



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Monica Chmiel Mejborn

Fingerad arbetsbrist

Om skyddet i LAS mot obefogade uppsägningar vid
verksamhetsförändringar och godtyckliga verksamhetsbeslut

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Per Norberg

Arbetsrätt

Vt 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	4
1.2 Avgränsningar och begrepp	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition	6
2 ANSTÄLLNINGSSKYDDET	7
2.1 Saklig grund	9
2.1.1 Omplaceringsskyldighet	9
2.2 Personliga skäl	10
2.3 Arbetsbrist	11
2.3.1 Allmänt om arbetsbrist	11
2.3.2 Turordning & tillräckliga kvalifikationer	12
2.4 Rättsföljder	14
3 FINGERAD ARBETSBRIST	16
3.1 Bevisbördan	17
3.1.1 Sannolika skäl	19
3.1.2 Krav på arbetsgivarens motbevisning	24
3.2 Splittrad motivbild	31
3.3 Fall där fingerad arbetsbrist förelegat	33
3.4 Sammanfattning	35
4 TURORDNINGEN	38
4.1 Tillräckliga kvalifikationer	38
4.2 Förändrade kvalifikationskrav	39
4.3 Arbetsgivarens utbildningsansvar	42
4.4 Ogiltigförklaring	45

4.5 Sammanfattning	46
5 AVSLUTANDE DISKUSSION	47
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	50

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar ämnet fingerad arbetsbrist vid verksamhetsförändringar. Med fingerad arbetsbrist avses de situationer då en arbetsgivare säger upp en arbetstagare p.g.a. arbetsbrist fastän den verkliga grunden för uppsägning är hänförlig till arbetstagaren personligen. Orsaken till att en arbetsgivare väljer denna väg är att en uppsägning alltid måste vara sakligt grundad och till skillnad från personliga skäl är arbetsbrist per definition saklig grund för uppsägning. Detta innebär att AD inte gör någon prövning av om arbetsbrist faktiskt föreligger. Även i förarbetena till LAS förutsågs att detta skulle kunna leda till att arbetsgivare missbrukade arbetsbristbegreppet och därför angavs att en arbetstagare skulle kunna få den verkliga grunden prövad. För att en arbetstagare som anser att uppsägningen är obefogad ändå ska kunna få den verkliga grunden prövad har det i praxis utarbetats en särskild fördelning av bevisbördan. Den delade bevisbördan innebär att arbetstagaren ska visa sannolika skäl för att uppsägningen är hänförlig till arbetstagaren personligen. Har arbetstagare gjort sannolikt att det förhåller sig på det sättet är det arbetsgivaren som i sin tur ska visa arbetsbristen. Enligt AD räcker det med att arbetsgivaren visar att det rör sig om en verklig förändring för att arbetsbrist ska anses vara för handen. Skulle en domstol komma fram till att det vid en uppsägning föreligger en splittrad motivbild, d.v.s. *både* arbetsbrist och personliga skäl ges arbetsbristen, enligt praxis, alltid företräde. Då arbetsgivarens verksamhetsledningsrätt i princip är obegränsad innebär detta att möjligheten att få den verkliga grunden prövad är obefintlig.

Arbetstagarens resterande skydd i LAS mot obefogade uppsägningar utgörs därefter av turordningsreglerna. Dessa blir aktuella när det är fråga om en omplaceringssituation och innebär att senioritetsprincipen kombineras med ett krav på tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning. Även här finns en möjlighet för arbetsgivaren att styra arbetsbristen genom att organisera om verksamheten så att en arbetstagare kommer att sakna den efterfrågade kompetensen. Enligt praxis finns ett visst ansvar för inskolning till en tjänst då en arbetstagare har de allmänna kvalifikationerna som krävs för tjänsten. Arbetsgivarens ansvar är dock inte långtgående då det inte föreligger någon skyldighet att förutse kommande förändringar i verksamheten. Inte heller finns något krav på att arbetsgivaren, genom kompetensutveckling, sørjer för att arbetstagarna är tillräckligt kvalificerade för andra befattningar inom företaget.

Utifrån förarbetenas uttalande och skillnaden i lagens tillämpning i praxis finns det ett klart behov av att stärka arbetstagarens anställningsskydd vid obefogade uppsägningar. Det har i debatten förts fram flera förslag på lösningar och vilken effekt de skulle få. Att utsätta arbetsbristen för en saklig grund prövning skulle otvivelaktigt stärka arbetstagarens ställning men då detta medför en inskränkning i den nu fria verksamhetsledningsrätten är denna utveckling inte realistisk. En mer

framkomlig väg är istället att införa ett vidareutbildningsansvar för arbetsgivaren, vilket skulle medföra ett ansvar för att i någon mån förutse verksamhetens behov. Detta skulle även innebära ett steg på vägen mot införandet av krav på sakliga arbetsledningsbeslut.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Ds	Departementsserien
EDA	Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning
FML	Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
FUDA	Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder
JämL	Jämställdhetslag (1991:433)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Regieringens (resp Kungl Maj:ts) proposition
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen (sedan 2001 Svenskt Näringsliv)
SEDA	Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.
SOU	Statens Offentliga Utredningar

1 Inledning

Från arbetsgivarhåll talas det å ena sidan om att anställningsskyddet i Sverige är så starkt att det utgör ett hinder mot tillväxt. Från arbetstagarhåll å andra sidan talas det om att det är för lätt att säga upp och att uppsägningar är mycket billigare i Sverige än på andra håll i den industrialiserade världen.

En viktig orsak till dessa diametralt motsatta uppfattningar är att anställningsskyddet är delat i två delar arbetsbrist och personliga skäl. Regleringen kring uppsägning av personliga skäl är strikt medan arbetsgivaren har stor handlingsfrihet om uppsägningen istället vidtas p.g.a. arbetsbrist. En uppsägning måste alltid hänföras till någon av dessa två grunder. Inte sällan anser en arbetstagarare att det verkliga skälet till att just han eller hon blir uppsagd beror på något som är kopplat till dennes person och inte till en eventuell arbetsbrist. En uppsägning som arbetsgivaren klassificerar som arbetsbrist men som i själva verket är hänförlig till arbetstagararen personligen brukar betecknas som fingerad arbetsbrist. De personliga skälen kan bl.a. vara en konflikt med arbetsgivaren, för låg beläggning, för hög lön, ett fackligt förtroendeuppdrag eller någon diskrimineringsgrund. Ett grundläggande skydd mot obefogade uppsägningar finns i LAS men även i olika "sidolagar", såsom bl.a. föräldraledighetslagen och förtroendemannalagen (FML). Med EG-rätten har vi också fått en omfattande diskrimineringslagstiftning. Denna består i dagsläget av fyra olika lagar som förbjuder diskriminering p.g.a. kön (JämL), etnisk bakgrund (EDA), funktionshinder (FUDA) och sexuell läggning (SEDA). Detta innebär att vi trots den svenska modellens tradition av ringa lagreglering till förmån för avtalslösningar fått en, åtminstone kvantitativ, ökning av anställningsskyddets reglering. Trots detta har det från många håll förts fram att lagstiftningen inte ger tillräckligt skydd mot obefogade uppsägningar och att obekväma arbetstagarare med längre anställningstid ofta "slinker med" vid arbetsbristuppsägningar.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att redogöra för i vilken utsträckning, med utgångspunkt från LAS, en arbetstagarare kan hävda att arbetsbristen är fingerad. Invändningar mot en uppsägning kan antingen göras med hänvisning till att saklig grund inte föreligger eller att den strider mot turordningsreglerna. Den första frågan som då uppkommer är om LAS kan anses ge ett tillräckligt skydd mot obefogade uppsägningar då arbetsgivaren i kraft av sin verksamhetsledningsrätt vidtar arbetsbristuppsägningar? I anslutning härtill blir den andra frågan om en arbetsgivare kan organisera bort en viss arbetstagarare? För de fall arbetsbrist anses föreligga och turordningsreglerna blir tillämpliga blir den tredje frågan om en arbetsgivare även kan förändra kvalifikationskraven så att en arbetstagarare inte längre anses besitta tillräckliga kvalifikationer och på så sätt styra arbetsbristen till

önskad arbetstagare. För de fall en arbetsgivare har möjlighet att förändra kvalifikationskraven blir den fjärde och sista frågan vilken skyldighet en arbetsgivare har för att sörja för arbetstagarens kvalifikationer.

1.2 Avgränsningar och begrepp

Att göra en fullständig redogörelse av alla de fall som anknyter till begreppet fingerad arbetsbrist låter sig inte göras inom ramen för detta arbete. Jag kommer här bara att beröra de fall som är kopplade till arbetsgivarens förändringar av verksamheten. Uppsatsens titel hänvisar till LAS och det är också denna lag som behandlas. Som sagts ovan finns det en omfattande ”sidolagstiftning” men jag kommer med ett undantag inte att beröra dem närmare. Den lag som kommer att beröras är FUDA. Anledningen härtill är att det nyligen kom ett avgörande från AD där både LAS och FUDA åberopades av arbetstagersidan i bestridandet av uppsägningen.

Jag kommer inte heller att gå in på den mycket omfattande kollektivavtalsregleringen som finns på området även om den i stor utsträckning påverkar bedömningen av turordningsreglerna, både genom möjligheten att träffa avtalsturlistor och framförallt på det statliga området genom upprättandet av turordningskretsar. Anledningen till avgränsningen är att kollektivavtalsregleringen i ringa omfattning påverkar bedömningen av begreppet saklig grund och arbetsgivarens verksamhetsledningsrätt som framförallt är föremål för uppsatsen.

Slutligen har jag även utelämnat den del i praxis som tar sikte på hur en sänkning av en arbetstagers lön ska kategoriseras. Ett flertal mål har varit uppe till prövning där arbetstagen inte har medgivit lönesänkning varvid arbetsgivaren sagt upp med hänvisning till arbetsbrist. Anledningen till att jag har bortsett från detta område är att AD har utformat en ganska detaljerad praxis som talar om när en lönesänkning är hänförlig till arbetsbrist och när den är hänförlig till arbetstagen personligen. Praxis i denna del har inte setts som fingerad arbetsbrist då parterna oftast inte är oense om själva orsaken till uppsägningen utan endast om hur den ska klassificeras.

Ett begrepp som används återkommande i uppsatsen är ”splittrad motivbild”. Begreppet avser de fall då en uppsägning är hänförlig både till personliga skäl och arbetsbrist. Den första gången jag har sett att begreppet används är i Ds 2002:56 *Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv*.

1.3 Metod och material

Jag använder mig av klassisk rättsdogmatisk metod, då jag beskriver gällande rätt.

Materialet till uppsatsen består av lagar, förarbetena, rättspraxis och doktrin. Av förarbetena är det framförallt propositionerna till de båda anställningsskyddslagarna som har använts. Då det i dessa uttalas att det måste överlämnas åt domstolen att utveckla rättstillämpningen på detta område, för att följa med samhällsutvecklingen, innebär detta att rättspraxis får en stor betydelse för detta arbete. Därutöver har även DS 2002:56 *Hållfast arbete för ett föränderligt arbetsliv* behandlat frågan om fingerad arbetsbrist.

När det gäller doktrinen är det, förutom Lunnings och Toijers *Anställningsskydd*, framförallt Callemans avhandling *Turordning vid uppsägning* och Glavås avhandling *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* som utgjort en stor del av materialet till denna uppsats.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel 2 med en kort historik över anställningsskyddets utveckling och anställningsskyddslagens tillkomst med dess införande av kravet på saklig grund vid uppsägning. I kapitel 3 behandlas fingerad arbetsbrist och dess tillämpning i praxis. Upplägget följer bevisprövningens tudelade utformning där arbetstagaren ska visa sannolika skäl för att arbetsbristen är fingerad och att det är de personliga skälen som utgjort den egentliga grunden för uppsägning. Har denne lyckats med detta är det därefter arbetsgivarens tur att motbevisa arbetstagarens påstående genom att visa arbetsbristen. Uppdelningen mellan dessa två avsnitt kan ibland vara svår att klassificera då arbetsgivarens angivna skäl kan sänka värdet av arbetstagarens bevisning redan vid prövningen av sannolika skäl. Efter detta följer ett avsnitt om splittrad motivbild och sedan en genomgång av de rättsfall där AD funnit att fingerad arbetsbrist föreläggat. Kapitel 4 behandlar turordningsreglerna i förhållande till arbetsgivarens möjlighet att förändra kvalifikationskraven och ställa krav på arbetstagarnas kvalifikationer samt skyldigheten för arbetsgivaren att tillse att arbetstagarna erhåller dessa kvalifikationer. Uppsatsen avslutas i kapitel 5 med några sammanfattande slutsatser.

2 Anställningsskyddet

En arbetsgivares möjlighet att säga upp sina anställda kom att märkbart förändras under slutet av 1800- och 1900-talet. Utvecklingen gick från legostadgans¹ begränsade uppsägningsrätt till industrialiseringens i princip fria uppsägningsrätt tillbaka till en begränsning i och med 1974 års anställningsskyddslag. De, under början av 1900-talet, framväxande fackföreningsrörelsen ifrågasatte arbetsgivarens rätt att fritt kunna säga upp en anställning utan att ange grunden för detta. En av deras främsta uppgifter blev därför att motverka godtyckliga uppsägningar.² I den s.k. decemberkompromissen 1906 mellan SAF och LO, erkände LO arbetsgivarens rätt att fritt antaga och avskeda arbetstagare i utbyte mot att föreningsrätten lämnades oinskränkt. Den tre år gamla arbetsdomstolen slog i AD 1932 nr 100 fast att det var en allmän rättsgrundsats att ett anställningsavtal, efter iakttagande av uppsägningsstid, kunde sägas upp utan att några skäl behövde anges. Detta gällde under förutsättning att uppsägningen inte stred mot lag, god sed eller uttryckliga avtalsbestämmelser. Då lagen i princip endast skyddade uppsägningar som stred mot föreningsrätten var således många av de uppsägningar AD prövade under sina första år hänförliga till detta område. 1936 antogs lagen om förenings- och förhandlingsrätt och den innebar i stort en kodifiering av decemberkompromissen.

Begränsningar av den fria uppsägningsrätten vid den här tidpunkten fanns emellertid även i en del kollektivavtal och kom därefter att införas i allt större utsträckning. Genom Saltsjöbadsavtalet 1938 kom formella begränsningar av uppsägningsrätten att införas i avtalet mellan SAF och LO. Enligt avtalet hade arbetsgivaren innan en uppsägning en skyldighet att varsla och på begäran samråda med fackföreningen. Var parterna herefter oeniga fanns en möjlighet att hänskjuta ärendet till arbetsmarknadsnämnden, som då prövade uppsägningen. Var det fråga om uppsägning p.g.a. arbetsbrist var anställningstidens längd och försörjningsplikten avgörande då valet stod mellan två likvärdiga arbetstagare. Nämndens utslag var dock inte bindande.³

Genom apriluppgörelsen 1964 infördes ett krav på saklig grund i huvudavtalen. Uppgörelsen innebar dessutom att nämndens utslag blev

¹ Legostadgan hade begränsad räckvidd då den i princip bara omfattade lantarbetare och tjänstefolk, och innebar att ”arbetsgivare” och ”arbetstagare” träffade avtal om ettårsanställningar med däremellan begränsad uppsägningsrätt. Vidare förlängdes anställningen automatiskt om uppsägning inte skett två månader innan dess utgång. För arbetstagare som efter fyllda 30 år oavbrutet innehaft anställning hos samma arbetsgivare hade denne försörjningsplikt intill arbetstagarens död. Den sista legostadgan antogs 1833 och upphävdes 1926, se Henning, *Tidsbegränsad anställning*, s 38.

² Calleman, *Turordning vid uppsägning*, s 49.

³ Jfr. Henning, a.a., s 59f och Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, s 159f, där Henning menar att avtalet redan då innebar en prövning av objektiv och subjektiv uppsägningsgrund, något som Glavå förhåller sig skeptisk till.

bindande vid uppsägningar p.g.a. personliga skäl och kunde kopplas till skadeståndssanktion då uppsägningen inte ansågs sakligt grundad.⁴

1969 tillsattes den Åmanska utredningen⁵ med uppdrag att bl.a. utreda frågan om ett ökat anställningsskydd i allmänhet men för äldre arbetstagare i synnerhet. I början av 1970-talet konstaterades att äldre var särskilt utsatta för uppsägningar i och med den rådande konjunkturnedgången. Då man ansåg att kollektivavtalen inte gav tillräckligt skydd och en lag i denna del inte kunde vänta, så bröts frågan om anställningsskydd för äldre arbetstagare ut ur den pågående utredningen för snabbbehandling. Detta resulterade i 1971 års äldrelagstiftning, där skyddet för äldre bl.a. bestod i längre uppsägningstid och företrädesrätt till återanställning.⁶

Parallellt med arbetet med äldrelagstiftningen fortsatte Åmanutredningen. Då slutbetänkandet kom 1973 var det också äldrelagstiftningen som blev utgångspunkten. 1974 ersattes den av den första allmänna anställningsskyddslagen.⁷ Då ambitionen var att tillförsäkra alla arbetstagare ett grundläggande skydd ansåg utredningen inte att det fanns ett behov av skydd mot angrepp på arbetstagares nationalitet, religion, hudfärg etc. Det ansågs istället självklart att en uppsägning med en sådan orsak inte var sakligt grundad.⁸

Anställningsskyddet vid uppsägning vid lagens tillkomst kom att omfatta ett krav på saklig grund och en varselskyldighet. Vid arbetsbrist var arbetsgivaren dessutom skyldig att följa turordningsregler och företrädesrätt till återanställning.

1977 tillsattes anställningsskyddskommittén med uppdrag att se över lagen. Den lades dock ner 1981 då ett flertal representanter lämnat kommittén men, dess arbete övertogs av arbetsmarknadsdepartementet och ledde till att vår nuvarande anställningsskyddslag trädde i kraft 1982. Lagen innebar dock inte någon förändring i sak av de delar som omfattas av denna uppsats varför någon närmare redogörelse inte görs i denna del.

