



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karolina Gustafsson

Diskriminering vid
arbetsbristuppsägningar –
särskilt om diskriminering på
grund av funktionshinder

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Mia Rönmar

Arbetsrätt

VT 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsning	3
1.2 Teori och metod	4
1.2.1 Allmänt	4
1.2.2 Teorin om normativa grundmönster	5
1.3 Disposition och material	8
2 ARBETSBRISTUPPSÄGNINGAR	9
2.1 Historisk bakgrund	9
2.2 Saklig grund enligt LAS	10
2.2.1 Begreppet arbetsbrist	11
2.2.2 Gränsdragning arbetsbrist och personliga skäl	13
2.2.2.1 Uppsägning på grund av personliga skäl	14
2.2.2.2 Fingerad arbetsbrist	15
2.3 Regler om turordning, omplacering och återanställning	16
2.3.1 Turordningsreglerna	16
2.3.1.1 Avvikelser i kollektivavtal	17
2.3.1.2 Undantag för nyckelpersoner	18
2.3.1.3 Särskild företrädesrätt enligt 23 § LAS	19
2.3.2 Rätten till omplacering	20
2.3.3 Företrädesrätt till återanställning	21
2.4 Informations- och förhandlingsskyldighet	22
2.4.1 Informationsskyldighet	22
2.4.2 Förhandlingsskyldighet vid arbetsbrist	23
2.5 Bevisbördan i uppsägningsmål	25
3 DISKRIMINERING I ARBETSLIVET PÅ GRUND AV FUNKTIONSHINDER	27
3.1 Bakgrund	27
3.1.1 Allmänt	27
3.1.2 1999 års diskrimineringslagar	29
3.1.3 Närmare om bakgrunden till FUDA	30
3.2 Diskriminerande uppsägningar enligt FUDA	31
3.2.1 Begreppet funktionshinder	31

3.2.2	Direkt diskriminering	32
3.2.2.1	Missgynnande	33
3.2.2.2	Jämförelse	33
3.2.2.3	Orsakssamband	35
3.2.2.4	Undantag	36
3.2.3	Indirekt diskriminering	37
3.2.3.1	Missgynnande	37
3.2.3.2	Jämförelse	37
3.2.3.3	Intresseavvägning	38
3.3	Bevisbördan i diskrimineringsmål	39
4	DISKRIMINERANDE ARBETSBRISTUPPSÄGNINGAR	41
4.1	Inledning	41
4.2	AD 2005 nr 32	42
4.3	Scenarier och regler kring diskriminerande arbetsbristuppsägningar	43
4.3.1	Arbetsbrist	43
4.3.2	Splittrad motivbild	44
4.3.3	Fingerad arbetsbrist	45
4.3.4	Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet	46
4.3.5	Undantagsregeln om nyckelpersoner	47
4.3.6	Avvikelser från turordningsreglerna i kollektivavtal	48
4.3.7	Betydelsen av bevisbördan	49
5	ANALYS UTIFRÅN TEORIN OM NORMATIVA GRUNDMÖNSTER	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Sammanfattning

En person med funktionshinder skyddas av två lagsystem vid en ogrundad uppsägning. LAS ställer upp ett krav på saklig grund för uppsägning i 7 § och skiljer mellan en uppsägning på grund av personliga skäl och arbetsbrist. Samtidigt reglerar FUDA att en uppsägning inte får vara direkt eller indirekt diskriminerande enligt 3,4, och 5 §§. Den här uppsatsen tar sikte på diskriminerande arbetsbristuppsägningar där särskild fokusering läggs vid diskriminering på grund av funktionshinder. Uppsatsen består dels av en rättsdogmatisk del och dels av en del av mer analytisk karaktär. Reglerna kring arbetsbrist och diskrimineringsreglerna i FUDA beskrivs i varsitt kapitel. Därefter följer ett kapitel som tar sikte på vilka specifika rättsliga problem som kan uppstå vid en diskriminerande arbetsbristuppsägning och när skyddet för funktionshindrade kan sägas vara starkt eller svagt vid en sådan uppsägning. Slutligen framställs de båda regelverken utifrån teorin om normativa grundmönster där särskilt tre grundmönster lyfts fram; mönstret om skydd för etablerad position, det marknadsfunktionella mönstret samt mönstret om rättvis fördelning.

Arbetsbrist utgör i princip saklig grund för uppsägning. Ytterst är det arbetsgivarens egen bedömning av om en driftsinskränkning är befogad som blir avgörande för om arbetsbrist ska anses föreligga. Arbetsbristbegreppet drar således mycket åt det marknadsfunktionella mönstret. Skyddet för arbetstagaren kan främst sägas utgöras av reglerna om turordning, omplacering och återanställning. Konstruerandet av dessa regler har till stor del styrts av mönstret skydd för etablerad position. Begreppet fingerad arbetsbrist och den mer nyanserade bevisbörda som tillämpas i samband med begreppet drar också åt mönstret skydd för etablerad position.

Diskrimineringsförbuden i FUDA är främst utformade efter mönstret om rättvis fördelning. FUDA uppställer ett förbud mot både direkt och indirekt diskriminering. Framförallt består skyddet av funktionshindrade i den delade bevisbörda som tillämpas i diskrimineringsmål enligt EG-rättsliga principer.

Vad gäller diskriminerande arbetsbristuppsägningar kan skyddet för funktionshindrade generellt sägas vara extra starkt vid situationer då en enstaka arbetstagare som sägs upp. Vid en större inskränkning på ett företag där flera anställda sägs upp blir det automatiskt svårare för arbetstagersidan att hävda att en av uppsägningarna inte har sin grund i arbetsbrist utan i själva funktionshindret.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Ds	Departementsserie
EG	fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen i dess lydelse efter den 1 maj 1999
FUDA	Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MS	multipel skleros
Prop	Regeringens (resp Kungl Maj:ts) proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen

1 Inledning

Arbetstagare skyddas idag mot ogrundade uppsägningar av framförallt två regelsystem. Vi har å ena sidan Lag (1982:80) om anställningsskydd, här efter benämnd LAS, och dess krav på saklig grund vid uppsägning, och å andra sidan diskrimineringslagstiftningen som reglerar att vissa skyddsvärda grupper inte får missgynnas eller behandlas sämre än andra i en jämförbar situation, exempelvis när det gäller uppsägningar.

LAS är en produkt av den lagstiftningsboom som förekom på arbetsrättens område under 1970-talet. Tidigare hade den från arbetsgivarhåll fria uppsägningsrätten inskränkts genom praxis till att gälla endast fall som inte stred mot goda seder. Uppsägningsrätten hade även begränsats genom kollektivavtal, exempelvis i Huvudavtalet mellan SAF och LO. Det förekom dessutom vissa lagstadgade förbud mot uppsägningar i vissa syften. Nu blev kravet på saklig grund för uppsägning lagfäst.¹ I förarbetena till lagen hänvisas till två uppsägningssituationer, arbetsbrist och skäl som är att hänföra till arbetstagaren personligen.²

Diskrimineringslagstiftningen har sin förebild från USA där man efter andra världskriget började att upprätta anti-diskrimineringslagar.³ Sverige har också tagit intryck från EG-rättsligt håll där det framför allt finns tradition att upprätta diskrimineringsförbud vad gäller kön och nationalitet. När jämställdhetslagen trädde ikraft i slutet av 1970-talet hade Sverige fått sin första arbetsrättsliga diskrimineringslag. En lag som skyddade arbetstagare från etnisk diskriminering började gälla 1994. Inte förrän 1999 trädde Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, här efter benämnd FUDA, i kraft. Det hade dock dessförinnan förekommit viss lagstiftning i syfte att underlätta för funktionshindrade i arbetslivet. Förutom nämnda lagar finns även en arbetsrättslig lag som förbjuder diskriminering på grund av sexuell läggning. En ny utredning har föreslagit en sammanhållen diskrimineringslagstiftning.⁴

1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsning

LAS och diskrimineringslagstiftningen har olika bakgrund, men delvis samma ändamål – att skydda arbetstagaren i fall av ogrundade uppsägningar. Syftet med uppsatsen är i första hand att grundligt redogöra för hur reglerna kring arbetsbristuppsägningar och diskriminerande

¹ Prop. 1973:129 s. 28 f.

² Prop. 1973:129 s. 62 f.

³ Numhauser-Henning, Ann, Introduktion, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 13.

⁴ Ds. 2006:22.

uppsägningar enligt FUDA är utformade och hur de tillämpas. Vidare är min avsikt att tränga djupare in i reglerna genom att se på deras normativa bakgrund. Vilka bakomliggande normer har format de juridiska reglerna och åt vilket normativt håll drar sig den juridiska regleringen? Uppsatsen kommer att ta sikte på diskriminering vid arbetsbristuppsägningar, det vill säga fall där båda regelverken blir aktuella. I vilka praktiska situationer kan dessa regler kollidera? Min uppgift blir att skapa en bild av vilka problem som kan uppstå vid en diskriminerande arbetsbristuppsägning och hur de kan lösas rättsligt. Jag kommer således att resonera kring olika regler som kan bli aktuella vid en diskriminerande arbetsbristuppsägning och visa på när skyddet för en funktionshindrad arbetstagare är starkt eller svagt. Ett nyligen avgjort fall, AD 2005 nr 32, det så kallade MS-fallet, kommer att utgöra en utgångspunkt för mina resonemang. I fallet sades en MS-sjuk man upp från sitt arbete strax efter att hans arbetsgivare fått uppgifter om att mannen blivit diagnostiserad med MS. Arbetsgivaren hänvisade till en arbetsbristsituation, medan mannen menade att uppsägningen stred mot 7 § LAS och 3 och 5 §§ FUDA.

Jag har valt att lägga särskild vikt vid diskriminerande uppsägningar enligt FUDA då det var just denna lag som tillämpades i MS-fallet. Just diskriminering på grund av funktionshinder har lyfts fram på ett relativt sent stadium om man jämför med andra diskrimineringsgrunder såsom kön och etnicitet. Svensk lagstiftning har saknat definitiva regler som förbjudit diskriminerande uppsägningar på grund av funktionshinder så sent som till 1999. Detta har varit ytterligare en anledning som har motiverat mitt val att särskilt lyfta fram diskrimineringsreglerna i FUDA. Eftersom regler kring diskriminering på grund av funktionshinder inte funnits samlade i en svensk lag tidigare är det delvis obruten mark. De övriga diskrimineringslagarna nämns mycket kortfattat i uppsatsen.

1.2 Teori och metod

1.2.1 Allmänt

Jag kommer att använda mig av en rättsdogmatisk metod i uppsatsen då jag beskriver gällande rätt. Jag kommer kort beröra 7 § LAS med dess krav på saklig grund för uppsägning och personliga skäl för att mer ingående beskriva reglerna kring arbetsbrist. De olika diskrimineringslagarna beskrivs flyktigt medan jag redogör mer noggrant för ogrundade uppsägningar enligt FUDA.

För att få ett ytterligare perspektiv på de båda regelsystemen kommer jag att använda mig av teorin om normativa grundmönster. Med hjälp av teorin kommer jag att se på vilka normativa föreställningar som ligger bakom reglerna och åt vilka olika håll som dessa normativa mönster drar den rättsliga regleringen.

1.2.2 Teorin om normativa grundmönster

Rätten består av olika slags normer som har uppstått på olika sätt och vid olika tidpunkter. Flera av normerna har sin grund i sociala normer som har vuxit fram på olika livsområden och i olika typer av relationer mellan människor. Det finns inga direkta regler för vilka av dessa normer som upptas av juridiska regler. De normerande reglerna hamnar ofta i konflikt med varandra men det finns ingen hierarkisk ordning som löser konflikten och det finns inget enhetligt sätt att ordna mängden av juridiska normer.⁵

En stor del av rättsreglernas innehåll är i själva verket en kodifiering av moraliska sedvänjor som har utvecklats i samhället. Anna Christensen har försökt att urskilja vissa av dessa mönster som kommer igen i särskilda sammanhang och har en viss varaktighet. Hon kallar dem för normativa grundmönster.⁶

Christensen menar att man kan beskriva juridiken som ett medium utan någon central styrning där olika normativa mönster flyter omkring och påverkar varandra. För att förklara den här bilden mer tydligt har Christensen skapat vad hon kallar det normativa fältet. Inom fältet rör sig de olika normativa mönstren. Här fungerar de normativa grundmönstren som poler som försöker att dra till sig den rättsliga regleringen. Var i fältet de rättsliga reglerna hamnar beror på den dragningskraft som de olika polerna utövar.⁷

Jag har särskilt valt att koncentrera mig på tre normativa grundmönster; skydd för etablerad position, det marknadsfunktionella mönstret och rättvis fördelning. I analysen av arbetsbristuppsägningar blir det marknadsfunktionella mönstret och mönstret skydd för etablerad position viktiga. Mönstret rättvis fördelning blir särskilt centralt i analysen av diskriminerande uppsägningar enligt FUDA.

Två mönster som ofta hamnar i konflikt med varandra är mönstret skydd för etablerad position och det marknadsfunktionella mönstret. Skydd för etablerad position är ett gammalt och grundläggande mönster och visar sig inom arbetsrätten genom anställningsskyddet. Skyddet gäller bara för den som redan har uppnått en position, exempelvis en anställning, men mönstret ger inga anvisningar om hur en ställning kan uppnås eller vilka som kan uppnå den. Här skiljer sig mönstret skydd för etablerad position från mönstret rättvis fördelning som istället handlar om fördelning av värden. Skydd för etablerad position koncentrerar sig endast på den uppnådda positionen, inte på de som ännu inte har någon position, exempel en arbetslös person.

⁵ Christensen, Anna, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster, *TfR*, nr 4, 1996, s. 522 f.

⁶ Christensen, 1996, s. 527.

⁷ Christensen, 1996, s. 530 f.

Medan skydd för etablerad position kan sägas vara ett konservativt mönster, ett mönster för bevarande, är det marknadsfunktionella mönstret snarare ett mönster som främjar förändringar. Detta är ett dynamiskt mönster som kan sägas vara en förutsättning för den moderna marknadsekonomin. Företeelser som äganderätten, det fria avtalet och näringsfrihet cirkulerar inom det marknadsfunktionella mönstret. Samtidigt som skydd för etablerad position siktar på att bevara gamla förhållanden och redan uppnådda positioner kräver istället det marknadsfunktionella mönstret en ständig omfördelning av värden och förändring av redan uppnådd ställning.⁸

Ann Numhauser-Henning pekar på olika normativa föreställningar inom debatten om arbetets villkor. Å ena sidan finns idéerna om arbetsgivarens frihet att bestämma över verksamheten i form av arbetsgivarens § 32-befogenheter, å andra sidan finns tvingande regler till skydd för arbetstagaren. Arbetsgivarprerogativen ser jag som ett uttryck för det marknadsfunktionella mönstret medan skyddsregler för arbetstagaren istället speglar mönstret skydd för etablerad position.⁹

Numhauser-Henning talar om två aspekter vad gäller äganderätten. Den ena kännetecknas som den marknadsfunktionella äganderätten och speglar sig i arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Om en arbetsgivare satsar egendom i en verksamhet "äger" han denna verksamhet och ska också ha rätt att fritt råda och bestämma över densamma. Tillsammans med avtalsfriheten utgör denna sida av äganderätten en pol i det normativa kraftfältet. Den andra aspekten av äganderätten sker ur en annan synvinkel, nämligen det legitima skyddet för besittning av viss egendom som i arbetsrätten kan utgöras av skyddet för anställningen. Den här typen av äganderätt har en mer personlig karaktär. Tillsammans med grundmönstret om social rättvisa eller rättvis fördelning bildar det en motpol till arbetsgivarens § 32-befogenheter och avtalsfrihet. När Numhauser-Henning talar om rättvis fördelning i det här sammanhanget avser hon till exempel de lagfästa turordningsreglerna.¹⁰

Ett mönster som skiljer sig väsentligt från skydd från etablerad position är mönstret rättvis fördelning. Skydd för etablerad position tar enbart sikte på den som redan har en uppnådd position och lämnar frågor som hur man kan uppnå en viss ställning obesvarade. Rättvis fördelning är istället ett fördelningsmönster som handlar om att fördela och omfördela värden och på så vis eventuellt skapa en ny position.¹¹

Christensen påpekar att grundmönstret rättvis fördelning har ett mycket litet utrymme inom arbetsrätten så vitt avser tillgängliga arbetstillfällen. Det finns inga normer som säger hur lediga anställningar ska fördelas. Arbetsgivaren har istället genom sina § 32-befogenheter rätt att anställa vem

⁸ Christensen, 1996, s. 528 ff.

⁹ Numhauser-Henning, Ann, Den framtida arbetsrättens förutsättningar, *Arbetsmarknad och arbetsliv*, årg. 3, nr. 2, 1997, s. 99.

¹⁰ Numhauser-Henning, 1997, s. 99f.

