

Supplement till KonkursArbetsrätt – 1 januari 2021

Detta supplement till KonkursArbetsrätt, sjätte upplagan 2018, redovisar rättsläget per den 1 januari 2021.

Supplementet återger först kort de regeländringar och rättsfall som kommit till efter att KonkursArbetsrätt, sjätte upplagan, gavs ut i september 2018. Därefter återges – sida för sida – hur dessa nyheter påverkar texten i KonkursArbetsrätt.

Avsikten är därmed att läsaren genom Konkursarbetsrätt, sjätte upplagen 2018, och detta supplement ska ha en komplett och uppdaterad version av texten.

Sidhänvisningar i avsnitt 1 och 2 sker till sida i KonkursArbetsrätt där frågan behandlas eller närmast hör hemma. För ett mer utvecklat resonemang hänvisas till motsvarande sida i avsnitt 3.

1.	Nya lagar m.m.	2
2.	Nya rättsfall	7
3.	KonkursArbetsrätt – nya texter till sjätte upplagan 2018	9

1 Nya lagar m.m.

1.1 68-årsregeln

Lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) har ändrats avseende arbetstagares avgångsskyldighet för pension. Genom SFS 2019:528, som har trätt ikraft den 1 januari 2020, har avgångsskyldigheten i ett första steg skjutits till 68 års ålder. Reglerna innebär att en arbetstagare har rätt att kvarstå i anställning till 68 års ålder.

Förändringarna bygger på en delvis annan konstruktion än de tidigare gällande reglerna. Det förenklade förfarandet för att avsluta en anställning – det sk. fönstret – vid avgångsskyldighetens inträde har tagits bort. Om en arbetstagare har fyllt 68 år gäller istället att anställningen kan sägas upp från arbetsgivarens sida utan något krav på saklig grund för uppsägningen enligt 7 § LAS. Därvid ska gällande uppsägningstid – enligt LAS, kollektivavtal eller enskilt avtal – iakttas.

Med anledning av den nya konstruktionen har den särskilda anställningsformen avseende arbetstagare som fyllt 67 år helt tagits bort. För en arbetstagare som har fyllt 68 år gäller vidare att denne enligt LAS inte har rätt till längre uppsägningstid än en månad samt inte har skydd av turordningsreglerna i 22 § eller företrädesrätt till återanställning enligt 25 §.

De beslutade reglerna gäller oavsett när anställningsavtalet träffades. Däremot gäller övergångsvis regler i kollektivavtal om avgångsskyldighet vid 67 års ålder.

Genom SFS 2019:529 kommer motsvarande reglering från och med den 1 januari 2023 att gälla vid 69 års ålder.

De nya reglerna har betydelse främst när konkursförvaltaren ska säga upp arbetstagare som har nått avgångsskyldighetsåldern. En sådan arbetstagare ska alltså sägas upp med gällande uppsägningstid och kan – om uppsägningstiden är reglerad i kollektivavtal eller enskilt avtal – ha rätt till relativt långa uppsägningstider. Dock kan arbetstagaren aldrig – till följd av begränsningen till uppsägningstid enligt LAS i 12 § FRL och 7 § LGL samt 7 a § LGL – få lönegaranti för mer än en månads uppsägningstid i konkursen. (Sid 109, 292)

1.2 Karensavdrag

Enligt nya regler i sjuklönelagen som gäller från och med den 1 januari 2019 ersätter karensavdrag den tidigare karensdagen.

Regeln innebär att en arbetstagare som har rätt till sjuklön som ska betalas av lönegarantin ska få denna lön beräknad på delvis annat sätt än tidigare.

1.3 Korttidsarbete

Det har beslutats om statligt stöd för arbetsgivare som med anledning av coronasituationen har infört korttidsarbete för arbetstagare. Korttidsarbete kan antingen införas genom kollektivavtal eller – för arbetsgivare som saknar kollektivavtal – genom enskilda avtal med minst 70 procent av arbetstagarna vid en driftsenhet. Kostnaden för korttidsarbete delas mellan arbetsgivaren, staten och arbetstagare. Beslut om stöd tas av Tillväxtverket. Regleringen har tillkommit genom ändringar i lagen (2013:948) om stöd vid korttidsarbete; SFS 2020:207.

För rätt till stöd förutsätts att arbetsgivaren ska ha tillfälliga och allvarliga ekonomiska svårigheter. Arbetsgivaren får vid ansökningstidpunkten inte ha varit på obestånd och de ekonomiska svårigheterna får inte ha berott på något annat än coronasituationen. Om arbetstagare ikraft av reglerna arbetar mindre än vad som följer av dennes anställningsavtal, reduceras arbetstagarens lön i viss mån. Staten betalar stöd till arbetsgivaren avseende en större del av den lönekostnad som följer av att arbetstagaren inte arbetar full tid. Stödet för korttidsarbete utgår från ett lönetak om 44 000 kr. På överskjutande delar lämnas inget stöd och parterna kan överenskomma hur stor lönereduktionen ska vara. Stödet kan beviljas även för uppsägningslön. Lagstiftningen synes utgå ifrån att arbetstagare avseende uppsägnings-tid ska ha fulla förmåner i kraft av 12 § LAS.

De nya reglerna har betydelse främst avseende arbetstagare som är anställda hos arbetsgivare som har infört korttidsarbete och därefter försätts i konkurs. Den bedömningen får göras att arbetstagare under uppsägningstid äger rätt till oförändrade förmåner, alltså den fulla lönen, till följd av skrivningar i förarbetena till lagen. Detta gäller vid den situationen att korttidsarbetet bygger på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare. Om korttidsarbetet har införts med stöd av kollektivavtal, avgör kollektivavtalet vad som ska hända med lönen under uppsägningstiden. Detta förutsätter givetvis att kollektivavtalet medger korttidsarbete under uppsägningstid. (Sid 218)

Den situationen kan även bli aktuell i en konkurs att ett företag har beviljats stöd och fått stödet utbetalt. Stödet är vid utbetalningen preliminärt och det slutliga stödet fastställs i samband med avstämning. Hur ett på sådant sätt beskaffat stöd ska hanteras fordringsmässigt i en konkurs får anses till viss del oklart.

1.4 Entreprenörsansvar för arbetstagares löner

Lagen (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar trädde kraft den 1 januari 2019. Lagen gäller för anläggnings- och byggbranschen. Enligt lagen kan en arbetstagare som inte får lön av sin arbetsgivare vända sig med lönekraven mot uppdragsgivaren, alltså den som anlitat arbetsgivaren, eller huvudentreprenören.

Något ansvar finns dock inte för beställaren av entreprenaden. Inom områden där kollektivavtal finns om entreprenörsansvar, som inom tillämpningsområdet för Byggaftalet mellan Sveriges Byggföretag och Svenska Byggnadsarbetareförbundet, gäller inte lagen.

Den som enligt lagen har betalat arbetstagarens lön har rätt till regress mot arbetsgivaren. Huvudentreprenören har sådan regressrätt även mot uppdragsgivaren. Arbetstagaren behöver inte ha uttömt andra till buds stående rättsliga medel, såsom exempelvis att kräva lönen genom lönegarantisystemet, innan entreprenörsansvaret kan göras gällande. Det krävs heller inte att arbetstagaren har aktualiserat entreprenörsansvaret för att denne ska ha möjlighet att få ersättning via lönegarantisystemet.

Om en arbetstagare har fått lön via entreprenörsansvaret ska denna lön givetvis frånräknas lönegarantin.

Särskilda frågor uppstår med anledning av uppkommande regressanspråk. Uppdragsgivarens och huvudentreprenörens regress är, inom de ramar som följer av 12 § och 12 a § FRL, förenad med förmånsrätt i arbetsgivarens konkurs enligt 3 § FRL. Om staten skulle ha infriat löneanspråk i exempelvis uppdragsgivarens konkurs genom lönegarantin, får det bedömas att denna regress inte är förenad med förmånsrätt i arbetsgivarens konkurs; till följd av syftet bakom undantaget för statens förmånsrätt enligt 28 § LGL. (Sid 203, 375)

1.5 Nya regler om personalliggare och arbetsgivaravgifter

Systemet med personalliggare har utökats och personalliggare ska numera föras i byggverksamhet, restaurangverksamhet, fordonsserviceverksamhet, livsmedels- och tobaksgrossistverksamhet, kropps- och skönhetsvårdsverksamhet och tvätteriverksamhet.

Dessa regler har betydelse för konkurser främst på så vis att konkursförvaltaren vid fortsatt drift inom de berörda områdena har skyldighet att föra personalliggare. En personalliggare kan också utgöra ett bra bevismedel när fråga aktualiseras om en arbetstagare har utfört arbete och i så fall i vilken utsträckning.

Enligt nya regler för arbetsgivaravgifter ska arbetsgivaredeklaration ske på individnivå per månad. Reglerna har börjat gälla den 1 januari 2019.