Under de 25 år som gått härefter har lagen varit föremål för översyn och ändringar ett flertal tillfälle. Av intresse för denna uppsats är det uppdrag som Arbetslivsinstitutet fick av regeringen 2000. Uppgiften var att se över om den arbetsrättsliga lagstiftningen gav tillräcklig trygghet och inflytande

⁴ Henning, a.a., s 79f.

⁵ SOU 1973:7.

⁶ Lag (1971:199) om anställningsskydd för vissa arbetstagare. Då många äldre redan stod utanför arbetsmarknaden kompletterades anställningsskyddet med arbetsmarknadspolitiska åtgärder i lag (1971:202) om vissa åtgärder för att främja sysselsättningen av äldre arbetstagare på den öppna arbetsmarknaden, se även Henning, s 83ff.

⁷ Förutom vad som redan sagts fanns även innan 1974 års anställningsskyddslag ett utökat anställningsskydd för vissa grupper såsom i bl.a, Lag (1939:727) om förbud mot arbetstagares avskedande med anledning av värnpliktstjänstgöring mm., lag(1939:171) om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av trolövning eller äktenskap mm., hembiträdeslagen (1944:461), arbetarskyddslagen (1949:1).

⁸ Prop. 1973:129, s 63.

inom ramen för en flexibel och effektiv arbetsmarknad. Uppdelningen mellan uppsägning p.g.a. arbetsbrist och personliga skäl var ett av de områden som särskilt omfattades av översynen. Redan i inledningen uttalades dock att det måste finnas ett klart dokumenterat behov för att det skulle bli fråga om ytterligare lagstiftning på området eftersom gränsen för vad som är en hanterbar mängd i det närmaste är nådd.⁹

2.1 Saklig grund

Det främsta skyddet mot obefogade uppsägningar var och är alltså kravet på saklig grund.¹⁰ Begreppet saklig grund infördes i anställningsskyddslagen vid dess tillkomst 1974 och innebär att en arbetsgivare som vill säga upp en anställd måste kunna visa saklig grund. Bedömningen av om det föreligger saklig grund eller inte sker utifrån den uppgivna uppsägningsgrunden. En uppsägning måste alltid hänföras till någondera av kategorierna arbetsbrist eller personliga skäl. Däremot finns det inget som hindrar att en arbetsgivare som tidigare sagt upp en arbetstagarare med hänvisning till en grund, och där uppsägningen tagits tillbaka, i ett senare skede återkommer med en uppsägning på en annan grund. Anledningen till gränsdragningen är att rättsverkningarna av de båda grunderna är olika för de fall en arbetstagarare vill göra invändningar mot en uppsägning. Lagstiftaren har dessutom ansett det befogat med ett starkare skydd mot uppsägning av personliga skäl, något som avspeglas i kraven på saklig grund.

Det ansågs inte möjligt att i lagtexten reglera vad som ska utgöra saklig grund. Departementschefen menade att det som i ett fall anses som saklig grund inte nödvändigtvis behöver vara det i ett annat fall. Anledningen härtill är framförallt variationen på arbetsmarknaden, vilket gör det nödvändigt att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det ansågs även finnas en risk för att rättsutvecklingen skulle kunna komma att bindas på ett olyckligt sätt.¹¹ Däremot skulle man kunna hämta en viss ledning i de huvudavtal som begreppet var hämtat ifrån men det ansågs viktigt med en självständig rättsutveckling.¹² I förarbetena till 1982 års anställningsskyddslag påpekades dessutom att innebörden av begreppet borde följa lagens allmänna syfte och avspegla de rådande värderingarna.¹³

2.1.1 Omplaceringskyldighet

Regeln om saklig grund kompletterades med omplaceringskyldigheten i 7 § 2 st. LAS. Regeln innebär att en arbetsgivare alltid måste undersöka

⁹ Ds 2002:56 s 2ff.

¹⁰ Prop. 1973:129, s 61.

¹¹ A.a., s 120.

¹² A.a., s 122.

¹³ Prop. 1981/82:71, s 64.

möjligheten att omplacera en arbetstagare till en ledig tjänst inom företaget innan uppsägning kan ske.¹⁴ I första hand ska omplacering ske inom ramen för anställningen och i andra hand till en annan anställning inom företaget. Med företag avses här hela företaget och inte bara driftsenheten. En förutsättning för omplaceringsskyldigheten är att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det lediga arbetet.¹⁵ Har arbetsgivaren inte fullgjort omplaceringsskyldigheten föreligger det inte sakligt grund för uppsägning.¹⁶

2.2 Personliga skäl

En arbetstagare som missköter sig riskerar att sägas upp p.g.a. personliga skäl. Vad som vid personliga skäl är saklig grund för uppsägning ska enligt förarbetena snarare bedömas utifrån de slutsatser om arbetstagarens fortsatta lämplighet än av vad som hänt i det särskilda fallet.¹⁷ I 7 § 4 st. anges att arbetsgivaren inte enbart får grunda en uppsägning på omständigheter som denne känt till i mer än två månader.¹⁸ Exempel på saklig grund för uppsägning vid misskötsamhet kan vara kränkningar och trakasserier, arbetsvägran, illojalt beteende och olika typer av brottsliga handlingar. Det är arbetsgivaren som har bevisbördan vid denna typ av uppsägning och som ska bevisa att de faktiska omständigheter som läggs arbetstagaren till last har hänt.¹⁹ För att saklig grund ska föreligga måste arbetsgivaren dessutom ha gjort arbetstagaren medveten om att dennes beteende inte kan accepteras på arbetsplatsen.²⁰ En uppsägning anses däremot inte sakligt grundad om den hänför sig till arbetstagarens ålder, nedsatt arbetsförmåga eller sjukdom. Detta ansågs vara ett led i strävan att förhindra att det uppkommer två arbetsmarknader, en för yngre och välutbildad arbetskraft och en för äldre, handikappade och dåligt utbildade. Inte heller kan den som har varit anställd en mycket kort tid göra anspråk på samma mått av anställningstrygghet som den som har lång anställningstid.²¹

¹⁴ Det förtjänar att uppmärksammas att arbetsgivaren inte anses ha en skyldighet att avsluta en nyligen ingången provanställningen och att denne inte är att betrakta som en ledig tjänst, se vidare AD 2005 nr 32.

¹⁵ Angående begreppet tillräckliga kvalifikationer se vidare 2.3.2.

¹⁶ Prop. 1973:129, s 120f.

¹⁷ A.a., s 124 ff.

¹⁸ Vid lagens införande var denna tid en månad.

¹⁹ Lunning, *Anställningsskydd*, s 276.

²⁰ A.a., s 288.

²¹ Prop. 1973:129, s 124ff. och Prop. 1981/82:71, s 66. Sjukdom kan dock vara saklig grund om arbetstagaren inte kan utföra arbete av betydelse, se bl.a. AD 1993 nr 42.

2.3 Arbetsbrist

2.3.1 Allmänt om arbetsbrist

Uppsägning p.g.a. arbetsbrist definieras som alla de fall som inte är hänförliga till arbetstagaren personligen. Arbetsbrist är en följd av arbetsgivarens verksamhetsledningsbeslut och omfattar inte bara konkreta fall av brist på arbete, utan även alla de företagsekonomiska skäl en arbetsgivare kan ha då denna vill eller anser sig vara tvungen att organisera om sin verksamhet och där resultatet leder till övertalighet. Detta brukar beskrivas som att arbetsbrist är ett rättsteknisk begrepp som inrymmer fall av konkret brist på arbetsuppgifter, medelsbrist, lönsamhets-skäl, nedläggning eller i princip varje annat tänkbart verksamhetsrelaterat skäl för att omorganisera verksamheten. Var och i vilken omfattning arbetsbristen uppstår är det arbetsgivaren som genom sina verksamhetsbeslut förfogar över, låt vara att det finns en förhandlingsskyldighet enligt medbestämmandelagen.

Enligt förarbetena är arbetsbrist saklig grund.²² Även praxis och doktrinen är entydiga på denna punkt.²³ En arbetsgivare är således inte skyldig att driva en verksamhet för att i oförändrad omfattning sysselsätta arbetstagarna. Däremot understyrks det att arbetsgivaren ska överväga alla möjligheter för att undvika uppsägningar, såsom omplaceringar, naturlig avgång och successiv avveckling av verksamheten.²⁴

Då arbetsbrist är saklig grund innebär detta att domstolen i princip inte ska göra någon överprövning av om de företagna förändringarna av verksamheten är berättigade eller om det är lämpligt att genomföra dem på det sätt företaget har kommit fram till.²⁵ Det är alltså, i slutändan, arbetsgivarens bedömning av hur verksamheten fortsättningsvis ska organiseras som ligger till grund för de förändringarna och därmed den arbetsbrist som kan uppstå i anslutning härtill. Arbetsgivaren har i enlighet med ovan ingen bevisbörda för sitt påstående om arbetsbrist. Christensen menar därför att saklig grund är ett tomt begrepp när det gäller arbetsbrist.²⁶ Att domstolen inte gör någon prövning i sak av skälen för verksamhetsbesluten hänger delvis samman med skyddet av äganderätten.

²² Utredningen föreslog uttryckligen att arbetsbrist skulle utgöra saklig grund. Departementschefen å sin sida uttalade att det i lagtexten inte gick att ställa upp generella regler på vad som var saklig grund. Däremot låg det nära till hands att hämta vägledning i huvudavtalen och dess praxis och i denna praxis hade arbetsbrist godtagits som grund för uppsägning, Prop. 1973:129, s 123. I Prop. 1981/82:71, s 64f anges däremot uttryckligen att arbetsbrist är saklig grund.

²³ Även om tudelningen av saklig grundbegreppet ifrågasatts av Glavå, som menar att tillämpningen av saklig grundbegreppet vid arbetsbrist efter LAS tillkomst kom att schabloniseras på ett sätt som inte var tänkt från början.

²⁴ Prop. 1973:129, s 123.

²⁵ A. a., s 123, departementschefen uttalade att driftsinskränkningar som hade otillbörligt syfte inte skulle anses vara sakligt grundade.

²⁶ Christensen, *Anställningsskyddet och besittningsskyddet*, s 77.

Det vore ett långtgående ingrepp i egendomsskyddet för de fall arbetsdomstolen skulle ändra en arbetsgivares verksamhetsledningsbeslut.²⁷

Det sagda innebär nu inte att arbetsgivaren är fri att säga upp med hänvisning till arbetsbrist utan att prestera någon bevisning alls. I förarbetena uttalades att ”arbetsgivaren är skyldig att visa att det föreligger en arbetsbristsituation som motiverar en uppsägning”.²⁸ Detta uttalande återkommer i praxis och i AD 1983 nr 127 sägs att arbetsgivaren bör kunna redovisa skäl som ligger bakom hans ställningstagande och att dessa framstår som godtagbara.

I AD 1985 nr 79 redogör domstolen för skyldigheten att pröva arbetsbristen. Domstolen framhåller att arbetsbrist godtas som saklig grund och att en överprövning, av de företagsekonomiska skäl som arbetsgivaren åberopar för arbetsbristen, i princip inte ska göras. Därefter uttalar domstolen:

”Detta betyder dock inte att arbetsgivaren utan vidare befrias från att redovisa de närmare skälen för att uppsägning vidtas bara genom att hänvisa till arbetsbrist föreligger. En viktig grundsats på anställningsskyddsområdet är att uppsägning får tillgripas endast om någon annan lösning inte står till buds. Arbetsgivaren måste därför kunna prestera en utredning varav framgår att uppsägningen inte kan undvikas utifrån de grundläggande företagsekonomiska eller därmed jämställda överväganden som gjorts. Har arbetsgivaren gjort en noggrann och seriös bedömning av det företagsekonomiska läget kan domstolen i princip inte ifrågasätta denna.”

Att arbetsbrist utgör saklig grund för uppsägning innebär inte, enligt lagstiftaren, att arbetsgivaren ensam förfogar över arbetsbristen. Vid lagens tillkomst intogs det en skyldighet att varsla berörda fackföreningar. Härigenom skulle parterna ges möjlighet att gemensamt ta ställning till behovet av arbetskraft.²⁹ Denna varselskyldighet har i dag ersatts med en förhandlingsskyldighet.³⁰ Dessutom finns ytterligare begränsningar i uppsägningsrätten via reglerna om turordning och företrädesrätt.

2.3.2 Turordning & tillräckliga kvalifikationer

Regler om vem som ska sägas upp i en arbetsbristsituation återfinns i 22 § LAS. Syftet med turordningsreglerna är i första hand att begränsa att äldre arbetstagare med lång anställningstid sägs upp vid

²⁷ Jfr. Lunning, s 388, som anger att ”de ekonomiska intressen som är förbundna med utövandet av näringsverksamhet skyddas av artikel 1 (egendomsskyddet) i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen”. Lunning anser därför att det måste finnas en gränslinje mellan arbetsrättens företagsledning och vad som skyddas av äganderätten.

²⁸ Prop. 1973:129, s 184.

²⁹ Prop. 1981/82:71, s 86f.

³⁰ 29 § LAS och 11-14 §§ MBL. Varselskyldigheten finns dock kvar då uppsägningen sker p.g.a. personliga skäl 30 § LAS.

arbetsbristuppsägningar.³¹ Reglerna innebär att en turordning ska fastställas, vid förekommande fall, för varje driftsenhet och kollektivavtalsområde för sig³². Inom varje turordningskrets är huvudregeln att en arbetstagare med längre anställningstid ska ges företräde framför den med kortare anställningstid.³³ Kan en arbetstagare endast efter en omplacering ges möjlighet till fortsatt anställning krävs att denne har tillräckliga kvalifikationer för de arbetsuppgifter som det är fråga om. Både omplacering enligt 7 § 2 st. och 22 § LAS förutsätter att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för arbetet i fråga. Skillnaden är att 7 § 2 st. LAS förutsätter att det finns ett ledigt arbete för omplacering samt att sådan ska ske i hela arbetsgivarens verksamhet. Har arbetstagaren tackat nej till ett omplaceringserbjudande, enligt 7 §, som denna skäligen borde ha antagit blir turordningsreglerna inte tillämpliga.³⁴

Är det vid en omorganisation fråga om att utföra i princip samma arbete som tidigare blir det inte aktuellt med omplacering utan frågan om möjligheten att få behålla sitt arbete. Förarbetena uttalar att arbetsgivaren, i möjligaste mån, ska låta den företrädesberättigade fortsätta sitt arbete om det istället finns möjlighet att omplacera annan arbetstagare, även om denne har längre anställningstid.³⁵ Detta motsätter sig dock Lunning som menar att uttalandet är överspelat då en arbetstagare inte mot sin vilja behöver låta sig omplaceras för att en senare anställd ska kunna få ett arbete som denne har tillräckliga kvalifikationer för.³⁶ Jag har dock svårt för att se att en arbetstagare skulle kunna vägra en omplacering då arbetsgivaren finner en sådan omplacering lämplig.

Vid bedömningen av om tillräckliga kvalifikationer föreligger är utgångspunkten att arbetstagaren ifråga ska ha de allmänna kvalifikationerna som en arbetsgivare kan begära vid en nyanställning. En arbetsgivare är dock inte skyldig att omplacera en arbetstagare till ett arbete som han inte kan sköta.³⁷ Däremot har arbetstagaren rätt till en viss inlärningsstid för att erhålla tillräckliga kvalifikationer. Hur lång denna inlärningsstid får vara måste bedömas i det enskilda fallet men AD har i flera mål slagit fast att en

³¹ Se Calleman, s 69, som påpekar att 1997 års ändring av uppsägningstiderna i 11 § LAS, från att ha påverkats av anställningstid och ålder numera endast beror på anställningstid, skedde med hänvisning till att långa uppsägningstider försvårade för äldre att få arbete.

³² Innan turordningen fastställs har en arbetsgivare med högst 10 anställda möjlighet att, från turordningen, undanta två personer som denne bedömer är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten enligt 22 § st 2. Detta ”två-undantag” kan inte rättsligt ifrågasättas med mindre än att det anses vara diskriminerande eller i övrigt utgör ett kringgående av LAS.

³³ I Åmanutredningen diskuterades utformningen av reglerna. För det fall att arbetstagarnas duglighet och lämplighet blev avgörande skulle lagen ge skydd åt dem som inte var i behov av skyddet. Skulle man å andra sidan låta anställningstidens längd och ålder bli ensamt avgörande gav lagen inget skydd åt dem som tidigare sagts upp p.g.a. arbetsbrist, istället borde reglerna ta sikte på att ge den mest utsatta arbetskraften skydd, SOU 1973: 7, s 157f.

³⁴ Lunning, s 402 f.

³⁵ Prop. 1973:129, s 261.

³⁶ Lunning, s 511.

³⁷ Prop. 1973:129, s 158f.

inlärningstid på över ett halvår är längre än vad som kan anses rimligt.³⁸ Inte heller har arbetsgivaren en skyldighet att tillse att en oerfaren arbetstagare får den yrkesvana eller omskolning som behövs för tjänsten.