¹¹ Christensen, 1996, s. 528.

han vill då den fria avtalsrätten gör sig gällande i dessa fall. Istället kan man anlägga ett rättviseperspektiv på anställningsskyddet då det gäller relationen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Genom anställningsskyddet utjämnas styrkeförhållandet mellan parterna till ett mer balanserat förhållande.¹²

En diskrimineringslagstiftning involverar alltid normer på olika nivåer i samhället menar Christensen. Ett diskrimineringsförbud uppställs på en högre nationell nivå och riktar sig mot normer eller handlingsmönster som tillämpas på en lägre nivå. All diskrimineringslagstiftning bygger på så vis på att det finns en konflikt mellan de normer som tillämpas och ger upphov till handlingsmönster på olika nivåer i samhället. Att olika typer av diskrimineringslagstiftning uppstår hänger samman med normativa förändringsprocesser. Dessa förändringsprocesser innebär att en norm eller en handling som tidigare betraktades som helt tillåtlig förvandlas till otillåten diskriminering.¹³

När det gäller regler om ickediskriminering bygger dessa alltid på en jämförelse mellan två grupper. Den grupp som skyddas av ett diskrimineringsförbud kallar Christensen för den skyddade gruppen och den grupp som redan omfattas av likabehandlingsnormen kallar hon för referensgruppen. Ett förbud mot diskriminering ställer inte upp några egna normer om hur den diskriminerande gruppen ska behandlas utan hänvisar istället till de normer som gäller för den grupp som inte särbehandlas. Christensen har iakttagit att varje enskild norm bygger på grundvalen att lika fall ska behandlas lika.¹⁴

Numhauser-Henning har identifierat vad hon kallar tillhörighetsmönstret som ett mönster som tar upp plikten att i en grupp dela med sig till den som redan har en viss anknytning dit. Det här mönstret ser jag som en del av mönstret rättvis fördelning. Då det gäller diskrimineringsproblematiken handlar det om att få håll på bevarande tillhörighetsställningar. När en viss grupp arbetstagare, exempelvis funktionshindrade, väl har tagits upp i den relevanta gruppen blir ett visst mått av likabehandling naturlig.¹⁵ Det är ofta den gruppen som redan hör till som har formulerat de bakomliggande normerna helt efter sina egna intressen mot vilken likabehandlingsprincipen sedan tillämpas.¹⁶

Mönstret om rättvis fördelningens normativa motpol utgörs främst av det marknadsfunktionella mönstret med det fria avtalet i spetsen. Avtalsfriheten samt den aspekt av äganderätten som gör sig gällande i arbetsprerogativen

¹² Christensen, 1996, s. 548 f.

¹³ Christensen, Anna, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 47 f.

¹⁴ Christensen, 2000, s. 36.

¹⁵ Numhauser-Henning, Introduktion, 2000, 31 f.

¹⁶ Numhauser-Henning, Ann, Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelse av kön, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 180.

vill ge arbetsgivaren fullständiga rättigheter att bestämma över vilken personal han vill behålla eller inte ha kvar vid sitt företag.¹⁷

1.3 Disposition och material

Uppsatsen är indelad i tre kapitel utöver inledningen. Jag börjar med ett kapitel där jag redogör för LAS och dess sakliga grund för uppsägning. I detta sammanhang klargör jag särskilt noggrant arbetsbristbegreppet och alla bestämmelser som kretsar kring detta. I kapitlet därpå går jag in på diskrimineringslagstiftningen i stort för att sedan mer grundligt redogöra för reglerna om diskriminerande uppsägningar enligt FUDA. I min text hänvisar jag ibland till olika rättsfall där de övriga diskrimineringslagarna från 1999 tillämpas. Anledningen till detta är att dessa lagar och FUDA har en likartad uppbyggnad och rättsfallen får därför relevans. Rättsfall där någon av reglerna ur FUDA har tillämpats är hittills också mycket få. Efter kapitlet om diskriminerande uppsägningar enligt FUDA tar jag upp problematiken kring diskriminering vid arbetsbristuppsägningar. Här tjänar MS-fallet som utgångspunkt men andra möjliga situationer där både regler om arbetsbrist och diskrimineringsförbuden vid uppsägningar enligt FUDA blir tillämpliga diskuteras också. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande normativ analys av reglerna där jag använder mig av teorin om normativa grundmönster.

Det material jag har använt mig av är sedvanligt arbetsrättsligt material såsom förarbeten, doktrin och rättspraxis. Just rättspraxis får stor relevans i synnerhet i kapitlet om arbetsbristuppsägningar just därför att lagstiftaren har överlämnat åt domstolarna att närmare precisera kravet på saklig grund vid uppsägning.

¹⁷ Numhauser-Henning, 1997, s. 99 f.

2 Arbetsbristuppsägningar

2.1 Historisk bakgrund

1906 slöts det första avtalet mellan SAF och LO, den så kallade decemberkompromissen. I decemberkompromissen fastslogs vad som efter en senare ändring kom att benämnas som arbetsgivarens § 32-befogenheter. Dessa arbetsgivarprerogativ gav arbetsgivaren rätt att leda och fördela arbetet och att fritt anta och avskeda arbetstagare.¹⁸ I en dom från 1932 upprätthöll AD arbetsgivarens fria uppsägningsrätt. I samma mål begränsade dock domstolen uppsägningsrätten på så vis att den endast fick användas på ett sådant sätt att syftet inte stred mot lag eller goda seder.¹⁹

AD 1967 nr 22 berörde en sådan uppsägning. Fallet handlade om motsättningar mellan en anställd, en lastbilsförare, och ett åkeriföretag på grund av att lastbilsföraren vid ett par tillfällen hade påpekat att lastmängden han körde på överskred lagen. Efter att ha fastnat i en poliskontroll blev lastbilsföraren uppsagd. AD menade att det här var en uppsägning som företagits i ett syfte som stred mot lag och goda seder.

Fram till att LAS trädde ikraft förekom vissa punktförbud mot uppsägningar som skedde i vissa syften. Dessa var lagen om förenings- och förhandlingsrätt där uppsägning inte fick ske i föreningskränkande syfte, lagen (1966:421) om förbud mot arbetstagares avskedande med anledning av värnpliktjänstgöring och en motsvarande lag som gällde för reservofficerare samt lagen (1945:844) om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av äktenskap eller havandeskap m.m. Enligt arbetsskyddslagen (1949:1) fick inte en arbetstagare skiljas från sin anställning på den grunden att han utsetts till skyddsombud eller i anledning av hans verksamhet som skyddsombud.²⁰ Arbetsgivarens fria uppsägningsrätt begränsades också genom bestämmelser i kollektivavtal. I Huvudavtalet mellan SAF och LO från 1938, det så kallade Saltsjöbadsavtalet, fanns ett visst skydd mot obefogade uppsägningar. Arbetsgivaren var skyldig att uppge skälet till en uppsägning och en uppsägning kunde bli föremål för förhandlingar och dessutom tas upp till prövning i arbetsmarknadsnämnden. Nämndens avgörande var dock inte bindande för någon av parterna utan skulle istället förstås som en rekommendation. Under 1960-talet förstärktes arbetstagarnas anställningsskydd i Huvudavtalet. Arbetsmarknadsnämnden fick nu behörighet att ålägga arbetsgivaren att utge skadestånd om en uppsägning inte bedömdes vara sakligt grundad. Liknande bestämmelser infördes i andra kollektivavtal.²¹

¹⁸ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2001, s. 26.

¹⁹ AD 1932 nr 100.

²⁰ Prop. 1973:129 s. 28 f.

²¹ Prop. 1973:129 s. 118 f.

AD upprätthöll sin praxis om den fria uppsägningsrätten ändå till slutet av 1960-talet.²² Detta har kommenterats som anmärkningsvärt i doktrin.²³ I motiven till LAS betonas ändå att utvecklingen sedan en lång tid tillbaka gått mot en begränsning av den fria uppsägningsrätten och att principen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt alltmer uppfattas som föråldrad och auktoritär. Arbetstagarna bör kunna kräva en trygghet i anställningen och man finner det självklart att den fria uppsägningsrätten slopas.²⁴

2.2 Saklig grund enligt LAS

När LAS trädde ikraft 1974 lagfästes för första gången kravet på saklig grund vid uppsägning för hela arbetsmarknaden.²⁵ Uttrycket ”saklig grund” hade använts i Huvudavtalet mellan SAF och LO då arbetsmarknadsnämnden bedömde en uppsägning. Att nu samma formulering användes i LAS innebar inte att man hade för avsikt att använda sig av arbetsmarknadsnämndens praxis som vägledande.²⁶ Innebörden av benämningen i LAS var betydligt strängare för arbetsgivaren.²⁷

Bestämmelsen i 7 § LAS saknar en närmare precisering av begreppet saklig grund. Förarbetena pekar på att en generell innebörd av benämningen inte är möjlig eftersom uppsägningsfall varierar så stort från gång till gång. Vad som utgör saklig grund för uppsägning i ett fall behöver inte automatiskt innebära detsamma i andra liknande situationer. Hänsyn måste alltid tas till särskilda omständigheter i det enskilda fallet. Man skiljer mellan fall som har sin grund i arbetstagarens personliga förhållanden och att arbetsgivaren vill minska sin personalstyrka, det vill säga arbetsbristfall.²⁸ För fall som gäller arbetsbrist tydliggörs att det inte kan krävas av en arbetsgivare att han håller i gång verksamheten i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet. Uppsägningar som är att hänföra till personliga skäl exemplifieras i första hand med fall som har att göra med att den anställda har misskött sig eller visat bristande lämplighet. Dock krävs klart dokumenterad olämplighet och en uppsägning bör i vilket fall inte kunna företas på grund av ett enstaka fall av misskötsamhet.²⁹ Sedermera har AD utvecklat en omfattande praxis som gäller kravet på saklig grund och dess innehåll.

²² Se AD 1967 nr 17.

²³ Glavå, 2001, s. 31.

²⁴ Prop. 1973:129 s. 119.

²⁵ Sigeman, Tore, *Arbetsrätten En översikt av svensk rätt med europarätt*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2001, s. 128.

²⁶ Prop. 1973:129 s. 122.

²⁷ Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, reviderad upplaga 1994, Juristförlaget, Stockholm, 1994, s. 187 f.

²⁸ Prop. 1973:129 s. 118 ff.

²⁹ Prop. 1973:129 s. 123 f.

2.2.1 Begreppet arbetsbrist

Termen *arbetsbrist* kommenteras på olika håll i doktrin som missledande eftersom begreppet inte bara täcker in situationer då det saknas arbete i konkret mening.³⁰ Både benämningen *arbetsbrist* och benämningen *arbetstagarens personliga förhållande* är lagtekniska begrepp där lagstiftaren har utgått från att alla uppsägningsfall ska kunna föras in under någon av de två rubrikerna. Begreppet arbetsbrist kan därför sägas ha blivit en slags term dit alla fall som inte gäller personliga skäl förs.³¹

I förarbetena understryks vikten av ett fungerande näringsliv vilket innebär en acceptans av att företag läggs ned eller att driften inskränks. Driftinskränkningar måste kunna genomföras i vissa fall även om detta innebär att vissa arbetstagare skiljs från sina anställningar. Ytterst är det arbetsgivarens bedömning av om en driftinskränkning är befogad som blir avgörande för om arbetsbrist ska anses föreligga.³² Till skillnad från en uppsägning som företagits på grund av personliga skäl då domstolen väger arbetsgivarens krav på effektivitet mot arbetstagarens krav på trygghet i anställningen blir istället arbetsgivarens bedömning i en arbetsbristsituation ensamt utslagsgivande.³³

I AD:s praxis har begreppet arbetsbrist preciserats ytterligare. Arbetsgivaren kan i kraft av den så kallade företagsledningsrätten besluta om åtgärder som nedskärningar av verksamheten, omorganisationer, ändringar av verksamhetens inriktning med mera. Arbetsgivaren avgör hur många anställda han ska ha för olika uppgifter i verksamheten och hur dessa uppgifter ska fördelas. Skälen för arbetsgivarens bedömning kan vara av ekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförbar natur.³⁴

Arbetsbrist utgör i princip saklig grund för uppsägning. Arbetsgivaren bör dock alltid ha arbetstagarnas anställningstrygghet i åtanke då han lägger om driften eller inskränker verksamheten, kortsiktiga ekonomiska motiv får inte föranleda något angrepp på denna trygghet. Det betonas i förarbetena till lagen att det inte ska vara möjligt för en arbetsgivare att vidta så kallade rationaliseringsåtgärder med det dolda syftet att bli av med en viss arbetstagare.³⁵

Reglerna om uppsägning på grund av arbetsbrist ger arbetsgivaren rätt att grunda en uppsägning på en bedömning om hur personalläget kommer att vara vid uppsägningstidens slut. Det fordras således inte att en arbetsbristsituation redan har inträffat för att en uppsägning ska få företas

³⁰ Se exempelvis Sigeman, 2001, s. 133 och Schmidt, 1994, s. 197.

³¹ Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s. 378 f.

³² Prop. 1973:129 s. 123, se även Prop. 1981/82:71 s. 65.

³³ Schmidt, 1994, s. 196.

³⁴ AD 1993 nr 101.

³⁵ Prop. 1973:129 s. 62.

om arbetsgivaren efter en seriös bedömning anser att det på sikt kommer att bli aktuellt med en driftinskränkning.³⁶

Då arbetsgivaren säger upp en arbetstagare med avsikt att återanställa denna men på ändrade anställningsvillkor äger inte LAS tillämpning för det fall att parterna är överens. Om det däremot inte föreligger någon överenskommelse mellan arbetsgivaren och arbetstagaren kan arbetsgivaren välja att säga upp anställningsavtalet för att därefter erbjuda arbetstagaren ny anställning på ändrade villkor.³⁷ I sådana situationer är det så kallade Thornfallet vägledande.

I AD 1993 nr 61 hade företaget Thorn beslutat sig för att dra in de bilförmåner som tillföll deras tekniker. Företaget erbjöd de anställda ett belopp om 20 000 kr var om de avstod sin bilförmån, vilket vissa accepterade. Övriga sades upp från sina anställningar med erbjudande om återanställning till samma tjänst förutan bilförmån men i övrigt samma villkor. Arbetstagsidan hävdade att uppsägningarna stred mot 7 § LAS eftersom de inte var sakligt grundade. Någon arbetsbristsituation förelåg inte. Istället menade arbetstagsidan att uppsägningarna skulle tolkas som att de var företagna på grund av personliga skäl eftersom de föranleddes av att arbetstagarna inte hade velat acceptera företagets anspråk på att avveckla bilförmånen. Om alla anställda hade gått med på att frivilligt avveckla bilförmånen hade ingen blivit uppsagd, vilket betydde att en arbetsbristsituation inte existerade. AD påpekade dock i sin dom att det verkliga skälet bakom uppsägningarna var att bolaget ville minska sina kostnader och att det på så vis kunde konstateras att uppsägningarna inte rörde den enskilde personligen. Därmed skulle uppsägningarna prövas enligt de bestämmelser som gäller för arbetsbrist. Domstolen menade att det står varje arbetsgivare fritt att genom uppsägning frigöra sig från anställningsavtalets innehåll och erbjuda ny anställning på ändrade villkor. Arbetsgivaren ska dock vara förhindrad att genomdriva en försämring av anställningsvillkoren som är diskriminerande eller som annars står i strid med god sed på arbetsmarknaden.

Domen har diskuterats flitigt i doktrin. Glavå menar att kritik kan riktas mot domstolen eftersom den inte beaktar skillnaden mellan en prövning av uppsägningarnas saklighet enligt LAS och en prövning av om de av arbetsgivaren föreslagna villkoren är skäligen.³⁸ Domstolen har tidigare uttalat att uttrycket ”uppsägning för omreglering” saknar rättslig innebörd på arbetsrättens område.³⁹ Trots detta tycks domstolen ändå i praktiken agera som att ett sådant rättsligt institut finns anser Glavå.⁴⁰ Det mest effektfulla sättet att skydda anställningsvillkor på är att ta in dem i ett kollektivavtal. På så vis kan det införas begränsningar av arbetsgivarens möjligheter att försämma arbetstagarernas anställningsförmåner under kollektivavtalets giltighetstid.⁴¹

³⁶ AD 1994 nr 26.

³⁷ Lunning/Toijer, 2002, s. 379.

³⁸ Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s. 450 f.

³⁹ AD 1994 nr 122.

⁴⁰ Glavå, 1999, s. 451.

⁴¹ Lunning/Toijer, 2002, s. 379.

2.2.2 Gränsdragning arbetsbrist och personliga skäl

Frågan om vilka skäl som hänför sig till en arbetstagare personligen och vilka som inte gör det är i flertalet fall helt oproblematisk. Då flera anställda sägs upp samtidigt vid ett företag är det vanligen helt klart att uppsägningarna saknar samband med arbetstagarna personligen. I de fall som rör enskilda anställda blir frågan mer komplicerad huruvida uppsägningen ska bedömas enligt personliga skäl eller arbetsbrist. Man bör notera att gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl utgår från vilka bevekelsegrunder arbetsgivaren verkligen haft för uppsägningen. Malmberg benämner dessa som uppsägnings-skäl. Det spelar naturligtvis ingen roll hur arbetsgivaren själv benämner skälen.⁴²

Ett problem gällande gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl som kommenteras i Ds 2002:56 är ett uppsägnings-skäl som ytterst har ett ekonomiskt eller verksamhetsrelaterat motiv. Ett exempel kan vara att en sjuk arbetstagare sägs upp därför att arbetsgivaren saknar ekonomiska förutsättningar att bära kostnaderna för den anställdes rehabilitering och inte på grund av det primära skälet att den anställda är sjuk. I sådana fall ska dock inte orsakskedjan dras ända ned till arbetsgivarens kostnader utan istället ska arbetstagarens sjukdom vara utgångspunkt för uppsägningen. Initialläget är alltså att ett uppsägnings-skäl för en viss arbetstagare ska bedömas utifrån personliga skäl även om skälen ytterst sett har verksamhetsanknutna motiv.⁴³

Ett annat problem som kan förekomma är när det föreligger en splittrad motivbild, det vill säga när omständigheterna är sådana att uppsägningen både kan motiveras utifrån personliga skäl och arbetsbrist. I sådana fall framhåller AD att om faktisk arbetsbrist föreligger så saknas det betydelse för om arbetsgivaren även ansett att anställningen borde avslutas med hänsyn till personliga skäl.⁴⁴

I AD 2000 nr 31 utvecklade domstolen sitt synsätt gällande splittrad motivbild. I fallet hade en platschef sagts upp från sin anställning. Hans arbetsuppgifter övertogs efter uppsägningen av företagets vd. Som skäl för uppsägningen anförde arbetsgivaren att kontoret drevs med förlust och att uppsägningen var nödvändig för att minska kostnader – argument härledda ur arbetsbristbegreppet. Samtidigt framhöll arbetsgivaren att det dåliga ekonomiska resultatet hade orsakats av den uppsagda platschefen som ansågs vara inkompetent för sin uppgift. Domstolen påpekade att här förelåg ett samband mellan vad som betecknas som arbetsbrist och personliga skäl. Domstolen menade vidare att detta inte kunde utesluta att uppsägningen skulle anses ha skett på grund av arbetsbrist. Arbetsgivaren skulle under samma förutsättningar i övrigt otvivelaktigt sagt upp platschefen på grund av arbetsbrist även om denne inte var ansvarig för det dåliga ekonomiska resultatet. En sådan omständighet ska därför inte tillmätas någon betydelse för bedömningen om uppsägningen ska anses vidtagen på grund av arbetsbrist. Annars skulle en arbetstagare som enligt

⁴² Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997, s. 346.

