligen föreslås även att arbetstagarbegreppet ska definieras i lag.¹⁰⁸ Betänkandet har inte lett fram till lagstiftning.

År 2007 gjordes en översyn av kraven för F-skatt m.m. och i den tas även det civilrättsliga arbetstagarbegreppet upp.¹⁰⁹ I uppdraget till utredningen ingick det inte att föreslå en lagfäst definition av arbetstagarbegreppet utan istället hänvisas det till en promemoria från 2002 där det framfördes att arbetstagarbegreppet inte bör kodifieras.¹¹⁰ I promemorian konstateras det att utvecklingen går mot att allt fler arbetstagare arbetar under förhållanden som liknar en uppdragstagares arbetsförhållanden och tvärtom kan uppdragstagare arbeta under arbetsförhållanden som liknar en arbetstagares. Därför har det ibland hävdats att de omständigheter som tidigare beaktats i helhetsbedömning är på väg att förlora, eller åtminstone minska i betydelse.¹¹¹

Betydelsen av de olika kriterierna, både när det gäller arbetstagare och uppdragstagare, ska inte ses som fastslagna en gång för alla.¹¹² Arbetstagares och uppdragstagares alltmer likartade förhållanden påverkar gränsdragningen mellan ett arbetstagarförhållande och ett uppdragsförhållande. Det är därmed en naturlig följd att bedömningskriterierna förändras och följer med arbetsmarknadens utveckling. Utredningen kom därför fram till att det inte är lämpligt att definiera arbetstagarbegreppet i lagstiftningen. Istället bör det fortsätta vara rättstillämpningens uppgift att kontinuerligt granska de omständigheter som bör beaktas i helhetsbedömningen så att bedömningskriterierna utvecklas i samma takt som arbetsmarknaden förändras.¹¹³

¹⁰⁷ Prop. 1993/94:67, s. 77

¹⁰⁸ A.prop., s. 77

¹⁰⁹ Dir. 2007:116, s.1

¹¹⁰ Dir. 2007:116, Bilaga, s. 7

¹¹¹ Ds 2002:56, s. 129

¹¹² Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 31

¹¹³ Ds 2002:56, s. 131

4 Företrädesrätt till återanställning och ökad sysselsättningsgrad

I detta kapitel redogör vi för företrädesrättens bestämmelser i 25-27 §§ LAS. Tyngdpunkten i kapitlet ligger i att beskriva gällande rätt men vi gör även en historisk tillbakablick för att läsaren ska förstå varför lagen ser ut som den idag gör.

4.1 Historisk tillbakablick

År 1969 tillsattes den Åmanska utredningen för att utreda anställningstryggheten. I avvaktan på den utredningen beslöt riksdagen 1971 om de s.k. äldrelagarna där regler med anknytning till både turordning och företrädesrätt till återanställning ingick. Företrädesrätten gällde hos samma arbetsgivare i den verksamhet där arbetstagaren tidigare hade arbetat och förutsatte precis som idag, att arbetstagaren hade tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet. Lagen omfattade dock endast de arbetstagare som var äldre än 45 år och motivet bakom regeln om företrädesrätt och äldrelagarna i stort var framförallt att skydda äldre arbetstagare från att slås ut från arbetsmarknaden. Motivet, att skydda äldre arbetstagare, var också något som betonades i den Åmanska utredningen. Detta tog sig även uttryck i lagstiftningsarbetet som följde på anställningsskyddets område och ledde till slut fram till 1973 års förslag om lag om anställningsskydd.¹¹⁴

I fråga om turordning ansågs principen om anställningstidens längd alltför vedertagen i kollektivavtalen för att kunna frångås. Det ansågs också att äldre arbetstagare behövde någon form av förstärkt skydd vid turordning och därför föreslogs i lagförslaget regeln om att arbetstagare över 45 år skulle få tillgodoräkna sig viss extra anställningstid.¹¹⁵ Vidare föreslogs att företrädesrätten skulle ges åt arbetstagare inom samma verksamhet och att företrädesrätten skulle bestämmas inom varje kategori av arbetstagare med utgångspunkt i anställningstidens längd. Det betonades i utredningen att reglerna kunde framstå som orättvisa ur arbetstagarens perspektiv i det enskilda fallet eftersom de inte gav möjlighet att beakta andra skäl, exempelvis av social natur. Därför gjordes reglerna dispositiva.¹¹⁶

Om turordning skulle bestämmas inom hela arbetsgivarens verksamhet skulle den, enligt departementschefen, bli alltför vidsträckt. Istället föreslogs att varje driftsenhet skulle bilda utgångspunkt för olika turordningskretsar. I de fall det fanns flera driftsenheter på samma ort, öppnades möjligheten för arbetstagarorganisationerna att begära att orten skulle utgöra en turordningskrets. Departementschefen hade även en invändning mot att en turordning skulle upprättas för varje arbetstagarkategori som ansågs innebära en alltför snäv avgränsning. Kollektivavtalsområdet kom istället att föreslås som gräns för turordningskretsen. För att hindra mindre nogräknade arbetsgivare från att kringgå reglerna föreslogs det att lagen skulle innehålla bestämmelser om företrädesrätt till återanställning. Departementschefen menade i likhet med utredningen om lagförslaget att rätten till återanställning skulle föreligga inom arbetsgivarens hela verksamhet. Rätten till företräde kom efter behandling i riksdagen endast att gälla inom samma driftsenhet och samma kollektivavtalsområde som arbetstagaren tidigare hade varit anställd i. Reglerna om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist samt företrädesrätt till återanställning som infördes genom 1974 års anställningsskyddslag har

¹¹⁴ SOU 1993:32, s. 444f

¹¹⁵ Prop. 1973:129, s. 269

¹¹⁶ SOU 1993:32, s. 444f

sedan dess, i det stora hela, behållits oförändrade både genom införandet av 1982 års anställningsskyddslag och också tiden därefter.¹¹⁷

Reglerna om företrädesrätt till återanställning kom till för att motverka att arbetsgivare skulle kunna kringgå turordningsreglerna vid uppsägning på grund av arbetsbrist men även för att det betraktades som skäligt att en tidigare anställd skulle ha denna rätt till återanställning vid en eventuell ökning av personalstyrkan.¹¹⁸

År 1996 antogs en ändring i LAS som innebar att en ny 25a § lades till efter paragrafen om företrädesrätt till återanställning. Genom den fick arbetstagare med deltidsanställning rätt att utöka sin arbetstid genom att göra anspråk på ökad sysselsättningsgrad när arbetsgivaren ska nyanställa personal. Tidigare klarade många deltidsanställda sin försörjning genom utfyllnad från arbetslöshetskassa men denna möjlighet begränsades strax innan 25a § tillkom i LAS. Den begränsade möjligheten till utfyllnad från arbetslöshetskassa anges i förarbetena också vara ett av skälen till denna nya paragraf. Det ansågs också att anställning på heltid ska vara normen och att deltidsanställning endast bör förekomma då det är motiverat med hänsyn till arbetstagarens önskemål eller verksamhetens behov.¹¹⁹

4.2 Företrädesrätt till återanställning

Arbetstagare som sägs upp på grund av arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS. Även arbetstagare som anställs för begränsad tid enligt 5 § LAS har företrädesrätt till återanställning i en arbetsbristsituation. Dock krävs det att en arbetstagare har varit anställd i minst tolv månader under de senaste tre åren för att företrädesrätt till återanställning ska kunna göras gällande. När det gäller företrädesrätt till ny säsongsanställning för en tidigare säsongsanställd arbetstagare krävs det att arbetstagaren varit anställd i sex månader under de senaste två åren. Det krävs dock inte att anställningstiden varit sammanhängande varken för sexmånadersregeln eller tolvmånadersregeln. Arbetstagaren kan också, om det kan ske med stöd från 3 § LAS, tillgodoräkna sig anställningstid från en tidigare arbetsgivare.¹²⁰ För att bestämma huruvida en arbetstagare har företrädesrätt ska man ta hänsyn till de omständigheter som råder vid anställningens upphörande och alltså inte de omständigheter som rådde när uppsägningen skedde eller besked enligt 15 § lämnades eller borde ha lämnats.¹²¹ För alla tidigare nämnda anställningsformer (tillsvidareanställda, visstidsanställda och säsongsanställda) krävs det att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen för att företrädesrätten ska kunna göras gällande.

En arbetstagare som uppfyller kraven för företrädesrätt till återanställning har företrädesrätt från då uppsägningen skedde eller besked lämnades eller skulle ha lämnats enligt 15 § 1st LAS och därefter nio månader från den sista anställningsdagen. Företrädesrätten gäller således inte bara efter det att anställning upphört utan även under varsel- och underrättelsetiden för en arbetstagare som är tidsbegränsat anställd och under uppsägningstiden för en tillsvidareanställd arbetstagare.¹²² För säsongsanställda gäller företrädesrätten från det att besked lämnades eller skulle ha lämnats enligt 15 § 2st LAS och därefter nio månader från den nya säsongens början. Detta innebär samtidigt att en person som vet att hans anställning kommer att upphöra på grund av arbetsbrist ändå inte har någon

¹¹⁷ SOU 1993:32, s. 446f

¹¹⁸ SOU 1993:32, s. 455

¹¹⁹ Prop. 1996/97:16, s. 44

¹²⁰ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 634

¹²¹ A.a. s. 633f

¹²² Englund, Reglerna kring anställningen, s. 200

företrädesrätt förrän han har blivit uppsagd eller, när det rör sig om en visstidsanställning, fått eller borde ha fått besked enligt 15 §.

Även om det i LAS benämns som återanställning rör det sig inte, enligt Lunning och Toijer, strikt juridiskt sett om en återanställning utan om en nyanställning som tillträds med stöd av företrädesrätten.¹²³ Dock erhåller en återanställd arbetstagare ett större skydd än en vanlig nyanställd arbetstagare i början av den nya anställningen i enlighet med 3 § LAS. I paragrafens andra stycke framkommer det att en arbetstagare som fått återanställning enligt 25 § ska anses ha uppnått den anställningstid som fordras för besked enligt 15 § och företrädesrätt enligt 25 §. Tidigare fanns motsvarande bestämmelser i 28 § LAS.

När flera arbetstagare har företrädesrätt kan arbetsgivaren inte välja vem eller vilka han vill anställa av dem som har företrädesrätt utan måste istället ta hänsyn till vissa turordningsregler enligt 26 § LAS. Dessa regler säger att det är den arbetstagare med den sammanlagt längsta anställningstiden som ska anställas först medan den som har kortast anställningstid hamnar längst ner i turordningen. Huruvida kvalificeringstiden tillkommit genom visstidsanställning eller tillsvidareanställning har ingen betydelse.¹²⁴ Reglerna om turordning i 25 § LAS är nära sammankopplade med turordningsreglerna i 22 § LAS.¹²⁵

En person med företrädesrätt till återanställning har företrädesrätt till de nyanställningar som utlyses under företrädesrättsperioden. Avgörande är alltså när anställningen ledigförklaras och inte när anställningsavtalet ingås eller när tjänsten ska tillträdas. Det innebär att företrädesrätt till återanställning föreligger då tjänst ledigförklaras före niomånadersfristens utgång.¹²⁶ Arbetsgivaren kan dock fritt välja att inte genomföra några nyanställningar under denna period även om det egentligen finns ett behov av arbetskraft.¹²⁷ Det står också fritt för arbetsgivaren att omplacera en arbetstagare som redan är anställd i organisationen till en ledig tjänst för att sedan anställa arbetstagaren med företrädesrätt till den omplacerades gamla tjänst.¹²⁸

För att en arbetstagare ska kunna göra sin företrädesrätt gällande måste han beakta de regler som finns i 27 § LAS. Arbetstagaren måste exempelvis anmäla anspråk på företrädesrätten och han kan heller inte vägra att anta ett skäligt anställningserbjudande från arbetsgivaren om han vill ha kvar företrädesrätten.¹²⁹

Om arbetsgivaren har flera driftsenheter eller om det i arbetsgivarens verksamhet finns olika kollektivavtalsområden, gäller företrädesrätten anställning inom den enhet och det avtalsområde där arbetstagaren var sysselsatt när den tidigare anställningen upphörde. Finns det flera driftsenheter på samma ort kan arbetstagarorganisationen begära att företrädesrätten gäller på arbetsgivarens samtliga enheter på orten. Detta måste begäras senast vid förhandlingar enligt 32 § LAS. Vid turordning per driftsenhet och avtalsområde ska hänsyn tas till arbetstagarens kvalifikationer (se rubrik 4.2.2) som ska vara tillräckliga för att göra anspråk på den lediga anställningen.