Till skillnad från bevisbördan om arbetsbrist är det arbetsgivaren som har bevisbördan för påstående om tillräckliga kvalifikationer.³⁹ I flertalet mål där arbetsgivaren inte lyckats visa att arbetstagaren saknar de uppställda kvalifikationerna för det nya arbetet har denna osäkerhet gått ut över arbetsgivaren.⁴⁰

Det är tillåtet att i samband med en omorganisation ställa ändrade krav på en befattning, så länge de är godtagbara och inte utgör en fingerad åtgärd.⁴¹

Som ytterligare ett skydd för äldre arbetstagare finns i 3 § 2 st. LAS en bestämmelse om att en arbetstagare som fyllt 45 år, vid tillämpningen av turordningsreglerna har rätt att tillgodoräkna sig ytterligare en anställningsmånad för varje månad denna har varit anställd efter fyllda 45. Det maximala antalet månader som någon kan tillgodoräkna sig är dock begränsat till 60. En arbetstagare som blir uppsagd p.g.a. arbetsbrist har dessutom, efter ett års anställning enligt 25 § LAS, rätt till företrädesrätt till återanställning. För denna rätt krävs dock, liksom vid omplacering att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den ifrågavarande tjänsten.⁴²

Slutligen kan nämnas att turordningsreglerna är dispositiva enligt 2 § 3 st. LAS. Detta innebär att det finns möjlighet att träffa ett centralt kollektivavtal med andra regler och indelningsgrunder än lagen. En s.k. avtalsturlista kan träffas av de lokala parterna i en uppsägningsförhandling och har bindande verkan för alla inom en turordningskrets. Begränsningen av en avtalsturlista är att den inte får vara diskriminerande eller i övrigt stridande mot god sed.⁴³

2.4 Rättsföljder

En uppsägning måste alltid grunda sig på antingen personliga skäl eller arbetsbrist. Anledningen till detta är att anställningsskyddet vid en uppsägning ser olika ut beroende på vilken grund uppsägningen hänför sig till. Vid lagens tillkomst angavs att en uppsägning ska vara sakligt grundad. Då arbetsbrist redan då i princip ansågs böra utgöra saklig grund innebär

³⁸ Calleman, s 166.

³⁹ Lunning, s 510.

⁴⁰ Se bl.a. AD 1983 nr 51 och AD 1994 nr 1.

⁴¹ Detta kommer att belysas mer ingående i kapitel 4.

⁴² Se Lunning, s 511f, som anser att begreppet tillräckliga kvalifikationer torde tolkas på samma sätt i båda fallen.

⁴³ Prop. 1973:129, s 155. Se även AD 1983 nr 107 där arbetsgivaren och de fackliga företrädarna träffade en avtalsturlista som innebar att den finsktalande personalen på en färja sades upp medan den svensktalande personalen fick arbeta kvar.

detta i praktiken att det bara är uppsägning av personliga skäl som utsätts för en saklig grund prövning. En uppsägning som inte är sakligt grundad kan ogiltigförklaras enligt 34 § LAS, vilket innebär att arbetstagaren har rätt att återgå i arbete. Arbetstagaren är dock inte bara hänvisad till ogiltigförklaring och allmänt skadestånd utan kan även yrka ekonomiskt skadestånd för utebliven lön och andra anställningsförmåner.

En uppsägning som har sin grund i arbetsbrist kan inte ogiltigförklaras med mindre än att arbetsgivaren inte har fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Det rättsskydd som finns vid arbetsbrist är således kopplat till turordningsreglerna och företrädesrätten. Om arbetsgivaren, genom en felaktig bedömning av den anställdes kvalifikationer, bryter mot turordningsreglerna, kan uppsägningen inte ogiltigförklaras enbart på den grunden. Arbetstagaren kan i så fall bara erhålla ekonomiskt skadestånd.⁴⁴

⁴⁴ Se dock nedan kapitel 4.4 och AD 1977 nr 215, som anger att en uppsägning i strid med turordningsreglerna under vissa förutsättningar faktiskt kan ogiltigförklaras.

3 Fingerad arbetsbrist

Då anställningsskyddet vid personliga skäl är mycket starkare än vid arbetsbrist, kan detta innebära att en arbetsgivare försöker kringgå lagen genom att säga upp p.g.a. arbetsbrist istället för personliga skäl, något som benämns fingerad arbetsbrist. Detta förutsågs redan i förarbetena och Åmanutredning framförde att alla typer av verksamhetsförändringar inte borde vara möjliga att vidta.

”Vid en driftsinskränkning bör kunna krävas av arbetsgivaren att han visar att det förelegat befogad anledning för just en sådan åtgärd och att driftsinskränkningen således inte var motiverad av intresset att få bort en viss arbetstagare. Det bör således inte vara möjligt att vidta rationaliseringsåtgärder i den dolda avsikten att göra sig fri från en viss arbetstagare, för vars skiljande från anställningen inte förelegat tillräckliga skäl.”⁴⁵

I propositionen angavs att en sådan uppsägning skulle kunna prövas.

En helt annan sak är att ett av arbetsgivaren framfört påstående om att arbetsbrist utgjort grunden för uppsägning självfallet inte ska godtas, om arbetsgivaren i själva verket haft andra motiv för uppsägningen. Tillåtligheten av uppsägningen får i ett sådant fall prövas med hänsyn till den verkliga grunden för denna.⁴⁶

Det finns en skillnad i uttalandena. Utredningen anger att arbetsgivaren inte bör få vidta driftsinskränkning om orsaken till denna är personliga skäl och en önskan om att bli av med en arbetstagare. Propositionen i sin tur uttalar att det inte kan vara personliga skäl om det är arbetsbrist. Skillnaden kan synas liten men kan få betydelse då det är fråga om både personliga skäl och arbetsbrist.⁴⁷

Den verkliga grunden kan också vara en annan då en arbetsgivare och fackförening tecknar avtalsturlistor som anses stridande mot god sed, är diskriminerande, eller anses oförenliga med kollektivavtalets grunder. Anses så vara fallet kan sådana uppsägningar således också prövas.⁴⁸

Hur prövningen ska gå till angavs inte närmare i förarbetena utan lämnades till rättstillämpningen att avgöra. I samband med lagens tillkomst, utkom de första kommentarerna. I dessa föreslog Lunning hur prövningen skulle kunna gå till.

”Enligt gällande rätt skulle det i så fall vara arbetstagaren som har att visa att en annan grund har förelegat för uppsägningen än den uppgivna (jfr AD 1973 nr 22). Det kan dock finnas anledning att för detta fall anta samma principer för bevisbördans fördelning som bl.a. har antagits i mål om

⁴⁵ SOU 1973:7, s 148.

⁴⁶ Prop. 1973:129, s 123.

⁴⁷ Se vidare kapitel 3.2.

⁴⁸ Lunning, s 520.

föreningsrättskränkning, d.v.s. har arbetstagaren gjort sannolikt att uppsägningen har betingats av personliga orsaker, får det ankomma på arbetsgivaren att styrka att åtgärden har förestavats av organisatoriska skäl”.⁴⁹

Denna fördelning av bevisbördan kom sedan att användas i praxis. Likaså belyste Lunning de situationer då en ensam arbetstagare sades upp p.g.a. arbetsbrist. Han ansåg det viktigt att de av arbetsgivaren angivna organisatoriska skälen undersöktes noggrannare för att utesluta att uppsägningen hade andra skäl, skäl som inte hade räckt till en uppsägning av personliga skäl.⁵⁰

I 1982 års anställningsskyddslag gjordes ingen förändring utan lagstiftaren upprepade bara självklara möjligheten att få det verkliga skälet för uppsägningen prövad.⁵¹

3.1 Bevisbördan

Fördelningen av bevisbördan i mål om fingerad arbetsbrist kom att utvecklas i praxis. Det första rättsfallet efter lagens tillkomst är också det som fått störst betydelse för utformningen av hur denna prövning ska gå till. I AD 1976 nr 26 uttalade domstolen:

”Den bevisprövning som skall ske när arbetsgivaren som grund för uppsägning åberopar arbetsbrist eller liknande och arbetstagaren påstår att annan ovidkommande grund i själva verket varit bestämmande för arbetsgivarens handlande får särskild karaktär i sådant fall då förändringen av verksamheten tar sikte på enstaka arbetstagare. Detta beror på att i sådant fall styrkan av de skäl av företagsekonomisk natur som arbetsgivaren åberopar ofta är betydligt svårare att bestämma än om det exempelvis är fråga om en omfattande driftinskränkning. För att bevisvårigheter inte skall hindra arbetstagaren från att med framgång angripa en uppsägning, där påstådd arbetsbrist endast utgör en täckmantel för annan omständighet, bör en mera nyanserad bevisbedömning göras i fall av detta slag än annars. Ju sannolikare det framstår - på grundval av den bevisning som avser arbetstagarens påstående - att en uppsägning orsakats av annan omständighet än den som arbetsgivaren har uppgivit, desto starkare krav bör ställas på arbetsgivaren att visa att uppsägningen skulle ha företagits av företagsekonomiska skäl även om den ovidkommande omständigheten inte förelegat. Inom ramen för denna prövning kan det under särskilda omständigheter vara anledning att granska de uppgivna företagsekonomiska skälen för åtgärden betydligt mera ingående än som annars sker. Kvarstår i ett sådant fall ovisshet, om uppsägningen skulle ha skett om den ovidkommande omständigheten inte förelegat, bör detta gå ut över arbetsgivaren”.

Domstolens formulering är klart inspirerad av Lunning både i den del som hänvisar till uppsägning av en ensam arbetstagare och i den del där arbetstagaren ska göra sannolikt att uppsägningen beror på annat än arbetsbrist.

⁴⁹ Då första upplagan inte finns på biblioteken i Lund är citatet hämtat från Glavå, s 321f som uppmärksammar att boken är daterad juni 1974, d.v.s. före lagens ikraftträdande.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Prop. 1981/82:71, s 64f.

Som tidigare sagts är denna fördelning av bevisbördan hämtad från bevisbörderegeln i mål om, föreningsrättskränkningar. Vid en prövning av om arbetstagaren ska anses ha fullgjort sin del av bevisbördan och visat sannolika skäl gör AD, i dessa mål, en sammanvägning av all åberopad bevisning i målet, arbetstagarens såväl som arbetsgivarens. Först därefter har AD att ta ställning till arbetsgivarens påstående om arbetsbrist och skälen därför.⁵²

En mera nyanserad bedömning av arbetsbristen än annars, ska alltså göras om arbetstagaren kan göra sannolikt att det finns en annan grund för uppsägningen. Styrkan i bevisningen är inte preciserad men det krävs att arbetstagaren åtminstone visar sannolika skäl för att bevisbördan ska gå över på arbetsgivaren.⁵³ Ju starkare bevisning arbetstagaren kan lägga fram för sin ståndpunkt desto starkare krav ska ställas på arbetsgivarens bevisning. Har arbetstagaren lyckats visa sannolika skäl skall domstolen pröva om det verkligen är arbetsbrist som ligger bakom uppsägningen. Arbetsgivaren har alltså att visa att uppsägningen skulle ha skett *även* om de personliga skälen inte förelegat. Råder det efter denna prövning fortfarande oklarheter så ska dessa gå ut över arbetsgivaren och uppsägningen inte anses sakligt grundad.

I AD 1980 nr 133 ansåg sig domstolen återigen ha anledning att gå in på fördelningen av bevisbördan och kraven på styrkan i bevisningen:

”Påstår arbetstagaren att en uppsägning som arbetsgivaren uppger vara grundad på arbetsbrist i själva verket beror på personliga skäl, har arbetstagaren givetvis bevisbördan för sitt påstående. Bevisbördan för att arbetsbrist föreligger i enlighet med vad arbetsgivaren uppgett ligger däremot på arbetsgivaren.

När det gäller arbetsgivarens bevisbördan för att arbetsbrist föreligger är emellertid att märka att anställningsskyddslagen innebär att domstolen i allmänhet inte har att gå in på om den förändring i arbetsgivarens verksamhet till vilken arbetsbristen är att hänföra är motiverad från företagsekonomisk synpunkt eller ej. Det räcker såsom närmare berörs i det följande i allmänhet att arbetsgivaren styrker att förändringen är verklig och inte fingerad för att arbetsbrist skall anses föreligga.”

Av det sagda följer att arbetstagaren ska bevisa de personliga skälen men att arbetsgivaren bara behöver styrka att en verksamhetsförändring genomförts. Detta är emellertid inte fallet då uppsägningen endast omfattar någon enstaka arbetstagare.

”Som arbetsdomstolen utvecklat främst i domen nr 26/1976 får bevisprövningen emellertid särskild karaktär i ett sådant fall då förändringen av verksamheten tar sikte på enstaka arbetstagare”

I målet hade tre personer sagts upp p.g.a. arbetsbrist och ytterligare en anställning avslutats genom ”naturlig avgång”, vilket föranledde AD att ifrågasätta om den särskilda bevisprövningen alls är tillämplig då flera

⁵² Bylund, *Bevisbördan och bevistema*, s 125 f.

⁵³ Se bl.a. AD 1980 nr 133, 1985 nr 79 och 2000 nr 18.

arbetstagare sagts upp p.g.a. arbetsbrist.⁵⁴ Domstolen valde dock att inte ta ställning till frågan utan att tillämpa den särskilda bevisprövningen. Inte heller i fall därefter har domstolen uttryckligen tagit ställning till frågan.

3.1.1 Sannolika skäl

För att arbetsdomstolen, vid påstående om fingerad arbetsbrist, mer ingående, ska granska arbetsbristen måste arbetstagaren visa att det finns sannolika skäl för att uppsägningen egentligen är att hänföra till denne personligen. Lyckas arbetstagaren med detta går bevisbördan över på arbetsgivaren.

Då arbetstagaren har bevisbördan för de personliga skälen så har AD i konsekvens härmed ansett att arbetstagaren inte lyckats visa sannolika skäl då denne inte har åberopat några särskilda omständigheter eller konkreta handlingar till stöd för sin talan. I AD 2002 nr 25 hade en arbetstagare blivit misshandlad av en kollega. Under en långvarig sjukskrivning gjorde arbetsgivaren nödvändiga förändringar i sin verksamhet och kunde därefter bara erbjuda återgång till ”i stort sett samma arbetsuppgifter”. Då arbetstagaren tackade nej till detta sades han upp p.g.a. arbetsbrist. Arbetstagaren hade förklarat sig inte vara rädd för kollegan som arbetade kvar på arbetsplatsen, men likväl ansåg han att arbetsgivaren borde ha agerat i frågan och att uppsägningen hade sin grund i personliga skäl. AD medgav att det kunde förefalla egendomligt att arbetsgivaren inte vidtagit någon åtgärd mot den våldsamma kollegan. Då arbetstagaren inte anfört några omständigheter som var knutna till honom personligen och det inte framkommit att arbetsgivaren haft andra skäl för uppsägningen än att arbetstagaren tackat nej till de arbetsuppgifter som fanns kvar ansågs det vara arbetsbrist.⁵⁵

Utifrån praxis är det inte helt klart vilka krav som ställs på arbetstagaren för att denne ska anses ha förmått visa sannolika skäl och ibland inte ens om arbetstagaren förmått visa sannolika skäl.⁵⁶ Gemensamt för de flesta mål där arbetstagaren inte lyckats göra sannolikt att uppsägningen var hänförlig till denne personligen är att arbetsgivaren antingen bara talat om arbetsbrist och inte bemött påståendet om personliga skäl eller helt tillbakavisat att det funnits motsättningar utöver vardagliga incidenter.

⁵⁴ Se AD 1980 nr 133 där tre personer sades upp p.g.a. arbetsbrist och ytterligare anställningar avslutades genom ”naturlig avgång”.

⁵⁵ Se även AD 1985 nr 79 där käranden inte ansågs ha visat sannolika skäl för fingerad arbetsbrist bl.a. med motiveringen att AD fann det påfallande att arbetstagaren inte givet uttryck för att han känt sig kritiserad, motarbetad eller annars negativt behandlad, d.v.s. några omständigheter som var knutna till honom personligen. AD skilde dock målet ifrån sig och hänvisade parterna till förnyade förhandling då ett gällande kollektivavtal inte ansågs ha tillämpats på rätt sätt.

⁵⁶ Rättsfall där arbetstagaren inte har kunnat visa sannolika skäl är AD 1980 nr 133, 1981 nr 146, 1983 nr 49, 1983 nr 51, 1985 nr 79, 1986 nr 55, 1987 nr 34, 1988 nr 32, 1991 nr 66, 1993 nr 80, 1994 nr 1, 2002 nr 25, 2003 nr 29, 2005 nr 53.

I AD 2003 nr 29 sade sig arbetsgivaren inte ha haft kännedom om den omständighet som arbetstagaren lagt till grund för uppsägningen. Arbetstagaren som arbetade som chef i en bingohall ansåg att uppsägningen var orsakad av en diskussion med en styrelseledamot i föreningen om byte av ordförande i styrelsen. Ordföranden, tillika föreståndare, hävdade att syftet med uppsägningen var att minska kostnaderna i föreningen då omsättningen minskat de senaste åren. Han sa sig vidare inte haft kännedom om diskussionerna kring hans avsättande då uppsägningarna vidtogs, utan att han fått det först i samband med stämmingsansökan, något som också styrktes av styrelseledamoten i vittnesförhöret. AD konstaterade dels att arbetstagarens uppgifter inte hade stöd för att det förekommit misshälligheter och dels att det åsyftade resultatet med minskade kostnader uppnåtts då arbetsgivaren visat att man sparat 260 000 kronor året efter att arbetstagaren slutat. I ett flertal mål har arbetsgivaren, åtminstone delvis, medgivit de omständigheter som arbetstagsidan grundar uppsägningen på. Skälet till medgivandet i de flesta fall har säkerligen varit att det funnits bevisning som styrker arbetstagarens påstående. Arbetsgivaren har dock inte medgivit att det varit fråga om mer än bagatellartade eller vardagliga incidenter som inte har sin grund i beslutet om arbetsbristuppsägningen.

I AD 1980 nr 133 hävdade arbetstagsidan att uppsägningen berodde på personliga motsättningar med två kollegor och han preciserade en rad händelser till följd av motsättningarna. Arbetsgivaren å sin sida ansåg att uppsägningen uteslutande berott på arbetsbrist till följd av minskad orderingång vilket resulterat i förlust för bolaget. Arbetsgivaren tillstod dock att det förekommit misshälligheter under en tid men att dessa var av bagatellartad karaktär och inte påverkat bedömningen. AD konstaterade att händelserna inte kunde tillmätas den betydelse som arbetstagaren anfört och att denne därför inte hade visat sannolika skäl.