⁴³ Ds 2002:56 s. 164 f.

⁴⁴ AD 1995 nr 149.

arbetsgivaren misskött sig på något sätt få ett starkare anställningsskydd än en arbetstagare som inte misskött sig.

Mot bakgrund av denna dom följer att i fall av splittrad motivbild godtas arbetsgivarens bedömning av en uppsägning som arbetsbrist om inte de personliga skälen ensamt är avgörande för uppsägningen. AD definierar en uppsägning på grund av personliga skäl som en uppsägning som enbart hänför sig till arbetstagaren personligen.⁴⁵

Vid individuella uppsägningar kan det vidare ibland vara svårt att bedöma om skälen för uppsägningen hänför sig till arbetstagaren personligen eller arbetsbrist. Lagtexten ger inte någon större ledning i dessa fall. I det så kallade Turbin-fallet, AD 1994 nr 122, utvecklar domstolen resonemanget kring gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl.

I fallet sades en ingenjör upp från sin anställning. Ingenjören hade utfört en sorts arbetsuppgift som han var ensam om att behärska vid företaget och hade därför fått sin månadslön höjd från 10 500 kr till 19 000 kr. Då arbetsgivaren inte längre erhöll de speciella konstruktionsuppdrag som ingenjören arbetade med fick han återgå till att utföra mer vanliga arbetsuppgifter. Arbetsgivaren ville nu sänka ingenjörens lön eftersom den enligt arbetsgivarens uppfattning inte svarade mot ingenjörens arbetsprestation. Vid förhandlingar framförde företaget att ingenjören skulle komma att sägas upp om han inte gick med på en lönesänkning. Ingenjören som inte accepterade detta sades upp och som grund för uppsägningen åberopades arbetsbrist. AD påtalar i fallet att om verksamheten inte kan bära ingenjörens lön är grunden för arbetsgivarens uppfattning av företagsekonomiskt slag. En sådan situation är i princip att hänföra till arbetsbrist. Om grunden istället är att verksamheten visserligen kan bära den aktuella lönen men att arbetstagaren inte presterar en arbetsinsats som svarar mot hans lön är det stället ifråga om skäl hänförliga till arbetstagaren personligen. Domstolen menar att det inte är helt lätt att skilja mellan dessa fall. Även i det senare scenariot kan man beskriva situationen på så vis att verksamheten inte tål arbetstagarens lön eftersom arbetsgivaren får ett för litet ekonomiskt utbyte av den ifrågavarande arbetstagaren. Domstolen slår fast i fallet att uppsägningen ska bedömas utifrån arbetstagaren personligen eftersom om en överenskommelse av lönen inte kan nås, är det givetvis mot just den ifrågavarande arbetstagaren som en uppsägning måste riktas för att kunna avhjälpa problemet. Om situationen bedömts enligt arbetsbristreglerna hade någon annan arbetstagare kunna komma att sägas upp enligt turordningsreglerna.

Malmberg kommenterar att den gränsdragning som domstolen valt att göra i fallet tycks syfta till att uppsägningar ska hänföras under det regelkomplex som tillhandahåller den modell för prövning som bäst svarar mot lagens ändamål; att skydda mot godtyckliga uppsägningar utan att mer än som är just nödvändigt begränsa arbetsgivarens handlingsfrihet.⁴⁶

2.2.2.1 Uppsägning på grund av personliga skäl

Uppsägning av personliga skäl är ett vidsträckt lagtekniskt begrepp vars innebörd har fastslagits främst genom praxis. I doktrin har begreppet kortfattat förklarats med att det i allmänhet krävs att arbetstagaren har brutit mot eller misslyckats med att uppfylla en avtalsförpliktelse som är av

⁴⁵ DS 2002:56 s. 166.

⁴⁶ Malmberg, 1997, s. 355.

väsentligt intresse för arbetsgivaren och att arbetstagaren varit medveten om denna väsentlighet.⁴⁷ I förarbetena nämns i första hand situationer då arbetstagaren på ett eller annat sätt har misskött sig eller visat bristande lämplighet.⁴⁸ Vad som utgör saklig grund på grund av skäl som är att hänföra till arbetstagaren personligen går idag att uttyda ur omfattande praxis från AD. Domstolen kan ta hänsyn till arbetstagarens motiv till handlingen. En impulshandling bedöms oftast som mindre allvarlig än en planerad sådan. Att arbetstagaren tillfogat arbetsgivaren skada även på ett mer indirekt sätt är en omständighet som AD oftast fäster vikt vid.⁴⁹

Uppsägning på grund av sjukdom bör som regel inte kunna omfattas av begreppet.⁵⁰ En dålig arbetsprestation kan dock utgöra saklig grund för uppsägning men det krävs då att arbetstagarens utförande av arbetsuppgifterna inte har stått i rimlig proportion till uppgifternas omfattning och svårighetsgrad.⁵¹

Vid prövning om det föreligger uppsägning på grund av personliga skäl företar vanligen domstolen en prognos om vad man kan dra för konsekvenser av arbetstagarens handlande i framtiden. Man ser således framåt i tiden istället till de redan begångna felstegen. Andra faktorer som kan ha betydelse är arbetstagarens anställningstid, företagets storlek samt arbetstagarens ställning på arbetsplatsen.⁵² Domstolen gör slutligen en intresseavvägning där man prövar arbetsgivarens intresse av att upplösa anställningen mot arbetstagarens intresse av att behålla sin anställning.⁵³

2.2.2.2 Fingerad arbetsbrist

Om arbetsbrist anförs som motiv för en uppsägning men uppsägningen i själva verket har företagits med syftet att få bort en viss arbetstagare som det annars inte hade funnits tillräckliga skäl att säga upp föreligger så kallad fingerad arbetsbrist. Vid fingerad arbetsbrist används skälet arbetsbrist i själva verket som en täckmantel för den verkliga grunden till uppsägningen. I motiven till LAS betonas att det inte ska vara möjligt för en arbetsgivare att vidta rationaliseringsåtgärder med den dolda avsikten att säga upp en arbetstagare som annars inte hade kunnat skiljas från sin anställning.⁵⁴

Normalt i arbetsbristfall går domstolen inte närmare in på frågan om en personalinskränkning varit berättigad ur företagsekonomisk eller organisatorisk synvinkel. Situationen blir dock en annan om arbetsgivaren har angett arbetsbrist som grund för uppsägningen men det i själva verket ligger ett annat skäl bakom. Domstolen ska då pröva uppsägningen utifrån

⁴⁷ Sigeman, 2001, s. 135.

⁴⁸ Prop. 1973:129 s. 124.

⁴⁹ Lunning/Toijer, 2002, s. 290.

⁵⁰ Prop. 1973:129 s. 126.

⁵¹ Se exempelvis AD 1975 nr 68.

⁵² Glavå, 2001, s. 312 f.

⁵³ Schmidt, 1994, s. 191.

⁵⁴ Prop. 1973:129 s. 62.

den verkliga grunden.⁵⁵ I Ds 2002:56 påpekas att en invändning om fingerad arbetsbrist någon gång har bedömts ha bärkraft men att det samlade intrycket är att invändningarna sällan medför någon framgång för arbetstagersidan. Arbetsgivarens påstående om arbetsbrist godtas oftast. Detta hänger samman med den gränsdragning som domstolen skapat vid fall av splittrad motivbild. I sådana fall tar AD enligt praxis sin utgångspunkt i frågan om faktiskt arbetsbrist föreligger. Enligt denna praxis måste arbetstagersidan förebringa bevisning av stor styrka som pekar på att det i själva verket var grunden personliga skäl som låg bakom en uppsägning. Den delade bevisbörda som AD skapat för fall av fingerad arbetsbrist tillämpas således inte om faktisk arbetsbrist föreligger.⁵⁶ Det saknar för övrigt betydelse i ett fall av konstaterad arbetsbrist om en uppsägning även föranlåtits av personliga skäl. Så länge domstolen anser det styrkt att en verklig arbetsbristsituation har legat för handen spelar det ingen roll om uppsägningen även företagits på grund av arbetstagers personligen.⁵⁷

2.3 Regler om turordning, omplacering och återanställning

I en arbetsbristsituation aktualiseras reglerna om omplaceringskyldighet, turordningsregler samt rätt till återanställning. Det är dessa regler som brukar kallas för det egentliga anställningsskyddet vid arbetsbristsituationer. Just frågor kring turordning och återanställningsrätt har blivit de mest omtalade och omstridda i arbetsrättsdebatten. Dessa regler kan sägas utgöra själva kärnan i anställningstryggheten, samtidigt som många röster höjts med krav på att slopa eller förändra dessa regler. Debatten har framförallt handlat om att reglerna i LAS är konstruerade efter hur arbetsmarknaden såg ut för 40 – 50 år sedan. Ofta ställs kravet på förändring som en nödvändighet för att effektivisera näringslivet mot behovet av anställningstrygghet.⁵⁸

2.3.1 Turordningsreglerna

Enligt 22 § LAS ska arbetsgivaren i samråd med facket göra upp en turordningslista för de arbetstagar som berörs av en driftsinskränkning. Turordningsreglerna anger arbetstagarernas inbördes placering när uppsägningar sker på grund av arbetsbrist och bestäms särskilt för varje driftsenhet. Arbetstagarerna delas upp efter kollektivavtalsområde. De arbetstagar som har längst anställningstid har företräde framför de med kortare. Vid lika anställningstid ger högre ålder prioritet.

⁵⁵ AD 1994 nr 140.

⁵⁶ Ds 2002:56 s. 167 f.

⁵⁷ AD 1995 nr 149.

⁵⁸ Calleman, Catharina, *Turordning vid uppsägning*, Norstedts juridik, Stockholm 2000, s. 13 f.

Kan en arbetstagare endast efter omplacering beredas arbete gäller som förutsättning för företräde att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet. I likhet med bestämmelsen om omplaceringsskyldighet gäller att arbetstagaren ska ha de allmänna kvalifikationer som normalt ställs på den som söker arbete. Arbetstagaren behöver inte fullständigt behärska det nya arbetet från start utan har möjlighet att lära sig de nya uppgifterna inom rimlig tid.⁵⁹ Bevisbördan vilar på arbetsgivaren när det påstås att en arbetstagare saknat dessa kvalifikationer.⁶⁰ Omplaceringsskyldigheten enligt 22 § LAS skiljer sig från omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st. LAS på vissa punkter. En väsentlig skillnad ligger i att det förutsätts att det finns en ledig befattning för tillämpning av omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st. LAS, det vill säga att en omplacering kan ske utan att en annan arbetstagare tvingas sägas upp. Omplaceringsskyldigheten enligt 22 § LAS innebär istället att arbetsgivaren kan säga upp en anställd med kortare anställningstid för att bereda arbete till en annan arbetstagare med längre anställningstid. En annan skillnad mellan reglerna är att omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st. LAS omfattar i princip alla arbetsuppgifter inom arbetsgivarens verksamhet medan skyldigheten enligt 22 § LAS bara behöver ske inom turordningskretsen.⁶¹

2.3.1.1 Avvikelser i kollektivavtal

Reglerna om turordning är semidispositiva enligt 2 § 3 st. LAS, de kan således avtalas bort genom kollektivavtal. Kollektivavtal om turordning kan ingås både på central och lokal nivå så länge inte förbundet förhindrar lokala överenskommelser genom stadgar. Tillämpningsområdet för ett kollektivavtal om turordning är vidsträckt. Det gäller för såväl oorganiserade arbetstagare som för minoritetsorganisationers medlemmar samt även i tillfälligt avtalslösa tillstånd. Ett kollektivavtal om turordning kan i vissa fall innebära mycket stora avvikelser från LAS regler. Stora delar av arbetsmarknaden täcks av kollektivavtal som gör avsteg från reglerna om turordning i LAS.⁶²

Arbetsgivaren har också möjlighet att få till en avtalsturlista vid ett uppsägningstillfälle. En avtalsturlista är ett kollektivavtal mellan arbetsgivaren och den lokala fackföreningen om turordningen vid uppsägning som ingås för ett enskilt tillfälle när redan uppsägningarna har blivit aktuella. En avtalsturlista kan passa en arbetsgivare som vill ha kvar vissa personer vid sitt företag och som inte anser att varken LAS eller nuvarande kollektivavtal kan ge honom dessa möjligheter. En förutsättning för att en sådan avtalsturlista ska komma till stånd är naturligtvis att arbetsgivaren lyckas förmå den lokala fackliga organisationen att ingå en sådan överenskommelse om turordningen.⁶³

⁵⁹ Prop. 1973:129 s. 158 f.

⁶⁰ Se exempelvis AD 1978 nr 84.

⁶¹ Calleman, 2000, s. 128.

⁶² Calleman, 2000, s. 219.

⁶³ Calleman, 2000, s. 246 f.

När en avtalsturlista upprättas lämnar man reglerna i LAS. Istället blir kollektivavtalsrättsliga regler tillämpliga. En arbetstagare kan inte föra talan om ogiltigförklaring eller skadestånd enligt LAS med anledning av uppsägningen, det är bara de överväganden som ligger bakom innehållet i avtalet som kan prövas på särskilda grunder.⁶⁴ Av avtalsrättsliga regler följer att ett kollektivavtal inte får vara diskriminerande eller strida mot god sed.⁶⁵ I förarbetena till LAS framgår att det är tillåtet att göra avvikelser från lagens regler angående turordningen i kollektivavtal förutsatt att turordningen inte blir diskriminerande eller strider mot god sed.⁶⁶

I AD 1983 nr 107 kom domstolen fram till att en avtalsturlista gällande turordningen inte var bindande eftersom den var diskriminerande och därför stred mot god sed på arbetsmarknaden. I fallet hade ett rederiföretag minskat sin personal i rationaliseringssyfte. Man sade upp 19 arbetstagare på grund av arbetsbrist och upprättade fyra olika turordningslistor. På samtliga listor placerades anställda som enbart var finsktalande efter andra anställda. Domstolen resonerade vidare vilken rättsföljd som skulle inträda på grund av att turordningsöverenskommelsen var rättsstridig. Domstolen menade att närmast avtalsrättsliga principer låg att jämka överenskommelsen i sådan mån att den inte längre framstod som oskälig.

Lunning/Toijer framhåller att det finns betänkliga brister i anställningsskyddet när det gäller just turordningsreglerna och de avvikelser man kan göra från dem i kollektivavtal även då man bortser från att en avtalsturlista kan jämkas om den är diskriminerande eller strider mot god sed. Den enskilda arbetstagaren vet inte på förhand vad som kommer att gälla vid en eventuell arbetsbristsituation och har inget att inrätta sig efter. Samtidigt är det omöjligt att med rättsliga medel ställa de valda principerna under debatt och man kan notera att antalet mål som väcks angående turordningsöverenskommelser är få.⁶⁷ Calleman kommenterar att det ställs mycket låga krav i lag och rättspraxis på kompetens eller jämbördighet med arbetsgivaren hos dem som har rätt att ingå avtal om turordning. Även om det framhålls att en avtalsturlista inte får gå ut på att slå ut utanförstående arbetstagare, vara diskriminerande eller strida mot god sed så är det ofta lätt för arbetsgivaren att konstruera de sakliga skäl som krävs i efterhand.⁶⁸

2.3.1.2 Undantag för nyckelpersoner

I de första förarbetena till LAS betonades att sådana egenskaper som arbetstagarnas lämplighet och arbetsduglighet inte skulle sättas i första rummet när det gällde turordningen. Turordningen skulle istället bestämmas enligt objektiva kriterier såsom arbetstagarnas ålder och anställningstidens längd.⁶⁹ Numera reglerar dock 22 § LAS ett viktigt undantag från turordningsreglerna för småföretagare. En arbetsgivare med högst tio anställda får undanta två anställda från turordningen vars arbetsinsatser

⁶⁴ Calleman, 2000, s. 247.

⁶⁵ Calleman, 2000, s. 262.

⁶⁶ Prop. 1973:129 s. 233.

⁶⁷ Lunning/Toijer, 2002, s. 500.

⁶⁸ Calleman, 2000, s. 274.