¹²³ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s.625

¹²⁴ Englund, Reglerna kring anställningen, s. 200

¹²⁵ Prop. 1973:129, s. 269

¹²⁶ AD 1982:51

¹²⁷ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s.635

¹²⁸ A.a. s. 636

¹²⁹ A.a. s. 624

Lunning och Toijer beskriver en driftsenhet, utifrån förarbetena till LAS, enligt följande:

Med driftsenhet avses enligt förarbetena varje sådan del av ett företag som är belägen inom en och samma byggnad eller inom ett och samma inhägnade område, dvs. fabrik, butik, restaurang osv. Även en verkstad och ett kontor inom samma byggnad utgör samma driftsenhet.¹³⁰

Olika turordningar kan ändå komma att gälla på grund av reglerna om kollektivavtalsområde. För vissa arbetstagar­kategorier kan det vara mer lämpligt att en turordning bestäms gemensamt för samtliga driftsenheter inom en och samma ort. I 22 § 3st LAS föreskrivs det att turordning skall bestämmas gemensamt för en sådan större krets av arbetstagar­e, om berörd arbetstagar­organisation begär det. Detta gäller endast sådana arbetstagar­e som är sysselsatta inom organisationens avtalsområde. I avtalsområdet kan det ingå såväl medlemmar i den berörda arbetstagar­organisationen som arbetstagar­e som är oorganiserade eller medlemmar i en icke avtals­lutande organisation.¹³¹ Inom varje driftsenhet görs det normalt en uppdelning av arbetstagar­e där varje kollektivavtalsområde turordnas för sig. Viktigt att poängtera är att det inte är den fackliga tillhörigheten eller kompetensen som avgör vilken turordnings­lista en arbetstagar­e hamnar på. Det är istället arbetsuppgifterna som styr vilken turordnings­lista en arbetstagar­e ska placeras på.¹³²

För att en arbetstagar­e ska ha företrädes­rätt till återanställning måste uppsägningen ha skett på arbets­givarens initiativ vilket medför att en arbetstagar­e som säger upp sig själv inte har denna rätt.¹³³ Dock bör en arbetstagar­e som blivit uppsagd av arbets­givaren och som sedan säger upp sig själv för att kunna avsluta sin anställning tidigare i detta hänseende (vid tillämpning av 25 § LAS) betraktas som att han har blivit uppsagd av arbets­givaren. Detta eftersom det var arbets­givaren som tog initiativet till uppsägningen. Enligt Lunning och Toijer bör niomånaders­perioden i ett sådant fall räknas från den dag då anställningen enligt arbets­givarens uppsägning skulle ha upphört.¹³⁴

Enligt 38 § LAS kan en arbets­givare som bryter mot företrädes­rättens regler bli skyldig att ersätta en arbetstagar­e för skada som uppkommer genom arbets­givarens felaktiga handlande. Skadeståndet kan avse såväl ersättning för en direkt förlust för arbetstagar­en men också ersättning för en eventuell kränkning som lagbrottet innebär. Vi går inte närmare in på bestämmelsen om skadestånd men vi vill ändå påpeka att den finns.

I förarbetena till 25 § LAS sägs att företrädes­rätt till återanställning bara kan bli aktuellt när en arbetstagar­e sagts upp på grund av arbets­brist eller tids­begränsat anställda som inte får fortsatt arbete och gäller således inte arbetstagar­e som sägs upp på grund av förhållanden som hänför sig till denne personligen.¹³⁵ Därför går vi i nedanstående avsnitt igenom uppsägning på grund av arbets­brist.

4.2.1 Uppsägning på grund av arbets­brist

Ett kriterium för att företrädes­rätt till återanställning ska föreligga för en uppsagd arbetstagar­e är att man som arbetstagar­e blivit uppsagd på grund av arbets­brist. Turordnings­regler vid uppsägning på grund av arbets­brist finns reglerade i 22 § LAS för att alla arbetstagar­e i en arbets­bristsituation ska drabbas på ett rättvist sätt. Motivet för denna reglering var i förarbetena till 1984 års anställnings­skyddslag tudelat. Dels ville man rent allmänt motverka

¹³⁰ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 598

¹³¹ A.a. s. 604

¹³² Iseskog, Uppsägning vid arbets­brist, s. 48f

¹³³ Prop. 1973:129, s. 266

¹³⁴ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s.630

¹³⁵ Prop. 1973:129, s. 266

att arbetsgivaren i en arbetsbristssituation utnyttjade tillfället för att göra sig av med oönskade personer, dels skulle regeln skydda de arbetstagare som hade svårt att hävda sig på arbetsmarknaden. För att fastställa urvalet på ett enkelt och objektivet sätt blev det anställningstidens längd som skulle utgöra urvalsgrunden.¹³⁶

Uppsägning på grund av arbetsbrist finns ej uttryckligen reglerat i LAS. Dock står det att läsa i 7 § LAS att ”en uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad”. I Arbetsdomstolens rättspraxis framgår det att uppsägning på grund av arbetsbrist är en sakligt grundad uppsägning.¹³⁷ Det framgår också att termen arbetsbrist har en bredare rättslig betydelse än den rent språkliga betydelsen. Iseskog menar att i princip alla uppsägningar som är rättsligt korrekta och som ej hänför sig till arbetstagaren personligen klassas som uppsägning på grund av arbetsbrist.¹³⁸ Detta styrks också av att departementschefen vid införande av 1974 års lag uttalar sig i allmänna termer om innebörden av begreppet saklig grund och exemplifierar med driftsinskränkningar och i anslutning därtill talar om arbetsbrist. ”Saklig grund” äger alltså tillämpning även i situationer som inte bottnar i arbetstagarens personliga förhållanden.¹³⁹

Arbetsbrist behöver nödvändigtvis inte enbart hänföra sig till brist på arbete. Arbetsbrist kan även vara brist på kapital, brist på likvida medel, brist på resurser eller helt enkelt brist på intresse. Det gemensamma för arbetsbristssituationerna är att de är verksamhetsrelaterade. Det kan alltså aldrig finnas något som betecknas personlig arbetsbrist.¹⁴⁰

I en utredning lyftes det fram att de rådande turordningsreglerna på lång sikt kunde skada mindre företag med små resurser. Då man såg till många av småföretagens företagsekonomiska förutsättningar kunde en konsekvens av gällande turordningsregler bli att arbetsgivaren valde att behålla en viss övertalighet trots att detta inte gick att försvara rent ekonomiskt. På sikt skulle detta kunna leda till att företag tvingas lägga ner sin verksamhet.¹⁴¹ Därför infördes en regel som särskilt skyddade småföretag. Regeln innebar att innan turordningen fastställs får en arbetsgivare med högst tio arbetstagare oavsett antalet turordningskretsar undanta högst två arbetstagare som enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten.

Det framhölls även i utredningen att det i princip inte ska vara möjligt att rättsligt angripa en uppsägning som skett som en konsekvens av att arbetsgivaren i större eller mindre utsträckning använt sig av rätten att behålla vissa särskilda arbetstagare.¹⁴² Arbetsgivaren får dock inte göra godtyckliga bedömningar och hans handlingar får inte strida mot god sed.¹⁴³

I 23 § LAS föreskrivs det att arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och som därav har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren ska, om det kan ske utan allvarliga olägenheter, få företräde till fortsatt arbete oberoende av turordningen. Det finns också ett särskilt turordningsföreträde för vissa fackliga förtroendemän i 8 § lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen.

¹³⁶ SOU 1993:32 s, 473

¹³⁷ AD 1986:158

¹³⁸ Iseskog, Uppsägning vid arbetsbrist, s. 10

¹³⁹ Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, s. 288

¹⁴⁰ Iseskog, Uppsägning vid arbetsbrist, s. 10ff

¹⁴¹ SOU 1993:32, s. 477ff

¹⁴² SOU 1993:32, s. 472-483

¹⁴³ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 597

Gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl utgår ifrån vilka egentliga grunder arbetsgivaren haft för uppsägningen. Detta framgår redan i motiven till LAS där det uttalas att det inte spelar någon roll om arbetsgivaren sagt upp en anställd på grund av arbetsbrist, om motiven till uppsägningen i själva verket är helt andra.¹⁴⁴ Är situationen som så att arbetsgivaren påstår att skälet för uppsägningen är arbetsbrist när så inte är fallet talar man istället om fingerad arbetsbrist.¹⁴⁵

4.2.2 Företrädesrätt vid övergång av verksamhet

I 6b § LAS anges de rättigheter och skyldigheter som följer av anställningsavtalet vid en övergång av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan arbetsgivare. Regeln medför att anställningsavtalet automatiskt övergår till den nya arbetsgivaren. Dock är också den tidigare arbetsgivaren ansvarig gentemot arbetstagaren för de ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före överlåtelsen. En uppsägning som beror på att en verksamhet övergår till ett annat företag, till exempel på grund av en företagsöverlåtelse, är endast sakligt grundad om den beror på exempelvis ekonomiska eller organisatoriska skäl.¹⁴⁶

Vid en verksamhetsövergång kan dock arbetstagaren avböja en övergång till förvärvaren och istället välja att antingen lämna sin anställning eller stanna kvar hos överlåtaren. Vill en arbetstagare stanna kvar är den ursprungliga arbetsgivaren förhindrad att säga upp honom enbart av detta skäl eftersom en uppsägning alltid måste vara saklig grundad. Däremot kan arbetsgivaren säga upp arbetstagaren om förändringar i arbetsstyrkan är motiverade av exempelvis ekonomiska eller organisatoriska skäl. Det föreskrivs också i 6b § att anställningsavtalet inte övergår i samband med konkurs.¹⁴⁷

I 25 § LAS föreskrivs det:

Har /.../ företaget, verksamheten eller en del av verksamheten övergått till en ny arbetsgivare genom en sådan övergång som omfattas av 6 b §, gäller företrädesrätten mot den nya arbetsgivaren. Företrädesrätten gäller även i de fall att den tidigare arbetsgivaren försatts i konkurs.