I AD 1988 nr 32 var det fråga om en verksamhetsnedläggelse av ett kontor i Jönköping. Parterna var överens om att det för bolaget som helhet förelåg arbetsbrist men inte var den fanns. Arbetsgivaren hävdade att belägningsgraden på kontoret var låg och att det inte fanns tillräckligt med arbetsuppgifter. Serviceingenjören som arbetat ensam⁵⁷ på Jönköpingskontoret hävdade att uppsägningen berodde på personliga skäl och var en följd av hans tidigare fackliga uppdrag. Han hade dessutom, sedan hans uppdrag tagit slut, efterlyst vidareutbildning för att ta igen den kunskap han förlorat under sina två år som klubbordförande. Trots upprepade förfrågningar uteblev såväl utbildningsinsatser som arbetsuppgifter från företags sida vilket ledde till att serviceingenjören kände sig utfrusen. Arbetsgivaren å sin sida hävdade, i samband med uppsägningarna, att serviceingenjören inte hade tillräcklig kompetens för att

⁵⁷ Detta var innan de nya regler i 22 § 3 st. LAS om fastställande av turordningskretsar då en arbetstagare har sin arbetsplats i bostaden trädde i kraft. Serviceingenjören ansågs därför inte tillhöra Göteborgskontoret även om arbetstagsidan gjort invändningar härom. Däremot ansågs arbetsgivaren inte, med hänvisning till efterskyddet för fackliga förtroendemän i 4 § FML ha fullgjort omplaceringsskyldigheten i 7 § 2 st. LAS, varpå uppsägningen inte ansågs sakligt grundad.

bli omplacerad och att denna brist var orsakad av arbetstagaren själv då denna vägrat utbildning. AD ansåg att det sätt på vilket arbetsgivaren behandlat serviceingenjören, med bl.a. utebliven utbildning, istället mycket väl kunde ha haft sin grund i ansvaret över det ansträngda ekonomiska läge som förelåg och som krävde bolagets uppmärksamhet på annat håll.⁵⁸ Domstolen konstaterar avslutningsvis att:

”oavsett hur det förhåller sig därmed finner emellertid Arbetsdomstolen att bolaget på ett övertygande sätt har visat att nedläggning av Jönköpingskontoret har skett av företagsekonomiska skäl.”

Då parterna var överens om arbetsbristen innebar detta att arbetsgivaren därefter var fri att själv besluta om var arbetet ska bedrivas. Att arbetsgivaren i det här målet hävdade att verksamheten vid kontoret i Jönköping inte var tillräckligt ekonomiskt lönsamt torde inte ha någon reell betydelse, då arbetsgivaren i princip är fri att förlägga verksamheten dit han finner lämpligt eller att helt lägga ner verksamheten.

Det tycks också som om det måste finnas ett tidsmässigt samband mellan en konflikt och den uppsägning som inte anses sakligt grundad. I AD 1995 nr 2 sades en fordonslärare upp p.g.a. arbetsbrist då de ämnen som läraren undervisade i skulle komma att dras in. Detta hade arbetsgivaren haft kunskap om då läraren något år dessförinnan hade blivit omplacerad eftersom han ansågs ha samarbetsproblem med sina kollegor och relationsproblem med vissa elever. Dessa orsaker låg vid uppsägningstillfället till grund för arbetsgivarens åberopande av att fordonsläraren saknade tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete. Påståendena från arbetsgivarens sida ansågs inte i sig innebära att arbetstagaren lyckats visa att det förelåg sannolika skäl för uppsägning av personliga skäl. Tvärtom uttalade domstolen att den tidigare konflikten inte kunde tas för intäkt att den efterföljande uppsägningen var kopplad till fordonslärarens person. Glavå menar att den verkliga grunden i detta fall var personliga skäl men att domstolen inte kan eller vill föreställa sig att det även kan vara personliga skäl när det är otvistigt mellan parterna att det föreligger arbetsbrist.⁵⁹

Ett nytt exempel på detta problem är AD 2005 nr 53. I målet anger AD att arbetstagarens påstående talar för uppsägning av personliga skäl samtidigt som bolagets utredning om arbetsbristen talar mot arbetstagaren då bolaget stod inför en omfattande arbetsbrist. I sådana situationer anses arbetsbristen utgöra grunden för uppsägning.

I AD 1995 nr 152 hävdade en företagssjuksköterska att hon sagts upp p.g.a. sin för höga lön och att arbetsgivaren ensidigt velat sänka denna några

⁵⁸ Se även AD 1994 nr 140 där denna konflikt var en av två åberopade grunder för sannolika skäl, varav denna ”underkändes”.

⁵⁹ Glavå kritiserar AD som genom att låta arbetsgivaren komma undan med hänvisning till arbetsbrist och en specialanpassning av turordningsreglerna uppmuntrar till konstruktioner under beteckningen arbetsbrist. Fordonsläraren skulle och hade istället kunnat sägas upp av personliga skäl, s 531 ff.

månader innan uppsägningen. Läkaren som, vid den aktuella lönediskussionen, stod i begrepp att ta över praktiken medgav att de hade diskuterat lönen och att han föreslagit en lönesänkning men att den händelsen inte låg till grund för uppsägningen. Domstolen ansåg i ett första skede att det inte utan vidare kunde bortses från att det var denna omständighet som låg till grund för uppsägningen och fann därför anledning att gå in på arbetsbristen. Efter en genomgång av arbetsgivarens påstående om arbetsbrist gör domstolen ett övervägande av vad som anförts i målet och kommer fram till att sjuksköterskan inte har gjort sannolikt att uppsägningen var hänförlig till henne personligen utan till de rationaliseringar som skett för att minska praktikens kostnader och som lett till att arbetsuppgifter försvunnit.⁶⁰

Mål där arbetstagaren lyckats visa sannolika skäl är de fall där arbetsgivaren åtminstone delvis medgivit någon form av personliga motsättningar eller annars då utomstående vittnen bekräftat någon händelse.⁶¹

I AD 1978 nr 110 tog AD fasta på att arbetsgivaren, i flera personers närvaro, gjort arbetstagaren ansvarig för felaktiga löneutbetalningar, starkt kritiserat henne och uppgivit att hon skulle få sluta sin anställning. I AD 1994 nr 140 ansåg domstolen att det förelåg sannolika skäl då en docent sagts upp p.g.a. arbetsbrist. Hans chef hade vid förhandlingen presenterat olika ”problemlistor”, där olika problem med docenten togs upp. Dessa hade uttryckligen upprättats i syfte för att se om det kunde finnas saklig grund för uppsägning av personliga skäl. Likaså ansågs sannolika skäl finnas i AD 1986 nr 158 då arbetsgivaren medgivit att arbetstagaren fått urklippta platsannonser lagda på sitt skrivbord eller hemskickade till sig.

Att sjukdom kan utgöra sannolika skäl framgår av AD 2000 nr 18. I målet hade en nytilträdde kreditchef sjukskrivits då han drabbats av depression. Kreditchefen uppgav att arbetsgivaren under hans sjukskrivning meddelat att de tappat förtroendet för honom på grund härav. Arbetsgivaren förnekade detta men medgav att då de fått redan på orsaken till sjukskrivningen hade gjort bedömningen att kreditchefen inte skulle orka med sitt ansvarsfyllda arbete och kunna gå tillbaka till sitt arbete. AD ansåg att sjukdomen var att hänföra till kreditchefens person och att detta talade för att den verkliga grunden var en annan än den arbetsgivaren uppgett. Då arbetstagaren lyckats visa sannolika skäl såg sig AD föranledd att granska arbetsgivarens skäl mer ingående.

Sannolika skäl har framförallt ansetts föreligga när arbetsgivaren innan den aktuella uppsägningen försökt säga upp arbetstagaren p.g.a. personliga skäl. I AD 2004 nr 52 ansågs arbetstagarsidan visat sannolika skäl då arbetstagaren sagts upp en kort tid efter att arbetsgivaren velat säga upp p.g.a. personliga skäl. Bakgrunden till den första uppsägningen var att

⁶⁰ Uppsägningen av företagssjuksköterskan ogiltigförklarades dock då arbetsgivaren inte ansågs ha fullgjort sin omplaceringsskyldighet.

⁶¹ För samtliga nedanstående mål AD 1978 nr 110, 1994 nr 140, 1986 nr 158, 2000 nr 18, 2004 nr 52, 2000 nr 31, 2000 nr 35 och 1995 nr 149 se vidare kap 3.1.2.

arbetsgivaren ansåg att förtroendet för arbetstagaren rubbats då denne hade gjort sig skyldig till överträdelse av bolagets interna sekretess bestämmelse genom att tala om kommande bonusutbetalningar under en lunch. I anslutning till detta så förändrade bolaget arbetstagarens arbetsuppgifter något samt gav honom en erinran. Därefter menade arbetsgivaren att saken var utagerad. Arbetsgivaren och fackförbundet var överens om att det förelåg arbetsbrist. Orsaken till arbetsbristen stod att finna dels i bolagets behov av att omorganisera för att möta framtida marknadskrav och dels i nödvändigheten av att komma till rätt med ett ekonomiskt underskott, vilket ledde till att fem tjänstemän sades upp. AD fann att tidssambandet mellan de båda uppsägningarna och det faktum att bolaget genomförde förändringar för arbetstagaren i samband med erinran talade för att uppsägningen var hänförlig till arbetstagaren personligen.⁶²

I AD 2000 nr 35 sades en läkarsekreterare upp p.g.a. arbetsbrist två månader efter att arbetsgivaren sagt upp men återtagit uppsägningen p.g.a. personliga skäl. Läkarsekreteraren ansåg att även den senare uppsägningen var hänförlig till henne personligen. Då arbetstagarparten yrkat skadestånd för båda uppsägningarna redogjorde arbetsgivaren noggrant för såväl de personliga skälen som för arbetsbristen. AD som inte ansåg den första uppsägningen sakligt grundad, och utdömde skadestånd härför, konstaterade att denna händelse onekligen talade för att även den senare berodde på läkarsekreteraren personligen. Därefter prövades arbetsbristen som befanns vara ett resultat av en omorganisation som lett till att de flesta av läkarsekreterarens arbetsuppgifter försvunnit där ianspråktagandet av ny teknik var den främsta orsaken.

I två fall har arbetsgivaren ansett att det både funnits skäl att säga upp p.g.a. arbetsbrist och personliga skäl. I AD 1995 nr 149 hade en arbetsgivare vid två tidigare tillfällen försökt men inte fullföljt uppsägningen p.g.a. personliga skäl av en företagsläkare. Arbetsgivarparten medgav att det förelåg samarbetsproblem som bl.a. lett till att bolaget förlorat kunder och att företagsläkaren inte varit tillräckligt effektiv men att orsaken till uppsägningen av den enda företagsläkaren var arbetsbrist då ekonomin var ansträngd. För att komma till rätta med de ekonomiska problemen valde bolaget istället att köpa in läkartjänster på konsultbasis. Resultatet av detta blev att läkarkompetensen breddades och effektiviteten ökade. AD framhöll att det i målet var ostridigt att det förelåg en konflikt och att denna resulterat i att bolaget velat säga upp företagsläkaren p.g.a. personliga skäl. Trots detta ansågs arbetsgivaren visat att de åsyftade resultaten uppnåtts och att arbetsbrist var för handen.

I AD 2000 nr 31 hävdade arbetsgivaren att en platschefs uppsägning berodde på arbetsbrist men att arbetsbristen i sin tur var orsakad av platschefens inkompetens. I målet ansågs det klarlagt att kontoret ifråga gick med förlust. Arbetsdomstolen konstaterade inledningsvis att då arbetsgivaren gjort gällande att det även fanns saklig grund för uppsägning

⁶² Se vidare 3.1.2. I målet var det även fråga om en giltig avtalsurlista tecknats, något som AD ansåg var fallet.

av personliga skäl och då det rörde sig om en enstaka arbetstagare så måste det ställas starka krav på arbetsgivaren vid bedömning av arbetsbristen. Sannolika skäl ansågs således finnas. Likväl ansåg AD att det förelåg arbetsbrist eftersom det ekonomiska läget var sådant att det var befogat med en åtgärd av det slag som företaget vidtagit. Att arbetsgivaren ansåg att platschefen orsakat det ekonomiska läget borde inte medföra ett starkare anställningsskydd, något det skulle ha lett till om uppsägningen ansågs skett p.g.a. personliga skäl.

Sammanfattningsvis så har AD ansett att sannolika skäl visats endast i de fall där arbetstagaren bevisat att det förekommit omständigheter som klart visar att arbetsgivaren velat att den ifrågavarande arbetstagaren sluta sin anställning. Detta har antingen skett genom ett direkt eller indirekt medgivande. Det direkta medgivandet har bestått i att ett tidigare försök att säga upp p.g.a. personliga skäl och det indirekta har bestått i att arbetsgivaren har medgivit de omständigheter som arbetstagaren anser legat till grund för sin talan. Har dessa varit av tillräckligt allvarlig art har AD tagit dem till intäkt för att sannolika skäl föreligger. Arbetstagaren måste således förebringa bevisning för att det åtminstone förekommit omständigheter som är hänförlig till dennes person för att arbetsbristen överhuvudtaget ska prövas.

3.1.2 Krav på arbetsgivarens motbevisning

Då bevisbördan går över på arbetsgivaren har denne att visa de företagsekonomiska skäl som ligger till grund för uppsägningen och att arbetsgivaren skulle ha sagt upp även om de personliga skälen inte funnits. Vilka krav domstolen har att ställa på arbetsgivaren beror på styrkan i arbetstagarens bevisning. Domstolen har således inte att gå längre in på arbetsgivarens åberopade skäl än vad som behövs för att bedöma arbetsbristen.⁶³

Utifrån de mål där domstolen ansett att arbetstagaren visat sannolika skäl kan man skönja olika ”typer av arbetsbrist”, såsom faktisk brist på arbete, arbetsbrist p.g.a. ekonomiskt underskott och arbetsbrist till följd av omorganisation.

Brist på arbete är det som de flesta förknippar med termen arbetsbrist. I AD 1983 nr 94 ansåg domstolen att de hade att ”noggrant granska de skäl” som arbetsgivaren hade angett för arbetsbristen. Denne hade uppgivit att arbetsuppgifterna minskat till följd av att bolaget dels hade avvecklat spilloljeanläggningen och övergått till eluppvärmning och dels att fastighetsreparationerna minskat då bolaget sålt två av sina fastigheter. Domstolen uttalade att utredningen inte tillät en mera noggrann bedömning av i vilken omfattning vaktmästartjänstens arbetsuppgifter minskat utan nöjde sig med redovisningen av hur de kvarvarande arbetsuppgifterna skulle

⁶³ AD 1994 nr 140.

skötas. AD framhöll att förändringen inte var ”realistiskt eller eljest skulle möta större praktiska svårigheter”. Tvärtom ansåg domstolen att det fanns ”företagsekonomiska skäl av avsevärd styrka” och att dessa talade ”starkt mot ovidkommande skäl” för indragning av tjänsten.

Likaså ansågs, i AD 1986 nr 158, uppsägningen av en ombudsman vid en fastighetsägarförening befogad utifrån minskningen av arbetsuppgifter. Enligt arbetsgivaren hade arbetsuppgifter fallit bort då en förväntad ökning av arbetsuppgifter uteblivit samt att den traditionella huvudarbetsuppgiften väsentligen minskat. Arbetsgivarens påstående om arbetsbrist understöddes ytterligare, enligt domstolen, av det faktum att de övriga anställda i organisationen klarat av att hantera de återstående arbetsuppgifterna. AD avslutar denna med ett uttalande om att det måste anses visat, att arbetsuppgifterna ”minskat i sådan grad” att det var befogat med uppsägning.

Omfattningen av de arbetsuppgifter som minskat belyses även i AD 2000 nr 35, då en läkarsekreterare sades upp p.g.a. arbetsbrist. Då hon tidigare sagts upp av personliga skäl och yrkat skadestånd för detta prövade AD detta först. I denna del kom domstolen fram till att det inte fanns saklig grund för uppsägning av personliga skäl. Beträffande arbetsbristen ansåg AD det utrett att läkarsekreterarens arbetsuppgifter kommit att minska efterhand. Minskningen var dels en följd av att personalen fick tillgång till datorer och själva skötte administrationen, dels att bolaget slutat att hantera kontanter och dels då behovet av en telefonist upphört i och med införandet av ny teknik. De arbetsuppgifter som fanns kvar motsvarades inte av mer än ett par timmars arbete per vecka och de hade fördelats på kvarvarande personal. AD ansåg att det förelåg arbetsbrist då det inte fanns något som talade för att arbetsgivaren infört den nya tekniken i syfte att säga upp läkarsekreteraren.

De ovan refererade rättsfallen visar att arbetsgivaren relativt enkelt kan ”styra arbetsbristen” dit han önskar genom att lägga om verksamheten så att någon får mindre arbetsuppgifter. Har verksamheten minskat så att arbetsuppgifterna försvunnit eller bortrationaliserats anser AD att det är fråga om arbetsbrist. Domstolen tar i många fall bara fasta på att de kvarvarande arbetsuppgifterna, vid tiden för rättegången, kan utföras på det sätt som arbetsgivaren uppgivit var avsikten med förändringen. Det avgörande är om arbetsuppgifterna rent faktiskt har försvunnit.