Reglerna betyder dels ändrad hantering när det gäller á-kontolön och löneförskott samt återbetalning av lön, dels ändrade rutiner för länsstyrelsen vid utbetalning av lönegarantin.

1.6 Prisbasbelopp

Prisbasbeloppet för år 2019 har fastställts till 46 500 kr vilket innebär att lönegarantitaket när detta prisbasbelopp är tillämpligt uppgår till 186 000 kr.

Prisbasbeloppet för år 2020 har fastställts till 47 300 kr, vilket innebär att lönegarantitaket när detta prisbasbelopp är tillämpligt uppgår till 189 200 kr.

Prisbasbeloppet för år 2021 har fastställts till 47 600 kr (SFS 2020:764), vilket innebär att lönegarantitaket när detta prisbasbelopp är tillämpligt uppgår till 190 400 kr. (Sid 57)

1.7 Konkurslagen

Det har beslutats om ändringar i konkurslagen (KL). Ändringarna är dock inte centrala för de delar som berörs i KonkursArbetsrätt och presenteras inte närmare.

1.8 Brexit

Storbritannien lämnade EU den 31 januari 2020. Under en övergångsperiod till och med den 31 december 2020 har i stort sett samma regler gällt som före utträdet.

Om det inte skulle träffas någon ny överenskommelse mellan staterna kommer per den 1 januari 2021 Storbritannien inte alls beröras av EUs regelverk.

Insolvensförordningen och reglerna om gränsöverskridande konkurser och företagsrekonstruktioner kommer inte att vara tillämpliga avseende Storbritannien.

Lönegarantidirektivet kommer inte heller att vara tillämpligt. Det betyder att reglerna om gränsöverskridande lönegaranti inte kommer att vara tillämpliga avseende Storbritannien. (Sid 330)

1.9 Uthyrning av personal

Konkurstillsynens expertgrupp har gjort ett ställningstagande gällande hur tillsynen ska förhålla sig när fråga om uthyrning av personal som uppbär statlig lönegaranti aktualiseras. Ställningstagandet innebär att tillsynen menar att det finns skäl för konkursförvaltaren att iakttäta stor försiktighet och restriktivitet när det gäller uthyrning av sådan personal. Uthyrning till underpris bör helt undvikas. Denna restriktiva syn ska inte gälla när gäldenärens verksamhet helt eller delvis har bestått i uthyrning av personal.

1.10 Utredningar och förslag

Regeringen har i betänkandet Ds 2019:31 lämnat förslag på nytt konkursförfarande. Förslaget handlar i huvudsak om hanteringen av konkurser och innebär att domstolarnas roll renodlas och kronofogdens och konkursförvaltarens ansvar utökas. I promemorian lämnas även vissa förslag gällande hur tvister om lönegaranti ska hanteras. Enligt förslaget ska de nya reglerna träda ikraft den 1 januari 2022.

EU har i juni 2019 beslutat ett direktiv med regler som rör främst företagsrekonstruktion samt ändrat ett direktiv (Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132).

Regeringen har genom direktiv Dir. 2019:60, tillsatt en särskild utredare för att ta ställning till hur direktivets regler om rekonstruktion ska genomföras i Sverige. Uppdraget ska redovisas senast den 26 februari 2021.

2 Nya rättsfall

2.1 EU-domstolen

Lönegarantidirektivet – Checa Honrado, C-57/17, EU:C:2018:512.

Lönegarantidirektivet omfattar en lagstadgad ersättning som utgår när ett anställningsavtal upphör på arbetstagarens begäran. (Sid 183, 214)

Lönegarantidirektivet – Guigo, C-338/17, EU:C:2018:605.

Referensperioden för lönegaranti innebär ingen skyldighet att garantera alla äldre lönefordringar. (Sid 183)

Lönegarantidirektivet – Hampshire, C-17/17, EU:C:2018:674.

Tillämpning av artikel 8 gällande garanti för tjänstepension. Pensionsgarantin i lönegarantidirektivet har vidare direkt effekt och kan åberopas mot en särskild förvaltare. (Sid 181 och 184)

Lönegarantidirektivet – Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128.

Tillämpning av artikel 8 gällande garanti för tjänstepension. (Sid 184)

Lönegarantidirektivet – TMD Friction, C-674/18 och C-675/18, EU:C:2020:682.

För att den direkta effekten avseende garanti för tjänstepension i artikel 8 ska gälla mot en särskild förvaltare, krävs att denne kan likställas med staten. (Sid 181)

Överlåtelsedirektivet – Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424.

Överlåtelsedirektivets regler är inte undantagna vid en övergång av verksamhet i samband med ett förfarande som avser företagsrekonstruktion. (Sid 87)

Överlåtelsedirektivet – Jadran Dodič, C-194/18, EU:C:2019:385.

Ett finansinstituts överlåtelse av kunder till annat finansinstitut kan betraktas som en överlåtelse av immateriella tillgångar och därmed utgöra en övergång av verksamhet. (Sid 89)

Överlåtelsedirektivet – TMD Friction, C-674/18 och C-675/18, EU:C:2020:682.

Målet gäller arbetstagares pensionsrättigheter med anledning av en övergång av verksamhet inom ramen för ett insolvensförfarande. I domen görs uttalanden om att konkursundantaget i överlåtelsedirektivet inte är tillämpligt. (Sid 87)

2.2 Svenska domstolar

Konkurs

NJA 2019 s. 826

Bestämmelsen i 2 kap 21 § KL ska tillämpas så att utgångspunkten för att bestämma dagen för konkursansökan är den första av de konkursansökningar som ligger inne när konkursbeslutet meddelas. Tidigare föreliggande konkursansökningar ska inte beaktas. (Sid 249)

NJA 2020 s. 414

Statens lönegarantiregress vid konkurs ska bestämmas så att staten träder in i var och en av arbetstagarnas rätt mot konkursgäldenären. Arbetstagaren ska dock inte erhålla sämre utdelning jämfört med om lönegarantin inte hade funnits (lönegarantiregressen ska tillämpas med två staplar per arbetstagare). Arbetstagaren har ingen valrätt med avseende på vad som ska betalas av garantin, utan denna ska i första hand omfatta förmånsberättigad lön. Staten behöver vid bevakning inte tillhandahålla särskilda uträkningar. (Sid 367)

Hovrätten för Västra Sverige dom den 17 januari 2020 i mål T 3006-19

En förlikning vars giltighet är beroende av ett villkor om betalning före visst datum, innebär inte ett tvisteslut i den mening som avses i 12 § tredje stycket FRL om betalning inte sker. (Sid 268)

Företagsrekonstruktion

NJA 2020 s. 227

En rekonstruktör är skyldig att fatta beslut om lönegaranti avseende krav som anmälts under företagsrekonstruktionen, även om företagsrekonstruktionen har upphört. Arbetstagaren har inte rätt till lönegarantiersättning när krav på lönegarantiersättning framställts efter att företagsrekonstruktionen har upphört. (Sid 496-505)

Göta Hovrätts dom den 16 april 2020 i mål T 3459-19

Vid en företagsrekonstruktion bestäms rätten till lönegaranti med utgångspunkt i dagen för ansökan om företagsrekonstruktion, även om det vid den tidpunkten föreligger en konkursansökan. (Sid 392)

AD 2019 nr 22

Ett offentligt ackord omfattar arbetstagares lönefordringar avseende tid då arbetstagaren inte utfört arbete under företagsrekonstruktionen, om ett avtal om avslut av anställningen har träffats före dagen för ansökan om företagsrekonstruktion. Detta gäller även om arbetstagarna till följd av ett sådant avtal har andra förpliktelser såsom att avhålla sig från konkurrerande verksamhet. (Sid 474)

3 KonkursArbetsrätt

I det följande redovisas textavsnitt som till följd av ovan nämnda förändringar ersätter eller kompletterar vad som har angivits i KonkursArbetsrätt, sjätte upplagan 2018. Hänvisning sker i första hand till sådan sida där frågan huvudsakligen är beskriven. Beträffande förkortningar hänvisas till KonkursArbetsrätt.

Sid 34

Staten har dock försteg till utdelning inom ramen för varje arbetstagare för vilken lönegaranti har utgått.

Sid 84

När det gäller ett påstående om att ett avtal är upprättat för skens skull, har AD beträffande giltigheten av avtalet parterna emellan i domen AD 2020 nr 34 uttalat följande.

Utgångspunkten är att ett av båda parter på ett korrekt sätt underskrivet anställningsavtal motsvarar vad parterna har kommit överens om (se t.ex. AD 2012 nr 34). Det ankommer alltså på [arbetsgivaren] att bevisa att parterna i fullt samförstånd har upprättat det skriftliga anställningsavtalet för skens skull och att det därför inte gäller mellan parterna.