Till skillnad från 6b § LAS gäller det i 25 § LAS att en uppsagd arbetstagare med företrädesrätt till återanställning har företrädesrätt gentemot förvärvaren även i de fall den tidigare arbetsgivaren är försatt i konkurs. Det föreligger här alltså en skillnad mellan övergång av anställningsavtalet och företrädesrättsreglerna. För att företrädesrätten ska gälla när den tidigare arbetsgivaren försatts i konkurs krävs det dock att verksamhetsövergången av konkursboet är korrekt och att berörd arbetstagare har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS samt att arbetstagaren anmält anspråk på företrädesrätt hos arbetsgivaren enligt 27 § LAS.

I förarbeten till LAS har det lyfts fram att det kan uppkomma en situation där en arbetstagare har företrädesrätt mot flera arbetsgivare. Detta då det sker en verksamhetsöverlåtelse under tiden som arbetstagaren har företrädesrätt. Har den anställde haft arbetsuppgifter som efter en delning av ett företag återfinns hos både den som har övertagit en del av företaget och den förre arbetsgivaren kan hans företrädesrätt göras gällande mot båda dessa.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Prop. 1973:129, s. 128f

¹⁴⁵ Malmberg, Anställningsavtalet, s. 346

¹⁴⁶ Bylund & Viklund, Arbetsrätt i praktiken, s. 52f

¹⁴⁷ Iseskog, Anställningsskydd vid övergång av verksamhet, s. 9

¹⁴⁸ Prop. 1981/82:71

I vissa fall kan en arbetstagare som blir uppsagd på grund av arbetsbrist ha företrädesrätt till återanställning hos ett annat företag inom samma koncern som företaget han tidigare arbetade i tillhör fastän det inte skett någon formell övergång av verksamhet. För att detta ska vara möjligt krävs det att verksamheten i företaget där arbetstagaren sades upp läggs ner för att sedan återupptas av ett annat företag inom koncernen.¹⁴⁹

4.2.3 Anmäla anspråk till företrädesrätt

I 27 § LAS återfinns de regler om krav på att arbetstagaren ska anmäla anspråk på företrädesrätt för att erhålla densamma. En anmälan kan ske såväl muntligen som skriftligen men det är upp till arbetstagaren att visa att en anmälan faktiskt skett. Detta förutsätter dock att arbetstagaren har fått skriftligt besked om sin skyldighet att lämna anmälan enligt 8 eller 16 §§ LAS. Om inte besked från arbetsgivaren ägt rum kan arbetstagare ändå hävda sin rätt till återanställning utan att en anmälan enligt 27 § LAS har förekommit.¹⁵⁰

En anmälan kan göras när som helst under den tid som företrädesrätten gäller. Det är dock viktigt att beakta att arbetstagare med en sen anmälan inte kan göra anspråk på en plats som redan blivit erbjuden till en annan arbetstagare.

I 27 § 2st står det att ”en arbetstagare som antar ett erbjudande om återanställning behöver inte tillträda den nya anställningen förrän efter skälig övergångstid”. Vad som anses som en skälig övergångstid bedöms från fall till fall där hänsyn ska tas till både arbetstagarens och arbetsgivarens intressen. Om exempelvis arbetstagaren vid tillfället är arbetslös kan ett omgående tillträde krävas till den nya tjänsten. Om arbetstagaren istället är bunden av långa uppsägningstider i en annan anställning, och tillsättningen bör ske snarast, så väger arbetsgivarens intressen över och företrädesrätten kan då ges till nästa person i turordningen. Arbetsdomstolen har dock framhåvt att den företrädesberättigade personen som varit förhindrad att tillträda inte ska anses ha avvisat erbjudande om återanställning utan behåller sin företrädesrätt.¹⁵¹

4.2.4 Turordningsregler

Turordningsreglerna för företrädesrätt har många gånger karakteriserats som omvända turordningsregler enligt 22 § LAS. Turordningsreglerna finns för att arbetstagare i en arbetsbristsituation ska drabbas på ett rättvist sätt. I 26 § LAS föreskrivs det om turordningsregler som görs gällande om flera arbetstagare har företrädesrätt till återanställning eller företrädesrätt till en anställning med högre sysselsättningsgrad. En arbetstagare med längre anställningstid ska ha företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid.¹⁵² Vid lika anställningstid ger högre ålder företräde.

Vid beräkning av anställningstidens längd ska beaktning tas i enlighet med 3 § LAS. Huvudregeln vid beräkning av anställningstid är att varje anställningsdag får medräknas och beräkningen är kalendarisk. Det spelar därför ingen roll om en arbetstagare arbetat en viss dag eller inte, inte heller om en arbetstagare är hel- eller deltidsanställd.

¹⁴⁹ Åhnberg, LAS Handboken, s. 246

¹⁵⁰ SOU 1993:32, s. 438f

¹⁵¹ SOU 1993:32, s. 458

¹⁵² *Undantag kan i vissa fall göras gällande, se 22 § 1st LAS*

Utöver det som framkommer i föregående stycke finns det i 3 § LAS ett antal kompletterande regler vid beräkning av anställningstid:

1. En arbetstagare som byter anställning, genom att övergå från en arbetsgivare till en annan, får i den senare anställningen också tillgodoräkna sig tiden från den förra anställningen om arbetsgivarna vid tidpunkten för övergången tillhörde samma koncern.
2. Arbetstagare som byter anställning i samband med att ett företag eller del av företag övergår från en arbetsgivare till en annan¹⁵³ får tillgodoräkna sig anställningstid hos den förra arbetsgivaren.
3. Om det sker flera sådana byten av anställning som avses i de två ovan nämnda punkterna får arbetstagaren räkna samman anställningstiderna hos alla arbetsgivarna.

Det är dock många olika arbetstagare eller arbetstagargrupper som kan komma att konkurrera om en anställningsplats som blivit ledig. Det kan vara anställda som är aktuella för omplacering istället för uppsägning enligt 7 § 2st LAS, deltidsarbetande som har begärt att få högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS eller uppsagda eller tidigare anställda som har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS. Omplacering enligt 7 § 2st är den första åtgärden som en arbetsgivare bör beakta. Vidare föreskrivs det i 25a § att en deltidsanställd arbetstagare som har anmält till sin arbetsgivare att han eller hon vill ha en anställning med högre sysselsättningsgrad, dock högst heltid, har trots 25 § företrädesrätt till sådan anställning. Har de två nyssnämnda åtgärderna beaktats är nästa steg för arbetsgivaren att återanställa en person med företrädesrätt enligt 25 §.

4.2.5 Tillräckliga kvalifikationer för återanställning

Kravet på tillräckliga kvalifikationer har här samma innebörd som motsvarande krav i 22 § LAS om turordning vid uppsägning.¹⁵⁴ Lagen förutsätter att arbetstagaren som blir kvar efter nedskärning på grund av arbetsbrist ska vara kompetent för det arbete som blir kvar, eller för den tjänst som blir ledig. Med detta sagt så är en viss anställds plats på turordningslistan i varje enskilt fall beroende av den anställdes kompetens.¹⁵⁵

Arbetstagaren uppfyller kravet på tillräckliga kvalifikationer om han klarar de nya arbetsuppgifterna direkt eller efter en kortare utbildning/upplärning. Om återanställningen gäller samma arbete som arbetstagaren tidigare utfört bör han normalt anses vara tillräckligt kvalificerad även om praxis säger att en sådan arbetstagare i undantagsfall kan anses sakna tillräckliga kvalifikationer.¹⁵⁶ Detta kan exempelvis ske när en arbetstagare uppvisat allvarlig brist på omdöme.¹⁵⁷

Företrädesrätten enligt 25 § syftar inte till att ge befordran men kan resultera i detta om arbetstagaren visar upp tillräckliga kvalifikationer på en ledigbliven anställning som för den arbetstagaren innebär en befordran. Detta eftersom företrädesrätten ger en arbetstagare rätt till en anställning och inte en viss befattning.¹⁵⁸

¹⁵³ Se avsnitt 4.2.2 om verksamhetsövergång

¹⁵⁴ Isekog, Uppsägning vid arbetsbrist, s. 50

¹⁵⁵ A.a. s. 121

¹⁵⁶ Åhnberg, LAS Handboken, s. 244

¹⁵⁷ AD 1994:88

¹⁵⁸ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 629

4.2.6 Upphörande av företrädesrätten

När en arbetstagare har accepterat ett erbjudande om återanställning upphör samtidigt möjligheten att i fortsättningen återropa företrädesrätten även om den ursprungliga giltighetstiden ännu inte har gått ut. Arbetsdomstolen har fastställt att en arbetstagare inte kan ångra sig efter att ha utnyttjat sin företrädesrätt och på nytt återropa företrädesrätten om en möjlighet till bättre anställning dyker upp senare. I de fall en arbetstagare återanställs till en tidsbegränsad anställning har arbetstagaren alltid rätt till ny företrädesrättsperiod på nio månader efter det att den tidsbegränsade anställningen upphör. Detta förutsätter att arbetstagaren har gjort en ny anmälan om att utnyttja företrädesrätten.¹⁵⁹

I förarbetena framhävs det att det inte kan anses rimligt att en arbetstagare, som utan godtagbara skäl avvisar en erbjuden anställning, får behålla sin företrädesrätt till anställningar som blir lediga senare under niomånadersperioden. En sådan ordning, framhävs det, skulle uppenbarligen bli mycket betungande för arbetsgivaren.¹⁶⁰ Om en arbetstagare tackar nej till ett skäligt erbjudande till återanställning upphör alltså arbetstagarens företrädesrätt även om företrädesrättsperioden ännu inte löpt ut.

Företrädesrätten kan även förfalla om arbetstagaren uppträder illojalt mot arbetsgivaren under företrädesrättsperioden. Illojalitet som kan leda till saklig grund för uppsägning bör enligt förarbetena medföra att rätten till återanställning inte längre gäller.¹⁶¹ Dock föreskrivs det i en proposition att ”det inte kan anses illojalt, att arbetstagaren under ettårstiden¹⁶² tar anställning hos en konkurrent till den förre arbetsgivaren”.¹⁶³

4.2.7 Företrädesrättens dispositivitet

Reglerna om företrädesrätt i 25-27 §§ LAS är semidispositiva och kollektivavtal, om företrädesrätten, kan träffas såväl lokalt som centralt. Arbetsgivaren och den fackliga organisationen kan före en uppsägning i princip avtala om vilken innebörd som helst av företrädesrätten. Sådana avtal får dock inte vara oskäliga eller ogiltiga såsom stridande mot god sed på arbetsmarknaden.¹⁶⁴ Arbetsdomstolen uttrycker det på följande vis: ”Avtal som innebär en otillbörlig urholkning av arbetstagarnas rättigheter enligt lagen torde strida mot lagens grunder.”¹⁶⁵ Dispositiviteten innebär i princip att en facklig organisation kan disponera över företrädesrätten mot en enskild arbetstagare.¹⁶⁶ Det framgår dock i förarbetena till anställningsskyddslagen att det inte är rättsligt möjligt för en facklig organisation att, utan de enskilda anställdas bemyndiganden, avtala bort företrädesrätten eller ändra på företrädesrätten inför en viss turordning.¹⁶⁷ Detta innebär att en facklig organisation inte kan avtala om arbetstagares företrädesrätt efter den företagna uppsägningen.