Arbetsgivarens påstående om företagsekonomiska skäl, såsom förluster eller likviditetsproblem har också varit föremål för en mer ingående granskning i ett par mål. I det första målet om fingerad arbetsbrist efter anställningsskyddslagens tillkomst, AD 1976 nr 26, sades en verkmästare upp. Verkmästaren, som blivit omplacerad från personalchef till fastighetsförvaltare och därefter slutligen till verkmästare, hävdade att han blivit uppsagd p.g.a. misskötsamhet och samarbetssvårigheter. AD uttalar att

utredningen ”ger inte underlag för att säkert bedöma om bolagets ekonomiska läge varit sådant att personalinskränkningar inte kunnat

undvikas”. Samtidigt konstaterar domstolen att bolaget tidvis haft problem med likviditeten och att det från bolagets sida funnits ett uttalat behov av att minska antalet anställda. Grunden för uppsägningen var enligt arbetsgivaren framförallt utfallet av 1975 års löneavtal som skulle innebära ökade lönekostnader. Löneavtalet aktualiserade återigen en ny översyn av organisationen med personalinskränkning som följd. AD uttalade att man inte fann det anmärkningsvärt att verkmästarens tjänst berördes och att det innebar en avsevärd kostnadsbesparing. Då bolagets VD, samtidigt som han uttalat missnöje med verkmästaren, på eget initiativ upprättat ett PM med förslag på översyn av organisationen med rekommendation om uppsägning av verkmästaren, ansåg AD att detta skulle föranleda en särskild prövning. AD fann dock inte att sambandet häremellan inte gav något stöd för att arbetsbristen bara var en förevändning för att kunna säga upp just verkmästaren.

I AD 1994 nr 140 hävdade arbetstagersidan att de bakomliggande personliga skälen var en konflikt mellan docenten och prefekten på institutionen och den omständigheten att docenten inte velat ansöka om externa medel för att på så sätt finansiera sin egen lön. AD ansåg att det saknades anledning att betvivla att det var bristande ekonomi som var grunden för uppsägning. Avdelningen som docenten jobbat på hade under lång tid gått med förlust. Personalstyrkan hade tidigare minskats med fem och en halv tjänst. Dessutom hade institutionen haft svårt att finna arbetsuppgifter för docenten då underlaget för undervisning och handledning varit alltför lite samt att det inte fanns några planerade forskningsprojekt inom det aktuella området. Arbetstagersidan hävdade att en del av de uppgivna arbetsbristsskälerna egentligen var att hänföra till docenten personligen. Att docenten inte velat medverka till att finansiera sin egen lön, ansåg AD, inte vara den verkliga grunden. Inte heller det faktum att docenten möjligen hade kunnat få behålla sitt jobb om han lyckats inbringa externa medel förändrade att det var avdelningens totala ekonomiska underskott som var det verkliga skälet till uppsägningen. Att docenten ansågs ha ett för smalt forskningsområde och vägrat att bredda detta, innebar bara en del av förklaringen till att arbetsbristen berörde docenten.

Även i AD 1995 nr 149 var anledningen till uppsägningen bolagets negativa resultat och till följd av detta ett behov av omorganisation. I målet var parterna överens om att bolaget gick med förlust och en åtgärd som vidtagits var att styrelseordföranden ersatt VD:n, utan att vara avlönad för arbetet. Parterna var således överens om det besvärliga ekonomiska läget men företagsläkaren som tidigare varit föremål för uppsägning p.g.a. personliga skäl hävdade att arbetsbristen var fingerad. Med anledning av dessa motsättningar ansåg domstolen att det fanns sannolika skäl för att den verkliga grunden var att hänföra till arbetstagersidan personligen men att motsättningarna skulle bedömas mot bakgrund av arbetsbristen. Arbetsgivaren gjorde gällande att bolaget istället för att ha en heltidsanställd läkare istället valt att köpa in läkartjänster utifrån motsvarande 70 procent av läkarens arbetstid. Detta medförde att verksamheten blev mindre sårbar,

en ökad flexibilitet och att företaget inte längre hade några kostnader för vikarier. AD i sin tur ansåg att de ekonomiska konsekvenserna av förändringen inte var utredda men att åtgärderna var ”av sådan art som ett företag kan tänkas genomföra i syfte att söka komma till rätta med en svår ekonomisk situation”. Däremot ansåg AD det visat att flera av bolagets skäl för förändring också medfört det eftersträvade resultatet. Kostnaderna hade minskat avsevärt, en viss breddning av läkarkompetensen hade uppnåtts, verksamheten hade blivit mindre sårbar då den inte längre påverkades av sjukdom eller annan frånvaro med resultat att det inte uppkommer några kostnader för vikarier. Sammanfattningsvis ansåg domstolen att:

”Det innebär att under begreppet arbetsbrist faller att arbetsgivaren inte längre anser det befogat att visst arbete drivs vidare inom ramen för hans verksamhet eller att arbetsgivaren eljest av organisatoriska eller därmed jämförliga skäl anser det nödvändigt att säga upp en eller fler arbetstagare”.

En intressant del i detta rättsfall är att domstolen uttryckligen hänvisar till att kostnaderna minskar då arbetsgivaren inte längre behöver ta hänsyn till sjukdom. Sjukdom utgör som bekant inte saklig grund för uppsägning av personliga skäl men det finns, enligt AD, inget som hindrar att arbetsgivaren fattar ett verksamhetsbeslut på samma grund då han väljer att lägga ut arbetet på konsultbasis.⁶⁴

I AD 2000 nr 31 sades en platschef vid ett transportbolag upp. Grunden för uppsägningen var arbetsbrist men arbetsgivaren ansåg att det i vart fall fanns grund för personliga skäl. Då det dessutom bara var fråga om en ensam arbetstagare, platschefen, ansåg domstolen att det måste ställas starka krav på att arbetsgivaren skulle visa att uppsägningen skulle ha företagits även om de personliga skälen inte funnits. Domstolen ansåg det klarlagt att kontoret visat negativt resultat under ett antal månader och att det utifrån detta var nödvändigt att vidta åtgärder. Medan arbetstagersidan påstod att arbetsgivaren aldrig kritiserat den ekonomiska utvecklingen uppgav arbetsgivaren att han haft fortlöpande diskussioner med platschefen med anledning av det dåliga resultatet. Arbetsgivaren hävdade att bolaget genom att ersätta platschefen med VD:n sparade 63 000 kronor i månaden. Domstolen konstaterar således att uppsägningen av platschefen framstod som en adekvat åtgärd för att minska kontorets kostnader. Arbetsgivaren hade dessutom gjort gällande att den uppsagda var inkompetent som platschef och att det var detta som orsakat bolagets ekonomiska resultat. Att inkompetens normalt är att hänföra till arbetstagen personligen ansåg domstolen inte utesluta arbetsbrist. Efter diskussion kom domstolen fram till att man kunde räkna med att platschefen skulle ha blivit uppsagd även om bolaget inte ansett att hon orsakat den dåliga ekonomin. Skulle uppsägning i detta fall vara att betrakta som hänförlig till platschefen personligen skulle detta, enligt domstolen, innebära att den som ansågs ansvarig för ett dåligt

⁶⁴ Bruun påpekar att det i debatten förs fram att många arbetsgivare väljer alternativa lösningar för att kringgå företrädesrätten, t.ex. så som i detta fall genom köp av tjänster. Skulle det vara så att det förekommer ett mer systematiskt kringgående, så anser Bruun att det finns skäl att ompröva företrädesrätten till förmån för sysselsättningsintresset. Bruun, *Hur förnya arbetsrätten*, s 96.

resultat ges ett bättre anställningsskydd än den som i samma situation inte ansågs ansvarig.

Liksom ovanstående mål innebär i princip alla neddragningar en omorganisation då kvarvarande arbetsuppgifter måste fördelas eller omfördelas på de återstående anställda. En arbetsbrist kan dessutom vara ett resultat av en omorganisation då arbetsgivaren anser det nödvändigt att förändra arbetet utifrån nya behov eller önskemål om ett annat arbetssätt.

I AD 1978 nr 110 sades en kontorist upp kort tid efter det att hon anställdes. Arbetsgivaren, som hade verksamhet vid flera orter hävdade att tjänsten skulle flyttas till Stockholm vilket medförde arbetsbrist. Arbetstagaren, som hade anställts den 15 februari och fick besked om uppsägning den 4 maj samma år, hävdade att uppsägningen berodde på att arbetsgivaren var missnöjd med henne och att detta kommit till uttryck i en förhandling den 4 maj. AD ansåg att beslutsprocessen i och för sig var anmärkningsvärd men menade att det genom vittnesmål var styrkt att bolaget redan i april bestämt sig för att flytta verksamheten. Beslutet ansågs inte ur företagsekonomisk synpunkt omotiverad och saklig grund förelåg.

I AD 2000 nr 18 genomförde arbetsgivaren en omorganisation endast ett par månader efter att en annan hade genomförts. Kreditchefen som hade anställts till följd av den första omorganisationen men sagts upp p.g.a. den andra, hävdade att han sagts upp p.g.a. sjukdom, då han kort efter sitt tillträdande sjukskrivits p.g.a. depression. Arbetsgivaren förklarade att det fanns flera skäl till den andra omorganisationen. Bl.a. så hade den första bara varit provisorisk då företaget under hösten skulle flytta verksamheten till ny ort. Ett annat skäl var det nya bokföringssystemet som medförde att ekonomifunktionen fick en större betydelse och underställdes VD direkt. AD konstaterade att arbetsgivarens uppgifter om omorganisationen lämnats obestridda av förbundet och att det i och för sig framstod som ändamålsenligt att organisera verksamheten på det sätt bolaget valt med hänsyn till de krav som fanns på ekonomiadministrationen och personalsituationen. Personalsituationen på ekonomisidan var den att två ekonomer hade sagt upp sig och kreditchefen var sjukskriven. Domstolen fann att omorganisationen inte var hänförlig till kreditchefen personligen och att det i vart fall saknade betydelse om arbetsgivaren även ansåg att anställningen borde ha avslutats p.g.a. personliga skäl, i det här målet hans sjukdom.

För de fall en omorganisation leder till uppsägning av flera arbetstagare kan det bli än svårare att göra en bedömning av arbetsbristen för en enskild arbetstagare. I AD 2004 nr 52 var parterna överens om att det fanns en arbetsbristsituation på tjänstemannasidan men inte om den även omfattade arbetstagaren. Domstolen slog fast att det inte fanns stöd för att förändringen vidtagits för att skapa arbetsbrist för den aktuella arbetstagaren. Inte heller fanns det något som talade för att just hans arbetsuppgifter skulle ha förblivit oförändrade av omorganisation. Den samlade bedömningen blev således att uppsägningen berodde på arbetsbrist.

I AD 2005 nr 32 sades en projektledare upp efter en omorganisation som innebar att tjänsten som projektledare inte skulle finnas kvar i bolaget utan bytas ut mot den mindre kvalificerade tjänsten som intervjuare. Projektledaren hade en tid innan informerat sin arbetsgivare om att han led av MS och han ansåg i målet att uppsägningen var hänförlig till honom själv och berodde på sjukdomen.⁶⁵ Då sjukdomen, MS, anses vara ett funktionshinder, som skyddas i en av diskrimineringslagarna prövades uppsägningen dels enligt LAS och dels enligt FUDA.⁶⁶ AD konstaterade att det oftast var till nackdel för en arbetsgivare att en anställd var eller i framtiden kunde förväntas vara sjukskriven p.g.a. funktionshinder, särskilt sedan han varit sjukskriven under en längre tid efter att diagnosen ställdes. I målet ansågs projektledaren, med hänvisning till tidssambandet, ha gjort antagligt att uppsägningen haft samband med sjukdomen. Därmed ansågs uppsägningen strida mot FUDA. Angående arbetsbristen hävdade arbetsgivaren att denna var en följd av minskad fakturering och orderingång. Då kunderna efterfrågade mindre kvalificerade tjänster medförde detta ett behov av att omorganisera så att verksamheten ökades med en intervjuare och minskades med en projektledartjänst. Att de två intervjuare som fanns i bolaget innehade en provanställning hindrade inte arbetsgivaren från att undanta dem från turordning enligt 22 § 2 st. AD ansåg att uppsägningen skett p.g.a. arbetsbrist och inte personliga skäl och att det var verksamhetsförändringen som låg till grund för arbetsbristen. Något brott mot LAS förelåg således inte⁶⁷.

Även om det bara är dessa typer av arbetsbrist som hittills varit uppe till prövning torde det kunna finnas andra tänkbara grunder, såsom arbetsbrist p.g.a. allmän besparing eller såsom en önskan om ökad vinst.

Sammanfattningsvis så innebär det faktum att arbetstagaren lyckats visa sannolika skäl inte att arbetsbristen utsätts för en saklig grund prövning.

⁶⁵ Projektledaren hade i första hand gjort gällande att uppsägningen var föranledd av personliga skäl, d.v.s. hans sjukdom och att det stred mot 3 och 5 §§ FUDA. I andra hand gjorde han gällande att uppsägningen inte var sakligt grundad då arbetsgivaren inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet och att denna hade samband med funktionshindret. Tredjehands yrkandet gällde brott mot turordningsbestämmelserna och fjärdehands yrkandet brott mot omplaceringsskyldigheten i 7 § LAS.

⁶⁶ Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. I rättsfallet görs en genomgång av lagens tillämpning som innebär att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetstagar genom att behandla denne sämre än någon annan i jämförbar situation om missgynnandet har samband med funktionshindret. För att diskriminering ska föreligga ska det finnas ett samband mellan missgynnandet och funktionshindret. Bevisbördan är liksom i mål om fingerad arbetsbrist delad men beviskraven på arbetstagaren är något lägre ställda då arbetstagaren bara ska göra antagligt att denne blivit diskriminerad. Har bevisbördan gått över på arbetsgivaren ska denne styrka att agerandet inte har samband med den åberopade diskrimineringsgrunden. För att kunna göra detta måste arbetsgivaren åtminstone kunna lämna en ”godtagbar förklaring”. Väl att märka är att det är fråga om diskriminering om funktionshindret endast är en av flera orsaker till arbetsgivarens handlande.

⁶⁷ Har uppsägningen samband med både en verklig arbetsbrist och ett personligt skäl som sjukdom leder principerna om splittrad motivbild till att arbetsbrist anses utgöra orsaken enligt LAS system, se vidare kap. 3.2 om splittrad motivbild.

Frågan blir då vilka krav som ställs på de skäl som arbetsgivaren uppgivit för arbetsbristen. Någon konsekvent tillämpning av bevisbörderegeln som innebär att domstolen ska granska skälen till arbetsbristen i proportion till de sannolika skäl som arbetstagaren har lagt fram går inte att utläsa från praxis. Glavå har som kritiserat tillämpningen av arbetsbristen anser att:

”Den bevisregel arbetsdomstolen formulerar och som framställs som arbetstagarvänlig visar sig därigenom i praktiken inte vara det. Även om vi måste skilja mellan att styrka de förhållanden som åberopas och bevisbördan för vad som utgjort verklig uppsägningsgrund är det ju så att det arbetsgivaren åberopar till stöd för en uppsägning enligt processrättsliga principer läggs till grund för prövningen i den mån det inte förnekas eller annat påstås. Det är uppenbart att det här blir en skillnad jämfört med när arbetsgivaren åberopar personliga förhållanden. Även om arbetstagersidan i sådana fall inte förnekar de faktiska förhållandena kommer dessa att bli föremål för en reell saklig grund-prövning”.⁶⁸

Glavå framhåller därefter att bevisbörderegeln som är hämtad från föreningsrättsmål växte fram under 30-talet för att inte omöjliggöra en prövning av en påstådd föreningsrättskränkning. Detta var under en tid då den fria uppsägningsrätten rådde och att regeln därför inte är anpassad till dagens arbetsrätt då utgångspunkten är den motsatta.⁶⁹

Med tanke på utvecklingen av verksamhetsledningsrätten och arbetsgivarens möjlighet att bestämma över arbetsbristen torde sammanhanget och utgångspunkterna inte skilja sig nämnvärt. Vad värre är att den bevisregel som under tid av den annars i princip helt fria uppsägningsrätten åtminstone gav ett visst skydd mot en obefogad uppsägning idag inte ger arbetstagaren något nämnvärt skydd.

När det gäller arbetsbrist i dess bokstavliga betydelse så har AD tillåtit sig att göra ganska långtgående utredningar av i vilken omfattning arbetsuppgifterna verkligen försvunnit eller hur de har fördelats på kvarvarande anställda. När det däremot gäller andra former av arbetsbrist, såsom till följd av ett ekonomisk underskott eller omorganisation har AD oftast nöjt sig med att göra uttalande i linje med att det saknas anledning att betvivla arbetsgivarens påstående eller att den av arbetsgivarens vidtagna åtgärd framstår som adekvat, rimlig, ändamålsenlig eller befogad. Ett uttalande av detta slag kan, då arbetsgivaren valt att lägga ut en del av verksamheten på konsultbasis, anses draget till sin spets, beroende på skälen för utläggning. Detta blir tydligt då domstolen i AD 1995 nr 149 konstaterade att bolagets verksamhet, efter utläggning av en läkartjänst på konsultbasis, ”inte längre påverkas av sjukdom eller annan frånvaro för läkare”. Några kostnader för vikarier uppkom därmed inte heller”. Det som inte hade varit saklig grund för uppsägning, nämligen sjukdom utgör här ett acceptabelt skäl för utläggning av verksamheten.

⁶⁸ Glavå, s 330.

⁶⁹ A.a., s 331.