⁶⁹ Prop. 1973:129 s. 69 f.

enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för företagets fortsatta verksamhet. I motiven till lagändringen understryks att det för mindre företag många gånger kan vara avgörande för att de ska kunna drivas vidare att de får behålla viss kompetens.⁷⁰

Undantagsregeln i 22 § LAS har varit en omstridd politisk fråga som infördes i sin första variant under våren 1994. Socialdemokraterna upphävde regeln då de återtog makten under hösten samma år med motiveringen att då arbetsgivaren själv avgör när arbetsbrist föreligger ligger just anställningstryggheten i en sådan situation att arbetsgivaren inte fritt kan säga upp vem han vill.⁷¹ 1999 beslutade riksdagen att uppdra åt regeringen att lägga fram ett förslag om turordningsreglerna.⁷² Förslaget utgick från två möjliga lösningar i LAS. En som gav arbetsgivare med färre än tio anställda möjlighet till att undanta två arbetstagare och en där undantaget omfattade alla arbetsgivare oavsett antalet anställda. Förslaget innebar också att arbetsgivarens urval skulle kunna prövas rättsligt med stöd av LAS även i de fall där åtgärden inte stred mot antidiskrimineringslagstiftning eller liknande rättsregler.⁷³ Dagens undantagsregel i 22 § LAS gäller enbart för arbetsgivare med färre än tio anställda och arbetsgivarens beslut kan normalt inte överprövas rättsligt. Undantag från turordningsreglerna ska dock kunna prövas enligt allmänna rättsgrundsatser om beslutet är otillbörligt eller strider mot god sed på arbetsmarknaden.⁷⁴

Regeringsförslaget om regeln kom att ändras under riksdagsbehandlingen då det ursprungliga förslaget ”av särskild betydelse” byttes ut mot ”som enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse”. Propositionstexten måste alltså läsas mot bakgrund av den slutligt antagna lagtexten. Lagregelns innebörd ska dock inte tolkas som att det är fritt fram för arbetsgivaren att undanta vilka anställda som helst, dennes bedömning får inte vara godtycklig eller strida mot god sed.⁷⁵

2.3.1.3 Särskild företrädesrätt enligt 23 § LAS

Enligt 23 § LAS har en arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och som på grund därav har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren rätt till företräde till fortsatt arbete oberoende av turordningen om detta kan ske utan allvarliga olägenheter för arbetsgivaren. Regeln i 23 § LAS är till skillnad från övriga turordningsregler tvingande. Syftet med regeln är att ge ett extra skydd för de arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och har beretts en särskild sysselsättning hos arbetsgivaren genom att låta dem få stå utanför den konkurrens som avgörs genom turordningsreglerna, om inte särskilda skäl föranleder annat.⁷⁶

⁷⁰ Prop. 1999/2000:144 s. 10.

⁷¹ Glavå, 2001, s. 356.

⁷² Ds 2000:6 s. 7.

⁷³ Ds 2000:6 s. 26 f.

⁷⁴ 2000/01:AU4 s. 9 f.

⁷⁵ Lunning/ Toijer, 2002, s. 503 f.

⁷⁶ Prop. 1973:129 s. 71.

För att en arbetstagare ska ha nedsatt arbetsförmåga krävs att arbetstagaren har svårt att behålla eller få anställning vid det aktuella tillfället. Vad som har orsakat nedsättningen saknar relevans. Funktionsnedsättningarna kan vara av fysiskt, psykiskt eller intellektuellt slag. Även nedsättningar som härrör på grund av omständigheter kring social natur avses. Regeln gäller vidare som preciseras i texten enbart för arbetstagare som har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren. Här avses såväl fall som har föregåtts av överläggningar mellan arbetsgivaren och arbetsmarknadsmyndigheterna som fall där arbetsgivaren på eget initiativ har skapat en särskilt anpassad eller skyddad arbetsplats för arbetstagaren.⁷⁷

Skyddsbestämmelsen gäller inte undantagslöst vilket framgår av lagtexten. Arbetsgivaren kan anföra särskilda skäl för att företrädesrätten inte ska tillämpas under förutsättning att detta skulle medföra allvarliga olägenheter för arbetsgivaren. Hänsyn tas främst till vilka möjligheter som arbetsgivaren har i största allmänhet att tillhandahålla en skyddad arbetsplats efter driftsinskränkningen.⁷⁸

I AD 1993 nr 139 hade 2600 personer sagts upp från Televerket på grund av arbetsbrist. Arbetstagsidan gjorde gällande i målet att en av arbetstagarna, P, haft rätt till företräde till fortsatt arbete oberoende av turordningen på grund av hans nedsatta arbetsförmåga. Den anställde led av sömnproblem och Televerket hade inrett en husvagn med arbetsutrustning varifrån P arbetade. Arbetstagsidan menade att det inte skulle innebära någon allvarlig olägenhet för arbetsgivaren att behålla P i sin anställning eftersom Televerket i viss utsträckning skulle behålla den teknik som P arbetade med. AD kom dock fram till i sin dom att det skulle medföra allvarliga olägenheter i form av organisationsförändringar för Televerket om P fick företräde till fortsatt arbete. Den kontaktrevideringsteknik som P tidigare utfört var i stort sett klar, och P skulle inte kunna fortsätta med sina gamla arbetsuppgifter på sin speciellt inrättade arbetsplats utan att Televerket var tvunget att tillstå med extra personal för att avhjälpa de fel som kunde uppstå.

2.3.2 Rätten till omplacering

Enligt 7 § 2 st. LAS föreligger inte saklig grund för uppsägning om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. Omplaceringsskyldigheten för arbetsgivaren är långtgående och gäller både vid uppsägning på grund av personliga skäl och arbetsbrist. Arbetsgivaren bör till att börja med undersöka möjligheten till omplacering inom ramen för anställningen. Visar sig detta inte vara genomförbart ska arbetsgivaren eftersöka om det någonstans inom företaget kan ordnas en ny anställning. Om företaget har flera driftsenheter bör undersökningen ta sikte på samtliga. Det föreligger däremot ingen skyldighet för arbetsgivaren att gå utöver denna undersökningsplikt vad gäller andra företag inom exempelvis samma koncern.

⁷⁷ Lunning/Toijer, 2002, s. 524.

⁷⁸ Lunning/Toijer, 2002, s. 524.

Omplaceringsskyldigheten gäller endast i fråga om sådant arbete som arbetstagaren är tillräckligt kvalificerad för att utföra. En viss upplärningstid får dock arbetstagaren ha till sitt förfogande. Skyldigheten att omplacera sträcker sig också bara så långt att arbetsgivaren inte är tvungen att friställa någon annan arbetstagare för att bereda ett nytt arbete.⁷⁹ Eventuella oklarheter i fråga om omplaceringsundersökningen går ut över arbetsgivaren.⁸⁰

2.3.3 Företrädesrätt till återanställning

En arbetstagare som har blivit uppsagd på grund av arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning, räknat från dagen då anställningen upphörde, enligt 25 § LAS. Det är tillräckligt att en tjänst utannonserats inom denna frist.⁸¹ Förutsättningen för återställningsrätt är att arbetstagaren har uppnått en viss anställningslängd, nio månader i huvudfallet, och dessutom är tillräckligt kvalificerad för den nya anställningen. Begreppet ”tillräckliga kvalifikationer” har samma innebörd som vid tillämpning av reglerna om turordning. Arbetstagaren måste själv anmäla att han vill göra anspråk på rätten till återanställning, 27 § LAS. Vid valet mellan flera arbetstagare ska företräde ges åt den som har den längsta anställningstiden, 26 § LAS. Denna regel kan dock avtalas bort genom kollektivavtal, se 2 § LAS.

En förutsättning för att företrädesrätten ska kunna göras gällande är att det verkligen sker en nyanställning. Det betyder att företrädesrätten ger vika för omplaceringar. Även sådana omplaceringar som formellt sett innebär en ny anställning och som inte har något samband med omplaceringsrätten enligt 7 § LAS går före företrädesrätten enligt ADs praxis.

I AD 1996 nr 56 hade en arbetstagare sagts upp från sin anställning vid ett av Hyresgästföreningens lokala kontor i Landskrona. När en tjänst vid samma kontor blev ledig inom tiden för företrädesrätten tillsatte arbetsgivaren den genom en omplacering av en anställd vid ett annat lokalkontor i Ängelholm. Den uppkomna lediga platsen i Ängelholm tillsattes genom ytterligare en omplacering av en kontorist från Helsingborg. Den därmed lediga tjänsten i Helsingborg blev tillsatt med en arbetssökande utifrån. Arbetstagar sidan gjorde nu gällande att företrädesrätten till återanställning blivit åsidosatt. AD kommenterar att det framgår av förarbetena att företrädesrätten till återanställning endast gäller i de fall då det blir frågan om nyanställning i egentlig mening. Företrädesrätten gäller därför inte i konkurrens med omplaceringsrätten enligt 7 § 2 st. LAS. Beträffande andra fall av omplacering uppkommer frågan om hur en omplacering förhåller sig till företrädesrätten till återanställning. En arbetsgivare är inte skyldig att ta vara på senare uppkomna arbetstillfällen för att bereda den uppsagda arbetstagaren sysselsättning. Däremot kan otillbörliga förfarande ses som ett kringgående av företrädesrättsreglerna. I fallet anser domstolen att ett sådant kringgående inte har skett. Anledningen till att arbetsgivaren hade omplacerat kontoristen från Ängelholm till Landskrona var på grund av att hon själv önskat en befattning där. Anledningen var således inte att kringgå reglerna om återanställning därför att man ansåg den uppsagda kontoristen som obekvämt eller motsvarande.

⁷⁹ Prop. 1973:129 s. 121 f.

⁸⁰ SOU 1993:32 s. 362.

⁸¹ AD 1982 nr 51.

Glavå menar att detta fall tydligt visar på anställningsskyddsreglernas begränsning och att kritik mot domstolen kan riktas eftersom man väljer bort att betrakta problemet utifrån reglernas funktion.⁸²

För att en återanställning ska kunna bli aktuell krävs det således att det ska röra sig om en nyanställning. Arbetsgivaren kan om han vill lösa sitt arbetskraftsbehov på andra sätt än genom en traditionell anställning, exempelvis genom bemanningsföretag. Det kan dock finnas situationer där omständigheterna är sådana att förfarandet bör betraktas som ett otillåtet kringgående.⁸³ Arbetsgivaren kan också välja att överhuvudtaget inte tillgodose sitt arbetskraftsbehov utan att arbetstagaren kan angripa detta på något sätt.⁸⁴

2.4 Informations- och förhandlingsskyldighet

2.4.1 Informationsskyldighet

19 § Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, härafter benämnd MBL, stadgar om den så kallade fortlöpande informationsplikten. Enligt regeln ska en arbetsgivare fortlöpande hålla den arbetsorganisation med vilken han är bunden av kollektivavtal underrättad om hur hans verksamhet utvecklas produktionsmässigt och ekonomiskt liksom riktlinjerna för personalpolitiken. Informationsplikten gäller även under ett tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd enligt 5 § MBL, undantag kan dock gälla i samband med konflikt enligt samma regel. Tidigare kunde organisationer utanför kollektivavtal inte göra anspråk på informationsplikten enligt 19 §, och något utrymme för en analogitolkning fanns inte.⁸⁵ Sedan en lagändring 2005 gäller dock enligt 19 a § MBL en motsvarande reglering för arbetsgivare som inte är bundna av något kollektivavtal alls. Regeln är föranledd av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG om inrättande av en allmän ram för information och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen, samrådsdirektivet. Direktivets syfte är att inrätta en allmän ram med minimikrav avseende arbetstagarnas rätt till information och samråd i företag inom gemenskapen enligt direktivets 1 art. Medlemsstaterna kan välja att tillämpa direktivet på företag som sysselsätter minst 50 arbetstagare eller på driftsställen som sysselsätter minst 20 arbetstagare, art. 3. I Sverige har man valt att frångå denna möjlighet till tröskelbestämmelse. Den svenska lagstiftaren har ansett att direktivet är förenligt med svensk lagstiftning och MBL på de arbetsplatser där det finns kollektivavtal. På arbetsplatser där det saknas kollektivavtal gäller nu den

⁸² Glavå, 1999, s. 553.

⁸³ Se AD 1980 nr 54 och AD 2003 nr 4.

⁸⁴ Glavå, 2001, s. 221.

⁸⁵ AD 1985 nr 21.

nya regeln i 19 a § MBL.⁸⁶ 19 a § MBL är till skillnad från 19 § inte dispositiv.

Informationsplikten omfattar inte bara en skyldighet för arbetsgivaren att lämna uppgifter som är av betydelse för att bedöma utsikterna för framtiden utan även uppgifter som hänför sig till vad som har varit och om det aktuella läget omfattas. I kravet att informationen ska lämnas fortlöpande ligger att information ska lämnas så snart det kan ske, om parterna inte enats om annat.⁸⁷ Såvitt angår ekonomin gäller att arbetsgivaren är skyldig att lämna sådana uppgifter att de anställda kan bilda sig en god uppfattning om de ekonomiska förhållandena såväl om det nuvarande läget som om framtiden.⁸⁸ Vidare ska arbetsgivaren bereda arbetstagarorganisationen tillfälle att granska böcker, räkenskaper och andra handlingar som rör arbetsgivarens verksamhet i den omfattning som organisationerna behöver för att kunna tillvarata medlemmarnas intressen, enligt 19 §. Exempel på sådana handlingar kan vara rapporter eller analyser och underlag för dessa såsom statistik, protokoll eller avtal. Även korrespondens och inkomna order m.m. avses.⁸⁹ Arbetsgivaren ska enligt 19 § 2 st. dessutom på begäran av arbetstagarorganisationen förse organisationen med avskrift av handling och biträda organisationen med utredning om detta kan ske utan oskälig kostnad. En begäran om material kan avslås om kostnaderna att ta fram materialet inte står i rimlig proportion till uppgifternas betydelse för arbetstagarparten.⁹⁰ Vissa andra undantag från informationsplikten förekommer också. Till exempel framhålls det i förarbetena att forsknings och utvecklingsarbete av synnerligen hemlig natur inte bör omfattas av informationsskyldigheten om det befinner sig ett stadium där det ännu inte kan läggas till grund för beslut eller åtgärd som berör verksamheten. Hänsyn ska även tas till kravet på att den personliga integriteten skyddas.⁹¹

2.4.2 Förhandlingskyldighet vid arbetsbrist

Den primära förhandlingskyldigheten enligt 11-13 §§ MBL innebär en skyldighet för en arbetsgivare att förhandla innan han fattar ett beslut. När det gäller beslut om uppsägningar med grund i arbetsbrist hänvisar 29 § LAS till 11 § MBL. Huvudsyftet med 11 § MBL är att arbetstagarparten ska beredas inflytande över sådana beslut som arbetsgivaren är fri att fatta i sin rätt att leda och fördela arbetet.⁹² 11 § MBL skiljer mellan verksamhetsfall och arbetstagarfall. Angående verksamhetsfallen stadgar 11 § 1 st. 1 men. att innan en arbetsgivare beslutar om viktigare förändringar av sin verksamhet ska han på eget initiativ förhandla med arbetstagarorganisation i

⁸⁶ SOU 2004:85 s. 13 ff.

⁸⁷ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 365.

⁸⁸ Bergqvist, Olof m. fl., *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*, Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997, 278.

⁸⁹ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 366.

⁹⁰ AD 1985 nr 66.

⁹¹ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 236.

⁹² Bergqvist m.fl., 1997, s. 197.

förhållande till vilken han är bunden av kollektivavtal. För arbetstagarfallen gäller att arbetsgivaren är skyldig att förhandla enligt första meningen innan han beslutar om viktigare förändring av arbets- eller anställningsförhållanden för arbetstagare som tillhör organisationen, 11 § 1 st. 2 men. MBL. Många gånger kan det vara svårt att skilja mellan fall som hör till första eller andra meningen i 11 § MBL. Utgångspunkten är att frågor som rör arbetsledningens område ska höra till verksamhetsfallen. Vid frågor som exempelvis berör enbart en viss avdelning vid ett företag eller endast en viss kategori av arbetstagare och innebär vidare en viktigare förändring av arbets- eller anställningsförhållandena föreligger en förhandlingskyldighet enligt 1 st. 2 men. Gränsen mellan tillämpningsområdena är inte skarp och måste många gånger dras efter en praktisk bedömning från fall till fall.⁹³ Det saknas oftast emellertid betydelse om ett fall ska hänföras till den ena eller den andra kategorin.⁹⁴ Frågan påverkar dock vem arbetsgivaren ska förhandla med. Då det gäller verksamhetsfallen förhandlar arbetsgivaren med samtliga kollektivavtalsbärande organisationer medan vid ett arbetstagarfall endast den (eller de) organisation(er) vars medlemmar är aktuella för frågan.⁹⁵

Lagtexten anger inte någon exakt tidpunkt när förhandlingar enligt 11 § MBL ska hållas, regeln föreskriver bara att arbetsgivaren ska fullgöra sin skyldighet innan han fattar sitt beslut. Regeln ska tolkas så att skyldigheten att påkalla förhandling ska ske i så god tid så att förhandlingen blir ett naturligt och effektivt led i beslutsprocessen hos arbetsgivaren. Arbetstagar sidan ska ha reella möjligheter att få sina synpunkter att ingå på ett meningsfullt sätt i beslutsunderlaget. Det innebär att då det gäller komplicerade och svåra frågor bör förhandlingar tas upp av arbetsgivaren på ett tidigt stadium. Syftet med formuleringen i lagtexten är att markera att förhandlingen ska genomföras innan arbetsgivaren själv har tagit ställning i den aktuella frågan. En arbetsgivare kan dock behöva tid att själv undersöka en fråga innan det är meningsfullt att inleda en förhandling. En avvägning måste således göras från fall till fall om vilken tidpunkt som är lämplig.⁹⁶

Syftet med förhandlingar enligt 11-13 §§ MBL är att de ska leda fram till något slags beslut som arbetsgivaren ska fatta. Om parterna är överens om beslutet efter förhandlingarna kan arbetsgivaren inte ändra sitt beslut såvida nya omständigheter inte har tillkommit. Gör han det blir han skadeståndsskyldig. Även om arbetsgivaren skulle ändra sitt beslut av skäl som i och för sig är behöriga föreligger skadeståndsskyldighet. För kunna ändra sitt beslut i ett sådant fall måste arbetsgivaren först återuppta förhandlingarna. Om parterna inte enas står det arbetsgivaren i princip fritt att besluta i frågan, såvida det inte har avtalats om ett större arbetstagarinflytande.⁹⁷

⁹³ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 354.