När det gäller rätten till lönegaranti i ett fall som det berörda blir bevisvärderingen något annorlunda. I ett första steg får det bedömas att staten har att uppfylla arbetsgivarens bevisbörda. Om det inte är visat att det förelegat något skenavtal, kan den vidare prövningen gälla om situationen ändå ska bedömas vara sådan att en rätt till lönegaranti är utesluten. Det skulle exempelvis kunna handla om bevisning om att en förutsättning för anställningen varit att lönegaranti skulle utgå, se 5 kap 2 § KL och 9 b § LGL och redovisningen på sid 242.

Sid 84

AD har i domen AD 2019 nr 17 med principiella förtecken uttalat följande om träffande av anställningsavtal och vilken part som ska bedömas vara rätt arbetsgivare.

Utgångspunkten är alltså att anställningsavtal förutsätter ett frivilligt åtagande, men att avtalsbundenhet kan uppkomma genom att en arbetsgivare – utan att ha för avsikt att få till stånd ett anställningsavtal – agerar på sätt som ger arbetstagaren fog för uppfattningen att denne blivit anställd eller, i vissa situationer, inte agerar för att klargöra att någon anställning inte kommit till stånd. [...]

Arbetsdomstolen får i sammanhanget erinra om att utgångspunkten är att den som sluter avtal gör det i eget namn, om denne inte genom sitt agerande klargjort att annan ska vara avtalspart eller om detta ändå får anses följa av omständigheterna, se t.ex. NJA 2014 s. 978 och NJA II 1915 s. 190.

Slutsatserna i detta rättsfall sammanfaller alltså med vad som har uttalats i AD 1976 nr 128.

Sid 87

I rättsfallet Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, prövades om överlåtelsedirektivet var tillämpligt vid ett förfarande som avser företagsrekonstruktion. EU-domstolen besvarade frågan jakande.

Ett kanske märkligt avgörande är TMD Friction, C-674/18 och C-675/18, EU:C:2020:682. Rättsfallet handlar om ett insolvensförfarande. Inom ramen för detta sålde en konkursförvaltare efter cirka en månad en rörelse i vilken det pågick fortsatt drift. EU-domstolen hänvisade till uttalandena i Federatie Nederlandse Vakvereniging, C-126/16, EU:C:2017:489 och kom fram till att de ordinarie reglerna om övergång av verksamhet skulle vara tillämpliga i den aktuella situationen. Den avgörande passagen i denna del av domen är följande:

”Sådana förfaranden som dem som är i fråga i de nationella målen, vilka inte har till syfte att likvidera överlåtarens tillgångar, utan syftar till att överlåtarens verksamhet ska fortsätta efter överlåtelsen, utgör följaktligen inte ett förfarande som inlett i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar i den mening som avses i artikel 5.1 i nämnda direktiv [...].

Det är oklart vilken typ av insolvensförfarande målet rörde. Ställningstagandet att de ordinarie reglerna om övergång av verksamhet skulle vara tillämpliga återspeglas inte i själva domslutet, som handlar om anställdas pensionsvillkor.

EU-domstolens referens till ”sådana förfaranden” brukar ta sikte på vilken typ av insolvensförfarande som är aktuellt – ett likvidationsförfarande som konkurs eller ett rekonstruktionsförfarande. Konkursundantaget gäller enligt fast rättspraxis inte i rekonstruktionsförfaranden. En förklaring till utgången skulle kunna vara att det förfarande som var aktuellt var ett rekonstruktionsförfarande, vilket naturligt leder till att överlåtelsedirektivets ordinarie regler var tillämpliga. Rättsfallet bekräftar i så fall utgången i Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424 med flera domar.

Om det å andra sidan faktiskt skulle röra sig om ett konkursförfarande får följande anmärkas. De bakomliggande förhållandena i domen får bedömas vara representativa för en ordinär konkurs och inte alls så särpräglade som i Federatie Nederlandse Vakvereniging, C-126/16, EU:C:2017:489.

Ställningstagandet skulle i så fall för det första betyda en ändring i förhållande till EU-domstolens tidigare praxis; utan att det anføres någon närmare motivering. Vidare skulle konkursundantaget i artikel 5.1 i överlåtelsedirektivet i praktiken vara helt innehållslöst. Undantaget skulle bara vara tillämpligt när en rörelse läggs ned och tillgångarna säljs var för sig, vilket mycket sällan – om någonsin – skulle konstituera en övergång av verksamhet. Syftet med konkursundantaget är ju just att en rörelse i ett konkursförfarande ska kunna övergå till annan, utan att de ordinarie reglerna om övergång av verksamhet blir tillämpliga. Domen skulle med denna utgångspunkt vara så märklig och så bristfälligt motiverad att den måste tillkännas ett mycket lågt rättskällevärde.

Sid 89

Av ett rättsfall framgår att för vissa typer av verksamheter – som baseras på uppdrag från kunder – kan under vissa förhållanden en överlåtelse av kunderna anses omfatta en immateriell rättighet.

Jadran Dodič, C-194/18, EU:C:2019:385

Ett bolag upphörde med att tillhandahålla investeringstjänster. Genom ett överlåtelseavtal överläts kunders finansiella instrument och andra tillgångar till ett annat företag. Frågan var om detta skulle bedömas som en övergång av verksamhet.

EU-domstolen gjorde följande bedömning. Bolagets verksamhet grundar sig på immateriella tillgångar som utgörs av kundernas finansiella instrument. Dessa tillgångar ingår i den berörda ekonomiska enhetens identitet. Överlåtelsen kräver dock kundernas godkännande. Det avgörande är inte att merparten av kunderna godtagit överlåtelsen. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om kunderna har eller kan anses ha överlåtits. Det har därvid betydelse om kunderna har givits incitament för att godta överlåtelsen samt om lagstiftningen kräver att överlåtelse sker till en enda part eller inte.

I den aktuella typen av verksamheter måste det alltså göras en bedömning som tar sikte på annat än de produktionsresurser som används i rörelsen – nämligen rätteligen produktionsförutsättningarna. Det saknas ännu avgöranden som belyser hur sådana produktionsförutsättningar närmare ska viktas mot de produktionsresurser som används.

Sid 95

Om konkursförvaltaren beslutar om fortsatt drift bör konstateras att systemet med personaligare har utökats. Numera omfattas inte endast byggverksamhet och restaurangverksamhet, utan även exempelvis fordonsserviceverksamhet samt kropps- och skönhetsvårdsverksamhet.

Sid 100

När det gäller frågan om hur man ska se på skiljelinjen mellan en tillsvidareanställning och upprepade visstidsanställningar, har AD i domen AD 2020 nr 46 uttalat följande.

[...] Även utan ett sådant klagomål från arbetsgivarens sida kan en tidsbegränsad anställning ha kommit till stånd om omständigheterna är sådana att det måste ha stått klart för arbetstagaren att det var fråga om upprepade tidsbegränsade anställningar. Den som påstår att arbetstagaren är eller har varit tidsbegränsat anställd har som utgångspunkt bevisbördan för de omständigheter som grundar att ett avtal om tidsbegränsningen kommit till stånd.

Det är inte ovanligt att arbetstagare vid upprepade tillfällen kallas in för att utföra arbete. Sådana anställningsförhållanden kallas ofta behovsanställningar, timanställningar eller intermittenta anställningar, utan att beteckningarna har någon given rättslig innebörd (se t.ex. AD 2019 nr 8). [...] Det är inte ovanligt att arbetsgivare och arbetstagare, utöver överenskommelser om anställning för enstaka tillfällen eller perioder, upprättar ett sorts ramavtal, oftast tidsbegränsat, som anger de närmare villkoren för de upprepade tidsbegränsade anställningarna. Med ett sådant ramavtal

behöver parterna inte inför varje arbetstillfälle (anställning) komma överens om löne- och anställningsvillkor, utan villkoren följer av ramavtalet. Ett sådant ramavtal kan också tydliggöra att arbetsgivaren och arbetstagaren framgent avser att träffa avtal om upprepade tidsbegränsade anställningar och inte ett avtal om tillsvidareanställning.

Vad AD skriver om ramavtal har stor praktisk betydelse. Om ett sådant föreligger talar detta alltså för att parterna har tänkt sig att arrangemanget handlar om upprepade visstidsanställningar.

Sid 109

Nya regler om avgångsskyldighet för pension har införts från och med den 1 januari 2020. En arbetstagare har numera rätt att kvarstå i anställningen till 68 års ålder. Den ändringen har införts att anställningen inte upphör genom ett förenklat förfarande vid denna ålder, utan istället kan arbetstagaren sägas upp utan krav på saklig grund för uppsägning.

Arbetstagaren har därmed numera rätt till gällande uppsägningstid – enligt LAS, kollektivavtal eller enskilt avtal. Om uppsägningstiden följer av LAS gäller en uppsägningstid om en månad.