Inte heller då arbetsbristen granskas i samband med diskrimineringslagstiftningen görs en noggrannare bedömning enligt LAS. Det har med hänvisning till EG-lagstiftningen⁷⁰, gjorts gällande att det åligger medlemsstaterna att införa bevislätnader för den som anser sig utsatt för diskriminering. Dessa bevislätnader är inte enbart begränsade till orsakssambandet utan tar sikte på alla situationer som annars skulle kunna förhindra diskrimineringsförbudets genomförande.⁷¹

3.2 Splittrad motivbild

Även om arbetsgivaren skulle anse att en uppsägning skulle kunna upphöra både p.g.a. arbetsbrist eller personliga skäl så är det inte möjligt att i ett uppsägningsbesked ange alternativa grunder för uppsägningen. Det är antingen arbetsbrist eller personliga skäl som ska anges som grund för uppsägningen. För att arbetsbristen ska anses fingerad kan det bara finnas en grund, nämligen de personliga skälen. Detta uttrycks i AD 1976 nr 26 med att påstådd arbetsbrist endast ska utgöra en täckmantel för en annan omständighet. Däremot kan en arbetsgivare i ett mål om fingerad arbetsbrist anse att anställningen även bör sägas upp av personliga skäl. Konstaterar AD att uppsägningen är att hänföra till arbetstagaren personligen finns inget som hindrar att domstolen prövar målet utifrån denna grunden.⁷² Sedan mitten av 1980-talet har AD vid ett flertal tillfällen förtydligat att den verkliga grunden aldrig kan anses vara personliga skäl om det föreligger arbetsbrist⁷³:

”I sammanhanget bör dock enligt Arbetsdomstolens mening framhållas att om arbetsbrist konstateras föreligga det i och för sig saknar betydelse att arbetsgivaren även ansett att anställningen borde avslutas av skäl som är hänförlig till arbetstagaren personligen”.⁷⁴

De personliga skälen ska, som sagts, bedömas i ljuset av arbetsbristen. Arbetsbristen ska granskas mer ingående då det föreligger sannolika skäl. Frågan är då om domstolen anser att arbetsbristen vid s.k. splittrad motivbild, som ju oftast torde innehålla sannolika skäl, anser att arbetsbristen utsatts för den ingående granskning som det ges uttryck för i AD 1976 nr 26 eller om själva uttalande innebär en ”bevislätnad” i förhållande till domstolens uttalande om att arbetsgivaren ska visa att uppsägningen skulle ha företagits även om de personliga skälen inte förelegat. Att domstolen i många mål funnit ett behov att göra detta tillägg kan tyda på en ”bevislätnad” även om det inte klart framgår av dess ordalydelse. Oavsett hur det kan tolkas torde det innebära att AD anser att arbetsgivaren vid fall av s.k. splittrad motivbild på ett tillfredställande sätt

⁷⁰ Rådets direktiv (97/80/EG) om bevisbördan vid mål om könsdiskriminering.

⁷¹ Malmberg, *Bevisning i diskrimineringsstvister*, s 813.

⁷² Se AD 1991 nr 136 och 1996 nr 7.

⁷³ AD 1986 nr 158, 1987 nr 34, 1988 nr 32, 1995 nr 149, 2000 nr 31, 2000 nr 35 och 2004 nr 52.

⁷⁴ AD 1995 nr 149.

lyckats bevisa arbetsbristen. Inte heller här kan man ur praxis utläsa någon tydlig hållning.

Att arbetsbristen ges företräde i fall av splittrad motivbild, skulle vara en logisk följd under förutsättning att arbetsbristen utsätts för en saklig grundprövning. Då så inte är fallet och det ställs låga krav på arbetsgivaren när denne ska visa arbetsbrist innebär detta att en fastställd arbetsbrist aldrig kan vara fingerad. Den delen i bevisbördan som talar om att arbetsgivaren ska visa att uppsägningen skett även om de ovidkommande skälen, d.v.s. de personliga, inte hade förelegat har helt fått ge vika för principen om splittrad motivbild.

I diskrimineringsmål tillämpas inte regeln som splittrad motivbild. Där är utgångspunkten istället den motsatta. För de fall AD skulle komma fram till att det föreligger både arbetsbrist *och* personliga skäl, ska enligt förarbetena, de personliga skälen ges företräde eftersom det räcker med att funktionshindret bara är en av orsakerna till arbetsgivarens handlande.⁷⁵ I AD 2005 nr 32 fann domstolen att det inte var personliga skäl bakom uppsägningen utan att det var verksamhetsförändringen och därmed arbetsbristen som var grunden. Vid prövningen enligt FUDA ansåg domstolen däremot att arbetsgivarens hantering av personalsituationen gav intryck av att vara direkt inriktad på att det var projektledaren som skulle sluta och att anledningen härtill var projektledarens sjukdom. Resultatet blev således att arbetsgivaren inte ansågs ha visat att uppsägningen helt saknade samband med funktionshindret och att brott mot 3 och 5 §§ FUDA förelåg.

I arbetslivsinstitutets utredning antogs, i enlighet med utgången i AD 2005 nr 32, att diskrimineringslagstiftningen skulle komma att ge ett längre gående skydd mot obefogade uppsägningar än nuvarande anställningsskyddslag. Anledningen till antagandet var just de olika sätten att hantera den splittrade motivbilden på. Ståndpunkten exemplifierades med det snarlika rättsfallet om den uppsagde kreditschefen och att prövningen av arbetsbristen borde bli en annan då arbetstagaren visat sannolika skäl.⁷⁶

”I så fall borde alltså arbetsgivaren enligt diskrimineringslagstiftningen visa att uppsägningen helt och hållet saknar samband med funktionshindret eller att uppsägningen varit nödvändig och lämplig med beaktande av en helhetsbedömning där alternativa handlingsstrategier skulle ha vägts in [---] Både EG-direktiv och uttryckliga lagregler ställer entydiga hinder i vägen för att tillämpa det argumentationsmönster som idag används av AD i fall där personliga skäl påstås väga in. Å andra sidan finns inga hinder för att också i den konkreta avvägningen låta verksamhetsintresset och organisatoriska faktorer väga tungt. Avvägningen måste dock beakta arbetsgivarens konkreta möjligheter till alternativa lösningar. Det förefaller uteslutet att endast det faktum att en faktisk omorganisering ägt rum och arbetsgivaren åberopat arbetsbrist, som drabbar den ifrågavarande funktionshindrades arbete, kunde

⁷⁵ Se ovan under 3.1.2.

⁷⁶ AD 2000 nr 18, notera dock att denna sjukdom inte var bestående på det sätt som krävs för att ett funktionshinder ska föreligga.

rättfärdiga ett konkret missgynnande av en handikappad person oberoende av om också funktionshindret utgjort en bevekelsegrund för uppsägning.”⁷⁷

Med facit i hand kan vi se att diskrimineringslagstiftningen lyckats ge ett längre gående skydd än vad anställningsskyddslagen erbjuder.

3.3 Fall där fingerad arbetsbrist förelegat

För att AD ska kunna konstatera att det rör sig om fingerad arbetsbrist måste, som sagts ovan, arbetsbristen underkännas alternativt så måste det, enligt AD 1976 nr 26, finnas en osäkerhet om uppsägning hade företagits p.g.a. arbetsbrist även om de personliga skälen inte funnits. Sedan anställningsskyddslagens tillkomst har arbetstagersidan endast vunnit tre mål om fingerad arbetsbrist. Gemensamt för alla tre målen är att arbetsbristen underkänts då det inte funnits någon egentlig brist på arbetsuppgifter. Det kan tilläggas att AD i mål om fingerad arbetsbrist äger rätten att pröva målet utifrån den verkliga grunden, oavsett arbetsgivarens inställning i frågan.

I AD 1976 nr 28, det andra målet om fingerad arbetsbrist efter lagens tillkomst, sades ett biträde upp med hänvisning till arbetsbrist. Biträdet arbetade på en revisionsbyrå där han bistod revisorn med granskningsuppdrag på olika företag. Revisorn meddelade sin avsikt att avveckla verksamheten p.g.a. sin ålder. Biträdet hävdade att revisorn även efter uppsägningstidens utgång bedrev verksamhet i betydande utsträckning och att uppsägningen istället var hänförlig till ett missnöje med honom då han påtalat felaktigheter i bokföringen vid ett tidigare uppdrag. AD ansåg att det inte fanns något i utredningen som talade mot arbetsgivarens påstående om att dennes avsikt verkligen var att avveckla verksamheten. Men AD konstaterade också att:

”För att en uppsägning med sådant syfte skall anses sakligt grundad krävs emellertid att sådan driftsinskränkning verkligen genomföres vilken medför behov av den uppsagdes arbetskraft ej längre föreligger när uppsägningstiden löper ut.”

Av utredning framgick att revisorn endast hade kvar uppdrag för Citroën men att han inte ansåg sig ha en skyldighet att sysselsätta biträdet med detta då det framkommit klagomål på honom i utförandet av det uppdraget. Domstolen gjorde därefter en prövning av anmärkningarna mot biträdet men kom fram till att de inte var så allvarliga att revisorn inte hade kunnat använda sig av honom i det ifrågavarande uppdraget och att uppsägningen därför inte var sakligt grundad. Det ekonomiska skadeståndet baserades på omfattningen av det kvarvarande uppdraget.

I det andra mål om fingerad arbetsbrist, AD 1991 nr 136, var omständigheterna sådana att en tjänsteman vid huvudkontoret sades upp

⁷⁷ Ds 2002:56, s 189.

p.g.a. arbetsbrist. Organisationen hade en tid dessförinnan fastställts till att omfatta en verkställande direktör och två kontorister varav tjänstemannen var den ene. Detta var en följd av införande av ett nytt datoriserat ekonomisystem. Enligt arbetsgivaren var tjänstemannen negativ till det nya systemet och vägrade delta i utbildningen i detsamma. Med anledning av detta försökte arbetsgivaren först omplacera tjänstemannen och då denne inte samtyckte till detta sades han upp med hänvisning till arbetsbrist. Arbetsgivaren ansåg att tjänstemannen saknade tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete vid huvudkontoret och att uppsägningen skett i enlighet med turordningsreglerna i 22 § LAS. Arbetsdomstolen konstaterar inledningsvis att arbetsgivarens agerande inte varit hänförligt till arbetsbrist då det inte skett, eller var tänkt att ske, någon förändring i organisationen. AD avfärdar också kvalifikationsinvändningen enligt 22 § LAS då denna inte var tillämplig i förevarande fall eftersom det inte var frågan om kvalifikationer för en annan tjänst utan att kunna göra anspråk på att få behålla sin egen tjänst. Den verkliga grunden ansågs förmodligen vara även andra än i målet uppgivna personliga skäl och den bristande kompetensen. AD menade att arbetsgivaren utan godtagbart skäl nekat arbetstagare den korta och enkla utbildning som behövdes för att hantera datorutrustningen. AD konstaterar således att saklig grund för uppsägning inte föreligger.

I det sista målet, AD 1996 nr 7, var det fråga om en stängselmontörs anställningsform, hur anställningen avslutats och grunderna för detta. Montören liksom övriga anställda arbetade för bolaget periodvis när det fanns arbete att utföra. Däremellan anmälde sig montören till a-kassan för att erhålla arbetslöshetsersättning. Under det senaste året hade montören arbetat 17 perioder omfattande 126 dagar. Efter att montören, kontaktat sitt fackförbund meddelade han arbetsgivaren att denne, enligt facket, inte fick skicka hem dem när det inte fanns jobb. Svaret montören fick var ”dra åt helvete”, något som han tolkade som ett avsked. Arbetsgivaren å sin sida hävdade att montören innehade en visstidsanställning då han endast arbetade vid behov. För de fall domstolen ansåg att montören var tillsvidareanställd ansåg arbetsgivaren att uppsägningen skett p.g.a. arbetsbrist men att det i vart fall fanns personliga skäl för uppsägningen. De personliga skälen bestod i att arbetsgivaren gjorde gällande att montören tankat bensin för egen räkning på bolagets bekostnad. Arbetsdomstolen framhöll inledningsvis att praxis är att det åligger den part som hävdar att anställningen är något annat än en tillsvidareanställning att bevisa det. Detta lyckas arbetsgivaren inte göra. Domstolen kom även fram till att händelsen då montören skiljdes från tjänsten var att beteckna som ett avsked, något som det inte fanns grund för eftersom det inte var styrkt att montören gjort sig skyldig till stöld. Frågan att ta ställning till var om det överhuvudtaget fanns saklig grund för uppsägning och möjligheten att ogiltigförklara avskedet? Då arbetstagarna alltid annars i förväg blev informerade om att det inte fanns arbete nästkommande dag, något som inte skett i detta fall, fann arbetsdomstolen att arbetsgivaren inte lyckats visa att det saknades arbetsuppgifter. Den verkliga grunden var istället att montören sades upp för att han kontaktat sitt fackförbund och därefter hävdade att bolaget var ersättningsskyldig även för de dagar det inte fanns något arbete att utföra.

Sammanfattningsvis ser vi att anledning till att arbetsbristen har underkänts i dessa fall är att arbetsuppgifterna rent fysiskt finns kvar på arbetsplatsen. Någon omorganisation har inte heller förekommit och arbetsgivaren har inte kunnat visa att arbetsuppgifterna försvunnit. Det har vid AD:s prövning inte funnits anledning att gå närmare in på arbetsbristen då det klart har framgått att det inte varit brist på arbetsuppgifter. Inte i något fall har arbetsbristen underkänts efter att arbetsgivaren har genomfört en verksamhetsförändring. Calleman framhåller att de fall i rättspraxis som ansetts vara fingerade är sådana där arbetsgivaren inte har följt de procedurregler som gäller för uppsägningar och i övrigt burit sig kränkande åt mot arbetstagaren. Arbetsgivaren har alltid kunnat visa saklig grund för sin åtgärd där procedurreglerna har iakttagits och det skett en organisatorisk förändring.⁷⁸

3.4 Sammanfattning

Från anställningsskyddslagens tillkomst har rättstillämpningen upprätthållit principen om att arbetstagare ska kunna få obefogade uppsägningar prövade i domstol. Prövningen ska, enligt AD som utformat bevisprövningen, kunna ske när en arbetstagare har gjort sannolikt att uppsägningen istället är hänförlig till dennes person och inte till arbetsgivarens påstående om arbetsbrist. Under årens lopp har ett flertal mål om fingerad arbetsbrist prövats i AD. Utgången i de flesta mål har varit att arbetsbristen ansetts vara orsaken till uppsägningen. Kritiken mot rättstillämpningen har framförallt bestått i det faktum att arbetsbristen inte utsätts för en reell saklig grundprövning.

Detta har lett till att arbetsgivarens verksamhetsledningsrätt har lämnats oinskränkt. Till skillnad mot vad som sägs i AD 1980 nr 133 behöver arbetsgivaren bara visa att det har skett en äkta verksamhetsförändring för att arbetsbrist ska anses föreligga. Bara i de fall där arbetsuppgifterna fortfarande finns kvar och utförs av en enda person har AD funnit arbetsbristen fingerad. I dessa mål framgår det tydligt att ingen verksamhetsförändring skett.

Den arbetstagare som hävdar att verksamhetsförändringen är vidtagen i syfte att säga upp just denne har i det närmaste en dubbel bevisbörda. Först måste arbetstagaren visa sannolika skäl för att överhuvudtaget ha en möjlighet att få arbetsbristen prövad och därefter måste arbetsbristen i princip ”motbevisas”. I AD 1976 nr 26 sägs att om det kvarstår en ovisshet om arbetstagaren skulle ha sagts upp om de personliga skälen inte funnits så ska denna ovisshet gå ut över arbetsgivaren. Detta torde innebära, enligt mitt sett att se, inte bara en fråga om det ändå skulle vara arbetsbrist utan även om just arbetstagare skulle ha sagts upp vid en eventuell arbetsbrist. Detta synsätt kommer inte till uttryck i AD 2004 nr 52 där domstolen tvärtom

⁷⁸ Calleman, s 350f.

uttalar att det inte finns något som talar för att arbetstagarens arbetsuppgifter skulle förbli oförändrade av omorganisationen.

Arbetslivsinstitutets utredning framhåller att gällande rätt inte tillgodoser individens skydd vid arbetsbristuppsägning av en enstaka arbetstagare.⁷⁹ Den främsta anledningen härtill är regeln om splittrad motivbild. Denna innebär att de verksamhetsrelaterade skälen alltid ges företräde i förhållande till de personliga skälen. Konsekvensen av regeln blir att uppsägningen aldrig kan anses fingerad när det skett en verksamhetsförändring, oavsett orsaken härtill. Regeln om splittrad motivbild kan i och för sig vara relevant att upprätthålla när det är den ifrågavarande arbetstagaren som har orsakat arbetsbristen. I AD 2000 nr 31 framhåller domstolen att det vore fel om en person som bidragit till ett dåligt resultat ges ett starkare skydd än den arbetstagare som skött sitt arbete. Syftet med regeln är inte att upprätthålla ett skydd där det inte är befogat. Annat förhåller det sig däremot där skyddsvärdet, genom diskrimineringslagstiftningen, anses ännu högre. Utredningen som inte ansåg det befogat med någon ny lagstiftning på området ansåg att problemen kunde lösas inom ramen för gällande lagstiftning.⁸⁰ Bl.a. pekade utredningen på utvecklingen inom just diskrimineringslagstiftningen som ett sätt att kunna hantera obefogade uppsägningar. Som vi har sett i genomgången av AD 2005 nr 32 har, i enlighet med vad utredningen förväntade sig, domstolen ansett uppsägningen diskriminerande.

De två andra möjligheter som framhålls som lösningar är att domstolen, såsom framhålls i förarbetena, även ska pröva om arbetsgivaren har övervägt andra skäliga möjligheter att nå verksamhetsanknutna mål. Dessutom så sägs att arbetstagaren inte bör få bevisbördan för varje liten verksamhetsförändring.⁸¹

Jag har dock svårt att se att förslagen skulle medföra någon nämnvärd förändring utan att någon mer ingående skyldighet har lagts på arbetsgivaren. Då arbetsgivarens mål i det flesta fall är att minska verksamheten kommer det, i det första fallet, i ”bästa fall” bara att innebära att omplaceringsskyldigheten i 7 § 2 st. LAS vidgas något. Att bevisbördan läggs på arbetsgivaren innebär i sak ingen förändring då arbetsgivaren redan idag, om arbetstagaren visat sannolika skäl, har bevisbördan och utan invändning från AD lyckas fullgöra denna.

Slutsatsen i denna del är att så länge arbetsbristen inte utsätts för en mer ingående prövning och verksamhetsledningsrätten lämnas orörd så kommer det enda skyddet för obefogade uppsägningar, förutom det skydd som kan finnas inom diskrimineringsrätten, att bestå i omplaceringsskyldigheten,

⁷⁹ Ds 2002:56, s 190ff.