⁹⁴ Bergqvist m.fl., 1997, s. 184.

⁹⁵ Glavå, 2001, s. 499 f.

⁹⁶ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 355 f.

⁹⁷ Bergqvist m.fl., 1997, s. 200.

Sverige är bundet av Rådets direktiv 75/129/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar och Rådets direktiv 92/56/EEG om ändring av direktiv 75/129/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar. Direktiven innehåller regler om information och överläggning. Lagstiftaren har ansett att 11 och 13 §§ MBL täcker huvuddelarna av reglerna i direktivet. Direktivet föranledde dock vissa ändringar i 13 § MBL som numera stadgar att en arbetsgivare som inte är bunden av något kollektivavtal är skyldig att förhandla enligt 11 § med alla berörda arbetstagarorganisationer i frågor som rör uppsägning på grund av arbetsbrist eller i situationer av olika företagsövergångar. Även 15 § MBL har kompletterats och numera föreligger ett skriftligt krav på information vid förhandlingar inför ett beslut om uppsägning på grund av arbetsbrist.⁹⁸ Arbetsgivaren ska skriftligen underrätta motparten om skälen till uppsägningarna, antalet som avses bli uppsagda och vilka kategorier de tillhör, antalet arbetstagare som normalt sysselsätts, under vilken tidsperiod uppsägningarna är avsedda att verkställas samt beräkningsmetoden för eventuella ersättningar utöver vad som följer av lag eller kollektivavtal vid uppsägning.

2.5 Bevisbördan i uppsägningsmål

Huvudregeln när det gäller bevisbördan i dispositiva tvistemål är att bevisbördan åvilar käranden. Det skulle således vara arbetstagaren som har bevisbördan för att en uppsägning inte var sakligt grundad om denna princip skulle följas. Emellertid är bevisbördan i uppsägningsmål omvänd, det är arbetsgivaren som har att bevisa att en uppsägning är sakligt grundad. Skälen till denna placering av bevisbördan hänger samman med att 7 § LAS är utformad som en förbudsregel där det blir arbetsgivarens handlande som kommer i centrum vid en uppsägning. Det är också oftast arbetsgivaren som har lättast att föra bevisning om vad som har inträffat. En bevisbörda enligt huvudregeln skulle dessutom kunna verka hämmande på arbetstagaren att överhuvudtaget inleda en rättslig prövning.⁹⁹ Att LAS är en skyddslagstiftning och att syftet med LAS bäst tillgodoses om bevisbördan är omvänd framhålls i motiven.¹⁰⁰

Utgångspunkten för en arbetsbristuppsägning är att den är sakligt grundad. Som tidigare påpekats är det upp till arbetsgivaren att bestämma när en arbetsbristsituation föreligger. En domstol kan i princip inte överpröva de överväganden som arbetsgivaren har företagit. I en dom uttalar domstolen att arbetsgivaren bör kunna redovisa de skäl som ligger bakom hans ställningstagande i en arbetsbristsituation och att dessa skäl måste vid en objektiv bedömning framstå som godtagbara.¹⁰¹ AD har ställt upp ett krav i praxis att arbetsgivaren måste göra en noggrann och seriös bedömning av

⁹⁸ Prop. 1994/95:102 s. 71 ff.

⁹⁹ Gellner, Lars och Sydolf, Lars, *Tvistlösning i arbetsrätten. Förhandling och process*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005, 186 f.

¹⁰⁰ Prop. 1981/82:71 s. 68.

¹⁰¹ AD 1983 nr 127.

hur ett övertalighetsproblem ska lösas och inte ta en uppsägningsfråga för lätt. Har arbetsgivaren företagit en sådan bedömning kan denna dock inte ifrågasättas av domstolen.¹⁰²

Vid en uppsägning på grund av personliga skäl ankommer det fullt ut på arbetsgivaren att styrka de omständigheter som lagts till grund för uppsägningen. Brister i bevisningen om vad som har skett går således ut över arbetsgivaren.¹⁰³

AD har utarbetat en mer nyanserad bevisbörderegulering i de fall som rör enskilda arbetstagare vid fingerad arbetsbrist. Ju mer sannolikt det verkar att en uppsägning företagits av andra omständigheter än de som arbetsgivaren har pekat på, desto större krav ställer domstolen på arbetsgivaren att visa att uppsägningen har förebringats av företagsekonomiska skäl.¹⁰⁴ I vissa fall inom ramen för denna prövning har AD ansett det befogat att granska de uppgivna skälen mer ingående. Domstolen går dock inte in på arbetsgivarens överväganden i större mån än som just behövs för att bedöma om det föreligger fingerad arbetsbrist.¹⁰⁵ För att domstolen ska ge sig in i en sådan bedömning krävs det att arbetstagersidan åtminstone har visat det som sannolikt att en uppsägning är förestavad fingerad arbetsbrist.¹⁰⁶

Det samlade intrycket är att en invändning om fingerad arbetsbrist sällan leder till någon framgång för arbetstagersidan. Arbetsgivarens argument om arbetsbrist godtas i allmänhet. Detta är ett problem som nära hänger samman med problematiken om splittrad motivbild och den gränsdragning som domstolen har etablerat i sådana fall. I senare praxis tar domstolen sin utgångspunkt i om faktisk arbetsbrist föreligger. Det gäller då för arbetstagersidan att förebringa bevisning med stor kraft som pekar på att det var personliga skäl och inte arbetsbrist som låg bakom en uppsägning.¹⁰⁷

Glavå anser att det är ett problem att domstolen inte gör någon bedömning av den verkliga uppsägningsgrunden i de fall där det inte gjorts sannolikt att skälet bakom en uppsägning är personliga skäl. Domstolen nöjer sig istället med att konstatera att arbetsbrist föreligger. Eftersom det är arbetsgivaren själv som avgör när arbetsbrist är förhanden blir det rundgång i resonemanget menar Glavå. Detta till trots att domstolen själv har uttalat att det ska vara den verkliga uppsägningsgrunden som ska vara den avgörande.¹⁰⁸

¹⁰² AD 1984 nr 26.

¹⁰³ Se exempelvis AD 2004 nr 85.

¹⁰⁴ Se exempelvis AD 1976 nr 26.

¹⁰⁵ AD 1994 nr 140.

¹⁰⁶ Se exempelvis AD 1980 nr 133.

¹⁰⁷ Ds 2002:56 s. 167 f.

¹⁰⁸ Glavå, 2001, s. 345.

3 Diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder

3.1 Bakgrund

3.1.1 Allmänt

Den diskrimineringslagstiftning vi har idag har sitt främsta ursprung från USA där man efter andra världskriget tog tag i frågan hur man skulle förhindra diskriminering av färgade. Lagstiftningen i USA kom också snart att omfatta diskriminering på grund av kön. Den mest betydelsefulla lagen *Title VII i Civil Rights Act 1964* har utgjort stommen i den diskrimineringslagstiftning som har växt fram både i USA och på övriga håll i världen.¹⁰⁹

Även gemenskapsrätten har fungerat som förebild för våra diskrimineringsregler där det framförallt har funnits en tradition att lagstifta om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och kön. Dessa diskrimineringsförbud tar sitt avstamp i grundsatsen om den fria rörligheten för varor och tjänster inom unionen.¹¹⁰ Art. 12.1 EG stadgar om ett allmänt förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Den här allmänna bestämmelsen preciseras beträffande arbetstagare i art. 39.2 EG. Vad det gäller diskriminering på grund av kön är det främst art. 141 EG, Rådets direktiv 75/117/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpning av principen om lika lön för kvinnor och män, likalönedirektivet, och Rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, likabehandlingsdirektivet, som har varit betydande. Art. 141 EG förbjuder diskriminering på grund av kön. Den likalöneprincip som kommer till uttryck i art. 141 definieras vidare i likalönedirektivet. Likabehandlingsdirektivet stadgar om likabehandlingsprincipen vars syfte är att män och kvinnor ska behandlas lika vad gäller fråga om tillgång till anställning och sociala trygghetsfrågor, art. 1 i direktivet. Genom art. 13 EG har EU tillförts uttrycklig kompetens att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning. Med stöd av denna bestämmelse antogs Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling, arbetslivsdirektivet, och Rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, direktivet mot etnisk diskriminering.

¹⁰⁹ Numhauser-Henning, *Introduktion*, 2000, s. 13.

¹¹⁰ Inghammar, Andreas, *Diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 185.

Inom EG-rätten utgår man från att det upprätthålls en allmän likabehandlings eller icke-diskrimineringsprincip. Malmberg framhåller dock att innebörden och räckvidden av denna princip är i hög grad oklar. Malmberg menar att EG-domstolen tycks ha avvisat tanken på att likabehandlingsprincipen, utanför de särskilda bestämmelser som finns i EG-rätten, ålägger medlemsstaterna eller privata rättssubjekt att inte osakligt eller godtyckligt särbehandla vissa individer eller grupper. Om man tolkar likabehandlingsprincipen på detta vis har principen flera gemensamma likheter med de förbud mot diskriminering som 2 kap. 15 § RF ställer upp.¹¹¹ 2 kap. 15 § RF ger ett uttryckligt grundlagsskydd mot etnisk diskriminering. I 2 kap. 16 § finns ett liknande skydd mot könsdiskriminering.

Vårt lagstadgade skydd mot diskriminering ska ses mot bakgrund av de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna. Enligt 1 kap. 2 § RF ska den offentliga makten utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet. Bestämmelsen ändrades 2003 då man införde en uppräknig av olika typer av diskriminering som det allmänna skulle motverka, ”kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilde som person”. I förarbetena betonas att Sverige ska vara ett föregångsland när det gäller jämlikhet och mänskliga rättigheter. Bestämmelsen ger dock inte upphov till några rättigheter för den enskilde. Den enskilde kan alltså inte med stöd av bestämmelsen påkalla domstols uppmärksamhet mot det allmänna.¹¹²

Den första arbetsrättsliga diskrimineringslagen, Jämställdhetslagen, trädde i kraft 1980. Lagen har ändrats flera gånger sedan dess, bland annat för att anpassas bättre till EG-rätten men också för att bättre stämma överens med de tre andra diskrimineringslagarna som tillkom 1999; lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.¹¹³ År 2002 beslutades det att tillkalla en kommitté med uppdrag att överväga en sammanhållen diskrimineringslagstiftning.¹¹⁴ Kommitténs arbete resulterade i utredningen SOU 2006:22 där man föreslår en ny lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering. Lagens ändamål ska vara att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsidentitet, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder. Lagen ska verka på alla möjliga plan, inte bara i arbetslivet.¹¹⁵

¹¹¹ Malmberg, Jonas, Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten, Ronnie Eklund (red.), *Festskrift till Hans Stark, Jure*, Stockholm 2001, s. 169 f.

¹¹² Prop. 2001/02:72 s. 15 ff.

¹¹³ Prop. 1999/2000:143 s. 21 ff.

¹¹⁴ SOU 2006:22 s. 123.

¹¹⁵ SOU 2006:22 s. 213.

3.1.2 1999 års diskrimineringslagar

Under 1999 tillkom tre nya diskrimineringslagar med arbetsrättsligt innehåll; Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder samt Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Dessa tre diskrimineringslagar kan sägas vara den största nyheten under 1990-talet inom arbetsrätten i Sverige.¹¹⁶ Lagarna har något olika bakgrund men en liknande teknisk utformning. Inledningsvis definieras den grund för diskriminering som lagen avser att skydda. Därefter regleras förbud mot både direkt och indirekt diskriminering. Efter en lagändring 2003 finns också ett förbud mot trakasserier och ett lagstadgat krav på att arbetsgivaren aktivt ska utreda fall där en arbetstagare känner sig trakasserad på grund av funktionshinder, sexuell läggning eller etnicitet. Det föreligger också ett förbud mot repressalier av en arbetstagare som har anmält, påtalat eller medverkat i en utredning om diskriminering. Till varje lag är en ombudsman kopplad som fungerar som tillsynsmyndighet.

En lag om förbud mot etnisk diskriminering i arbetslivet fanns redan sedan 1994. I förarbeten till 1999 års lag betonas att etnisk diskriminering måste motverkas på ett bättre sätt än tidigare och det anses oklart vilken effekt den dåvarande lagen haft.¹¹⁷ Även i doktrin har den äldre lagen kommenterats som tämligen betydelslös.¹¹⁸ Den nya lagen skulle vara ett mer verkningsfullt instrument i kampen mot etnisk diskriminering.¹¹⁹

Lagen mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning initierades av Arbetsmarknadsutskottet 1995. Lagen tar inte bara sikte på homosexuellas rätt att inte diskrimineras utan omfattar all slags sexuell läggning. Man skiljer dock på sexuell läggning och sexuella beteenden.¹²⁰

Sedan 1999 års diskrimineringslagar trätt ikraft har två andra lagar utanför arbetsrättens område antagits med civilrättsligt innehåll. Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan har som syfte att på högskoleområdet främja lika rättigheter för studenter och sökanden och motverka diskriminering på grund av könstillhörighet, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och funktionshinder, 1 §. År 2003 trädde Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering i kraft. Lagen innehåller de fem diskrimineringsgrunderna kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och funktionshinder

¹¹⁶ Göransson, Håkan och Karlsson, Anders, *Diskrimineringslagarna. En praktisk kommentar*, 4 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004, s. 66.

¹¹⁷ Prop. 1997/98:177 s. 19.

¹¹⁸ Iseskog, Tommy, *Diskriminering i arbetslivet*, 2 uppl., Thomson Fakta AB, Laholm 2003, s. 12.

¹¹⁹ Prop. 1997/98:177 s. 20.

¹²⁰ Prop. 1997/98:180 s. 20.

och gäller vid arbetspolitisk verksamhet, start eller bedrivande av näringsverksamhet, yrkesutövning, medlemskap m.m., varor tjänster och bostäder, socialtjänsten m.m., socialförsäkringssystemet och arbetslöshetsförsäkringen. Lagen är ett led i genomförandet av flera EG-direktiv; direktivet mot etnisk diskriminering 2000/43/EEG, arbetslivsdirektivet 2000/78/EEG, likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG, direktiv 2002/73/EEG om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG, Rådets direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet samt Rådets direktiv 86/613/EEG om tillämpning av principen om likabehandling av kvinnor och män med egen rörelse, bland annat jordbruk, samt om skydd för kvinnor med egen rörelse under havandeskap och moderskap.¹²¹

3.1.3 Närmare om bakgrunden till FUDA

Inom EG-rätten var man relativt snabb med att skapa diskrimineringsförbud som gällde kön och nationalitet. När det gäller funktionshindrade omfattas denna grupp av likabehandlingsprincipen, men det finns ännu inte något EG-rättsligt stadgande som direkt rör personer med funktionshinder. Inghammar påpekar att de EG-rättsliga diskrimineringsförbuden i första hand har siktat på att främja den fria rörligheten inom unionen och fri konkurrens istället för att bygga på ett rättighetstänkande. Det antas dock att funktionshindrade snart kommer att omfattas av den EG-rättsliga lagstiftningen.¹²² Art. 13 EG utgör redan en rättslig grund för en sådan reglering.

Istället är det amerikansk lagstiftning som har fungerat som föregångare för diskrimineringsförbud mot just funktionshindrade. Även i USA dröjde det emellertid ända fram till 1990 förrän en lag på allvar stadgade ett sådant förbud genom *Americans with Disability Act*, ADA.¹²³ I England följde *Disability Discrimination Act* år 1995 med den amerikanska lagen som förebild.¹²⁴ I Sverige fanns till viss del en lagstiftartradition med avsikt att skydda funktionshindrade genom den så kallade främjandelagen från 1974 som bland annat syftade till främja anställning av personer med nedsatt arbetsförmåga. Även i arbetsmiljölagen fanns bestämmelser med särskild fokusering på funktionshindrades situation på arbetsplatsen.¹²⁵

Under 1990-talet var frågan om diskriminering av funktionshindrade i arbetslivet föremål för två lagstiftningsförslag. Det första förslaget ledde till steget att riksdagen inrättade en handikappombudsman 1994. Det andra förslaget presenterades av en arbetsgrupp inom Arbetsmarknadsdepartementet 1996. Arbetsgruppen föreslog en arbetsrättslig förbudslag mot diskriminering av funktionshindrade och lagen utformades med 1994 års lag mot etnisk diskriminering som förebild.

¹²¹ Prop. 2002/03:65 s. 44 och prop. 2004/05:147 s. 29.

¹²² Inghammar, 2000, s. 185.

¹²³ Inghammar, 2000, s. 188.

¹²⁴ Inghammar, 2000, s. 185 f.

¹²⁵ Prop. 1997/98:179 s. 26.