Arbetstagaren kan dock inte få lönegaranti för mer än uppsägningstiden enligt LAS; dvs. en månad (se sid 292).

Sid 169

AD har avgjort frågan och kommit fram till att det krävs ett tidsmässigt samband till övergången av verksamhet. I AD 2019 nr 8 bedömdes en återanställning drygt en och en halv månad efter verksamhetsövergången inte uppfylla kravet på tidsmässigt samband. Anställningstiden hos den tidigare arbetsgivaren skulle därför inte räknas med.

Sid 179

Genom NJA 2020 s. 414, se nedan vid sid 367, ska en särskild beräkningsmanöver tillämpas för att fördela den utdelning som belöper på arbetstagaren.

Sid 181

På motsvarande sätt har lönegarantidirektivet ansetts ha direkt effekt gällande pensionsrättigheter, med innebörden att en arbetstagare i vissa fall kan rikta krav direkt mot en särskild förvaltare, Hampshire, C-17/17, EU:C:2018:674. En förutsättning för detta är dock att den särskilda förvaltaren kan likställas med staten, TMD Friction, C-674/18 och C-675/18, EU:C:2020:682.

Sid 183

Lönegarantin ska omfatta inte endast fordringar som avser ersättning för en direkt arbetsprestation. Enligt Checa Honrado, C-57/17, EU:C:2018:512 omfattar lönegarantidirektivet en lagstadgad ersättning som utgår när ett anställningsavtal upphör på arbetstagarens begäran i en viss situation.

Samma princip som i *Meliha Veli Mustafa*, C-247/12, EU:C:2013:256 har slagits fast i *Guigo*, C-338/17, EU:C:2018:605.

Sid 184

Rättsfallen *Hampshire*, C-17/17, EU:C:2018:674 och *Pensions-Sicherungs-Verein*, C-168/18, EU:C:2019:1128 handlar om garantin för tjänstepension.

Sverige har inte alls implementerat lönegarantidirektivets regel gällande pension. Tjänstepension tryggas normalt på sådant sätt att garantin i lönegarantidirektivet knappast kommer i spel. I ett undantagsfall då en arbetstagare inte skulle få fullt ut betalt för sin tjänstepensionsfordran, är det i viss mån oklart vilken tillämpningen skulle bli. Sannolikt får den EU-rättsliga principen om direkt effekt genomslag, se sid 180, även om Sverige inte har infört några regler alls i frågan. Den praxis om nivån på garantin som utvecklats i EU-domstolen får bedömas innebära att förpliktelsen är tillräckligt tydlig. Alternativt skulle det handla om skadeståndsansvar för staten i anslutning till principerna i *Francovich*, C-6 och 9/90, EU:C:1991:428.

Sid 203

En annan situation då det med stöd av den anförda principen kan bli fråga om lönegaranti i annan än arbetsgivarens konkurs är när lagen (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar är tillämplig.

Även i denna situation kan uppstå en tveksamhet om hur lönegarantiregressen ska bedömas (se vid sid 375).

Sid 214

Det bör uppmärksammas att lönegarantidirektivet skyddar även fordringar som avser annat än ersättning för utfört arbete. EU-domstolen har i domen *Checa Honrado*, C-57-17, EU:C:2018:512 ansett att vissa schabloniserade ersättningar som kan utgå till en arbetstagare när denne till följd av förflyttning säger upp sig själv omfattas av lönegarantidirektivet. Den ersättning som var i fråga påminner om ett skadestånd. Den tillämpning som följer av domen spiller över på regleringen i FRL och LGL; i vart fall om tvistefrågan gäller rätt till lönegaranti.

Sid 218

Uppsägningslön vid korttidsarbete

Om en arbetsgivare har infört korttidsarbete enligt de under år 2020 införda reglerna inställer sig en särskild problematik, om en arbetstagare blir uppsagd under tid med korttidsarbete. Om korttidsarbetet grundar sig på överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare skulle man kunna betrakta situationen som att parterna med bindande verkan överenskommit om en lägre sysselsättningsgrad. Arbetstagarerna skulle med sådant synsätt ha rätt endast till den lön som gäller enligt överenskommelsen om korttidsarbete.

Situationen kompliceras av att lagstiftaren i övergångsbestämmelserna antytt att 12 § LAS gällande en garanti för uppsägningslönen skulle vara tillämplig. Enligt lagens grundregler ska stöd inte kunna lämnas under en arbetstagares uppsägningstid. Enligt de regler som beslutats under år 2020 ska detta dock vara möjligt. Övergångsreglerna innehåller följande reglering:

Bestämmelserna i 14 § ska inte tillämpas. För stöd som lämnas under uppsägningstid ska vid tillämpning av 13 § bortses från sådan ersättning som utgår till arbetstagaren för att arbetsgivaren ska uppfylla 12 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

Denna reglering talar för synsättet att en överenskommelse om korttidsarbete inte fullt ut ska ha kontraktuella verkningar. Skrivningen i övergångsbestämmelserna och motiven i propositionen är långt ifrån klara. Den bedömningen får dock göras att avsikten med regleringen är att den korttidsarbetande arbetstagaren som sägs upp ska ha rätt till fulla förmåner under uppsägningstiden.

Om korttidsarbete har införts med stöd av kollektivavtal, avgör kollektivavtalets regler vad som ska hända med lönen under uppsägningstiden.

Sid 249

HD har avgjort en praktiskt viktig fråga – gäller som konkursansökningsdag enligt 2 kap 21 § KL dagen då den första konkursansökan har gjorts som ingår i en obruten kedja av konkursansökningar som förelegat fram till dagen för konkursbeslutet *eller* dagen då den första konkursansökan har gjorts som är inneliggande vid tidpunkten för konkursbeslutet?

NJA 2019 s. 826

Ett bolag försattes i konkurs den 8 mars visst år. Konkursansökan hade kommit in den 9 februari samma år. Vid tidpunkten för konkursbeslutet förelåg en annan konkursansökan som hade kommit in den 24 januari. Dessförinnan hade ett antal konkursansökningar givits in och efter återkallelse avskrivits. Den första av dessa konkursansökningar hade kommit in den 26 augusti året före. Det hade allt sedan den 26 augusti året före fram till konkursbeslutet den 8 mars förelegat en obruten kedja av konkursansökningar. Frågan i målet var hur bestämmelsen i 2 kap 21 § KL skulle tillämpas i den föreliggande situationen.

HD gjorde följande bedömning. Lagtexten talar för att konkursansökningarna måste vara samtidigt anhängiga vid konkursbeslutet för att beslutet ska anses ha grundats på den ansökan som kom in först. En sådan tolkning är även förenlig med lagmotiven. – HD bedömde att det skulle anses som att konkursbeslutet grundades på den ansökan som inkom den 24 januari. Tidigare konkursansökningar skulle inte beaktas.

HD har alltså konstaterat att bestämmelsen förutsätter att konkursansökningarna ligger inne samtidigt vid den tidpunkt då konkursbeslutet meddelas.

Sid 268

Hovrätten för Västra Sverige har bekräftat synsättet att en förlikning som tvisteslut förutsätter att det är en absolut och inte villkorad förlikning.

Hovrätten för Västra Sverige dom den 17 januari 2020 i mål T 3006-19

Parterna hade i samband med förhandlingar enligt MBL den 10 januari träffat en förlikningsöverenskommelse. Överenskommelsens giltighet var villkorad av att betalning skulle ske senast den 27 februari. Betalning skedde inte det datumet. Förhandlingarna återupptogs och avslutades – som det får förstås i enighet – den 7 mars. Arbetstagaren ansökte om arbetsgivarens försättning i konkurs den 16 mars. Frågan i målet var vilken dag – den 10 januari eller den 7 mars – som skulle betraktas som tvisteslut vid tillämpning av 12 § tredje stycket FRL.

Hovrätten gjorde följande bedömning. Det finns inget i utredningen som visar att parternas syfte skulle vara att förlänga tidsfristen för att ansöka om konkurs. Tvärtom ägde en konkursansökan rum kort tid efter avslutad förhandling. Parterna strävade efter att finna en lösning på tvisten. LGL har karaktär av social skyddslagstiftning. Det finns inga bärande skäl för att anse att tvisten slutligt lösts något annat datum än den 7 mars. – Lönegaranti beviljades.

Av domen framskymtar alltså att parterna i den slutliga förhandlingen bekräftade den tidigare träffade överenskommelsen. Hovrätten har inte ansett att detta förhållande påverkar vilken tidpunkt som ska anses som slutligt tvisteslut.

Sid 292

Med uttrycket pensionär menas numera en arbetstagare som har fyllt 68 år vid uppsägningstillfället.