⁸⁰ Redan i inledningen pekade utredningen på att gränsen för mängden arbetsrättsliga regler som är rimligt att hantera snart är nådd. Det krävdes därför ett klart dokumenterat lagstiftningsbehov för att lagstiftaren skulle gå in med ytterligare lagstiftning, Ds 2002:56, s 4.

⁸¹ A.a., s 194f.

turordningsreglerna och företrädesrätten. Om dessa regler kan anses tillräckliga vid verksamhetsförändringar kommer att belysas närmare i nästa kapitel.

4 Turordningen

Som vi har sett i det föregående så har arbetsgivaren en nästintill oinskränkt verksamhetsledningsrätt. Detta innebär att det i princip bara är möjligt att med framgång ifrågasätta en arbetsbristuppsägning då arbetsgivaren felaktigt hävdar att det föreligger brist på arbete. Har arbetsuppgifterna försvunnit eller det är fråga om en verklig och genomförd verksamhetsförändring så finns det i princip inga möjligheter för en arbetstagare att invända mot arbetsbristen, oavsett hur sannolikt det är att uppsägningen är hänförlig till arbetstagaren personligen. Därefter blir det turordningsreglerna och kravet på tillräckliga kvalifikationer som utgör det kvarvarande skyddet mot obefogade uppsägningar. Det har framhållits att det viktigaste momentet i turordningsreglerna är kravet på tillräckliga kvalifikationer trots att det många gånger, i debatten, talas mest om senioritetsprincipens betydelse och indelningen i turordningskretsar.⁸² Storleken på turordningskretsen har naturligtvis den betydelsen att flera mindre turordningskretsar minskar omplaceringsmöjligheten och urholkar syftet.⁸³

Mot bakgrund av detta blir det därför intressant att undersöka de fall då arbetsgivaren vidtar en verksamhetsförändring och därefter, med hänvisning till denna, hävdar att arbetstagaren saknar kvalifikationer p.g.a. att kraven i befattningen har förändrats. I anslutning härtill uppkommer frågan om arbetsgivarens skyldighet att sörja för arbetstagarens kvalifikationer.

En annan viktig aspekt på turordningsreglerna är den situation där en arbetstagare får företräde till fortsatt anställning p.g.a. sin unika kompetens och därmed ”undantas från turordningen”. Med detta avses de situationer där en arbetstagare är ensam om att besitta kompetens som anses nödvändig för företaget.⁸⁴ Detta är något som idag inte är ovanligt på tjänstemannasidan och då framförallt i de teknik- och kunskapsbaserade sektorerna. Då arbetsgivaren förfogar över sin verksamhet så innebär det att ju fler ”företrädesberättigade” som finns desto mindre betydelse får turordningsreglerna.

4.1 Tillräckliga kvalifikationer

Med utgångspunkt i antagnings- och arbetsledningsrätten är det arbetsgivaren som bestämmer vilka kvalifikationer de anställda ska besitta. I en omplaceringssituation kan dock bedömningen bli något annorlunda då arbetsuppgifternas framtida krav⁸⁵ och dess faktiska innehåll⁸⁶ tillmäts stor betydelse.

⁸² Glavå, s 519.

⁸³ Calleman, s 139.

⁸⁴ A.a, s148.

⁸⁵ AD 1993 nr 27.

För de fall arbetsgivaren kräver en ökad kompetens i samband med en verksamhetsförändring så räcker det inte med att arbetsgivaren hävdar att det ställs större krav på en yrkeskategori än tidigare. Har dessa krav inte tillämpats i praktiken så kan inte arbetsgivaren, med hänvisning till dessa, hävda att arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna. I AD 1984 nr 144 ansåg arbetstagsidan att en uppsagd grovsvarvare borde ha omplacerats till automationsvarvare. Arbetsgivaren ansåg att arbetstagaren inte hade tillräckliga kvalifikationer då bolaget vid nyanställningar numera begärde att automationsvarvarna även själva skulle kunna ställa in maskinerna. AD ansåg det utrett att detta krav faktiskt ställdes men att man i praktiken inte efterlevde det, då en del av de övriga arbetstagarna inte hade den efterfrågade kompetensen. Då arbetstagaren i övrigt ansågs ha goda möjligheter att, efter rimlig upplärningstid, utföra svarvningsarbete fann AD att omplacering borde ha skett. Det var således inte bara en fråga om att man inte kan ställa större krav på en arbetstagare än på dennes kollegor⁸⁷ utan även att arbetstagaren bedömdes ha goda möjligheter att tillgodogöra sig den kunskap som krävdes.

Verksamhetens behov kan också tänkas styra hur bedömningen av kvalifikationerna ska göras. I AD 1993 nr 27 tillmättes bolagets krav på effektivitet i den framtida organisationen en stor betydelse.

4.2 Förändrade kvalifikationskrav

Det kan tänkas att arbetsgivaren anser det nödvändigt att ställa upp nya krav på en viss befattning. Detta kan t.ex. vara fallet för att anpassa verksamheten till den tekniska utvecklingen, förändrade kundkrav eller då verksamhetens fokus behöver förändras. Då turordningsreglerna blir tillämpliga först då arbetsuppgifterna förändrats så mycket att det rör sig om en ny befattning blir det i första hand frågan om arbetstagaren ska ha rätt att behålla sin tjänst, eller om en omplaceringssituation föreligger, när arbetsgivaren ställer nya krav på arbetstagarens kvalifikationer.

Som beskrivits ovan ansåg arbetsgivaren i AD 1991 nr 136 att arbetstagaren inte längre hade kvalifikationer för sin tjänst. Tjänstmannen hade varit sjukskriven och vid återkomsten ansåg arbetsgivaren att kvalifikationer saknades då arbetet hade datoriserats och att tjänstemannen hade vägrat att delta i en kort datautbildning. AD konstaterade att det inte var fråga om omplacering eftersom det inte var tal om att göra anspråk på en annan tjänst utan istället rätten att få behålla sin egen tjänst.⁸⁸

⁸⁶ Calleman, s 157.

⁸⁷ Jfr AD 1983 nr 51 där domstolen för en jämförelse med den tidigare innehavaren av tjänsten.

⁸⁸ Jfr även AD 1993 nr 104 där arbetsgivaren ansåg att en arbetstagare inte hade tillräckliga kvalifikationer för att ensam arbeta som CAD-ritare. Arbetet hade något år tidigare datoriserats och personalen hade utbildats i systemet men arbetstagaren hade redan då fått genomgå en extra utbildning eftersom han inte ansågs ha tillräckliga kunskaper om

Inte heller i AD 1994 nr 81 ansågs någon omplacering skett. Efter en genomgången 40 veckors AMU-kurs hade arbetstagaren, som anställdes för att arbeta med s.k. skärande bearbetning såsom svarvning och fräsning, placerats i smedjan tillsammans med grovplåtslagarna. Då han kort tid därefter sades upp hävdade han att han inte borde ha omfattats av arbetsbristen då han blivit omplacerad till grovplåtslagare och dessa var inte föremål för uppsägning. Arbetsgivaren hävdade att han inte alls blivit omplacerad då han saknade tillräckliga kvalifikationer för detta yrke eftersom det numera ställdes högre krav på självständighet av dem som anställdes som grovplåtslagare. AD ansåg att företaget tidigare hade omplacerat honom till grovplåtslagare och menade också att kompetenskraven på grovplåtslagarna hade ökat men att det inte var visat hur beslutet tillkommit. Inte heller hade uppgifterna omedelbart ändrats så väsentligt att det inte var möjligt för arbetstagare att utveckla sin kompetens. Det ansågs således inte vara frågan om en omplaceringssituation.

Ett visst mått av förutseende torde skäligen kunna krävas från arbetsgivaren om det innebär att uppsägningar kan undvikas. I AD 1983 nr 51 ansågs turordningsreglerna tillämpliga då en säljare vid ett verkstadsföretag sades upp till följd att den andre säljaren blev ensam kvar.⁸⁹ AD ansåg att den uppsagde säljaren saknade tillräckliga kvalifikationer för "ensamarbete" och att förändringen medförde betydande skillnader mellan dennes tidigare arbetsuppgifter och de nya som skulle utföras av den kvarvarande befattningshavaren. AD konstaterade att det inte var fråga om att avgöra vem som var den bäst lämpade utan:

"Här rör det sig om en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av största lämplighet och effektivitet och det skydd för den först anställda arbetstagaren som lagen är avsedd att ge." [---]

"För att anställningsskyddslagens regler skall upprätthållas på ett rimligt sätt måste i en situation som det här är fråga om ett visst mått av förutseende och förhandsplanering avkrävas arbetsgivaren."

Domstolen fann visserligen att arbetsgivarens synpunkter på förändrade krav och kvalifikationer hade fog för sig men att bolaget borde ha kunnat förutse utvecklingen långt tidigare och därmed kunde ha förberett övergången och på så sätt introducerat säljaren i de nya arbetsuppgifterna. Att så inte hade gjorts gav domstolen intrycket av att bolaget handlat i syfte att ersätta honom med en annan erfaren och duktig säljare utan tanke på den uppsagdes anställningsskydd. Brott mot turordningen förelåg således.

systemet. AD konstaterade att det inte blir aktuellt att bedöma kvalifikationerna då det inte är fråga om en omplaceringssituation trots att det i den nya organisationen ställdes större krav på den kvarvarande ritaren.

⁸⁹ Jfr AD 1993 nr 104 där verksamhetsförändringar ledde till att en arbetstagare ensam fick ansvar för arbetsuppgifterna. I dessa fall ansågs förändringarna inte medföra att det var fråga om en omplacering till vilken en kvalifikationsbedömning skulle göras.

Som vi har sett ovan kan arbetsgivaren inte utan vidare ställa upp vilka kvalifikationskrav som helst utan att, i konsekvensens härmed, tillämpa dem i praktiken. I AD 1994 nr 15 var frågan om en livdjurshandlare och tre säljare av kött- och charkuteriprodukter hade tillräckliga kvalifikationer för arbete som fältsäljare av mejeriprodukter. Några av de uppsagda hade några år tidigare fått erbjudande om att arbeta på ”mejerisidan” och ansåg således att de hade tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Arbetsgivaren gjorde gällande att man numera krävde att fältsäljarna skulle ha erfarenhet av arbete i livsmedelsbutik och då företrädesvis från butikens mejeriavdelning. AD fann det i målet visat att bolaget sedan något år tillbaka faktiskt krävde att fältsäljarna skulle ha denna erfarenhet.

I AD 1998 nr 94 ansågs inte två fotografer ha tillräckliga kvalifikationer för att bli omplacerade till allmänreportrar. De två fotograferna hade längre bak i tiden även skrivit artiklar för tidningen men arbetsgivaren kunde, enligt domstolen, visa att kraven på de skrivande journalisterna ökat till följd av rationaliseringar p.g.a. en omfattande arbetsbrist.

Förändringar som innebär ökade kvalifikationskrav till följd av den tekniska utvecklingen kan medföra att det är fråga om omplacering till en ny tjänst. I AD 1994 nr 4 hade arbetstagaren anställts som NC-operatör med avancerat fräsningsarbete som främsta arbetsuppgift. Då han senare vidareutbildade sig till elektroingenjör, sades han, vid återgången i arbete, upp p.g.a. arbetsbrist. Arbetsgivaren, som hade anställt och utbildat en ersättare ansåg att det hade skett betydande förändringar i produktionen då fräsmaskinen försätts med ny datateknik. Dessa förändringar hade lett till att NC-operatören inte längre hade tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Arbetsgivaren ansåg även att det inte kunde anses skäligt att en verksamhet som bara omsätter ca 2 miljoner kronor, återigen skulle tåla utbildningskostnader för 120 000 kronor. Arbetstagarsidan invände med att det inte var fråga om en omplacering då det rörde sig om den tjänst som NC-operatören tidigare innehåft. Vidare kunde den aktuella utbildningens omfattning inte alls anses lika omfattande som ersättarens dels då NC-operatören redan sedan tidigare var en kunnig fräsare, det nya datasystemet endast var en uppdatering samt att han under sin studietid förvärvat kunskaper som var användbara i det nuvarande arbetet. AD uttalade att arbetet som NC operatör visserligen fanns kvar men att det skett en viktigare förändring då bolaget infört ett nytt datasystem och att dessa arbetsuppgifter utförts av en annan sedan en längre tid tillbaka. Det var följaktligen fråga om en omplacering där kvalifikationskravet skulle beaktas. AD konstaterade slutligen att det inte var tillräckligt utrett vilken utbildningstid och vilka kostnader som skulle behövas för att NC operatören skulle erhålla tillräckliga kvalifikationer men att förutsättningar för detta otvivelaktigt var goda. Sammanfattningsvis ansågs det inte oskäligt att arbetsgivaren skulle ha svarat för den ifrågakvarande utbildningen. Förutom det faktum att det inte ansågs utrett vilka insatser som krävdes för att höja

kompetensen framgår det att domstolen även vägde in arbetstagarens förmåga att ta till sig den kunskapen.⁹⁰

I AD 1993 nr 197 förändrade arbetsgivaren kvalifikationskravet för serviceteknikerna vid ett företag i samband med en omorganisation. Två servicetekniker som sades upp hade tidigare bara arbetat med låg- och mellanvolymsprodukter och nu skulle de kvarvarande även arbeta med högvolymsprodukter. Arbetstagsidan hävdade att skillnaden i kvalifikationshänseende var beroende av vilken internutbildning de anställda fått och de ansåg att arbetsgivaren borde ha förutsett den situation som uppstått och därigenom borde de ha kunnat undvika uppsägningar. Arbetsgivaren hävdade att det inte fanns behov av att utbilda fler servicetekniker på detta område. AD ansåg inte att det fanns någon grund för att tillmäta frågan om arbetsgivarens skyldighet att förutse utvecklingen, och därmed undvika uppsägning, någon betydelse.⁹¹

Som vi har sett så har arbetsgivaren i princip frihet att förändra kvalifikationskraven för en befattning så länge det sker med konsekvens och tillämpas i praktiken. En förändring av kvalifikationerna till följd av teknisk utveckling i verksamheten har bedömts både som en förändring inom ramen för tjänsten och som en omplacering till en annan tjänst. Detta har varit beroende på hur stora förändringarna är.⁹² Resultatet av att en omplaceringssituation inte anses föreligga blir att en arbetsgivare, som anser att arbetstagaren inte har tillräckliga kvalifikationer efter en omorganisering, har en skyldighet att svara för arbetstagarens kompetensutveckling.⁹³ Frågan blir då om det föreligger en motsvarande utbildningsskyldighet då det är frågan om en omplaceringssituation som medför att en kvalifikationsbedömning ska göras.

Rönmar pekar på att arbetsbristuppsägningar med hänvisning till avsaknad av arbetstagarens kompetens förmodligen är den vanligaste uppsägningsorsaken och att denna ”grund” är hänförlig till både arbetsbrist och personliga skäl.⁹⁴

4.3 Arbetsgivarens utbildningsansvar

Någon skyldighet för arbetsgivaren att utbilda anställda finns inte i lag.⁹⁵ Här skiljs på omskolning och inskolning som arbetsgivaren har att tillse för att en arbetstagare ska få tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning

⁹⁰ Jfr AD1984 nr 144.

⁹¹ Glavå, s 523. Glavå pekar, i anslutning till detta rättsfall, på att den arbetsgivare som omorganiserar tjänstestrukturen relativt enkelt uppnår att det rör sig om en omplaceringssituation.

⁹² Calleman, s 147 tror att bedömningen påverkas av hur lång tid det beräknas ta innan den aktuella arbetstagaren kan utföra de ”nya” arbetsuppgifterna.

⁹³ Rönmar, *Redundant because of lack or competence*, s 129.

⁹⁴ Rönmar, s 132.

⁹⁵ Lunning, s 513f.

och vidareutbildning eller kompetensutveckling som arbetstagaren erhåller för att utvecklas under pågående anställning. Däremot kan viss vägledning beträffande arbetsgivarens utbildningsskyldighet återfinnas i praxis.

Arbetsgivaren har inte ansetts ha någon omskolningsskyldighet då det är fråga om omplacering till arbetsuppgifter som kräver en annan yrkesvana.⁹⁶ I AD 1996 nr 42 hävdade arbetstagsidan att en arbetsgivare vid en tidning borde ha omskolat ett antal ”telekorrar” till redigerare då denne hade kunskap om att de aktuella tjänsterna skulle komma att försvinna. Arbetsgivaren invände med att man på ett tidigt stadium hade informerat om vad som var att vänta och i samband härmed även gått ut med en allmän förfrågan om en intresseanmälan till de redaktionella medarbetarna om att prova på ett annat arbete. AD ansåg det inte utrett att de i målet ifrågavarande arbetstagarna hade fått information om en eventuell möjlighet att byta arbetsuppgifter. Det hade dock varit en lämplig åtgärd från bolagets sida, om än inte avgörande för utgången i målet. Det väsentliga var istället att bolaget p.g.a. det ekonomiska läget hade ett berättigat behov av erfarna redigerare relativt omgående. Med hänsyn till detta och det faktum att omskolningen skulle komma att ta väsentligt mer än ett halv år ansåg AD att arbetstagarna inte hade tillräckliga kvalifikationer för att arbeta som redigerare.