FUDA trädde i kraft 1999 och har varit föremål för en ändring 2003 då framförallt en anpassning till direktivet mot etnisk diskriminering 2000/43/EG och arbetslivsdirektivet 2000/78/EG tillkom.¹²⁶ I förarbetena påpekar man att allt fler länder på senare tid infört lagar om förbud mot diskriminering av funktionshindrade i arbetslivet men att det är osäkert att se vilken effekt dessa lagar har givit. Man kan dock konstatera att den amerikanska lagen ADA har ökat medvetenheten i samhället om funktionshindrades problem och rättigheter.¹²⁷

3.2 Diskriminerande uppsägningar enligt FUDA

Diskriminerande uppsägningar och avskedanden kan sedan 1974 angripas enligt LAS och kravet på saklig grund för uppsägning. Förbuden i 1999 års diskrimineringslagar är en förstärkning av detta skydd. Förbuden får vidare en självständig betydelse när det gäller sådana personer som inte omfattas av LAS såsom arbetstagare i företagsledande ställning, arbetstagare som hör till arbetsgivarens familj eller som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll eller arbetstagare som är anställda med särskilt anställningsstöd eller i skyddat arbete. Förbuden kan dessutom få betydelse när en provanställning avbryts före provotidens utgång eller då en arbetsgivare inte vill att en provanställning ska övergå till en tillsvidareanställning.¹²⁸

Malmberg delar in diskrimineringsförbud i tre olika typer; de förbud som ställer krav på arbetsgivarens syfte, de förbud som ställer krav på orsakssamband mellan behandling och diskrimineringsgrund samt de förbud som ställer krav på särskiljande i konkreta fall. Förbud mot att diskriminera en arbetstagare på grund av funktionshinder när arbetsgivaren säger upp eller avskedar en arbetstagare rör den grupp av förbud som ställer upp ett krav på orsakssamband. Orsakssambandet ska föreligga mellan diskrimineringsgrunden och en negativ behandling. En domstol behöver i dessa fall inte pröva vilka avsikter som ligger bakom arbetsgivarens handlande. Det är tillräckligt att domstolen prövar om arbetsgivarens beteende har utlösts av en otillåten faktor, i FUDAs fall en persons funktionshinder.¹²⁹

3.2.1 Begreppet funktionshinder

FUDAs ändamål är att motverka diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder, 1 §. Vad som avses med funktionshinder preciseras i lagens 2 § som varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada

¹²⁶ Prop. 2002/03:65 s. 44.

¹²⁷ Prop. 1997/98:179 s. 30.

¹²⁸ Göransson/Karlsson, 2004, s. 93.

¹²⁹ Malmberg, 2001, s. 173.

eller en sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå. Det är inte graden av funktionshindret som bör vara avgörande utan funktionshindret i sig. För att omfattas av lagen ska funktionshindret vara varaktigt, vilket också betonas i själva lagtexten. Att vara tillfälligt funktionshindrad, exempelvis genom att bryta en arm, omfattas således inte. Personer med sjukdomar som kan förväntas medföra begränsningar i framtiden omfattas av lagens skydd så snart sjukdomen är konstaterad. Ett exempel på en sådan sjukdom kan vara hiv.¹³⁰ Man drar en gräns vid anlag för en sjukdom. Sådana anlag som inte helt säkert kan orsaka nedsättning av en persons funktionsförmåga omfattas inte av FUDA.¹³¹

Sociala problem såsom missbruk eller omhändertagande inom kriminalvården omfattas av lagen endast i den mån de kan anses funktionshindrande enligt övriga kriterier. Missbruk och sociala problem är således inte i sig tillräckliga skäl för att omfattas av lagens definition.¹³² Det bör också påpekas att en person med funktionshinder även kan bli diskriminerad på grund av att arbetsgivaren förfördelar en person med ett annat funktionshinder. Skyddet mot diskriminering gäller oberoende av svårighetsgraden av funktionshindret och arbetsgivaren ska inte i efterhand kunna kringgå diskrimineringslagen genom att premiera en person med ett mindre funktionshinder.¹³³

3.2.2 Direkt diskriminering

I 3 § FUDA uppställs ett förbud mot direkt diskriminering. En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller arbetstagare genom att behandla honom eller henne sämre än arbetsgivaren behandlar, har behandlat eller skulle ha behandlat någon annan i en jämförbar situation om missgynnandet har samband med funktionshindret. Förbudet mot direkt diskriminering gäller enligt 5 § när arbetsgivaren

1. beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till en anställningsintervju eller vidtar en annan åtgärd under anställningsförfarandet,
2. beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till en utbildning för befordran,
3. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör yrkespraktik,
4. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör annan utbildning eller yrkesvägledning,
5. tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor,
6. leder och fördelar arbetet,
7. säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

¹³⁰ Prop. 1997/98:179 s. 33 f.

¹³¹ Göransson/Karlsson, 2004, s. 73.

¹³² Prop. 1997/98:179 s. 34.

¹³³ Göransson/Karlsson, 2004, s. 74.

En första nödvändig förutsättning för att direkt diskriminering ska föreligga är att någon har missgynnats. Som ett andra steg för att avgöra om någon har missgynnats måste en jämförelse företas mellan den personen som menar sig ha blivit diskriminerad och någon eller några andra personer. Den tredje premiss som måste vara uppfylld är att det ska föreligga ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.¹³⁴

3.2.2.1 Missgynnande

Den som anser sig ha blivit diskriminerad måste kunna visa någon form av negativ behandling från arbetsgivarens sida. Ett missgynnande av något slag är en nödvändig förutsättning för att direkt diskriminering ska föreligga. En behandling anses vara missgynnande om den medför en skada eller en nackdel för den enskilde. Det som är avgörande är att effekten av arbetsgivarens handling är negativ, den orsak som ligger bakom handlandet är ovidkommande.¹³⁵ Typiska exempel på sådana negativa effekter är att inte få en anställning, att ställas åt sidan vid en löneförhöjning eller som den här uppsatsen tar sikte på; att bli uppsagd utan saklig grund. Bagatellartade skillnader i behandling omfattas inte av lagen, såvida inte det är fråga om upprepade sådana behandlingar som sammantaget kan anses passera en gräns för vad som anses som en bagatellartad behandling. Vad som utgör ett missgynnande bestäms på objektiva grunder. Det är således inte den enskilde själv som avgör vad som består i ett missgynnande.¹³⁶

Missgynnandet kan avse de typer av åtgärder som omfattas av 5 § och som arbetsgivaren företar mot en arbetssökande eller en arbetstagare. Beträffande arbetssökande har arbetsgivaren även ansvar avseende rekryteringsprocessen för de handlingar som vidtas av utomstående i rekryteringshanteringen. Arbetsgivaren blir således ansvarig om en rekryteringsfirma behandlar en arbetssökande med funktionshinder på ett enligt lagen missgynnande sätt.¹³⁷

3.2.2.2 Jämförelse

Då man undersöker om diskriminering föreligger i ett visst fall gör man alltid en jämförelse mellan olika personer. Att arbetsgivaren behandlar alla sina anställda illa utgör inte fall av diskriminering utan det är istället när arbetsgivaren missgynnar någon eller gör skillnad i sitt handlande på grund av funktionshinder som diskriminering föreligger.¹³⁸ 3 § FUDA reglerar att en arbetsgivare inte får behandla en arbetstagare sämre än en annan i en *jämförbar situation*. En jämförelse måste alltså företas mellan den funktionshindrade personen och en eller flera andra personer utan motsvarande funktionshinder. Det krävs inte någon faktisk jämförelseperson

¹³⁴ Prop. 2002/03:65 s. 87 ff.

¹³⁵ Prop. 2002/03:65 s. 87.

¹³⁶ Göransson/Karlsson, 2004, s. 79.

¹³⁷ 1998/99:AU4 s. 52.

¹³⁸ Göransson/Karlsson, 2004, s. 75.

utan en fiktiv jämförelse kan räcka.¹³⁹ Företeelsen hypotetisk jämförelseperson har prövats i AD 2002 nr 45 i ett fall som rörde könsdiskriminering.

I fallet hade ett landsting utannonserat en ledig platsanställning som barnmorska vid en vårdcentral. Fem stycken kvinnor sökte varav en var gravid. Den kvinna som erhöll tjänsten hade enligt AD sämre kvalifikationer än den gravida kvinnan enligt en objektiv bedömning. AD konstaterade att EG-domstolen anmärkt att det är endast kvinnor som kan nekas en anställning på grund av graviditet varför om det så sker föreligger diskriminering på grund av kön. AD menade vidare att då en kvinna på grund av diskriminering nekas anställning därför att hon är gravid saknar det betydelse om det inte finns någon manlig jämförelseperson, även detta enligt EG-rättsliga principer. Slutsatsen blir att graviditet är en helt könsrelaterad omständighet och därmed kan en direkt könsdiskriminering föreligga även om någon faktisk jämförelseperson av motsatt kön inte förekom i den aktuella rekryteringen.¹⁴⁰

Arbetsgivaren är inte skyldig att välja en viss arbetstagare av de som befinner sig i en jämförbar situation, men det får inte vara just på grund av funktionshindret som arbetsgivaren exempelvis väljer att sätta en arbetstagare högst upp på en turordningslista. På en punkt skiljer sig FUDA väsentligt från övriga diskrimineringslagar från 1999. Då varken sexuell läggning eller etnicitet påverkar en arbetstagare att utföra ett arbete så kan ett funktionshinder i många fall göra det. För att avgöra om två eller flera personer befinner sig en jämförbar situation vid tillämpning av FUDA måste man därför först pröva om funktionshindret påverkar arbetstagaren att utföra de mest väsentliga uppgifterna i arbetet.¹⁴¹ Om funktionshindret inverkar negativt på arbetsförmågan föreligger inte en jämförbar situation och diskriminering anses inte ha ägt rum. Den funktionshindrade bedöms helt enkelt sakna sakliga förutsättningar för arbetet.¹⁴² När man ställer två personer mot varandra är det viktigt att jämförelsen endast avser förmågan att utföra de mest grundläggande och huvudsakliga arbetsuppgifterna. Att arbetstagaren inte klarar av att utföra mer eller mindre oväsentliga uppgifter ska inte påverka bedömningen på ett negativt sätt.¹⁴³ I sammanhanget bör 6 § FUDA nämnas som uppställer ett krav på arbetsgivaren att vidta de stöd- och anpassningsåtgärder som skäligen kan krävas för att den funktionshindrade ska klara arbetet vid anställning, befordran eller utbildning för befordran. Förbudet i 3 § gäller även då arbetsgivaren kan skapa en sådan anpassad situation för den funktionshindrade. Dessa krav måste således vägas in då man företar en bedömning om det föreligger en jämförbar situation. Att tolka ”skäligen kan krävas” i 6 § FUDA är inte helt enkelt och det är omöjligt att i mera allmänna termer uttrycka vad som i ett visst fall kan anses vara en skälig åtgärd. Regeln bör läsas utifrån de principer som gäller för arbetsmiljölagen (1977:1160), särskilt 3 kap. 3 § 2 st. Det handlar härvid om tekniskt kända och ekonomiskt försvarbara hjälpmedel. Ytterst är det ADs uppgift att avgöra i det enskilda fallet vad

¹³⁹ Prop. 1997/98:179 s. 83.

¹⁴⁰ Iseskog, 2003, s. 41.

¹⁴¹ Göransson/Karlsson, 2004, s. 77.

¹⁴² 1998/99:AU4 s. 43 f.

¹⁴³ Göransson/Karlsson, 2004, s. 77.

som anses som skäligt.¹⁴⁴ Det bör uppmärksammas att kravet på stöd- och anpassningsåtgärder som uppställs i 6 § FUDA endast omfattar anställning och befordran eller utbildning för befordran vilket framgår av lagtexten. Regeln gäller således inte vid uppsägning. En uppsägningssituation regleras istället av reglerna LAS, arbetsmiljölagens regler om arbetsmiljöns anpassning till människors olika förutsättningar samt arbetsgivarens rehabiliteringsansvar enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring.¹⁴⁵

Det är viktigt att notera att vad som utgör en jämförbar situation kan variera från fall till fall, även då det handlar om samma jämförelsepersoner. I AD 2003 nr 55 behandlade domstolen begreppet jämförbar situation i ett fall om etnisk diskriminering. Då fallet avgjordes användes en annan terminologi för ”jämförbar situation”, lagen talade istället om ”likartad situation”. Efter en anpassning till EG-rätten ändrades 1999 års diskrimineringslagar där numera uttrycket ”jämförbar situation” används. Någon skillnad mellan dessa begrepp föreligger dock inte.¹⁴⁶

I fallet hade en kvinna som var anställd hos försäkringskassan haft flera tidsbegränsade anställningar efter varandra. En tid före den sista av dessa anställningar löpte ut fick hon besked om att hon inte skulle komma att få någon förnyad anställning. Ett tiotal andra arbetstagare som även de haft tidsbegränsade anställningar fick däremot fortsatt anställning i form av tillsvidareanställningar eller nya tidsbegränsade anställningar. Då AD skulle pröva om kvinnan hade befunnit sig i en likartad situation som personer av annan etnisk tillhörighet konstaterade domstolen att kriteriet likartad situation kan ha olika innebörd beroende på situationen. När man exempelvis jämför arbetssökande till ett visst arbete kan deras meriter vara av så vitt skilda slag att personer i fråga inte kan sägas befinna sig i en likartad situation. AD påpekade vidare att i förevarande fall förelåg dock inte en meritvärderingssituation, någon konkurrenssituation mellan den uppsagda kvinnan och övriga arbetstagare hade inte rått. Det hade således varit möjligt att bereda arbete till samtliga arbetstagare inklusive den uppsagda kvinnan. Oavsett meriter var det alltså enligt ADs mening fullt möjligt att påstå att kvinnan och övriga arbetstagare i det här läget hade befunnit sig i en likartad situation.

3.2.2.3 Orsakssamband

För att direkt diskriminering ska föreligga krävs att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och den diskriminerande faktorn. Orsakssambandet kan vara starkt eller svagt. Sambandet är som allra starkast om arbetsgivaren har en avsikt att missgynna en person på grund av dennes funktionshinder. Det är emellertid inte nödvändigt att arbetsgivaren har en avsikt att diskriminera, det är tillräckligt för diskriminering att funktionshindret är en av flera orsaker bakom ett handlande. Den aktuella diskrimineringsgrunden behöver således inte vara det enda motivet för arbetsgivarens åtgärd. Saken kan uttryckas så att det inte behöver vara fråga om ett missgynnande på grund av diskrimineringsgrunden – det räcker med att missgynnandet har samband med diskrimineringsgrunden. Även fall då arbetsgivaren diskriminerar på grund av att tillmötesgå exempelvis kunders eller andra anställdas önskemål omfattas av lagen. En arbetsgivare ska alltså

¹⁴⁴ Iseskog, 2003, s. 44 ff.

¹⁴⁵ Inghammar, 2000, s. 195 f.

¹⁴⁶ Prop. 2002/03:65 s. 88.

inte kunna hänvisa till en negativ inställning hos företagets klienter för att kunna undgå ett diskrimineringsbrott.¹⁴⁷

I AD 2005 nr 21 prövade domstolen om det förelåg ett samband mellan ett missgynnande och en diskrimineringsgrund, etnicitet.

En kvinna som var medlem i Jehovas vittnen arbetade på ett äldreboende. På grund av sin trosuppfattning ville inte kvinnan utföra vissa av arbetsuppgifterna som ankom på henne i egenskap av så kallad aktiverare. Kvinnan ville exempelvis bara ge begränsade arbetsinsatser då det kom körer från svenska kyrkan på besök. Hon ville heller inte vara med och fira traditionella svenska högtider såsom påsk, jul och midsommar eftersom det enligt hennes tro ansågs vara aktiviteter med hedniska förtecken. Med anledning av detta fråntogs hon aktiveraruppdraget i sin helhet. AD konstaterade inledningsvis att kvinnan inte var beredd att utföra vissa delar av de arbetsuppgifter som ingick i hennes uppdrag som aktiverare. I avsaknad av en verklig jämförelseperson gjorde domstolen en hypotetisk prövning. Även om skälet till att kvinnan blev fråntagen sina uppgifter var att hon hade en viss etnisk tillhörighet kunde domstolen inte anta att en annan aktiverare som av helt andra skäl vägrat att utföra sina arbetsuppgifter skulle ha behandlats annorlunda av arbetsgivaren. Kvinnan hade således inte missgynnats enligt lagens mening eftersom det inte förelåg något samband mellan missgynandet och kvinnan etniska tillhörighet.

Diskrimineringsförbudet gäller också i fall av felaktigt förmodad tillhörighet. Om en arbetsgivare exempelvis oriktigt uppfattar att en person har ett funktionshinder och diskriminerar personen på denna grund omfattas situationen således av lagen. Lagen är också tillämplig i de fall då en arbetstagare missgynnas på grund av att personen har en anknytning till någon annans funktionshinder, såsom att dennes make eller sambo är funktionshindrad.¹⁴⁸

3.2.2.4 Undantag

I 5 § 2 st. regleras ett undantag från förbudet mot direkt diskriminering. Regeln säger att förbudet mot direkt diskriminering inte gäller vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran om ett visst funktionshinder är nödvändigt på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs. Regeln är en anpassning till EG-rätten och arbetslivsdirektivet, 2000/78/EG, och direktivet mot etnisk diskriminering, 2000/43/EG. Tillämpningsområdet för undantaget är snävt i enlighet med vad EG-kommissionen anfört gällande direktiven och gäller för alla 1999 års diskrimineringslagar. Ett exempel på när undantaget kan användas är när det vid en teaterföreställning krävs att en skådespelare har en viss etnisk tillhörighet för att föreställningen ska bli äkta. Organisationer bör kunna ges särskild möjlighet att väga in exempelvis ett funktionshinder i ett anställningsbeslut med hänsyn till verksamhetens ändamål med stöd av regeln.¹⁴⁹

Från början innehöll diskrimineringslagarna från 1999 en undantagsregel som angav att förbudet mot direkt diskriminering inte gällde om

¹⁴⁷ Prop. 2002/03:65 s. 90.

¹⁴⁸ Prop. 2002/03:65 s. 91.