¹⁵⁹ Åhnberg, LAS Handboken, s. 247

¹⁶⁰ Prop. 1973:129, s. 169

¹⁶¹ SOU 1993:32, s. 457

¹⁶² *Observera att en arbetstagare idag endast har företrädesrätt i nio månader efter anställningens slut.*

¹⁶³ Prop. 1973:129 s. 168

¹⁶⁴ Iseskog, Uppsägning vid arbetsbrist, s. 121

¹⁶⁵ AD 1995:108

¹⁶⁶ Iseskog, Uppsägning vid arbetsbrist, s. 120

¹⁶⁷ Prop. 1973:129, s. 268

En arbetstagare som har företrädesrätt kan för egen del avstå från eller avtala bort denna rätt men det är viktigt att beakta motiven i förarbetena till anställningsskyddslagen om detta:

Tvingande lagstiftning har i allmänhet den verkan, att om den som lagen vill skydda avstår från sin rätt, så är avståendet ogiltigt under förutsättning att avståndet tar sikte på framtiden.¹⁶⁸

Avstående från företrädesrätt till återanställning anses alltså kunna ske först efter att uppsägning har skett och besked enligt 15 § LAS lämnats.

4.3 Rätt till ökad sysselsättningsgrad

Första januari 1997 infördes 25a § i LAS som skulle ge deltidsanställda en form av företrädesrätt vid nyanställningar. Införandet gav deltidsanställda en möjlighet att utöka sin arbetstid i anställningsavtalet i samband med att det gjordes nyrekryteringar i den driftsenhet som arbetstagaren är verksam i. I förarbetena framgår det att om behov av ytterligare arbetskraft uppstår, måste detta behov försöka tillgodoses genom att erbjuda ökad arbetstid till en deltidsanställd som anmält intresse för ökad sysselsättningsgrad. Behov av ytterligare arbetskraft kan uppstå t.ex. på grund av tillkomna arbetsuppgifter, men det kan också röra sig om att en redan anställd slutar, minskar sin arbetstid m.m. I normalfallet skall alltså arbetsgivaren, i stället för att nyanställa, låta de nya arbetsuppgifterna utföras av någon som redan är anställd.¹⁶⁹

En deltidsanställd arbetstagare som har anmält till sin arbetsgivare att han eller hon vill ha en anställning med högre sysselsättningsgrad har trots 25 § företrädesrätt till sådan anställning. Detta oberoende av om den deltidsanställda haft kortare anställningstid än personen med företrädesrätt till återanställning eller uppvisar sämre men fortfarande tillräckliga kvalifikationer än den senare. Företrädesrätten gäller dock inte mot den som har rätt till omplacering enligt 7 § 2st (omplacering som ska förhindra uppsägning).

Företrädesrätten för deltidsanställda förutsätter precis som för arbetstagare med företrädesrätt till återanställning, att den deltidsanställda har tillräckliga kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna och att den deltidsanställda arbetstagaren har anmält till arbetsgivaren att hon vill ha en anställning med högre sysselsättningsgrad. Viktigt att poängtera är att företrädesrätten enligt 25a § inte är begränsad till ett visst kollektivavtalsområde utan rätten till en anställning med högre sysselsättningsgrad kan ta sikte på hela den egna driftsenheten.¹⁷⁰

Om flera arbetstagare har anmält att de vill ha högre arbetstidsmått bestäms turordningen dem emellan, i likhet med reglerna om turordning för arbetstagare med företrädesrätt till återanställning, med utgångspunkt i varje arbetstagares sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid. Vid lika anställningstid ger högre ålder företräde.

I förarbetena till LAS framgår det även att bestämmelsen inte ger arbetstagarsidan någon rätt att styra hur arbetsgivaren lägger upp sin verksamhet genom att exempelvis kräva att arbetsgivaren ska inrätta tjänster med sådana arbetstidsmått så att arbetstagarnas önskemål tillgodoses fullt ut. Inte heller påfordrar bestämmelsen att en arbetstagare kan kräva att omplaceras eller flyttas omkring så att hennes önskemål kan tillgodoses fullt ut. Dock måste arbetsgivaren, när det finns behov av ytterligare arbetskraft, göra en samlad avvägning där

¹⁶⁸ Prop. 1973:129, s. 193

¹⁶⁹ Prop. 1996/97:16, s. 45

¹⁷⁰ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 642f

hänsyn måste tas till en arbetstagares berättigade krav på högre sysselsättningsgrad. Vidare framhävs det att arbetsgivare och arbetstagare gemensamt bör sträva efter en ökad andel heltidsanställningar.¹⁷¹

4.4 Begränsningar i företrädesrätten

Företrädesrätt till återanställning gäller endast då det är fråga om en nyanställning. När en arbetstagare omplaceras eller befordras kan inte en tidigare anställd eller en deltidsanställd i normalfallet hävda sin företrädesrätt till tjänsten som arbetstagaren omplaceras eller befordras till, även om det rör sig om en helt ny tjänst.¹⁷² Skulle den omplacerades gamla tjänst tillsättas genom en nyanställning kan dock företrädesrätten göras gällande till den istället. Vi vill dock påpeka att Arbetsdomstolen anser att en omplacering som sker i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt inte alltid är korrekt i rättslig mening när företrädesrätt till återanställning föreligger. För att en omplacering ska anses bryta mot företrädesreglerna krävs det att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir styrkta och att arbetsgivarens syfte med åtgärderna varit att undgå företrädesrättsreglerna. En part kan däremot inte sägas kringgå lagen om han utnyttjar en begränsning av motpartens rätt när begränsningen finns uttryckt i lagen.¹⁷³

I vissa fall kan en förlängning av uppsägningstiden hos en arbetstagare innebära en begränsning av en annan persons företrädesrätt. Arbetsdomstolen har ansett att en för lång förlängning av en arbetstagares uppsägningstid kan strida mot företrädesrätten. Om det däremot är fråga om en kortare förlängning av uppsägningstiden där det inte tycks som att en arbetstagare med företrädesrätt missar ett anställningstillfälle strider förfarandet inte mot företrädesreglerna.¹⁷⁴

Företrädesrätten gäller inte då en nyanställning tillsätts av en arbetstagare som omfattas av undantagen i 1 § 2st LAS.¹⁷⁵ Företrädesrätten är heller inte tillämplig då arbetstagaren fyllt 67 år eftersom det i 33 § 3st LAS framgår att arbetstagare över 67 år inte har företrädesrätt.

I 25 § LAS framgår det att företrädesrätten endast gäller tillsvidareanställda arbetstagare och arbetstagare som anställts för viss tid enligt 5 § LAS. Därmed har provanställda arbetstagare som inte får fortsatt anställningen efter provanställningens slut inte någon företrädesrätt.

4.5 Förhandling med berörd arbetstagarorganisation

I 32 § LAS har det förts in regler om en förhandlingsskyldighet innan beslut fattas att anställa någon annan än person med företrädesrätt. Detta gäller endast om en arbetsgivare nyrekryterar inom den verksamhet som det finns tidigare anställda där företrädesrätten kan göras gällande. Om så är fallet föreskrivs det i paragrafen att primär förhandlingsskyldighet enligt 11-14 §§ MBL måste genomföras med berörd arbetstagarorganisation. Detsamma gäller när det är oklart vem av flera företrädesberättigade som ska få återanställning eller en anställning med högre sysselsättningsgrad. En förhandling behöver dock inte hållas när en arbetsgivare erbjuder en ensam företrädesberättigad arbetstagare återanställning eller ger en anställd som ensam har rätt till högre sysselsättningsgrad ökad arbetstid.¹⁷⁶

¹⁷¹ Prop. 1996/97:16, s. 46

¹⁷² Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 626

¹⁷³ AD 1996:56

¹⁷⁴ AD 1983:125

¹⁷⁵ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 629, se även avsnitt 3.6.1 om undantagen i LAS

¹⁷⁶ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 673

Syftet med denna förhandlingsskyldighet är att ge arbetstagarorganisationerna så mycket tillsyn som möjligt och därmed kunna kontrollera att företrädesrätten respekteras. Råder det skilda meningar mellan en arbetstagarorganisation och arbetsgivaren huruvida någon har företrädesrätt till en viss anställning så har arbetsgivaren det rättsliga ansvaret att avgöra om förutsättningar föreligger för en förhandlingsskyldighet. Som regel ska förhandlingen i första hand hållas med den kollektivbärande arbetstagarorganisationen på arbetsplatsen men det kan även bli aktuellt att förhandla med en annan organisation om en viss företrädesberättigad medlems företrädesrätt ifrågasätts. Exempelvis om arbetsgivaren menar att denna medlem inte har tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet.¹⁷⁷

4.6 Specialregler för statlig arbetsgivare

Lagen (1994:260) om offentlig anställning och viss annan lagstiftning medför att speciella regler för företrädesrätt gäller på det offentliga området. Reglerna om företrädesrätt i anställningsskyddslagen tillämpas också på arbetstagare i verksledande eller därmed jämförlig ställning. För att en arbetstagare i verksledande ställning ska omfattas av LAS krävs det dock att hon är tillsvidareanställd. Vid tillsättning av statlig tjänst ska avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Företrädesrätten är enligt förarbetsuttalandet en av flera sådana sakliga grunder.¹⁷⁸ Dessa bestämmelser innebär att företrädesrättsreglerna i statlig tjänst är mer långtgående för vissa grupper (arbetstagare i verksledande ställning) samtidigt som den i andra hänseenden är inskränkt i förhållande till företrädesrätten inom den privata sektorn.

En arbetstagare hos en statlig arbetsgivare som har anmält företrädesrätt kan inte få sitt ärende prövat i Arbetsdomstolen om hon känner sig förbigången då arbetstagare hos en statlig arbetsgivare, när det gäller sådana ärenden, inte omfattas av lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister enligt 1 kap 2 § 2st 1p LRA. Därmed kan inte heller en statlig arbetstagare erhålla något skadestånd av arbetsgivaren för brott mot företrädesrätten. Eftersom det rör sig om ett administrativt ärende har istället den statliga arbetstagaren möjlighet att överklaga anställningsbeslutet enligt 35 § i verksförordningen (1995:1322). Tiden för överklagande är enligt 23 § förvaltningslagen (1986:223) tre veckor och enligt 22 § anställningsförordningen (1994:373) räknas tiden för överklagande från den dag informationen lämnades på myndighetens anslagstavla.

Inskränkningen i Arbetsdomstolens behörighet tillkom då det ansågs att frågor om tillämpning av företrädesrättsreglerna borde handläggas i samma ordning som andra frågor om tjänstetillsättning. Berörd anställningsmyndighet ålades då istället att pröva om den anställde hade företrädesrätt till återanställning. Om inte den anställde var nöjd med myndighetens beslut fick han överklaga beslutet i administrativ ordning.¹⁷⁹ Arbetsdomstolens behörighet är inskränkt till tolkning av avtal rörande turordning samt vissa skadestandsfrågor.¹⁸⁰

¹⁷⁷ A.a. s. 674

¹⁷⁸ SOU 1993:32, s. 459

¹⁷⁹ AD 2002:126

¹⁸⁰ Lunning & Toijer, Anställningsskydd, s. 640

4.6.1 Kravet på skicklighet och förtjänst

En arbetstagare som är anställd i statlig tjänst har inte en lika klar företrädesrätt som en arbetstagare inom den privata sektorn. Detta beror på att det finns specialregler för statligt anställda.¹⁸¹ Dessa regler är uttryckta i regeringsformen och utvecklas i LOA och AF. Enligt 11 kap. 9 § 2st RF gäller följande: "Vid tillsättning av statlig tjänst skall avseende endast fästas vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet." Vidare föreskrivs det i 4 § 2st LOA att skickligheten skall sättas främst, om det inte finns särskilda skäl för något annat.