Sid 322 och 325

I KonkursArbetsrätt har den slutsatsen dragits att en arbetstagare har en valrätt gällande vilka fordringar som ska betalas av lönegarantin. Synsättet har haft sin grund i att lönegarantin utgör en social skyddslagstiftning som gällande hanteringen faller under förvaltningsrättsliga principer. Den allmänna principen torde vara att om ingenting annat anges uttryckligt i lagen, kan en sökande genom utformningen av sin ansökan om en förmån styra vilken ersättning som ska betalas ut. Det skulle leda till en princip om valrätt för en arbetstagare. Ett sådant synsätt har även haft stöd i hovrättspraxis och myndighetstillämpning.

HD har nu i NJA 2020 s. 414, se vid sid 367, slagit fast att det inte föreligger någon sådan valrätt utan att lönegarantin i första hand ska omfatta förmånsberättigade fordringar. Enligt domen – som handlade om hur statens lönegarantiregress ska behandlas – bedömdes att lönegarantin i första hand ska omfatta förmånsrättsberättigade fordringar; alltså lönegaranti enligt 7 § LGL.

Eftersom frågan prövades inom ramen för hur lönegarantiregressen ska hanteras kom förvaltningsrättsliga principer inte upp till uttryckligt bedömande av HD. Det finns med hänsyn till dessa principer anledning att vara kritisk till det ställningstagande som HD kommit till. Synsättet leder till den märkliga situationen att om en arbetstagare skulle försöka utöva en valrätt, ska konkursförvaltaren avslå denna begäran med hänvisning till att arbetstagaren kan få en annan ersättning. Detta framstår med hänsyn till förvaltningsrättsliga principer som märkligt.

Slutsatsen måste dock vara att oavsett det berättigade i kritiken mot domen, är den princip som HD fastställt bindande även vid beslut om lönegaranti. En arbetstagare kan alltså inte välja att ta oprioriterad uppsägningslön av lönegarantin enligt 7 a § LGL för att hoppas på att kunna få utdelning på förmånsberättigade fordringar. Om en sådan framställan skulle göras ska den avslås av konkursförvaltaren.

Det är i viss mån oklart hur långt HDs ställningstagande sträcker sig. Man kan ställa frågan om principen endast ska gälla löpande lön eller om lönegarantin i första hand ska omfatta även exempelvis tvistiga anspråk och semesterförmåner enligt 12 § tredje respektive fjärde stycket FRL. Med hänsyn till HDs tydliga uttalanden får bedömningen göras att lönegarantin i första hand ska beviljas för alla sådana fordringar som har förmånsrätt och där lönegaranti utgår enligt 7 § LGL. Först därefter kan det bli aktuellt att bevilja lönegaranti för oprioriterad uppsägningslön enligt 7 a § LGL.

Inom ramen för 7 § LGL respektive 7 a § LGL måste det dock bedömas att arbetstagaren kan ha en valrätt gällande vilka fordringar som ska ersättas av garantin. För arbetstagaren är det typiskt sett förmånligast att lönegarantin utgår i första hand för de fordringar som intjänats först.

HDs ställningstagande och beslutsmotivering tar tydligt sikte endast på situationen vid konkurs. Vilken bedömning som ska göras i händelse av företagsrekonstruktion, se vid sid 454 nedan. Här har uttryckts att den huvudprincipen ska gälla att lönegarantin ska omfatta löneanspråk i takt med att de förfaller till betalning.

Sid 344

Enligt fastställda rutiner kräver länsstyrelserna numera att det ska finnas ett samordningsnummer för att utbetalning av lönegaranti ska ske. Konkursförvaltare har uppmanats att beakta detta.

Det är svårt att finna lagstöd för länsstyrelsernas inställning. I många situationer ska därtill svensk lönegaranti betalas till arbetstagare som befinner sig utomlands; och då det inte är möjligt att skaffa ett samordningsnummer.

En konkursförvaltare som inte får uppgift om samordningsnummer gör klokt i att fatta lönegarantibeslut ändå. Konkursförvaltaren vältrar då över ansvaret för en felaktig tillämpning på en annan myndighet.

Sid 367

Frågan har nu avgjorts av HD. HDs ställningstagande betyder att varje arbetstagare ska delas upp i vad som har uttryckts som två staplar, där staten har försteg framför arbetstagarens egen fordran i var och en av staplarna.

NJA 2020 s. 414

Ett bolag försattes i konkurs och lönegaranti betalades till arbetstagare. I bevakningsbefarandet bevakade skatteverket ett belopp motsvarande vad som hade betalats ut till arbetstagarna i lönegarantiersättning och någon anmärkning riktades inte mot bevakningen. Enligt konkursförvaltarens utdelningsförslag skulle staten ha rätt till utdelning i konkursen med en viss procentsats av den sammanlagda fordran avseende lönegarantiregress. Tingsrätten menade att staten inte hade bevakat regressfordringen med nå-

gon viss beräkning och att det saknades möjlighet att fastställa någon annan utdelning än vad konkursförvaltaren hade föreslagit. Hovrätten menade att konkursförvaltarens utdelningsförslag var korrekt och att staten inte skulle ha något försteg framför enskilda arbetstagare. HD hade att ta ställning till om staten skulle ha utdelning sett till det sammanlagda regresskravet eller om regresskravet skulle bedömas inom ramen för var och en av arbetstagarnas anspråk. I den senare frågan skulle HD i förekommande fall även ta ställning till hur statens försteg närmare skulle bedömas. Slutligen skulle HD ta ställning till om staten bevakat sin regressfordran på rätt sätt.

HD gjorde följande bedömning. Bestämmelsen i 28 § LGL kan inte förstås på annat sätt än att staten träder in i arbetstagarens ställe beträffande utbetalade garantibelopp. Staten har sålunda rätt till den utdelning som kan utfalla på den delen av arbetstagarens fordran.

När det gäller omfattningen av staten företrädesrätt har 12 a § FRL betydelse. Staten kan till följd av den bestämmelsen ha ett oprioriterat regresskrav som uppgår till relativt betydande belopp, samtidigt som arbetstagaren förlorar sin förmånsrätt när lönegarantiersättning betalas ut. Bestämmelsen i 28 § andra stycket LGL bör inte ges en tolkning som innebär att en arbetstagare hamnar i ett sämre ekonomiskt läge än om lönegarantiersättning inte hade funnits.

En arbetstagares fordran bör anses vara ersatt av garantin när arbetstagaren i konkursen sammantaget har fått ett belopp som motsvarar det som han eller hon skulle fått utan någon lönegaranti. Arbetstagaren kommer med en sådan ordning inte i ett sämre läge än om lönegarantin inte hade funnits.

Det måste anses som mindre väl förenligt med grundtankarna bakom konkursinstitutet att en arbetstagare ska ha en valrätt beträffande vilka fordringar som ska ersättas av lönegarantin. Lönegarantiersättning bör som princip i första hand avse fordringar med förmånsrätt.

– HD fann att staten skulle ha rätt till ytterligare utdelning med en beräkning inom ramen för var och en av arbetstagarnas anspråk samt att statens försteg skulle bedömas i anslutning till de gjorda uttalandena. HD fann vidare att staten hade bevakat sitt regresskrav på rätt sätt.

HD har alltså konstaterat att staten har ett sådant försteg. Det tillägget har dock gjorts att tillämpningen ska vara den att arbetstagaren inte ska bli missgynnad i förhållande till om ingen lönegaranti hade funnits.

HDs beslut får bedömas innebära att HD så att säga har gjort Skatteverkets ställningstagande ”Beräkning av utdelning i konkurs när lönegaranti utgått och arbetstagaren har oprioriterade lönefordringar som inte ersatts av lönegarantin” till en rättsnorm. Den princip gällande fördelningen som är uttryckt i Skatteverkets ställningstagandet innebär just att en arbetstagare inte ska bli missgynnad i förhållande till om någon lönegaranti inte skulle finnas. HD har inte uttryckligen hänvisat till ställningstagandet, vilket förmodligen sammanhänger med att även Skatteverket utgått från att en arbetstagare har en valrätt gällande vilka förmåner som ska beviljas av lönegarantin.

Sid 375

Statens rätt enligt entreprenörsansvarslagen

Om staten har infriat entreprenörsansvaret i lagen (2018:1472) om entreprenörsansvar i exempelvis huvudentreprenörens konkurs genom lönegaranti, aktualiseras frågan vilken rätt staten har mot arbetsgivaren och i dennes konkurs. Det skulle kunna argumenteras för att staten skulle ha förmånsrätt för regressanspråket. I den aktuella situationen handlar det rätteligen inte om en tillämpning av 28 § LGL. Statens anspråk stödjer sig på entreprenörsansvarslagen och den regressrätt som följer av denna. Staten skulle därmed kunna åberopa förmånsrätt med tillämpning av 3 § FRL; inte 12 § FRL.