¹⁴⁹ Prop. 2002/03:65 s. 186.

arbetsgivarens behandling var berättigad av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i arbetslivet. Regeln behandlade två typer av behandlingar, dels sådana som inte hade samband med en diskrimineringsgrund och dels sådana som faktiskt hade en direkt koppling till diskrimineringsfaktorn. Genom lagändringen 2003 har detta undantag raderats ur lagtexten. Lagstiftaren menar att lagen inte behöver innehålla ett uttryckligt undantag som gäller "särskilda intressen" eftersom det ändå föreligger ett krav på orsakssamband. Samma sak gäller då arbetsgivaren tillämpar reglerna i LAS beträffande omplacering och företrädesrätt till återanställning.¹⁵⁰

3.2.3 Indirekt diskriminering

4 § FUDA innehåller ett förbud mot indirekt diskriminering. Regeln uppger att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer med visst funktionshinder jämfört med personer utan sådant funktionshinder. Regeln är utformad i enlighet med EG-rätten och särskilt med Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbörda vid mål av könsdiskriminering, bevisbördedirektivet, som förebild.¹⁵¹ Ett exempel på en indirekt diskriminerande handling från arbetsgivaren är att ställa krav på att arbetstagaren/arbetssökanden ska ha körkort, utan att det för den skull är en nödvändighet för att klara arbetsuppgiften. Det är en regel som framstår som neutral men som i själva verket utestänger många funktionshindrade. Även krav gällande fysisk prestationsförmåga kan utesluta funktionshindrade.¹⁵²

3.2.3.1 Missgynnande

En förutsättning för indirekt diskriminering är ett missgynnande av en arbetstagare eller arbetssökande. Med missgynnande menas detsamma som i fråga om direkt diskriminering; att en arbetstagare eller arbetssökande lider skada, obehag eller någon annan nackdel.¹⁵³ Här hänvisas vidare till vad som anförts i anslutande till direkt diskriminering.

3.2.3.2 Jämförelse

För att avgöra om ett krav i praktiken särskilt missgynnar personer som är funktionshindrade måste en jämförelse företas mellan den grupp som den funktionshindrade tillhör och någon annan grupp. Jämförelsen ska ta sikte på den andel av de som kan eller inte kan uppfylla kravet som uppställs i de båda grupperna. Avgörande för bedömningen är hur stor den grupp är som kan uppfylla kravet. I förarbetena till lagen anför följande exempel; om 98

¹⁵⁰ Prop. 2002/03:65 s. 185.

¹⁵¹ SOU1997:176 s. 112.

¹⁵² Göransson/Karlsson, 2004, s. 86.

¹⁵³ Prop. 2002/03:65 s. 92.

% av alla utan ett visst funktionshinder och 96 % av dem med det speciella funktionshindret kan uppfylla kravet kan det inte påstås att gruppen utan funktionshindret i väsentlig större andel uppfyller kravet. Om däremot endast 4 % av personer utan funktionshindret och 2 % med det aktuella funktionshindret kan uppfylla kravet blir slutsatsen motsatt och en väsentligt större andel personer missgynnas. Det är den som anser sig förfördelad som ska visa att kravet på att en väsentligt större andel missgynnas är uppfyllt.¹⁵⁴ I AD 2002 nr 128 prövade domstolen om tillämpning av kravet på brytningsfri svenska särskilt missgynnande personer med invandrarbakgrund.

I fallet avsåg en arbetsgivare som bedrev verksamhet med marknadsundersökningar genom telefonintervjuer att anställa ytterligare personal. Ett telefonsamtal med en av de arbetssökande ledde till att rekryteringen av denne person avbröts. DO hävdade att det var bolaget som avbröt anställningsförfarandet och att skälet till bolagets agerande var den arbetssökandes brytning. Bolaget hade således gjort sig skyldigt till etnisk diskriminering. Bolaget hävdade å sin sida att det i själva verket var den arbetssökande själv som avbröt anställningsförfarandet. AD kom för det första fram till att det var bolaget som avbröt rekryteringen av den arbetssökande. Vidare anförde AD att det för etnisk diskriminering är tillräckligt att den etniska tillhörigheten direkt eller indirekt varit en av flera orsaker till det missgynnande som skett. AD menade att det i och för sig är sakligt motiverat att ett bolag i telefonintervjuarbranschen kräver att deras intervjuare har goda kunskaper i det svenska språket. Just i förevarande fall hade dock bolaget tillämpat ett krav på språkkunskaper som varit högre ställt än som varit nödvändigt med tanke på de uppgifter som väntade de personer som kom att bli anställda. Bolaget hade således tillämpat ett kriterium som framstod som neutralt men som i praktiken missgynnade personer med invandrarbakgrund och därmed gjort sig skyldigt till indirekt etnisk diskriminering.

3.2.3.3 Intresseavvägning

Indirekt diskriminering innebär alltså att personer med ett visst funktionshinder missgynnas genom att de behandlas lika med personer utan ett sådant funktionshinder. Enkelt uttryckt kan man säga att olika fall får inte behandlas lika.¹⁵⁵ Det saknas betydelse av vilket skäl som bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har uppställts. Det kan exempelvis handla om kollektivavtalade regler eller regler enligt lag.¹⁵⁶ Även om en indirekt diskriminering har förekommit kan arbetsgivarens agerande vara lagenligt under vissa förutsättningar. Det ska då handla om en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som kan motiveras av ett berättigat mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet, enligt sista men. 4 § FUDA. Regeln är utformad i enlighet med EG-rätten där det bör finnas ett visst utrymme för arbetsgivaren att tillämpa ett kriterium eller ett förfaringssätt trots att detta har en negativ effekt för funktionshindrade. I överrensstämmelse med EG-rätten kan man bara konstatera en förekomst av indirekt diskriminering först sedan en intresseavvägning har företagits. Intresseavvägningen resulterar inte i en slutsats om diskriminering var förbjuden eller inte utan i om diskriminering har förekommit eller inte.¹⁵⁷

¹⁵⁴ SOU 1997:176 s. 113.

¹⁵⁵ SOU 1997:176 s. 112 f.

¹⁵⁶ Iseskog, 2003, s. 60.

¹⁵⁷ SOU 1997:176 s. 113.

Intresseavvägningen ska företas i två steg. Först prövas om syftet med bestämmelsen är av ett rättfärdigat mål objektivt sett. Bedömningen ska företas utefter arbetsgivarens verksamhetsbehov eller utifrån ett viktigt samhälleligt behov. Ett exempel på ett objektivt verksamhetsbehov kan vara att tillämpa vissa säkerhetsbestämmelser. Vad gäller olika kompetenskrav är utgångspunkten att dessa är objektivt godtagbara. Ett viktigt samhälleligt behov kan exempelvis vara att främja jämställdheten.¹⁵⁸ Avgörande för vad som med framgång kan åberopas som berättigade mål framgår av EG-domstolens praxis. Som steg nummer två görs en bedömning av huruvida bestämmelsen är ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå syftet. Om det finns andra handlingsalternativ eller medel som inte är indirekt diskriminerande för att i sig nå ett godtagbart mål utgör missgynnandet i princip indirekt diskriminering.¹⁵⁹

3.3 Bevisbördan i diskrimineringsmål

24 a § FUDA anger att om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det arbetsgivaren som ska visa att diskriminering eller repressalier inte förekommit. Den uttryckliga bevisbörderegeln är ett resultat av de ändringar som företogs 2003 i lagen. I samband med att direktivet mot etnisk diskriminering 2000/43/EG och arbetslivsdirektivet 2000/78/EG trädde ikraft startades en utredning i Sverige om hur de båda direktiven skulle genomföras i svensk rätt.¹⁶⁰ Utredningen ansåg att den bevislättning som EG-rätten fordrar borde komma till uttryck på ett tydligare sätt direkt i lagtexten.¹⁶¹ Förslaget ledde med några ändringar på vägen till den nya 24 a § i FUDA.¹⁶²

De bevisbörderegler som gäller vid diskrimineringsmål bygger på EG-rättsliga principer. Enligt EG-domstolens praxis ska bevisbördan under vissa omständigheter läggas på arbetsgivarsidan för att inte bevissvårigheter ska hindra en effektiv tillämpning av likabehandlingsprincipen. EG-domstolens praxis är numera kodifierad genom bevisbördedirektivet, 97/80/EG. Bevisbördedirektivets art. 4 anger en delad bevisbörda som ger en bevislättning för den som påstår diskriminering. Den person som anser sig ha blivit diskriminerad ska lägga fram fakta som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. Därefter åligger det svaranden att visa att han inte har gjort sig skyldig till brott mot likabehandlingsprincipen.

Malmberg pekar på att någon uttrycklig lagregel i enlighet med EG-rätten i diskrimineringslagarna egentligen inte behövs. Bevisbörderegeln gällde från början uttryckligen i fråga om rekvisitet ”orsakssamband”, men ej i

¹⁵⁸ Iseskog, 2003, s. 63.

¹⁵⁹ Prop. 2002/03:65 s. 94.

¹⁶⁰ SOU 2002:43 s. 11.

¹⁶¹ SOU 2002:43 s. 360 f.

¹⁶² Prop. 2002/03:65 s. 105 f.

förhållande till de övriga rekvisiten ”missgynnande” respektive ”diskrimineringsgrund”. Detta var helt i enlighet med EG-rätten menar Malmberg eftersom det åligger domstolarna att bedöma i frågor som hur bevisbördan ska placeras för att tillgodose kraven på direktivens effektiva genomförande. De nationella domstolarna ska så långt som möjligt tolka bestämmelser i nationell rätt i ljuset av direktivens ordalydelse.¹⁶³

24 a § FUDA anger att bevisbördan är delad. Den som anser sig diskriminerad ska således visa omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad. Arbetstagersidan har på så vis bevisbördan för de påstådda faktiska omständigheterna. Om arbetstagaren lyckas göra detta är det upp till arbetsgivaren att visa att diskriminering inte har förekommit genom att försöka lämna en godtagbar förklaring till sitt handlande. Diskrimineringslagarna kräver inte bevisning som pekar på att arbetsgivaren har haft en diskriminerande avsikt.¹⁶⁴ Rent påhittade skäl från arbetsgivarens sida godtas naturligtvis inte av domstolen. Inte heller skäl som är osakliga i den meningen att de är subjektiva eller att de inte med en tillräcklig grad av säkerhet kan bedömas i en efterföljande rättslig process.¹⁶⁵

Bevisbörderegeln tillämpas på samma sätt vid indirekt diskriminering. Arbetstagaren måste visa att det till synes neutrala kriteriet eller förfarandet i själva verket särskilt missgynnar den grupp av funktionshindrade som arbetstagaren tillhör. EG-domstolen har i flertalet fall påtalat att den bevisning som ska visa att en bestämmelse särskilt missgynnar en grupp människor bör bestå av ett statistiskt material. Så behöver dock inte alltid vara fallet. Om arbetstagaren lyckas visa att ett särskilt missgynnande har skett blir det arbetsgivarens uppgift att visa att syftet med kriteriet, bestämmelsen eller förfaringsättet kan motiveras av ett berättigat mål och att åtgärden är både lämplig och nödvändig för att uppnå det målet, enligt 4 § FUDA sista men. Svarandens bevisning ska bedömas enligt EG-rätten med ledning av proportionalitetsprincipen.¹⁶⁶

¹⁶³ Malmberg, Jonas, Bevisning i diskrimineringstvister, *Juridisk Tidskrift*, nr 4, 2001-2002, s. 811ff.

¹⁶⁴ Göransson/Karlsson, 2004, s. 100.

¹⁶⁵ AD 2003 nr 55.

¹⁶⁶ SOU 2002:43 s. 365.

4 Diskriminerande arbetsbristuppsägningar

4.1 Inledning

Vid en diskriminerande arbetsbristuppsägning blir två olika regelsystem aktuella. LAS och dess krav på saklig grund för uppsägning äger tillämpning men samtidigt måste även hänsyn tas till ifrågavarande diskrimineringslagstiftning – kan uppsägningen vara diskriminerande på något sätt? 7 § LAS om saklig grund för uppsägning aktualiserar först och främst olika definieringsfrågor kring arbetsbristbegreppet och begreppen personliga skäl och fingerad arbetsbrist. Samtidigt följer vissa anslutande regler såsom arbetsgivarens omplaceringsskyldighet och turordningsbestämmelser. För att en uppsägning vidare ska klassas som diskriminerande måste olika delrekvisit uppfyllas. Då det gäller diskriminering på grund av funktionshinder är det FUDA som ska tillämpas.

Syftet med det här kapitlet är att få en bild av vilka problem som kan uppstå vid en diskriminerande arbetsbristuppsägning och hur dessa kan lösas rättsligt. I fallet AD 2005 nr 32, det så kallade MS-fallet, ställdes AD för första gången inför en diskriminerande arbetsbristuppsägning. MS-fallet ger svar på vissa frågor rörande diskriminerande arbetsbristuppsägningar men lämnar samtidigt flera spörsmål obesvarade. Ett resonemang som AD lämnar helt utanför i sina domskäl är om inte MS-fallet skulle kunna utgöra ett exempel på fingerad arbetsbrist. AD diskuterar istället framförallt om arbetsgivarens tillämpning av 22 § LAS om undantag av nyckelpersoner kan vara diskriminerande i målet. AD undviker samtidigt att gå in på andra scenarier som kan vara diskriminerande i en arbetsbristsituation, exempelvis då arbetsgivaren upprättar en avtalsturlista tillsammans med facket. En diskussion angående diskriminering i samband med arbetsgivarens omplaceringsskyldighet behandlar AD mycket sparsamt. Syftet med detta kapitel blir vidare att behandla dessa olika regler i ett diskriminerande arbetsbristperspektiv. MS-fallet kommer att utgöra en slags grund för olika resonemang, men samtidigt syftar diskussionerna kring reglerna att gå utöver ADs domskäl i målet. Analyserna kommer också att ta sikte på i vilka situationer skyddet för funktionshindrade är starkt eller svagt. Till sist behandlas även vilken betydelse bevisbördan spelar i ett diskriminerande arbetsbristfall, även här använder jag MS-fallet som utgångspunkt.

I MS-fallet ställdes AD inför ett av två grundscenarier då det gäller diskriminerande arbetsbristuppsägningar. Arbetsgivaren sa upp en enstaka arbetstagare. Vid en sådan uppsägning kan man misstänka att uppsägningen grundar sig i att arbetsgivaren vill bli av med just denna arbetstagare på grund av dennes funktionshinder. Det andra grundscenariot som kan bli aktuellt är då ett företag står inför en mera omfattande inskränkning och en funktionshindrad arbetstagare är en av flera anställda som sägs upp. Jag

kommer att resonera kring båda dessa grundscenarier då jag diskuterar ett begrepp eller en regel som rör diskriminerande arbetsbristuppsägningar. Efter denna inledande text följer ett referat av MS-fallet. Därefter följer diskussioner och resonemang kring olika begrepp och regler som har samband med en diskriminerande arbetsbristuppsägning, här utgör MS-fallet ett slags avstamp. Där AD har lämnat öppna luckor resonerar jag på egen hand om olika rättsliga lösningar och i vilka fall skyddet för funktionshindrade kan vara starkt eller svagt. Allra sist diskuteras vikten av bevisbördan som hör till LAS och FUDAs regelsystem.

4.2 AD 2005 nr 32

M arbetade som projektledare på ett bolag vars verksamhet bestod i att göra kvalificerade kundundersökningar på uppdrag av olika företag. M anställdes på bolaget 2002. I slutet av september 2003 insjuknade M och fick kort därpå diagnosen multipel skleros (MS). M informerade företagsledningen och övrig personal om sitt sjukdomstillstånd den 10 oktober samma år. Den 16 januari 2004 sades M upp från sin tjänst vid företaget på grund av arbetsbrist.

Bolaget hade i september 2003 provanställt en person, A, som projektledare. As provanställning övergick i mars till en tillsvidareanställning. Dessförinnan, i januari, hade hennes tjänst ändrats till intervjuare istället för projektledare. Ytterligare en person anställdes under hösten, E. Till en början arbetade E som timanställd men fick sedermera i januari en provanställningstjänst som intervjuare.

M gjorde gällande att uppsägningen inte vidtagits på grund av arbetsbrist utan istället hade grund i hans sjukdom, uppsägningen vidtogs således på grund av personliga skäl. Eftersom uppsägningen var diskriminerande och utan saklig grund stred den mot 3 och 5 §§ FUDA och 7 § LAS. M menade också att arbetsgivaren inte fullgjort sin omplaceringskyldighet och att denna underlåtenhet hade samband med Ms sjukdom. M menade vidare att arbetsgivaren diskriminerat honom genom att låta undanta två personer enligt 22 § LAS genom att använda ett förfaringsätt som framstod som neutralt men som i praktiken missgynnade M. Bolaget bestred Ms talan och hänvisade till en arbetsbristsituation där man var nödgad att säga upp en tjänst.