Uttrycket skicklighet används främst för att beteckna arbetstagarens lämplighet för befattningen. Hit hör främst faktorer såsom praktisk erfarenhet, teoretisk bakgrund och personlig lämplighet. Med förtjänst avses den vana som har förvärvats genom föregående tjänstgöring. Efter en lagändring 1986 ska skickligheten sättas främst vid anställning hos staten.¹⁸²

4.6.2 Sakliga grunder vid tillsättningen av statlig tjänst

Förtursberättigade arbetstagare i statlig tjänst får i högre utsträckning konkurrera med andra anställda eller arbetsökande till ett visst arbete. Vid statlig rekrytering måste kravet på sakliga grunder såsom skicklighet och förtjänst uppfyllas vilket leder till att externa sökanden eventuellt kan få den lediga tjänsten trots att det finns företrädesberättigade personer. Förvisso nämns det i förarbetena till LOA att företrädesrätt till återanställning ska ses som en av de grunder som en myndighet ska ta hänsyn till. I praktiken kan dock denna företrädesrätt komma att bli mycket begränsad då arbetsgivaren kan peka på att man i första hand har tagit hänsyn till förtjänst och skicklighet. En företrädesberättigad person kan då inte med någon juridisk framgång hävda sin företrädesrätt.¹⁸³

4.6.3 Arbetstagare i verksledande ställning

LAS gäller för arbetstagare i både allmän och privat tjänst enligt 1 § LAS. Lagen gäller dock inte för arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha en företagsledande eller därmed jämförlig ställning. Detta undantag har motiverats med att företagsledare har en utpräglad arbetsgivarfunktion och en särskild förtroendeställning i förhållande till arbetsgivaren.¹⁸⁴ På det statliga området är dock LAS tillämplig för arbetstagare som i LOA benämns som arbetstagare med verksledande eller därmed jämförlig ställning och därmed motsvarar kategorin företagsledande arbetstagare i 1 § LAS. För att en arbetstagare i verksledande ställning ska omfattas av LAS krävs det enligt 32 § LOA att arbetstagaren är anställd tillsvidare.

4.6.4 Turordningsregler i statlig anställning

Parterna på det statliga området har träffat kollektivavtal om bland annat turordningen vid företrädesrätt till återanställning i det statliga kollektivavtalet TurA-S. I 7 § TurA-S föreskrivs det: "Istället för det som föreskrivs i 25 § 3st LAS gäller att turordning vid företrädesrätt till återanställning skall omfatta arbetstagare hos myndigheten."

¹⁸¹ Åhnberg, LAS Handboken, s. 245

¹⁸² Garpe, Anställning hos staten, s. 9

¹⁸³ Iseskog, Uppsägning vid arbetsbrist, s. 122

¹⁸⁴ Prop. 1993/94:65, s. 48

Vidare föreskrivs det i följande paragrafer vad som i övrigt gäller vid statlig turordning om företrädesrätt till återanställning. I 8 § TurA-S framgår det att arbetsgivaren och lokala arbetstagarorganisationer får träffa kollektivavtal om att turordningen vid företrädesrätt till återanställning i stället skall omfatta arbetstagare vid enbart någon eller några delar av myndigheten. I 10 § TurA-S står det att all statlig anställningstid får tillgodoräknas när placering i turordningen ska bestämmas, dvs. även anställningstid hos annan statlig myndighet än den där man senast varit anställd får tillgodoräknas.

5 Arbetstagares företrädesrätt när arbetsgivaren anlitar uppdragstagare

Anställningsskyddslagen har den allmänna innebörden att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. LAS lägger alltså inga egentliga hinder i vägen för en arbetsgivares beslut att gå över från att bedriva sin verksamhet i egen regi till att uppdra arbetet åt ett utomstående företag eller att anlita icke anställd arbetskraft. Detta har Arbetsdomstolen slagit fast i ett antal domar och det står även att läsa i förarbetena till anställningsskyddslagen.¹⁸⁵ Finner arbetsgivaren det vara motiverat från en företagsekonomisk synpunkt att begränsa den egna verksamheten genom att hyra in arbetskraft, kan arbetsgivarens beslut i princip inte angripas genom att åberopa anställningsskyddslagens regler.

Det finns dock situationer då en domstol kan ha anledning att närmare granska skälen för en arbetsgivares beslut i en arbetsledningsfråga. Detta när arbetstagarparten gör sannolikt att de verkliga skälen för åtgärden är andra än de som arbetsgivaren uppger och åtgärden dessutom kan anses vara otillåten. Exempel på detta kan vara ett kringgående av företrädesreglerna. Arbetsdomstolen yttrade sig bland annat om detta i en dom från 1996.¹⁸⁶

Det kan emellertid inte uteslutas att det kan finnas situationer där det föreligger omständigheter som föranleder att inhyrningen av arbetskraft bör betraktas som ett otillåtet kringgående av företrädesreglerna. Som domstolen har uttalat i tidigare avgöranden är det en uppgift för rättstillämpningen att medverka till att sådana förfaranden inte får passera men att det å andra sidan måste ställas bestämda krav för att ett kringgående av lagen, med de rättsföljder som är knutna därtill, skall anses ha förekommit. Det krävs inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna har varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna och att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet framstår som otillbörligt. Det förhållandet att en part utnyttjar en i lagen angiven begränsning av motpartens rätt, innebär inte i och för sig att han gör sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av lagen.

För att inhyrning av arbetskraft ska ses som ett otillåtet kringgående av reglerna om företrädesrätt krävs således att ett antal krav uppfylls. För det första måste arbetsgivaren ha utfört en handling som kringgår företrädesrättsreglerna, dessutom måste denna handling styrkas. För det andra måste arbetsgivarens syfte med de utförda åtgärderna varit att undgå företrädesrätten. Slutligen måste också handlandet, med omständigheterna i det enskilda fallet i åtanke, ses som otillbörligt. Arbetsdomstolen poängterar också att en arbetsgivare som utnyttjar en i lagen angiven begränsning av arbetstagarpartens rätt inte kringgår lagen.¹⁸⁷

Arbetsdomstolen framhäver i en dom från 1980 att det otvivelaktigt skulle vara stridande mot rättskänslan, om en arbetsgivare kunde tillgodose ett mera permanent behov av arbetskraft genom inlåning av arbetskraft samtidigt som företrädesberättigade personer finns. Vidare menade dock Arbetsdomstolen att inlåning av arbetstagare under ettårstiden¹⁸⁸ generellt sett inte kan ses som ett kringgående av företrädesrättsreglerna. Endast förfaranden, som med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet anses som otillbörliga, bör betraktas som kringgående av företrädesrätten.¹⁸⁹ Frågan blir då hur man bör betrakta inhyrning av arbetskraft under motsvarande omständigheter. Vid bedömandet av den frågan har

¹⁸⁵ AD 2003:4

¹⁸⁶ AD 1996:56

¹⁸⁷ AD 1996:56

¹⁸⁸ *Observera att företrädesrätten idag gäller i nio månader efter att anställningen är avslutad.*

¹⁸⁹ AD 1980:54

Arbetsdomstolen i en dom från 2003 påpekat att inhyrning av arbetskraft numera är ett godtagat förfarande som sedan 1992 är reglerat i särskild lagstiftning. Arbetsdomstolen finner därmed ingen anledning att, beträffande inhyrning av arbetskraft, anlägga ett synsätt som är mer restriktivt än det som framhävdes ovan om 1980 års dom om inlåning av arbetskraft.¹⁹⁰

Arbetsdomstolen framhäver att företrädesrättsreglerna i anställningsskyddslagen har den innebörden att en arbetsgivare, som sagt upp en anställd på grund av arbetsbrist på ett rättsligt korrekt sätt, är skyldig att återanställa en arbetstagare med företrädesrätt om arbetsgivaren väljer att nyanställa för att tillgodose ett behov av arbetskraft. Detta betyder dock inte att arbetsgivaren måste nyanställa om behov skulle uppstå av ny arbetskraft då arbetsgivaren ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. Istället kan han helt enkelt välja att företaget inte ska expandera eller också kan han hyra in arbetskraft för att tillgodose behovet av ny arbetskraft.¹⁹¹ I anställningsskyddslagens förarbeten finns också följande stöd:¹⁹²

...det står en arbetsgivare fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före ettårstidens utgång även om det skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan.

Detta förarbetsuttalande tyder på att det inte har varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna skall ges tillämplighet utanför nyanställningssituationen i syfte att garantera att en företrädesrättsberättigad arbetstagare bereds sysselsättning hos arbetsgivaren när en nyanställning skulle vara möjlig.¹⁹³

För att inhyrning av arbetskraft ska betraktas som ett otillbörligt kringgående av företrädesreglerna är, enligt oss, den centrala frågan huruvida inhyrning av personal som inte formellt utgör en nyanställning egentligen är att likställa med en nyanställning. Arbetsdomstolen har i en dom från 1980 uttryckt att det i det specifika fallet var avgörande om en inlåning av arbetstagare var att likställa med en nyanställning.¹⁹⁴ Om svaret på frågan är att inhyrningen av arbetskraft är att likställa med en nyanställning uppstår i förlängningen även frågan huruvida arbetsgivaren på ett otillbörligt sätt kringgår företrädesrättsreglerna. Vi reserverar oss dock från att påstå att det är det enda sättet en arbetsgivare kan kringgå företrädesreglerna på då Arbetsdomstolen endast konstaterat att det inte kan uteslutas att det kan finnas situationer där inhyrning av arbetskraft kan utgöra ett otillåtet kringgående av företrädesrätten men Arbetsdomstolen har valt att inte närmare specificera vilka situationer det skulle kunna tänkas vara.¹⁹⁵

Det finns idag inte någon dom från Arbetsdomstolen där inhyrning av arbetskraft setts som ett kringgående av företrädesreglerna. Vi redogör därför nedan för ett antal domar från Arbetsdomstolen där företrädesberättigade personer inte ansetts förbigångna då arbetsgivaren istället för att tillämpa företrädesrätten hyr in arbetskraft. I AD 2003 nr 4 var kärnfrågan i målet om det är tillåtet att säga upp anställda på grund av arbetsbrist och när arbetskraftsbehov uppstår hyra in personal under den tid då tidigare anställda har företrädesrätt till återanställning. Frågan blir då om företrädesrätten till återanställning i det här fallet går före den rätt som arbetsgivaren normalt har att anlita arbetskraft på det sätt han själv önskar. Arbetsdomstolen dömde att det inte har skett något brott mot

¹⁹⁰ AD 2003:4

¹⁹¹ AD 1980:54

¹⁹² Prop. 1973.129, s. 265

¹⁹³ AD 2003:4

¹⁹⁴ AD 1980:54

¹⁹⁵ AD 1996:56

företrädesrättsreglerna och konstaterade att bolagets behov av arbetskraft hade kunnat tillgodoses på endera av tre olika sätt: tillsvidareanställning av företrädesberättigad person, inhyrning av arbetskraft eller visstidsanställning av företrädesberättigad person. Tillsvidareanställningar ansågs av bolaget inte vara ett företagsekonomiskt försvarligt alternativ. Arbetstagarorganisationen motsatte sig visstidsanställningar av företrädesberättigade personer som var arbetsgivarens förstahandsval. Arbetsgivaren hade i sådana fall uppfyllt sin skyldighet att ge de berörda arbetstagarna företrädesrätt till återanställning. Mot bakgrund av detta så drog Arbetsdomstolen slutsatsen att omständigheterna inte var sådana att bolaget kunde anses ha kringgått anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning.¹⁹⁶ I denna dom finns det en speciell omständighet då arbetstagarorganisationen motsatte sig arbetsgivarens önskan att ge tidigare uppsagda med företrädesrätt till återanställning visstidsanställningar. Arbetsgivarens syfte var företagsekonomiskt och denna slutsats att av företagsekonomiska skäl hyra in arbetskraft istället för att återanställa tidigare uppsagd personal med företrädesrätt är något som det hänvisas till i flera domar.