Det föreligger här en skillnad i förhållande till sjöpanträtt och superförmånsrätt enligt 4 § FRL respektive 10 § första stycket fjärde punkten FRL, där förmånsrätten stödjer sig på särskild grund (se sid 366). De aktuella principerna vid solidariskt ansvar berättigar en arbetstagare till lönegaranti också i annan än arbetsgivarens konkurs. Staten å sin sida har genom lönegarantin infriat ett sådant anspråk som har förmånsrätt enligt 12 § FRL i huvudentreprenörens konkurs. Det får antas vara avsett att staten aldrig ska kunna åberopa förmånsrätt för sina anspråk i den beskrivna situationen.

Det får därmed bedömas att staten i den berörda situationen med hänsyn till den i 28 § LGL uttryckta principen inte kan åberopa förmånsrätt i arbetsgivarens konkurs.

Däremot kan huvudentreprenören – om denne inte är försatt i konkurs och har infriat entreprenörsansvaret – åberopa förmånsrätt i arbetsgivarens konkurs enligt 3 § FRL.

Sid 378

Staten har en skyldighet att bevaka sin lönegarantiregress. Något krav på att staten ska göra en beräkning som motsvarar principen om två staplar finns inte (se vid sid 367). Detta har HD konstaterat i NJA 2020 s. 414. Det är alltså konkursförvaltarens sak att i utdelningsförslaget göra den aktuella beräkningen. Däremot måste staten vara skyldig att lämna sådan information att beräkningen kan utföras.

Sid 392

När det gäller startdatum för rätten till lönegaranti har denna i lagtexten angivits med utgångspunkt i ansökan om företagsrekonstruktion. Frågan om utgångspunkten kan vara någon annan dag har besvarats av en hovrätt.

Gotha hovrätt dom den 16 april 2020 i mål T 3459-19

Det beslutades om företagsrekonstruktion för ett bolag den 17 augusti. Företagsrekonstruktionen upphörde den 7 september och den 25 september försattes bolaget i konkurs. En konkursansökan hade givits in mot bolaget redan den 5 juli. Frågan i målet var om denna konkursansökan skulle ha någon betydelse för rätten till lönegaranti vid företagsrekonstruktionen.

Tingsrätten, i vars bedömning hovrätten instämde, uttalade följande. Principen för att bestämma rätten till lönegaranti vid företagsrekonstruktion utgår från hur förhållandena hade tett sig om arbetsgivaren hade försatts i konkurs i stället. Lönegaranti ska utgå för lön eller annan ersättning som intjänats tre månader före ansökan om företagsrekonstruktion gavs in till tingsrätten. Det framgår inte att rekonstruktören kan välja att istället för dagen för ansökan om företagsrekonstruktion istället utgå från dagen för en konkursansökan. Inte heller bestämmelsen i 12 § första stycket 5 punkten FRL ger stöd för en sådan tillämpning. – Arbetstagarens anspråk på lönegaranti för löneanspråk avseende tiden tidigare än tre månader före ansökan om företagsrekonstruktion avslogs.

Hovrättens ställningstagande överensstämmer med lagtexten avseende hur rätten till lönegaranti vid en företagsrekonstruktion ska bestämmas. Man bör notera att arbetstagaren i den påföljande konkursen givetvis kan ha rätt till lönegaranti med utgångspunkt i dagen för konkursansökan.

Sid 492

Enligt fastställda rutiner kräver länsstyrelserna numera att det ska finnas ett samordningsnummer för att utbetalning av lönegaranti ska ske. När det gäller denna fråga hänvisas till vad som anges vid sid 344.

Sid 453

Det finns sannolikt en slutpunkt för betalning av lönegaranti – se vid sid 496-505.

Sid 454

HD har i avgörandet NJA 2020 s. 414 slagit fast att statens lönegarantiregress vid konkurs ska bestämmas så att staten träder in i var och en av arbetstagarnas rätt mot konkursgäldenären. Arbetstagaren ska dock inte erhålla sämre utdelning jämfört med om lönegarantin inte hade funnits (lönegarantiregressen ska tillämpas med två staplar per arbetstagare). HD har i avgörandet även slagit fast att arbetstagaren inte har någon valrätt och att lönegarantin vid en konkurs ska täcka i första hand lönefordringar som har förmånsrätt.

HDs avgörande får bedömas ta sikte på situationen vid konkurs. HDs avgörande får anses bekräfta huvudprincipen i Skatteverkets ställningstagande ”Beräkning av utdelning i konkurs när lönegaranti utgått och arbetstagaren har oprioriterade lönefordringar som inte ersatts av lönegarantin” och så att säga ha gjort det till en rättsnorm.

Domen har sin grund i hur statens regress är beskaffad vid konkurs samt det faktum att arbetstagaren genom förmånsrätt omedelbart kan påverka andra borgenärs utdelning. Vid en företagsrekonstruktion gäller andra principer för statens regress. Detta med avseende på dels att vissa lönefordringar anses ha uppkommit efter den kritiska tidpunkten (HFD 2016 ref. 62), dels att staten räknas som en borgenär med avseende på all utbetald lönegaranti (jfr NJA 2020 s. 414, där ett motsvarande synsätt alltså inte godtogs vid konkurs). Hur förmånsrätten är beskaffad vid ett of-

fentligt ackord och i en eventuellt efterföljande konkurs följer av särskilda principer (se sid 477 ff och sid 516 f).

I KonkursArbetsrätt har angivits att tillämpningen vid en företagsrekonstruktion blir annorlunda än vid en konkurs (sid 453-454). Lönegarantin kommer att ersätta lönefordringar i takt med att de förfaller till betalning. Detta hänger samman med att det i en företagsrekonstruktion normalt inte blir någon total slutreglering av anställningsförhållandet. En potentiell reservation har gjorts beträffande uppsagda arbetstagare, där det ju blir fråga om en sådan slutreglering.

Med hänsyn till de skilda rättsverkningarna vid en konkurs i förhållande till vid en företagsrekonstruktion, synes NJA 2020 s. 414 – med tanke på beslutsskäl – i stort saknar betydelse för lönegarantiregressen vid en företagsrekonstruktion.

Det förhåller sig annorlunda när det kommer till frågan om en arbetstagares valrätt. Den bedömning som har uttryckts i KonkursArbetsrätt har – med stöd av vissa hovrättsavgöranden och myndighetspraxis – gjorts mot bakgrunden att en sådan valrätt synes följa av förvaltningsrättsliga principer. Om en enskild tillerkänns en förmån och det inte är klart utsagt hur förmånen ska falla ut, kan den enskilde genom utformningen av sin ansökan om förmånen styra tillämpningen. Detta synsätt har alltså inte godtagits av HD i konkursfallet. HDs ställningstagande att en arbetstagare saknar valrätt får som någon form av huvudregel bedömas följa med in i företagsrekonstruktionen.

Rättsläget får bedömas oklart, men följande princip framstår som lämplig. Vid en företagsrekonstruktion finns det ingen förmånsrätt att beakta på motsvarande sätt som vid en konkurs. En arbetstagare får sålunda anses sakna valrätt beträffande vilka fordringar som ska betalas av lönegarantin. Detta leder till att lönegarantin lämpligen bör ersätta lönefordringarna i takt med att de kan göras gällande av arbetstagaren; alltså i takt med att de förfaller till betalning. I annat fall skulle arbetsgivaren principiellt bryta mot anställningsavtalet, genom att inte betala ut förfallen lön.

När det gäller arbetstagare som har sagts upp och arbetsbefriats; och där lönegarantin alltså utgör en slutreglering av anställningsförhållandet, bör semesterförmånerna behandlas annorlunda. På motsvarande sätt som vid konkurs bör semesterförmånerna beräknas löpande, som ett påslag på lönen för varje löneperiod. Då uppstår det för dessa arbetstagare en tydlig slutpunkt för lönegarantirätten. Ett sådant synsätt rimmar väl med hur de databaserade beslutssystemen är utformade.

När det vidare gäller rekommendationer avseende rekonstruktörens lönegarantibeslut hänvisas till vad som anges vid sid 496-505.

Sid 474

AD har nu tagit ställning till ett offentligt ackords verkningar i en lite annorlunda situation. I domen bekräftar AD de huvudprinciper för fordrans uppkomst och vilka fordringar som omfattas av ett offentligt ackord som har uttryckts i rättsfall och i litteraturen.

AD 2019 nr 22

Sju arbetstagare anställda hos olika bolag i en mediekoncern träffade avtal med sina respektive arbetsgivare om att anställningarna skulle upphöra. Ersättningsperioden för arbetstagarna omfattade mellan 8-16 månader. Avtalen var konstruerade antingen så att anställningen upphörde vid viss tidpunkt varefter arbetstagaren under en ytterligare tid hade rätt till avgångsvederlag eller att anställningen bestod under hela den tid varunder ersättning skulle utbetalas. Det förelåg ingen arbetsplikt för arbetstagarna men de var skyldiga att avhålla sig från konkurrerande verksamhet under den period som lönen eller avgångsvederlaget avsåg. Efter att avtalen träffats beslutades om företagsrekonstruktion och det beslutades om offentligt ackord. Frågan var om ersättningarna omfattades av det offentliga ackordet.