Däremot finns en tydligt uttalad inskolningsskyldighet.⁹⁷ Hur lång tid som skäligen kan krävas finns inte klart angiven. I flera rättsfall har dock en inskolningstid på mellan ett halvår till ett år ansetts överstiga vad arbetsgivaren behöver tåla.⁹⁸

Från fackligt håll har det i ett flertal mål argumenterats för att arbetsgivaren har ett vidareutbildningsansvar men att arbetsgivaren underlåtit att kompetensutveckla den ifrågavarande arbetstagaren. Detta har resulterat i att arbetstagaren vid uppsägningstillfället inte haft de erforderliga kvalifikationerna, något som arbetsgivaren i många fall, med en bättre framförhållning hade kunnat undvika.⁹⁹ Att arbetsgivaren skulle ha någon större skyldighet att kompetensutveckla sina anställda har AD emellertid inte tagit fasta på.¹⁰⁰

Då en arbetstagare anställts för att utföra ett visst arbete men kommit att arbeta inom ett helt annat område ansågs arbetsgivaren i AD 2000 nr 107 få tåla att arbetstagaren inte erhållit den kompetens som var tänkt från början. I målet hade en civilingenjör anställts som konsult för att arbeta inom el- och VVS-området men kom p.g.a. sin tidigare erfarenhet att arbeta inom kärnkraftsområdet. När detta uppdrag tog slut sades civilingenjören upp

⁹⁶ Lunning, s 513.

⁹⁷ Prop. 1973:129, s 159.

⁹⁸ Jfr AD 1993 nr 197 och 1996 nr 42.

⁹⁹ Se bl.a. AD 1993 nr 197, 1996 nr 42 och 2000 nr 107.

¹⁰⁰ Jfr dock AD 1983 nr 51 ovan, som är ett av de äldre rättsfallen som behandlar frågan om arbetsgivarens vidareutbildningsansvar och som faktiskt ålägger arbetsgivaren ett sådant ansvar. Tillika krävdes det att arbetsgivaren skulle ha varit mer förutseende.

p.g.a. arbetsbrist. Arbetsgivaren påtalade att de under en längre period försökt sälja civilingenjörens kompetens utan framgång och att han inte hade tillräckliga kvalifikationer för att arbeta inom el- och VVS-området som det var fråga om. För att erhålla kvalifikationer för att arbeta med dessa områden krävdes ca 2 års utbildning och relevant praktisk erfarenhet. AD konstaterade inledningsvis att det ställs speciella krav på dem som ägnar sig åt konsultverksamhet eller personaluthyrning. Vidare ansåg domstolen att civilingenjören hade en kvalificerad grundutbildning och lång erfarenhet men att utbildningen var gammal och erfarenheten begränsade sig till kärnkraftsområdet och att han därför inte kunde anses ha de allmänna kvalifikationer som var nödvändiga för att kunna göra anspråk på fortsatt anställning. Domstolen valde således att inte kommentera påståendet om att arbetsgivaren skulle ha varit skyldig att kompetensutveckla civilingenjören.

I AD 1993 nr 27 ansåg arbetsgivaren att en verktygskonstruktör inte kunde arbeta under stark tidspress, vilket medförde att han saknade tillräckliga kvalifikationer med tanke på de stora krav på effektivitet som ställdes på bolaget. Den fackliga organisationen menade att ansvaret var arbetsgivarens då verktygskonstruktören inte hade vidareutbildats i samma utsträckning som arbetskollegorna, vilket senare ledde till att denne blev uppsagd. AD menade att arbetsgivaren hade hanterat frågan på ett mindre tillfredställande sätt men att kritiken mot bristen på kompetensutveckling inte förändrade bedömningen av företagets kvalifikationskrav. Domstolen tillmätte i målet organisationens framtida krav på effektivitet en stor betydelse.

Det finns således inget vidare ansvar för arbetsgivaren att förutse verksamhetsförändringar och att tillhandahålla de anställda erforderlig kompetensutveckling för att på så sätt inneha tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning. Tvärtom ligger det i arbetsgivarens arbetsledningsrätt en möjlighet för arbetsgivaren att välja vem som ska genomgå kompetensutveckling och i vilken utsträckning.¹⁰¹ Glavå framhåller att de anställningsskyddsrättsliga konsekvenserna i denna del av arbetsledningsrätten bör innebära att arbetsgivaren även åläggs ett internutbildningsansvar som måste få inverka på bedömningen av arbetstagarens kvalifikationer i en omplaceringssituation.¹⁰² Rönmar pekar på att varje anställningsskyddslag som vill göra anspråk på att passa in i dagens kunskapsamhälle även måste innefatta, med tanke på kompetenskravets centrala roll, en rätt till kompetensutveckling för arbetstagaren. Finns det en skyldighet för arbetsgivaren att fortlöpande utbilda arbetstagarna innebär det åtminstone ett visst skydd mot arbetsbristuppsägningar med hänvisning till bristande kompetens.¹⁰³

¹⁰¹ Det har förts fram att det finns tecken på en utveckling som går mot att arbetsledningsbeslut ska vara sakligt grundade. Rönmar, s 135.

¹⁰² Glavå, s 520.

¹⁰³ Rönmar, s 132.

4.4 Ogiltigförklaring

Det sägs i 34 1 st. LAS att en uppsägning inte kan ogiltigförklaras enbart på den grunden att uppsägningen strider mot turordningen. Av detta kan man förledas att tro att ett brott mot turordningen bara kan resultera i allmänt och ekonomiskt skadestånd. Av AD 1977 nr 215 följer att en uppsägning om den företagits av en arbetsgivare i ond tro, i strid med turordningsreglerna, kan ogiltigförklaras.¹⁰⁴ I målet sades fyra av nio tjänstemän upp p.g.a. arbetsbrist. Arbetstagsidans hävdade att två av tjänstemännen sagts upp p.g.a. personliga skäl och de andra två p.g.a. deras fackliga tillhörighet. Arbetsgivarsidans invändning om arbetsbrist grundade sig på en ekonomisk redovisning samt det faktum att antalet anställda sjunkit från 30 i slutet av 1975 till 19 i slutet av 1976. Vidare ansågs de uppsagda inte ha tillräckliga kvalifikationer för de kvarvarande tjänsterna. Arbetsdomstolen godtog att det fanns arbetsbrist. Utan att vidare diskutera kvalifikationerna befanns alla fyra ha tillräckliga kvalifikationer för de kvarvarande arbetsuppgifterna och samtliga hade företräde framför de som fått stanna kvar. Det som återstod att ta ställning till var uppsägningsorsaken och möjligheten att ogiltigförklara uppsägningarna:

”Arbetsgivaren kan tänkas frångå turordningen med hänsyn till sådana personliga kvalifikationer för arbetsuppgifter som kan bli aktuella efter omplacering. Gör arbetsgivaren en missbedömning i en sådan situation, framstår överträdelsen av anställningsskyddet som ett turordningsbrott. Endast skadestånd kan då bli följden av uppsägningen.

Arbetsgivaren kan också tänkas frångå turordningen och säga upp viss arbetstagar på grund av dennes föreningstillhörighet. I sådana fall föreligger en föreningsrättskränkning. Uppsägningen är inte sakligt grundad och kan ogiltigförklaras. På samma sätt bör ogiltigförklaring kunna ske, om avsteget från turordningen sker på grund av andra personliga skäl än sådana som normalt beaktas i turordningssammanhang. Ett annat betraktelsesätt än det nu anförda skulle innebära att en arbetstagar i en arbetsbristsituation, som på grund av turordningsreglerna egentligen inte berör honom, skulle ha ett mer inskränkt skydd mot uppsägning utan saklig grund än som eljest tillkommer honom. Inskränkningen till enbart skadeståndspåföljd skall alltså endast inträda när turordningsbrottet föranletts av att arbetsgivaren misstagit sig ifråga om turordningsreglernas innebörd eller i fråga om anställningstid eller kvalifikationer eller andra omständigheter som ska beaktas vid tillämpning av turordningsreglerna. Enbart den omständigheten att arbetsbrist finnes ha förelegat utesluter alltså inte att ogiltigförklaring av uppsägning sker.”

Arbetsdomstolen ansåg inte påståendet om föreningsrättskränkning styrkt utan fann att alla uppsägningarna var föranledda av personliga skäl då verkställande direktören var missnöjd med tjänstemännen. Uppsägningarna ogiltigförklarades följaktligen.

I inget annat rättsfall efter AD 1977 nr 215 har en arbetsbristuppsägning i strid med turordningen ogiltigförklarats och resultatet torde även fortsättningsvis få ringa betydelse p.g.a. bevissvårigheter.

¹⁰⁴ Lunning, s 390.

4.5 Sammanfattning

Syftet då turordningsreglerna infördes var att ge anställda, företrädesvis äldre, med en längre anställningstid en ökad anställningstrygghet i förhållande till yngre med kortare anställningstid. Det framhölls dock redan i förarbetena att syftet inte var att någon skulle ges företräde till ett arbete de inte hade kvalifikationer för. Detta har i praktiken kommit att innebära att turordningsreglerna i dagens kunskapssamhälle endast ger ett begränsat skydd vid arbetsbristuppsägningar i de fall arbetsgivaren hävdar att arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer.

Det kan konstateras att arbetsgivaren själv bestämmer vilka kvalifikationer som krävs för olika befattningar. Så länge kraven efterlevs i praktiken har arbetsgivaren dessutom en stor frihet att efter en omorganisation förändra kvalifikationskraven för en befattning. Om arbetsuppgifterna efter en omorganisation förändrats i en större utsträckning innebär det att det föreligger en omplaceringssituation där arbetstagarens kvalifikationer ska bedömas. Har arbetstagaren inte tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete kan det innebära en uppsägning p.g.a. arbetsbrist.

Arbetsgivaren har vidare ingen långsiktig skyldighet att planera verksamheten eller att sörja för de anställdas kompetensutveckling för att på så sätt förhindra att de anställda vid en kommande arbetsbrist saknar erforderlig kompetens. Är det inte fråga om en omplaceringssituation, utan det är fråga om en förändring inom ramen för arbetstagarens tjänst har arbetsgivaren däremot ett långtgående vidareutbildningsansvar.

I en omplaceringssituation tittar domstolen bara på om arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationerna, endast i undantagsfall har arbetsgivarens arbetsledningsrätt ifrågasatts. Domstolen har i några fall gjort uttalande om möjliga alternativa handlingssätt från arbetsgivarens sida. Dessa har varit i linje med att ”det hade dock varit en lämplig åtgärd från bolagets sida” eller att arbetsgivaren ”hanterat frågan om arbetstagarens situation på ett mindre tillfredställande sätt”. Uttalande har dock inte lett till någon åtgärd från domstolens sida och visar att inte heller turordningsreglerna ifrågasatts i den mån och på den punkt den tangerar verksamhetsledningsrätten.

Sammanfattningsvis har arbetsgivaren således en långtgående möjlighet att genom sin arbetsledningsrätt bestämma vem som ska få kompetensutveckling och vem som ska arbeta med vad. Detta innebär i realiteten att arbetsgivaren i många fall kan styra arbetsbristen och därigenom också bestämma vem som ska sägas upp p.g.a. arbetsbrist.

5 Avslutande diskussion

Vid påstående om fingerad arbetsbrist ska bevisbördan vara delad för att inte omöjliggöra att en arbetstagare ska få prövat den verkliga grunden för uppsägning enligt LAS. Arbetstagaren ska visa de personliga skälen och arbetsgivaren svarar för arbetsbristen. Regeln om splittrad motivbild innebär att om arbetsgivaren kan visa att det föreligger arbetsbrist så ska arbetsbristen ges företräde även om arbetsgivaren också anser att det föreligger personliga skäl. Detta hade, som sagts ovan, kunnat vara en rimlig regel om arbetsbristen utsatts för en saklig grund-prövning liknande den vid personliga skäl. Detta är inte fallet då arbetsbrist i sig anses vara saklig grund.

Som arbetslivsinstitutets utredning påpekar är arbetsbrist inte något som bara uppkommer utan något som är en följd av arbetsgivarens verksamhetsledningsbeslut. Arbetsbristen har dock aldrig ifrågasatts i den mån det inte varit brist på arbete i dess bokstavliga betydelse. Detta har fått till följd att verksamhetsledningsrätten har lämnats oinskränkt. Arbetsgivaren kan således ensam besluta om hur och i vilken omfattning verksamheten ska bedrivas. Det enda som krävs för att saklig grund ska anses föreligga är att arbetsgivaren ska visa att en reell verksamhetsförändring företagits. Detta innebär att bevisbördan vid fingerad arbetsbrist i realiteten inte är delad. Resultatet blir att arbetstagaren i de flesta fall inte kan få den påstådda grunden prövad.

Det återstående skyddet mot en obefogad uppsägning blir då turordningsreglerna. En arbetstagare har vid en uppsägning rätt att bli omplacerad till en tjänst som denne har tillräckliga kvalifikationer för och som innehas av någon med sämre turordningsplacering. Då arbetsgivaren, med stöd av arbetsledningsrätten ensam avgör vilka kvalifikationer som krävs för de en befattning får arbetstagarens kvalifikationer stor betydelse. För de fall arbetsgivaren förändrar kvalifikationskraven blir det många gånger avgörande att en arbetstagare i motsvarande mån fått möjlighet till kompetensutbildning. Då det inte finns någon vidsträckt skyldighet för en arbetsgivare att, i en omplaceringssituation, ha kompetensutvecklat sin personal innebär det att en arbetsgivare har möjlighet att styra var arbetsbristen ska uppstå och vem den ska omfatta.

Detta får till följd att även turordningsreglerna ger ett begränsat skydd mot obefogade uppsägningar. I den mån turordningsreglerna tangerar verksamhetsledningsrätten bekräftas denna. Det är tydligt att AD inte vill befatta sig med fingerad arbetsbrist i den mån att verksamhetsledningsrätten inte ifrågasätts. Finns det en annan väg att gå gör man det, i annat fall inte.

Det har många gånger pekats på ett behov av att tillhandahålla ett tillräckligt anställningsskydd då en arbetsgivare vidtar en verksamhetsförändring i syfte

att säga upp en viss arbetstagare. Hur detta ska gå till är inte lätt att lösa. Liksom vid de flesta andra problem finns ingen universal metod.

Samtidigt som det finns en restriktiv hållning till ytterligare lagstiftning på anställningsskyddsområdet är det just den nyare diskrimineringslagstiftningen som har visat sig ge ett något starkare skydd, åtminstone inom de skyddade grunderna. Anledningen till anställningsskyddslagens tillkomst var från början att hindra att den äldre delen av befolkningen ställdes utanför arbetsmarknaden. Det ansågs inte då finnas behov av skydd för ytterligare grupper. Idag är situationen annorlunda och det finns röster som talar för förbud mot diskriminering av andra grupper såsom gamla och unga. Det kan, från tid till annan, leda till att lagstiftaren vidgar diskrimineringsbegreppet i ytterligare lagstiftning om LAS inte kan erbjuda ett tillfredsställande skydd som hindrar att arbetsgivaren vidtar godtyckliga verksamhetsledningsbeslut.

Ett alternativ som förts fram är en saklig grundprövning av arbetsbristen. Detta skulle innebära en prövning av arbetsgivarens verksamhetsledning. Det är inte realistiskt att tro att lagstiftaren skulle välja den vägen och bryta arbetsgivarens verksamhetsledningsrätt. Viljan att gå denna väg är förmodligen nästintill obefintlig.

Då ligger det nog närmare till hands att tro att arbetsgiversidan skulle underkasta sig en prövning av arbetsledningsrätten. Genom att, som bl.a. Rönnmars framhåller, ålägga arbetsgivaren en skyldighet att fortlöpande kompetensutveckla sina anställda tillgodoser man, i betydligt större utsträckning än idag, att de anställda har tillräckliga kvalifikationer vid en verksamhetsförändring. Denna skyldighet bör kombineras med förarbetenas gamla krav på att arbetsgivaren ska göra allt denne kan för att undvika arbetsbristuppsägningar. Detta kan innebära, en skyldighet, då det är möjligt, att förutse kommande verksamhetsförändringar. Detta skulle innebära ett stort steg i riktningen mot krav på att arbetsgivaren ska fatta sakligt grundade arbetsledningsbeslut.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv.

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

Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Betänkande avgivet av Utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen.

Litteratur

Bruun Niklas, *Hur förnya arbetsrätten?*, i Arbetsmarknad & Arbetsliv, årgång 1, nr 2, s. 83-98, Stockholm 1995.

Bylund Leif, *Bevisbörda och bevisstema: en studie av bevisbörderegeln i mål om föreningsrättskränkningar*, Norstedts, Stockholm 1970

Calleman, Catharina *Turordning vid uppsägning*. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000

Christensen Anna, *Anställningsskyddet och besittningsskyddet*, uppsats i *Festskrift till Anders Agell*, Uppsala 1994.

Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.

Henning Ann, *Tidsbegränsad anställning*, Juristförlaget i Lund, Lund 1984.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*. Åttonde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Malmberg Jonas, *Bevisning i diskrimineringstvister*, Juridisk Tidskrift, 2001/02; 4; s 804-814.

Rönmar, Mia *Redundant Because Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society*. International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. 17, no. 1, 2001a, s. 117-138.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolens domar

AD 1932 nr 100	AD 1993 nr 104
AD 1976 nr 26	AD 1993 nr 197
AD 1976 nr 28	AD 1994 nr 1
AD 1977 nr 215	AD 1994 nr 4
AD 1978 nr 110	AD 1994 nr 15
AD 1980 nr 133	AD 1994 nr 81
AD 1981 nr 146	AD 1994 nr 140
AD 1983 nr 49	AD 1995 nr 2
AD 1983 nr 51	AD 1995 nr 149
AD 1983 nr 94	AD 1995 nr 152
AD 1983 nr 107	AD 1996 nr 7
AD 1983 nr 127	AD 1996 nr 42
AD 1984 nr 144	AD 1998 nr 94
AD 1985 nr 79	AD 2000 nr 18
AD 1986 nr 55	AD 2000 nr 31
AD 1986 nr 158	AD 2000 nr 35
AD 1987 nr 34	AD 2000 nr 107
AD 1988 nr 32	AD 2002 nr 25
AD 1991 nr 66	AD 2003 nr 29
AD 1991 nr 136	AD 2004 nr 52
AD 1993 nr 27	AD 2005 nr 32
AD 1993 nr 42	AD 2005 nr 53
AD 1993 nr 80	