Att de företagsekonomiska skälen rättfärdigar inhyrningen av arbetskraft framhävs även i AD 2007 nr 72 där Arbetsdomstolen konstaterade att det inte fanns någonting som visade att bolagets inhyrning av personal från uthyrningsföretag hade något annat syfte än den företagsekonomiska synpunkt som arbetsgivarparterna påstått och Arbetsdomstolen dömde därför även här att inget otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna hade gjorts.¹⁹⁷

Fastän det inte finns någon dom från Arbetsdomstolen där inhyrning av arbetskraft setts som ett kringgående av företrädesreglerna betyder inte det att det inte kan finnas situationer där inhyrning av arbetskraft bör betraktas som ett otillåtet kringgående av företrädesreglerna. Som vi nämner tidigare i det här kapitlet anser vi att anlita en uppdragstagare, som egentligen är att likställa med en arbetstagare, när det finns företrädesberättigade personer skulle kunna vara en sådan situation där företrädesreglerna kringgås på ett otillåtet sätt. Därför kommer vi nedan också redogöra för en dom där en uppdragstagare ansetts vara arbetstagare.

I AD 1981 nr 18 så har arbetsgivaren formellt anlita en person som uppdragstagare men med hänsyn till det sätt på vilket uppdragsförhållandet varit utformat och till hur det fungerat kom Arbetsdomstolen fram till att det i realiteten varit fråga om ett anställningsförhållande. ”Uppdragstagaren” hade en registrerad firma men han utförde knappt något arbete åt andra och var garanterad en fast ersättning så länge avtalet gällde. Vid en helhetsbedömning av alla omständigheter kom Arbetsdomstolen fram till att han var att betrakta som arbetstagare.

Hade det funnits företrädesberättigade personer när arbetsgivaren anlita denne uppdragstagare anser vi att det skulle kunna betraktas som ett otillåtet kringgående av företrädesreglerna. Som Arbetsdomstolen nämner i en dom från 1996 krävs det dock att arbetsgivarens syfte med de utförda åtgärderna varit att undgå företrädesrätten. Handlandet måste också med omständigheterna i det enskilda fallet i åtanke, ses som otillbörligt.¹⁹⁸

¹⁹⁶ AD 2003:4

¹⁹⁷ AD 2007:72

¹⁹⁸ AD 1996:56

6 Analys och slutsatser

I teoridelen har vi redogjort för vilka kriterier som behöver uppfyllas för att en arbetstagare ska bli företrädesberättigad. Vi har även beskrivit vad som kan komma att inverka på en arbetsgivares beslut om att hyra in arbetskraft. Utöver detta har vi även redogjort för arbetstagarbegreppet och för särskild statlig lagstiftning. Alla dessa områden är vitala för uppsatsens analys och kommer här koncist att lyftas fram i syfte att ge konkreta svar på uppsatsens frågeställningar.

6.1 Skillnaden mellan en uppdragstagare och en arbetstagare

Vad är skillnaden mellan en uppdragstagare och en arbetstagare?

När Högsta domstolen i en dom från 1949 uttryckte att det inte finns någon enskild förutsättning som avgör huruvida en person är att betrakta som arbetstagare eller uppdragstagare övergick också Arbetsdomstolen till detta synsätt. Istället för att ett visst avtalsvillkor ensamt är avgörande måste alla förekommande omständigheter i det enskilda fallet beaktas. Arbetsdomstolen uttrycker också att det inte ska fästas någon större vikt vid hur parterna rubricerat avtalet när det slöts eller hur de själva uppfattar förhållandet.

Det finns inte någon definition av arbetstagarbegreppet i lagstiftningen men i olika förarbeten och i den juridiska doktrinen finns det formulerat vilka omständigheter som ska beaktas i en helhetsbedömning om huruvida det rör sig om ett arbetstagarförhållande eller ett uppdragsförhållande. I det tredje kapitlet går vi ingående in på de olika omständigheterna. En av de grundläggande omständigheterna, och som har stor vikt vid en bedömning, är huruvida den arbetspresterande parten personligen deltar i arbetet. Gör han inte det är det troligt att det rör sig om ett uppdragsförhållande. Men det är viktigt att observera att bara för att förekomsten av en viss omständighet är av stor betydelse för att ett uppdragsförhållande ska anses föreligga behöver inte motsatsen eller avsaknaden av densamma betyda att den har samma betydelse för att förhållandet ska betraktas som ett arbetstagarförhållande. Därför är det inte alls lika säkert att det rör sig om ett arbetstagarförhållande bara för att den arbetspresterande parten själv utför eller deltar i arbetet.

När ett fall kommer upp till Arbetsdomstolen spelar även andra omständigheter in än de omständigheter som räknas upp i olika förarbeten och i doktrinen. När det finns skäl att misstänka att en eller båda parterna har försökt kringgå lagstiftning utgår nämligen Arbetsdomstolen ifrån att det är fråga om det motsatta förhållandet, oftast då ett arbetstagarförhållande. På motsatt sätt kan saknaden av belägg för att parterna försökt kringgå lagstiftningen påverka ett domslut åt andra hållet. Att en uppdragstagare tidigare varit anställd hos beställaren kan också det påverka bevismässigt i ett avgörande från Arbetsdomstolen. Det hör ihop med ovanstående situation då det förändrade avtalsförhållandet mellan parterna kan antas bero på att en eller båda parterna försöker kringgå lagstiftningen eller kollektivavtal.

Sammanfattningsvis finns det alltså, som både Högsta domstolen och Arbetsdomstolen uttryckt, ingen ensamt avgörande omständighet som avgör om en person är att betrakta som arbetstagare eller uppdragstagare. Istället finns det en mängd olika omständigheter som måste beaktas i varje enskilt fall. När ett företag hyr in arbetskraft från ett bemanningsföretag är förutsättningarna dock annorlunda.

För att en person ska betraktas som arbetstagare finns det två grundläggande krav. Det första är att parternas förhållande ska grundas på ett frivilligt ingånget avtal och det andra är att avtalet ska gå ut på att den ena parten ska utföra arbete för den andra partens räkning. Det

krävs också att den arbetspresterande parten själv utför eller jämte medhjälpare deltar i arbetet. I och med att möjligheterna att hyra ut arbetskraft vidgades under 1990-talet betonade också Arbetsdomstolen att en anställning alltid grundas på ett avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Detta innebär i förlängningen att det i princip inte är möjligt att en arbetstagare i ett bemanningsföretag ses som en arbetstagare åt beställaren. När ett företag hyr in arbetskraft genom ett bemanningsföretag uppstår en trepartsrelation där personerna som hyrs in av beställaren endast är att betrakta som arbetstagare i förhållande till bemanningsföretaget och bemanningsföretaget ses som uppdragstagare i förhållande till beställaren. Eftersom ett anställningsförhållande måste vara grundat på ett avtal mellan arbetstagaren och arbetsgivaren kan inte personerna som utför arbetet betraktas som arbetstagare hos beställaren då det inte finns något avtalsförhållande mellan dessa båda parter. Därför kan de inhyrda arbetstagarna i många hänseenden vara likställda med de ordinarie arbetstagarna och utföra arbete under en lång tid utan att de är att betrakta som arbetstagare hos beställaren.

I kapitel 3 tar vi även upp att juridiska personer aldrig kan vara arbetstagare. Däremot kan en fysisk person bakom en juridisk person vara att betrakta som arbetstagare hos det företag eller den organisation i vilken han utför arbete. Men i och med det andra grundläggande kravet för att en person ska betraktas som arbetstagare, att hon själv ska utföra eller jämte medhjälpare deltaga i arbetet, är det i princip inte möjligt att en person bakom ett bemanningsföretag är att betrakta som en arbetstagare. Det krävs i sådant fall att ägaren till bemanningsföretaget själv utför eller deltar i arbetet och att omständigheterna i övrigt pekar mot ett arbetstagarförhållande.

6.2 Inhyrning av arbetskraft när det finns företrädesberättigade personer

I vilken utsträckning är det möjligt för en arbetsgivare att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt enligt 25 § LAS eller att ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS?

För att en person ska bli företrädesberättigad krävs det att ett antal kriterier är uppfyllda. Personen måste bland annat uppfylla anställningstidskravet på tolv månader för att få företrädesrätt till återanställning, dessutom krävs det att personen är uppsagd på grund av arbetsbrist. För att en person ska vara företrädesberättigad till återanställning eller till högre sysselsättningsgrad krävs det också att hon uppvisar tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen och att personen har anmält anspråk till företrädesrätt. Företrädesrätt till återanställning gäller inte bara efter det att anställningen upphört utan även under uppsägningstiden för en tillsvidareanställd arbetstagare och under varsel- och underrättelsetiden för en arbetstagare som är tidsbegränsat anställd. En arbetstagare som sägs upp på grund av arbetsbrist har sedan företrädesrätt till återanställning i nio månader från det att anställningen upphör.

Om det finns företrädesberättigade personer och företaget eller organisationen hyr in arbetskraft, uppstår frågan huruvida det är möjligt för arbetsgivaren att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt eller ge en deltidsanställd högre sysselsättningsgrad. Enligt lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft avses, med uthyrning av arbetskraft, ett förhållande mellan en beställare och en arbetsgivare där arbetsgivaren ställer arbetstagare till beställarens förfogande. När vi skriver om inhyrning av arbetskraft åsyftar vi även när en enskild uppdragstagare anlitas. Innan en arbetsgivare väljer att lämna ut arbete till andra än företagets egen personal måste han förhandla med den arbetstagarorganisation till vilken han är bunden av kollektivavtal för sådant arbete. Detta gäller dock inte om den inhyrda arbetskraften inte omfattas av lagen om privat

arbetsförmedling och inhyrning av arbetskraft och det inte kan ses som en viktigare förändring av verksamheten. Arbetstagarorganisationen har sedan vetorätt om vem arbetet ska läggas ut på eller vilken arbetskraft som ska hyras in. Förutsättningarna för att vetorätten ska få utövas är att inhyrningen av arbetskraft antingen kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet inte följs eller att anlitandet strider mot vad som är allmänt godtagat på avtalsområdet. Det är först när ett företag eller en organisation hyr in arbetskraft samtidigt som det finns företrädesberättigade personer som en eventuell problematik kan uppstå.

Företrädesrätten gäller endast då det är fråga om en nyanställning. Det rör sig alltså inte strikt juridiskt sett om en återanställning utan om en nyanställning som tillträds med stöd av företrädesrätten. Mot bakgrund av detta kan det i normalfallet rimligtvis inte utgöra något otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna att hyra in arbetskraft då inhyrning av arbetskraft inte utgör en nyanställning. Det är i princip inte möjligt att inhyrning av arbetskraft från ett bemanningsföretag utgör en nyanställning eftersom den inhyrda personalen inte är att betrakta som arbetstagare då det inte finns något ingånget avtal mellan beställaren och de enskilda arbetstagarna. Som regel gäller alltså att en arbetstagare hos ett bemanningsföretag inte kan betraktas som arbetstagare hos företaget eller organisationen i vilken han utför arbete hos.