Arbetsdomstolen uttalade följande: De aktuella fordringarna omfattas inte av förmånsrätt. Arbetstagares fordran på lön eller annan ersättning för arbete som grundas på ett avtal som träffats före ansökan av företagsrekonstruktion (den kritiska tidpunkten) anses ha uppkommit före den kritiska tidpunkten och omfattas därför av ackordet även om fordran förfallit till betalning därefter. Om arbetstagaren efter denna tidpunkt utför arbete utan att få full betalning omfattas denna del av fordran inte av ackordet. En arbetsgivare kan som en utgångspunkt inte anses ha tillgodogjort sig arbetstagarens kvarvarande förpliktelser, exempelvis att avhålla sig från att konkurrera, redan genom att arbetstagaren på grund av avtal har en sådan skyldighet. Situationen skulle kunna bedömas annorlunda om en arbetstagare meddelar rekonstruktionsskulderna att han eller hon inte anser sig skyldig att följa ett konkurrensförbud utan full betalning och rekonstruktionsskulderna då kräver att arbetstagarens fortsatt ska iakttä förbudet. Beträffande vissa av arbetstagarna gjorde Arbetsdomstolen särskilda bedömningar enligt följande.

- Att en arbetstagare utfört arbete till viss del under företagsrekonstruktionen och erhållit betalning för detta, innebär inte att resterande lönefordringar anses ha uppkommit efter den kritiska tidpunkten.

- Att en arbetstagare har semester förlagd efter den kritiska tidpunkten innebär inte att denne kan anses stå till förfogande för att utföra arbete under rekonstruktionen.

- Ett avtal hade träffats under företagsrekonstruktionen om att senarelägga sista anställningsdagen. Eftersom syftet med överenskommelsen inte har varit att arbetsgivaren skulle åta sig någon ny förpliktelse är det inte frågan om ett nytt avtal som har träffats efter den kritiska tidpunkten.

- Att en arbetstagare deltagit vid vissa styrelsemöten innebär inte att arbetstagaren kan anses ha stått till förfogande för arbete under hela den period som ersättningen avser.

- Av ADs ställningstagande framgår vidare att det offentliga ackordet i den berörda situationen omfattar även ersättningar som belöper på tiden efter att företagsrekonstruktionen har upphört.

Situationen i målet är annorlunda än normalt, eftersom de avtal som var ifråga rätteligen inte var anställningsavtal. Det fordringar som stod mot varandra var inte arbete mot lön, utan vissa lojalitetsförpliktelser mot lön. AD har sålunda även i denna situation principiellt ansett att det avgörande vid bedömande om fordringarna skulle omfattas av det offentliga ackordet var om arbete har utförts eller inte.

Ställningstagandet synes innebära att AD ansett att avgångsavtalen hade sådan samhörighet med anställningsavtalen att den typiska prestationen fick anses vara arbete. AD antyder också att situationen kan bedömas annorlunda om en arbets-

tagare tydliggör att denne vill se avgångsavtalet som ett särskilt avtal med andra förpliktelser. Ett sådan klargörande från arbetstagarens sida skulle då innebära att om lön inte betalas, skulle lojalitetsförpliktelserna upphöra.

Avgångsersättningen avsåg till viss del tid efter företagsrekonstruktionens upphörande. Det får i den aktuella situationen anses naturligt att det offentliga ackordet omfattar också sådana delar av ersättningen. Det rör sig ju om en slutreglering av anställningsförhållandet – en penningfordran – där arbetstagaren inte ska utföra något ytterligare arbete.

Sid 475

Vid en företagsrekonstruktion kan det uppstå praktiska frågor gällande personalstyrkan. En inte ovanlig situation är att arbetstagare blivit uppsagda och arbetsbefriade före företagsrekonstruktionen. Under företagsrekonstruktionen önskar dock gäldenären att arbetstagarna ska återgå i arbete.

Som har uttalats (se sid 152) bör ett företags besked om arbetsbefrielse vara bindande. Företaget kan inte ensidigt häva arbetsbefrielsen och påkalla arbete. Om den anställda går med på att arbeta är detta dock arbetsrättsligt invändningsfritt. Avtalet om upphörande av arbetsbefrielse bör inte betraktas som ett nytt avtal i insolvensrättslig mening, eftersom arbetsgivaren inte ikläder sig några nya förpliktelser. Lönegaranti kan därmed betalas. Situationen kommer därmed att påminna om ”Hopp mellan konkursbolön och lönegaranti” (se sid 152).

En som det kan tyckas snarlik fråga är vad som händer om företaget vill ta tillbaka uppsägningar.

En sådan rättshandling – som inte kan göras ensidigt och kräver arbetstagarens samtycke – bör betraktas som ett nytt avtal. Eftersom det rör sig om åtagande av nya skulder, krävs rätteligen rekonstruktörens godkännande (2 kap 15 § FrekL). Den nya anställningen har träffats efter den kritiska tidpunkten och lönefordringarna omfattas därmed inte av ett ackord och berättigar inte till lönegaranti vid företagsrekonstruktionen. Om rekonstruktören får anses ha godkänt avtalet, har fordringarna superförmånsrätt i en efterföljande konkurs.

Sid 477

Det kan här nämnas att Det första synsättet numera har direkt stöd i Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 (Rekonstruktions- och insolvensdirektivet). Rekonstruktions- och insolvensdirektivet ska vara infört i lagstiftningen senast den 17 juli 2021.

En grundläggande tanke i Rekonstruktions- och insolvensdirektivet är testet om borgenärs bästa intresse enligt artikel 2 (1) (6). Enligt testet ska intresset anses uppfyllt om ”ingen borgenär som inte samtycker till en rekonstruktionsplan skulle få en sämre ställning enligt rekonstruktionsplanen än denne borgenär skulle få om

den enligt nationell rätt normala rangordning för prioritering av fordringar i en likvidation tillämpades [...]”.

Med likvidation i den berörda artikeln avses ett insolvensförfarande som är inriktat på likvidation; för svensk del konkurs. Testet om borgenärers bästa intresse motiveras närmare i punkterna 52-54 i preambeln.

Den i artikel 2 (1) (6) anförda principen har betydelse i ett antal avseenden. Så exempelvis avseende möjligheten att tvångsvis fastställa en så kallad ”cram down” (tvångsackord) enligt artikel 10 (2) (d) och värdering enligt artikel 14.

Den princip som sålunda framgår av Rekonstruktions- och insolvensdirektivet är att jämförelsen vid beslut om tvångsackord ska göras med utgångspunkt i vad borgenären skulle erhålla vid ett konkursförfarande enligt nationell rätt. En borgenär ska alltså inte bli sämre behandlad vid ett offentligt ackord i jämförelse med vad denne skulle erhålla vid alternativet konkurs. Principen om borgenärers bästa intresse motsvarar Det första synsättet.

Tiden för införlivande av Rekonstruktions- och insolvensdirektivet har sålunda ännu inte gått ut och reglerna är ännu inte gällande svensk rätt. Den princip om borgenärers bästa intresse som uttrycks i direktivet får dock anses vara en sådan allmän princip som bör vara styrande om ingenting annat uttryckligt har angivits i lag; särskilt som principen snart kommer att utgöra gällande lag.

Sid 484

Sammanfattning: Förmånsrätt för lönefordringar

När det gäller den senare tidpunkten – fastställande av det offentliga ackordet – bör utgångspunkten alltså vara den dag tingsrätten fattar beslut om fastställande av det offentliga ackordet; inte den dag beslutet om fastställande vinner laga kraft. Härigenom uppnås parallellitet i förhållande till den uttryckligt reglerade förmånsrätten vid konkurs. Denna tar sin utgångspunkt i den dag ett beslut om konkurs fattas; inte den dag konkursbeslutet vinner laga kraft.

Med detta synsätt omfattar därmed löneförmånsrätten i samband med ett offentligt ackord – när ingen konkursansökan har givits in och där intjänandeprincipen är tillämplig – följande tidsperiod:

- lönefordringar som har intjänats under de senaste tre månaderna innan antagande av ett ackordsförslag,
- lönefordringar som har intjänats under tiden mellan antagande av ett ackordsförslag och tingsrättens beslut om fastställande av detsamma samt
- lönefordringar som löper på tiden inom en månad från tingsrättens beslut om fastställande av det offentliga ackordet.

Sid 489

I AD 2019 nr 22 ansågs ackordet omfatta fordringar som belöpte på tid efter företagsrekonstruktionens upphörande. Vad som kvarstod av rättsförhållandet var dock

väsentligen endast en penningfordran för arbetstagaren. Rättsfallet påverkar därmed inte de principer som diskuteras.