Arbetsdomstolen har uttalat sig om att det inte kan uteslutas att det kan finnas situationer där det föreligger omständigheter som föranleder att inhyrning av arbetskraft bör betraktas som ett otillåtet kringgående av företrädesreglerna. Som vi nämner i kapitel 5 krävs det dock att ett antal krav uppfylls för att inhyrning av arbetskraft ska betraktas som ett sådant kringgående. För det första måste arbetsgivaren utföra en handling som kringgår företrädesrättsreglerna, dessutom måste denna handling styrkas. För det andra måste arbetsgivarens syfte med de utförda åtgärderna vara att undgå företrädesrätten. Dessutom måste också handlandet, med omständigheterna i det enskilda fallet i åtanke, ses som otillbörligt. Arbetsdomstolen går dock aldrig in på vad för handling eller vilken situation som kan ses som ett kringgående av företrädesrätten.

Vi anser dock att en sådan situation skulle kunna uppkomma om ett företag bestämmer sig för att hyra in arbetskraft genom att anlita en enskild uppdragstagare. Fastslås det att den inhyrda uppdragstagaren är att likställa med en arbetstagare skulle det enligt oss kunna innebära en kränkning av företrädesrätten eftersom anlitandet av ”uppdragstagaren” i ett sådant fall kan likställas med en ny anställning. För att en kränkning ska ske krävs det dock, för det första, att det finns företrädesberättigade personer. För det andra måste arbetsgivarens syfte med anlitandet vara att undgå företrädesrätten och dessutom måste också handlingen, med omständigheterna i det här specifika fallet i åtanke, ses som otillbörlig. Det är möjligt att det även finns andra situationer där inhyrning av arbetskraft kan utgöra ett otillåtet kringgående av företrädesrättsregler men eftersom det inte finns någon dom från Arbetsdomstolen där så har varit fallet vet vi inte vilka situationer det skulle kunna tänkas vara. Vi har heller inte lyckats finna någon information om sådana situationer vare sig i doktrinen eller i några förarbeten.

Följaktligen kan en arbetsgivare i princip alltid hyra in arbetskraft från ett bemanningsföretag eller anlita en enskild uppdragstagare utan att ta hänsyn till om det finns företrädesberättigade personer. Är inhyrningen rättsligt korrekt och uppdragstagaren inte är att likställa med en arbetstagare kan en företrädesberättigad person inte göra sin företrädesrätt gällande då det inte är fråga om en ny anställning.

6.3 Statliga arbetsgivares möjlighet att hyra in arbetskraft när det finns företrädesberättigade personer

Skiljer sig möjligheterna åt för en statlig arbetsgivare att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt enligt 25 § LAS eller att ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS i jämförelse med en privat arbetsgivare?

Arbetstagare hos statliga myndigheter har som regel en svagare företrädesrätt än arbetstagare inom den privata sektorn i och med kravet på att avseende endast ska fästas på sakliga grunder såsom skicklighet och förtjänst vid en tillsättning av en statlig tjänst. Arbetstagare i verksledande ställning har dock en mer långtgående företrädesrätt jämfört med personer i liknande ställning inom den privata sektorn eftersom arbetstagare i verksledande ställning med en tillsvidareanställning omfattas av LAS regler i motsats till arbetstagare i företagsledande ställning inom den privata sektorn.

Skillnaderna i företrädesrätten hos en statlig arbetsgivare är, enligt oss, inte av någon egentlig betydelse när det gäller statliga arbetsgivares möjlighet att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt till återanställning eller ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad. Istället påverkar skillnaderna i företrädesrätten endast vilka personer som är företrädesberättigade och på vilka grunder en statlig tjänst ska tillsättas på, vilket i förlängningen avgör huruvida arbetsgivaren överhuvudtaget kan anses kränka företrädesreglerna vid en ny anställning.

När det gäller inhyrning av arbetskraft samtidigt som det finns företrädesberättigade personer görs tidigare delar av analysen gällande även för statliga arbetsgivare likväl som för privata arbetsgivare. Däremot måste en statlig myndighet ta hänsyn reglerna i LOU. Avsikten med dessa regler är att alla företag ska ha möjlighet, att på lika villkor, konkurrera om upphandlingar inom den offentliga sektorn och därmed inskränkes statliga arbetsgivares möjligheter att fritt anlita en uppdragstagare. Dock innebär inte heller LOU:s regler (i likhet med de specialregler för företrädesrätt som finns inom det statliga området) i förlängningen någon egentlig betydelse för vilka möjligheter en statlig arbetsgivare har att hyra in arbetskraft samtidigt som det finns företrädesberättigade personer.

7 Diskussion

I bakgrund och problemdiskussionen i första kapitlet antog vi att en del paragrafer i de arbetsrättsliga lagarna fått en delvis ny innebörd sedan uthyrningen av arbetskraft legaliserades. Under arbetets gång har vi också insett att äldre lagar som på ytan är oförändrade påverkas av att arbetstagarbegreppet har förändrats. I förarbetena till MBL redogörs det för vilka olika kriterier som avgör om en arbetspresterande part är att betrakta som arbetstagar eller uppdragstagar. Dessa kriterier tillämpas än idag men eftersom de kommer från en tid då arbete bedrevs på ett mångt och mycket annorlunda sätt påverkar det nya samhället hur man idag ser på arbetstagarbegreppet. Troligen kommer arbetstagarbegreppet att fortsätta utvecklas i takt med att samhället förändras.

Vi menar att företrädesreglerna stämmer väl överrens med den allmänna innebörden av LAS som säger att arbetsgivaren ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning eftersom en arbetsgivare aldrig är tvungen att återanställa någon bara för att en nyanställning är möjlig. Frågan är dock om företrädesreglerna fyller den funktion de var tänkta att fylla i och med att lagen om inhyrning av arbetskraft och privat arbetsförmedling trädde ikraft? Enligt oss kan en arbetsgivare i princip alltid välja att hyra in arbetskraft, antingen från ett bemanningsföretag eller genom att anlita en enskild uppdragstagar, samtidigt som det finns företrädesberättigade personer förutsatt att inhyrningen är rättsligt korrekt. Således har företrädesrätten enligt vårt resonemang marginaliserats sedan inhyrning av arbetskraft legaliserades. Precis som förr gäller företrädesrätten endast när det är fråga om en nyanställning. Skillnaden idag är att det finns ett alternativ till att tillgodose ett arbetskraftsbehov utan att anställa ny personal, nämligen inhyrning av arbetskraft.

Vi har valt att inte ta ställning till huruvida den här utvecklingen är önskvärd eller inte då vi genom uppsatsen ämnat vara objektiva och varken intagit ett arbetsgivar- eller arbetstagarperspektiv. Vår avsikt med uppsatsen har främst varit att utreda gällande rätt och vi har inte haft som avsikt att komma med en de lege ferenda-diskussion. Däremot ser vi gärna att andra uppsatsförfattare använder den här uppsatsen som material för en diskussion om lagstiftningen på området bör ändras.

Sammanfattning

Företrädesrätten i 25-27 §§ LAS är en form av efteranställningsskydd som syftar till att arbetsgivare i först hand ska vända sig till redan eller tidigare anställda då behov av arbetskraft uppstår. Syftet med företrädesrätten är att en arbetsgivare inte ska kunna kringgå LAS regler genom att exempelvis säga upp en arbetstagare på grund av arbetsbrist för att därefter nyanställa en annan person. De senaste decennierna har den svenska arbetsmarknaden genomgått stora förändringar där utvecklingen har gått från tillsvidareanställningar på heltid med arbete på den arbetsplats vid vilken man är anställd i riktning mot andra former för sysselsättning. Idag är det vanligt att företag anlitar uppdragstagare och hyr in arbetskraft från bemanningsföretag. Vi vill därför undersöka hur inhyrning av arbetskraft förhåller sig till LAS regler om företrädesrätt.

Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera gällande rätt vad gäller inhyrning av arbetskraft när företrädesrätt till återanställning föreligger. Frågeställningarna vi utgått ifrån är: Vad är skillnaden mellan en uppdragstagare och en arbetstagare? I vilken utsträckning är det möjligt för en arbetsgivare att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt enligt 25 § LAS eller att ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS? Skiljer sig möjligheterna åt för en statlig arbetsgivare att hyra in arbetskraft istället för att återanställa någon med företrädesrätt enligt 25 § LAS eller att ge en deltidsanställd arbetstagare högre sysselsättningsgrad enligt 25a § LAS i jämförelse med en privat arbetsgivare?

Det finns inte någon enskild förutsättning som avgör huruvida en person är att betrakta som arbetstagare eller uppdragstagare. Istället för att ett visst avtalsvillkor är ensamt avgörande måste alla förekommande omständigheter i det enskilda fallet beaktas. Det finns dock två grundläggande krav för att en person ska kunna betraktas som arbetstagare. Det första är att parternas förhållande ska grundas på ett frivilligt ingånget avtal och det andra är att avtalet ska gå ut på att den ena parten ska utföra arbete för den andra partens räkning. Dessa krav gör att en arbetstagare i ett bemanningsföretag inte kan ses som en arbetstagare åt beställaren då det inte finns något avtalsförhållande mellan arbetstagarna och den som hyr in arbetskraften i ett sådant förhållande.

För att en arbetsgivare ska anses kringgå företrädesreglerna på ett otillåtet sätt måste ett antal kriterier uppfyllas. För det första måste arbetsgivaren ha utfört en handling som kringgår företrädesrättsreglerna, dessutom måste denna handling styrkas. För det andra måste arbetsgivarens syfte med de utförda åtgärderna varit att undgå företrädesrätten. Slutligen måste också handlandet, med omständigheterna i varje unikt fall i åtanke, ses som otillbörligt. Det finns inget avgörande av Arbetsdomstolen där inhyrning av arbetskraft setts som ett otillåtet kringgående av företrädesrätten men Arbetsdomstolen har dock konstaterat att det inte kan uteslutas att det kan uppstå sådana situationer. Då företrädesrätten endast är tillämplig i nyanställningssituationer menar vi att ett kringgående av företrädesreglerna skulle kunna anses förekomma om anlitaandet av en uppdragstagare är att likställa med en ny anställning. För det krävs att ”uppdragstagaren” egentligen är att betrakta som en arbetstagare. Vi har dock svårt att se hur inhyrning av arbetskraft från ett bemanningsföretag ska kunna betraktas som ett otillåtet kringgående av företrädesreglerna.

Fastän det finns vissa skillnader i företrädesrätten på det statliga området anser vi att möjligheterna för statliga arbetsgivare att hyra in arbetskraft samtidigt som det finns företrädesberättigade personer är i princip samma som för privata arbetsgivare.

Källförteckning

Offentligt tryck:

Propositioner

- Prop. 1970:166 - Om ändringar i arbetsförmedlingslagen
- Prop. 1973:129 - Förslag till lag om anställningsskydd m.m.
- Prop. 1975/76:105 - Förslag till arbetsrättsreform m.m.
- Prop. 1981/82:71 - Ny anställningsskyddslag m.m.
- Prop. 1990/91:124 - Privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, m.m.
- Prop. 1992/93:186 - Om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet
- Prop. 1993/94:65 - En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl.
- Prop. 1993/94:67 - Ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet
- Prop. 1993/94:186 - Ändringar i arbetsmiljölagen
- Prop. 1996/97:16 - En arbetsrätt för ökad tillväxt
- Prop. 1997/98:150 - 1998 års ekonomiska vårproposition om riktlinjer för den ekonomiska politiken, en offensiv för uthållig tillväxt och ökad sysselsättning, utgiftstak, ändrade anslag för budgetåret 1998, skattefrågor, kommunernas ekonomi, m.m.
- Prop. 1999/2000:98 - Förnyad arbetsmarknadspolitik för delaktighet och tillväxt
- Prop. 2005/06:185 - Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen
- Prop. 2006/07:111 - Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning, m.m.
- Prop. 2006/07:128 - Förslag till lag om offentlig upphandling

Statens offentliga utredningar

- SOU 1975:1. - Demokrati på arbetsplatsen
- SOU 1992:116. - Privat förmedling och uthyrning av arbetskraft
- SOU 1993:32. - Ny anställningsskyddslag

SOU 1997:58. - Personaluthyrning

Departementsserien

Ds 2000:69. - Alla lika olika, Mångfald i arbetslivet – expertbilaga 2, Personaluthyrningsföretag – en bro till arbetsmarknaden?

Ds 2002:56. - Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv.

Kommittédirektiv

Dir. 2007:116 - Översyn för kraven för F-skattosedel m.m

Rättsfallförteckning:

Arbetsdomstolen

AD 1938 nr 112 AD fastställer att en arbetstagare bland annat ska uppfylla kriteriet om personlig arbetskyldighet för att han ska kunna betraktas som arbetstagare.

AD 1978 nr 45 Då en entreprenad pågick under sammanlagt tio arbetsdagar och sysselsatte sju till åtta anställda hos entreprenören ansågs arbetet, av AD, inte vara kortvarigt.

AD 1978 nr 79 Då det rörde sig om en entreprenad om sammanlagt 262 timmar var arbetet inte tillräckligt kortvarigt för att undantagsregeln om förhandlingsskyldighet skulle vara tillämplig.

AD 1980 nr 39 AD framlägger att det i termen särskild sakkunskap ligger ett krav på att den kunskap som fordras är kvalificerad.

AD 1980 nr 54 Endast förfaranden, som med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet anses som otillbörliga, bör betraktas som kringgående av företrädesrätten.

AD 1981 nr 121 Hänsyn ska tas till hur eventuella arbetstagarorganisationer har agerat när anställningsförhållande ska betraktas.

AD 1982 nr 51 En person med företrädesrätt till återanställning har företrädesrätt till de nyanställningar som utlyses under personens företrädesrättsperiod.

AD 1983 nr 89 Om det finns någon anledning till att misstänka att en, eller båda, av parterna har försökt kringgå lagstiftningen eller kollektivavtal genom att upprätta ett ”uppdragsförhållande” utgår AD ifrån att det är fråga om ett arbetstagarförhållande.

- AD 1983 nr 125 AD har ansett att en för lång förlängning av en arbetstagares uppsägningstid kan strida mot företrädesrätten. Om det däremot är fråga om en kortare förlängning av uppsägningstiden där det inte tycks som att en arbetstagare med företrädesrätt missar ett anställningstillfälle strider förfarandet inte mot företrädesreglerna.
- AD 1986 nr 158 AD konstaterar att uppsägning på grund av arbetsbrist är en sakligt grundad uppsägning.
- AD 1987 nr 21 Om arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande och tar sig an arbetsuppgifter allteftersom de tilldelas honom så är det ett starkt skäl till att anta att det är fråga om ett arbetstagarförhållande.
- AD 1994 nr 88 Arbetstagaren uppfyller kravet på ”tillräckliga kvalifikationer” om han klarar de nya arbetsuppgifterna direkt eller efter en kortare utbildning/upplärning.
- AD 1996 nr 56 En omplacering som sker i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt är inte alltid korrekt i rättslig mening när företrädesrätt till återanställning föreligger.
- För att inhyrning av arbetskraft ska ses som ett otillåtet kringgående av reglerna om företrädesrätt krävs att ett antal krav uppfylls. Det krävs också att arbetsgivarens syfte med de utförda åtgärderna varit att undgå företrädesrätten. Handlandet måste också med omständigheterna i det enskilda fallet i åtanke, ses som otillbörligt
- AD 2002 nr 126 En statlig arbetstagare som har anmält företrädesrätt kan inte få sitt ärende prövat i AD om hon känner sig förbigången.
- AD 2003 nr 4 AD finner ingen anledning att, beträffande inhyrning av arbetskraft, anlägga ett synsätt som är mer restriktivt än det som framhövdes i 1980 års dom om inlåning av arbetskraft. AD framhäver även att det inte har varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna skall ges tillämplighet utanför nyanställningssituationen i syfte att garantera att en företrädesrättsberättigad arbetstagare bereds sysselsättning hos arbetsgivaren när en nyanställning skulle vara möjlig
- AD 2005 nr 33 AD framhäver att parternas egna rubrik på arbetsavtalet inte är avgörande utan det är istället en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som avgör om det rör sig om ett arbetstagar- eller uppdragsförhållande.
- AD 2007 nr 72 Arbetsdomstolen konstaterade att det inte fanns någonting som visade att bolagets inhyrning av personal från uthyrningsföretag hade något annat syfte än den företagsekonomiska synpunkt som arbetsgivarparterna påstått.

Högsta domstolen

NJA 1949 nr 153 HD intog ställningen att det är alla omständigheter som tillsammans är avgörande för vad som ska betraktas som ett arbetstagarförhållande och inte ett enskilt kriterium.

Litteratur:

Böcker

Adlercreutz, A, Arbetstagarbegreppet, P.A. Norstedt & Söners förlag 1964

AIN 1992:2, Arbetsförmedlingens förhållande till bemanningsföretag, Rapport från arbetsgruppen Privab 1999

Andersson, P & Wadensjö, E, Hur fungerar bemanningsbranschen? Rapport 2004:15 från Institutet för arbetsmarknadspolitisk utvärdering 2004

Bylund, B, Elmér, A, Viklund, L & Öhman, T, Anställningsskyddslagen, Prisma 2004

Bylund, B & Viklund, L, Arbetsrätt i praktiken, Prisma 2003

Englund, T, Reglerna kring anställningen, Tholin&Larsson 2007

Garpe, B, Anställning hos staten 2:a upplagan

Gellner, L, Att anställa personal, Norstedts Juridik 2003

Glavå, M, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, Norstedts Juridik 1999

Göransson, H i Schmidt et al, Facklig arbetsrätt reviderad upplaga 1997, Norstedts Juridik 2004

Hedlund, B & Olsson, K, Offentlig upphandling av entreprenader och tjänster, AB Svensk Byggtjänst 1998

Iseskog, T, Uppsägning vid arbetsbrist, Norstedts Juridik 2003

Iseskog, T, Anställningsskydd vid övergång av verksamhet, Norstedts Juridik, 2003

Källström, K i Schmidt et al, Facklig arbetsrätt reviderad upplaga 1997, Norstedts Juridik 2004

Källström, K i Schmidt et al, Löntagarrätt reviderad upplaga 1994, Norstedts Juridik 1994

Lunning, L, Anställningsskydd, LiberFörlag Stockholm 1984

Lunning, L, & Toijer, G, Anställningsskydd, Norstedts Juridik 2006

Malmberg, J, Anställningsavtalet, Iustus Förlag 1997

Runhammar, U. & Stare, P, Handbok i arbetsrätt, Norstedts Juridik 1998

Sandgren, C, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Norstedts Juridik 2007

Åhnberg, L, LAS Handboken, Lars Åhnberg AB 1997

Elektroniska källor

www.almega.se – Kartläggning av bemanningsbranschen – Besökt 2007-12-02

www.alemega.se – Historik – Besökt 2007-12-02

Bilagor

Utdrag ur lag (1982:80) om anställningsskydd

Företrädesrätt till återanställning m.m.

(Rubriken har denna lydelse enl. **Lag 1996:1424**.)

25 §

Arbetstagare som har sagts upp på grund av arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta. Detsamma gäller arbetstagare som har anställts för begränsad tid enligt 5 § och som på grund av arbetsbrist inte har fått fortsatt anställning. En förutsättning för företrädesrätt är dock att arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren eller, när det gäller företrädesrätt till ny säsongsanställning för en tidigare säsongsanställd arbetstagare, sex månader under de senaste två åren och att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen.

Företrädesrätten gäller från den tidpunkt då uppsägning skedde eller besked lämnades eller skulle ha lämnats enligt 15 § första stycket och därefter till dess nio månader har förflutit från den dag då anställningen upphörde. Vid säsongsanställning gäller företrädesrätten i stället från tidpunkten då besked lämnades eller skulle ha lämnats enligt 15 § andra stycket och därefter till dess nio månader har förflutit från den nya säsongens början. Har under de nu nämnda tidsperioderna företaget, verksamheten eller en del av verksamheten övergått till en ny arbetsgivare genom en sådan övergång som omfattas av 6 b §, gäller företrädesrätten mot den nya arbetsgivaren. Företrädesrätten gäller även i de fall att den tidigare arbetsgivaren försatts i konkurs.

Om arbetsgivaren har flera driftsenheter eller om det i arbetsgivarens verksamhet finns olika kollektivavtalsområden, gäller företrädesrätten anställning inom den enhet och det avtalsområde där arbetstagaren var sysselsatt när den tidigare anställningen upphörde. Finns det i ett sådant fall flera driftsenheter på samma ort, skall inom en arbetstagarorganisations avtalsområde företrädesrätten gälla arbetsgivarens samtliga enheter på orten, om organisationen begär det senast vid förhandlingar enligt 32 §. **Lag (2006:440), ändrad g. Lag (2007:390)**.

25 a §

En deltidsanställd arbetstagare som har anmält till sin arbetsgivare att han eller hon vill ha en anställning med högre sysselsättningsgrad, dock högst heltid, har trots 25 § företrädesrätt till sådan anställning. Som förutsättning för företrädesrätten gäller att arbetsgivarens behov av arbetskraft tillgodoses genom att den deltidsanställda anställs med en högre sysselsättningsgrad och att den deltidsanställda har tillräckliga kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna.

Om arbetsgivaren har flera driftsenheter, gäller företrädesrätten anställning inom den enhet där arbetstagaren är sysselsatt på deltid.

Företrädesrätten gäller inte mot den som har rätt till omplacering enligt 7 § andra stycket. **Lag (2006:440).**

26 §

Om flera arbetstagare har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § eller företrädesrätt till en anställning med högre sysselsättningsgrad enligt 25 a §, bestäms turordningen dem emellan med utgångspunkt i varje arbetstagares sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid. Vid lika anställningstid ger högre ålder företräde. **Lag (1996:1424).**

27 §

Har besked om företrädesrätt till återanställning lämnats enligt 8 § andra stycket eller 16 § andra stycket, kan företrädesrätt inte göras gällande innan arbetstagaren har anmält anspråk på företrädesrätt hos arbetsgivaren.

En arbetstagare som antar ett erbjudande om återanställning behöver inte tillträda den nya anställningen förrän efter skälig övergångstid.

Om arbetstagaren avvisar ett erbjudande om återanställning som skäligen borde ha godtagits, har arbetstagaren förlorat sin företrädesrätt.