Sid 496-505

Det har konstaterats att en rad frågor kring beslutsgången avseende lönegaranti vid företagsrekonstruktion är oklara. De frågor som har ställts och de förslag till tillämpning som har lämnats, har till viss del besvarats av HD. Till den del HD direkt besvarat frågorna måste texten anpassas. Därtill har HD gjort allmänna uttalanden som i flera avseenden bör anses vägledande för hur tillämpningen ska ske och föranleda anpassning i texten.

NJA 2020 s. 227

Det hade beslutats om företagsrekonstruktion i ett bolag den 13 april. Företagsrekonstruktionen upphörde den 4 maj samma år. Bolaget försattes därefter i konkurs den 14 juni. En arbetstagare anmälde den 5 maj, alltså dagen efter att företagsrekonstruktionen hade upphört, anspråk på lönegaranti i företagsrekonstruktionen. Anspåken avsåg semesterförmåner som förfallit till betalning och framgick av ett avslutsavtal daterat den 31 januari mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. HD hade att ta ställning till dels om ett krav på lönegaranti måste ha framställts under den tid som företagsrekonstruktionen pågår, dels om en rekonstruktör är behörig att fatta beslut i frågor om lönegaranti efter det att företagsrekonstruktionen har upphört.

HD gjorde följande bedömning. Av ordalydelsen i 1 § LGL framgår att lönegarantirätten är kopplad till en arbetsgivare som är föremål för företagsrekonstruktion. Någon rätt till lönegaranti finns varken före eller efter rekonstruktionsperioden. Ett anspråk på lönegarantiersättning måste alltså framställas till rekonstruktören under företagsrekonstruktionen. Det finns dock inget krav på att betalning måste ske under rekonstruktionsperioden. – Rekonstruktörens hantering av lönegarantifrågor utgör myndighetsutövning. Om rekonstruktörens behörighet att fatta beslut i lönegarantifrågor skulle utsläckas i och med att företagsrekonstruktionen upphör skulle detta innebära att ett anspråk på lönegaranti inte kan prövas av någon. Rekonstruktörens behörighet att hantera lönegarantifrågor utsläcks inte trots att företagsrekonstruktionen och därmed rekonstruktörens uppdrag i sig har upphört.

HD fann sålunda att rekonstruktören var skyldig att fatta beslut i lönegarantifrågan, men att arbetstagaren till följd av att denne framställt anspråk på lönegaranti för sent saknade sådan lönegarantirätt.

HD har därmed bekräftat att rekonstruktören som myndighet inte upphör i och med att företagsrekonstruktionen avslutas. Kvarliggande frågor – som avräkning från beslutad lönegaranti och ställningstaganden till anmälda anspråk – ska göras även efter att rekonstruktionen har upphört.

HD har vidare ansett att lönegarantirätten prekluderas i och med att företagsrekonstruktionen upphör. Anspråk som görs senare än så omfattas inte av lönegarantirätten.

I denna del bör uppmärksammas att det normalt inte finns någon skyldighet för en arbetstagare att framställa anspråk på lönegaranti – lika lite som det finns en skyldighet att framställa anspråk på lön. I just den nu beskrivna situationen har HD dock läst in en tyst skyldighet att göra en framställan om lönegaranti. HD talar just

om "framställa anspråk på lönegaranti". Det synes alltså inte räcka med att rekonstruktören i och för sig känner till arbetstagarens fordran, utan det krävs att arbetstagaren gör en särskild anmälan om utbetalning.

I denna del bör dock uppmärksammas den situation som förevar i målet. Det rörde sig tydligen inte om en arbetstagare som fanns på plats vid företaget och därmed borde vara känd, utan om en arbetstagare vars anställning avslutats. Det får anses rimligt att utgå från att det endast är i sådana situationer som en arbetstagare har en skyldighet att framställa anspråk på lönegarantiersättning.

HD har angivit att betalning inte måste ske under rekonstruktionsperioden. I detta ligger att beslut om lönegaranti som ännu inte har verkställts, kan verkställas efter att rekonstruktionen har upphört.

HD har dock inte tagit ställning till vad som gäller för anspråk som förfaller långt i framtiden; exempelvis semesterförmåner.

Det nu sagda har betydelse för de förslag till hantering som föreslås i KonkursArbetsrätt gällande dels slutpunkt för lönegarantirätten och dels samordningen mellan en rekonstruktör och en därefter tillträdande konkursförvaltare.

Det har i KonkursArbetsrätt konstaterats att det inte finns någon uttrycklig slutpunkt för lönegarantin och att detta ger märkliga resultat. HD har inte uttryckligt besvarat denna fråga – den var inte aktuell i målet. Däremot har HD som en utgångspunkt för sin bedömning angivit följande: "Någon rätt till lönegaranti finns alltså varken före eller efter rekonstruktionsperioden".

HD har därtill just beträffande lönegaranti vid företagsrekonstruktion uttalat att det i vart fall i vissa situationer ska föreligga en framställan om lönegaranti före upphörandet för att lönegaranti ska bli aktuellt. Ovan har uttryckts tveksamhet om detta ska gälla i alla situationer – exempelvis beträffande arbetstagare som uppbär löpande lönegaranti och vars anspråk är kända. Detta ställningstagande kan dock tas till stöd för att rekonstruktören – till skillnad från konkursförvaltaren vid konkurs – inte bör besluta om samtliga fordringar som kan omfattas av en rätt till lönegaranti – exempelvis framtida semesterförmåner. Med en sådan tillämpning kommer det normalt inte att bli aktuellt med lönegarantibetalningar långt efter att företagsrekonstruktionen har upphört. I de undantagsfall där en arbetstagare har gjort en framställan om lönegaranti under företagsrekonstruktionen, har HD inte lämnat något uttryckligt svar på om det finns någon slutpunkt för lönegarantin.

Även om det inte finns någon uttrycklig regel i frågan och HD inte uttryckligt besvarar den, ligger det i linje med HDs ställningstagande att anspråken måste vara aktuella i anslutning till företagsrekonstruktionen för att lönegaranti ska kunna betalas. Ändamålsskäl talar emot att anspråk som är intjänade vid tidpunkten för företagsrekonstruktionen, men ska betalas långt senare, skulle omfattas av en lönegarantirätt. På denna punkt föreligger det dock alltså en oklarhet om hur avgränsningen ska ske.

Parallellt med synsättet att rekonstruktören inte direkt bör fatta beslut om alla fordringar som kan omfattas av en lönegarantirätt, faller också behovet att reglera någon funktionsfördelning mellan rekonstruktören och konkursförvaltaren i de fall

en arbetstagares anspråk avser en sådan period där lönegaranti kan betalas såväl vid företagsrekonstruktionen som i en efterföljande konkurs. Den praktiska effekten blir att konkursförvaltarens mandet avgörs av de beslut som rekonstruktören har fattat.

Vad som nu har sagts leder till följande ställningstaganden och rekommendationer.

Normalt har rekonstruktören fattat beslut om lönegaranti avseende en arbetsbefriad arbetstagares hela uppsägningstid, inklusive semesterförmåner. På denna punkt bör den hittills tillämpade ordningen fortsätta tillämpas. Ett sådant beslut får alltså bedömas ha giltighet även efter att rekonstruktionen har upphört.

Om rekonstruktören inte skulle ha fattat något sådant beslut under företagsrekonstruktionen, kan man som en allmän princip anse att i vart fall löpande uppsägningslön som belöper under den tid en företagsrekonstruktion pågår – och alltså tjänas in under företagsrekonstruktionen – borde omfattas av lönegarantin vid företagsrekonstruktionen. Rekonstruktören bör då efter företagsrekonstruktionen fatta sådana beslut.

Rekonstruktören bör vid sidan av uppsägningslön till arbetsbefriade arbetstagare i övrigt inte fatta beslut om förmåner som inte är aktuella under företagsrekonstruktionen – exempelvis framtida semesterlön.

Om rekonstruktören – i strid mot den rekommendation som har lämnats ovan – skulle fatta beslut om alla lönefordringar som kan omfattas av en lönegarantirätt, synes den kompetensfördelning som beskrivs på sid 504 gälla.

Slutligen kan man undra vad principen om rekonstruktörens skyldighet att fatta beslut i lönegarantifrågor betyder för dennes rätt till arvode. Typiskt sett får situationen ses som att rekonstruktörens uppdrag för rekonstruktionsgäldenären till följd av lag fortsätter – med en fortsatt rätt till betalning avseende arbetet med lönegarantin. Om rekonstruktionsgäldenären skulle försättas i konkurs, blir situationen dock komplicerad. Mycket talar för att staten i denna situation får ett ansvar för det arbete rekonstruktören till följd av lag är skyldig att utföra.