AD tar i sin bedömning sitt avstamp i FUDA och börjar med att konstatera att en första nödvändig förutsättning för att M ska ha blivit diskriminerad är att han har missgynnats på något sätt. Eftersom M har blivit uppsagd från sin tjänst står det helt klart att ett sådant missgynnande har skett. AD går därpå in på frågan om M har befunnit sig i en jämförbar situation i förhållande till personer utan funktionshinder. Eftersom det inte har gjorts gällande i målet att funktionshindret påverkade Ms arbetsförmåga och att det vidare är ostridigt att M dessutom har tillräckliga kvalifikationer för

fortsatt anställning om man enbart betraktar sådana faktorer som utbildning och yrkeserfarenhet menar AD att det är naturligt att anse att M och andra hos företaget har befunnit sig i en jämförbar situation. Därefter undersöker AD om det har funnits ett orsakssamband mellan Ms funktionshinder och uppsägningen. AD menar i denna fråga att eftersom bolaget sagt upp M endast en kort tid efter tidpunkten av tillkännagivandet av Ms sjukdom och att M därpå varit sjukskriven helt eller delvis på grund av funktionshindret ger detta tids samband anledning att anta att M blev negativt särbehandlad på grund av sin sjukdom. AD menar att de uppgifter som bolaget redovisat om en sjunkande orderingång och fakturering tyder på att uppsägningen verkligen varit ett led i en omorganisering och inskränkning av bolagets verksamhet av sådant slag som benämns som arbetsbrist enligt LAS. Med detta konstaterande är det emellertid inte avgjort att uppsägningen saknade samband med Ms funktionshinder. AD anser att det inte är visat att det i samband med uppsägningen fanns en ledig tjänst till vilken bolaget bort omplacera M. Därför går AD vidare in på om bolaget har tillämpat turordningsreglerna på ett för M diskriminerande sätt. Domstolen påpekar att 22 § LAS bör tolkas så att det inte ska vara möjligt för en arbetsgivare att under täckmantel av undantagsregeln kunna missgynna en arbetstagare om detta sker på grund av en faktor som åtnjuter särskilt skydd genom ett rättsligt förbud mot diskriminering. I enlighet med den delade bevisbördan som tillämpas i diskrimineringsmål åligger det bolaget att visa på sådana omständigheter som föranleder bedömningen att uppsägningen var grundad uteslutande på andra skäl än funktionshindret. I förevarande fall ger de anförda omständigheterna domstolen intrycket att bolagets hantering av personalsituationen och turordningsfrågan var direkt inriktad på att M skulle få lämna bolaget, även om det på grundval av utredningen i målet inte kan uteslutas att bolagets bevekelsegrunder i viss mån hade att göra med Ms lämplighet för den verksamhet som bolaget skulle bedriva fortsättningsvis. Det bolaget har framfört framstår inte så övertygande att domstolen kan göra bedömningen att bolaget härvid har fullgjort sin bevisbördan genom att styrka att uppsägningen saknade helt samband med Ms funktionshinder. AD finner således att bolaget gjort sig skyldig till diskriminering enligt 3 och 5 §§ FUDA.

4.3 Scenarier och regler kring diskriminerande arbetsbristuppsägningar

4.3.1 Arbetsbrist

MS-fallet kan sägas utgöra ett exempel på hur AD resonerar kring arbetsbristbegreppet. Det är arbetsgivaren som i princip bestämmer när en arbetsbristsituation är för handen och en domstol kan som regel inte heller överpröva de överväganden som arbetsgivaren har företagit. I förarbetena understryks att driftinskränkningar måste kunna genomföras ibland även

om detta innebär att arbetstagare skiljs från sina anställningar. AD har dessutom utvidgat begreppet arbetsbrist i sin praxis. Arbetsgivaren kan i kraft av den så kallade företagsledningsrätten besluta om åtgärder som nedskärningar av verksamheten, omorganisationer, ändringar av verksamhetens inriktningar med mera. Arbetsgivaren kan därför välja hur många anställda han ska ha för olika uppgifter i verksamheten och hur dessa uppgifter ska fördelas.

Glavå riktar en del kritik mot hur AD tillämpar arbetsbristbegreppet. Eftersom domstolen oftast nöjer sig med att konstatera att arbetsbrist förelegat och arbetsgivaren är den som själv avgör när en arbetsbristsituation uppstår blir det rundgång i resonemanget menar Glavå. Denna kritik skulle också kunna riktas mot hur domstolen tillämpar arbetsbristbegreppet i MS-fallet. I MS-fallet berör domstolen skälen för arbetsgivarens beslut att företa en inskränkning av verksamheten mycket kort. AD kommer fram till att det enligt domstolens mening får anses utvisa att uppsägningen ryms inom vad som benämns som arbetsbrist. De uppgifter som bolaget förebringat om en sjunkande orderingång och fakturering är således tillräckliga för ett sådant konstaterande, trots att bolaget under samma period nyanställt två personer.

4.3.2 Splittrad motivbild

Att företa en gränsdragning mellan personliga skäl och arbetsbrist kan vid uppsägningar som rör enskilda vara komplicerat. Vid fall av splittrad motivbild, det vill säga ett uppsägningsfall som kan motiveras både utifrån personliga skäl och arbetsbrist, har AD påtalat att om faktisk arbetsbrist föreligger så saknas det betydelse för om arbetsgivaren även ansett att uppsägningen bort avslutas med hänsyn till personliga skäl. Vid sådana här scenarier torde dock arbetstagare med funktionshinder besitta ett extra skydd. När en domstol prövar om det finns ett orsakssamband mellan ett missgynnande och en arbetstagares funktionshinder räcker det med att funktionshindret är en orsak bland flera faktorer bakom ett handlande. Funktionshindret behöver således inte ensamt vara orsak bakom arbetsgivarens förfaringssätt. Orsakssambandet mellan missgynnandet och funktionshindret kan vara starkt eller svagt. Sambandet är som allra starkast då en arbetsgivare har en avsikt att missgynna en person på grund av dennes funktionshinder. Det krävs dock inte att arbetsgivaren har haft ett syfte att diskriminera, det räcker således att missgynnandet har samband med en diskrimineringsgrund.

Skyddet som gruppen funktionshindrade besitter vid fall av splittrad motivbild bör bli försvagat då det föreligger en större inskränkning vid ett företag och fler än en anställd sägs upp. Vid en större driftsinskränkning tas det mer eller mindre för givet att uppsägningarna saknar samband med arbetstagarna personligen. Om en arbetsgivare vid ett sådant tillfälle säger upp en funktionshindrad samtidigt som fler anställda sägs upp och uppsägningen av den funktionshindrade arbetstagaren delvis har sin grund i

dennes funktionshinder kan det bli svårt för arbetstagarsidan att göra det antagligt att diskriminering föreligger.

4.3.3 Fingerad arbetsbrist

Man kan fråga sig om inte MS-fallet skulle kunna lösas rättsligt utifrån reglerna om fingerad arbetsbrist. Arbetsgivaren har sagt upp en enstaka arbetstagare i samma veva som denne har insjuknat i MS. Arbetsgivaren har också under samma tid anställt två nya arbetstagare. Det finns således skäl att misstänka att uppsägningen kan ha sin grund i arbetstagaren personligen istället för i en arbetsbristsituation. Fingerad arbetsbrist föreligger i fall då arbetsgivaren anför arbetsbrist som motiv för en uppsägning men uppsägningen i själva verket har haft sin grund i personliga skäl. I förarbetena till LAS betonas att det inte ska vara möjligt för en arbetsgivare att vidta inskränkingsåtgärder och uppsägningar i det dolda syftet att få bort en arbetstagare som inte annars hade kunnat skiljas från sin anställning. AD har dock hittills varit restriktiv med att tillämpa begreppet fingerad arbetsbrist och den delade bevisbördan som följer med detta begrepp. I Ds 2002:56 konstateras också att det krävs bevisning av stor styrka för att arbetstagarsidan ska nå framgång med ett påstående att fingerad arbetsbrist föreligger.

I MS-fallet för AD inget som helst resonemang kring begreppet fingerad arbetsbrist i sina domskäl. Detta skulle kunna ha sin bakgrund i att AD också normalt är restriktiv med att tillämpa företeelsen fingerad arbetsbrist och att AD i förevarande fall såg det som en enklare lösning att tillämpa diskrimineringsreglerna i FUDA. AD kan ha valt att inte ytterligare utvidga eller ändra begreppet fingerad arbetsbrist. Slutresultatet blev ändå att arbetstagarsidan fick rätt, men med stöd av FUDA. Yrkanden och grunder sätter ramen för en process, en ytterligare anledning till att AD inte kommenterar begreppet kan således ha sitt svar i hur arbetstagarsidan formulerar sin talan. Arbetstagarsidan lägger stor fokusering kring just diskrimineringsförbudet i FUDA och då kan det också tyckas naturligt att AD tar sin utgångspunkt i dessa.

Om uppsägningen varit en del av en större inskränkning av ett företags verksamhet och fler än en person varit föremål för uppsägning kan man konstatera att det hade blivit desto svårare för arbetstagarsidan att föra en talan om fingerad arbetsbrist. Begreppet fingerad arbetsbrist är konstruerat just för sådana situationer då en arbetsgivare vill få bort en enstaka arbetstagare. Om många anställda sägs upp samtidigt innebär det för detsamma att arbetstagarsidan får problem med att bevisa att en av uppsägningarna grundar sig i personliga skäl. När det gäller större driftsinskränkningar brukar det oftast ses som självklart att uppsägningarna inte har något med arbetstagarna personligen att göra. Samtidigt kan man mycket väl tänka sig att en arbetsgivare kan ta tillfället i akt att försöka få bort en icke önskvärd arbetstagare vid en större inskränkning. Om arbetsgivarens skäl för att få bort en arbetstagare ligger just i dennes

funktionshinder gör det troligtvis ingen större skillnad, trots att arbetstagersidan vid en sådan situation kan använda sig av diskrimineringsreglerna ur FUDA. Det bör vara väsentligt svårare för arbetstagersidan att nå framgång med att visa att en viss uppsägning har samband med en arbetstagers funktionshinder om även fler anställda sägs upp samtidigt. Det borde för detsamma vara något enklare för en arbetsgivare att visa att samtliga uppsägningar har sin grund i arbetsbrist. Främst borde en sådan diskriminerande uppsägning kunna angripas med stöd av reglerna om turordning och omplaceringsskyldighet.

4.3.4 Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet

I domskälen i MS-fallet tar AD sitt avstamp i diskrimineringsförbuden i FUDA. AD går dock även in och diskuterar kring vissa specifika regler i LAS. En regel i LAS som nämns är arbetsgivarens omplaceringsskyldighet. Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet är en regel som dels ”står på egna ben” enligt LAS och dels äger tillämpning utifrån diskrimineringsreglerna i FUDA. Enligt 7 § 2 st. LAS föreligger inte saklig grund för uppsägning om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagen annat arbete hos sig. Omplaceringsskyldigheten är långtgående, men gäller endast för sådant arbete som arbetstagen är kvalificerad för. Arbetsgivaren är inte heller skyldig att friställa en annan arbetstagen för att fullgöra sin omplaceringsskyldighet. Enligt turordningsreglerna i 22 § LAS föreligger också en omplaceringsskyldighet. Enligt dessa regler är en arbetsgivare skyldig att säga upp en arbetstagen med kortare anställningstid för att bereda arbete för en anställd med längre anställningstid. Om arbetsgivaren tillämpar omplaceringsskyldigheten på ett diskriminerande sätt kan man tänka sig att denna handling kan angripas genom diskrimineringsförbuden i FUDA.

AD resonerar mycket sparsamt kring arbetsgivarens omplaceringsskyldighet i MS-fallet. Arbetsgivaren är inte skyldig att friställa någon annan arbetstagen från dennes tjänst för att kunna bereda ett nytt arbete i sin omplaceringsundersökning enligt 7 § 2 st. LAS. Bolaget hävdar också i sin talan att det inte fanns några lediga befattningar till vilka M kunde omplaceras. Arbetstagersidan menar istället att M bort omplaceras till antingen Es eller As tjänst. E anställdes i januari. Arbetstagersidan påpekar att omplaceringsutredningen borde ha påbörjats redan före årsskiftet och därmed borde M istället för att sägas upp erbjudits den tjänst som E erhöll. En omplaceringsutredning borde även ha omfattat As provanställning som intervjuare eftersom hennes provotid gick ut efter uppsägningen av M men innan uppsägningstiden gått ut. AD väljer dock att kommentera arbetsgivarens omplaceringsskyldighet med att det enligt domstolens mening inte är visat att det i samband med uppsägningen av M fanns någon ledig tjänst till vilken bolaget bort omplacera M till. Det verkar således som om AD saknar bevisning från arbetstagersidan för att styrka ett sådant antagande.

För det fall att arbetstagersidan i MS-fallet faktiskt lyckats visa att det fanns en tjänst till vilken M bort omplaceras till hade domstolen kunnat välja två vägar. AD hade kunnat hänvisa till LAS ensamt och påpekat att en uppsägning inte är sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. I MS-fallet torde M bedömas ha de kvalifikationer som krävs för både As och Es tjänst. AD hade också kunna tillämpa diskrimineringsreglerna enligt FUDA och använt ett liknande resonemang som domstolen använder kring turordningsreglerna och 22 § LAS. Arbetsgivarens underlåtenhet att omplacera M skulle kunna bedömas både utifrån direkt och indirekt diskriminering. En arbetstagar har alltid en viss inlärnings- och utbildningstid till sitt förfogande att lära in nya arbetsuppgifter och eventuella oklarheter beträffande omplaceringsskyldigheten går ut över arbetsgivaren. För det fall att arbetsgivaren har använt sig av ett kriterium när det gäller kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna som framstår som neutralt men i själva verket missgynnar personer med ett visst funktionshinder bör underlåtenheten till omplacering bedömas enligt regeln för indirekt diskriminering.

Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet enligt 22 § LAS är aldrig aktuell i MS-målet. Man skulle dock kunna tänka sig att en arbetsgivare tillämpar denna bestämmelse genom att använda kvalifikationskravet på ett direkt eller indirekt diskriminerande sätt varpå samma resonemang som ovan gäller.

Vid fall av en större inskränkning vid ett företag torde funktionshindrade främst skyddas av regler såsom omplaceringsskyldighet. Då det kan bli svårt för arbetstagersidan att visa att en uppsägning grundar sig på personliga skäl istället för arbetsbrist vid en mer omfattande inskränkning där även fler arbetstagar sägs upp blir regeln om omplacering viktig.

4.3.5 Undantagsregeln om nyckelpersoner

AD kommer fram till i MS-fallet att bolaget har gjort sig skyldig till diskriminering enligt 3 och 5 §§ FUDA eftersom man tillämpat turordningsreglerna och 22 § LAS på ett för M diskriminerande sätt. Undantagsregeln i 22 § LAS innebär att ett företag med mindre än tio anställda får undanta högst två anställda från turordningen vars arbetsinsatser enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för företagets fortsatta verksamhet. AD påminner i sina domskäl om vad som står uttalat i förarbetena angående 22 § LAS. Arbetsgivarens beslut om undantag kan prövas rättsligt om beslutet bland annat står i strid med antidiskrimineringslagstiftning. Här åtnjuter således grupper som omfattas av diskrimineringslagstiftning ett extra skydd. Även om arbetsgivaren faktiskt har undantagit två anställda som för honom är av särskild betydelse kan han för detsamma få svårt att visa att den person som istället blir föremål för en uppsägning inte har blivit uppsagd på grund av dennes funktionshinder eller av någon annan diskrimineringsgrund. I MS-fallet förlorar arbetsgivarsidan just på grund av att man inte lyckas anföra på ett

övertygande sätt att uppsägningen helt saknade samband med Ms funktionshinder. Att märka är också att funktionshindret bara behöver vara ett av flera skäl bakom arbetsgivarens beslut om uppsägning. Funktionshindret behöver således inte ensamt varit anledningen till att arbetsgivaren låter säga upp en anställd.

Undantagsregeln i 22 § LAS äger inte tillämpning då det gäller en större arbetsgivare eftersom regeln endast omfattar arbetsgivare med högst tio anställda. Man kan dock tänka sig en större inskränkning vid ett mindre företag där fler än en person sägs upp. I ett sådant fall kan det bli svårare för arbetstagsidan att visa på att undantagsregeln i 22 § tillämpats på ett diskriminerande sätt. Samtidigt kan man mycket väl tänka sig scenariot att en arbetsgivare ”passar på” att undanta två personer för att bli av med en person med funktionshinder. Skyddet för funktionshindrade torde därför troligtvis vara något svagare i en sådan situation. Om det som i MS-fallet handlar om endast en person som sägs upp kan det tyckas mer uppenbart att uppsägningen kan ha samband med dennes funktionshinder eller åtminstone förenat med fler svårigheter för arbetsgivarsidan att visa att uppsägningen inte hade någon grund i arbetstagsidans funktionshinder.

4.3.6 Avvikelser från turordningsreglerna i kollektivavtal

I MS-fallet baserar domstolen sitt utfall på undantagsregeln i 22 § LAS om nyckelpersoner när arbetsgivaren har gjort upp en turordningslista. Ett annat problem som kan uppkomma vid diskriminerande arbetsbristuppsägningar är avvikelser från turordningsreglerna i kollektivavtal. Turordningsreglerna i 22 § LAS som följer vid en arbetsbristuppsägning reglerar turordningen vid arbetsbristuppsägningar. De arbetstagare med längst anställningstid har företräde framför de med kortare. Vid lika anställningstid ger högre ålder prioritet. Turordningsreglerna är semidispositiva och kan således avtalas bort genom kollektivavtal. Tillämpningsområdet för ett sådant avtal är vidsträckt och gäller för såväl organiserade som oorganiserade arbetstagare. Det är viktigt att hålla i minnet att i och med att en avtalsturlista upprättas lämnar man för detsamma reglerna i LAS och istället blir kollektivavtalsrättsliga regler tillämpliga. Av avtalsrättsliga regler följer att ett kollektivavtal inte får vara diskriminerande eller strida mot god sed. Man kan således tänka sig att en funktionshindrad arbetstagare som fått den sämsta placeringen på en avtalsturlista åtnjuter ett extra skydd. Här får man ha ADs avgörande i fallet AD 1983 nr 107 i åtanke. I fallet upprättade ett rederi fyra stycken avtalsturlistor där anställda som enbart talade finska hamnade efter andra på samtliga listor. AD påpekade i fallet att avtalsturlistorerna var diskriminerande och stred mot god sed. Det bör dock påpekas att det torde bli något svårare för en ensam funktionshindrad att påvisa diskriminering då det i ADs avgörande från 1983 handlade om flertalet personer med samma diskrimineringsgrund. Det bör i och för sig också anmärkas att det kan bli svårt för en arbetsgivare att förklara att en

ogynnsam placering på en avtalsturlista för en arbetstagare med funktionshinder inte har något som helst samband med just funktionshindret.

Det ska också uppmärksammas att trots att man lämnar reglerna i LAS då en avtalsturlista upprättas är fortfarande FUDA tillämplig fullt ut. En domstol kan alltså utifrån reglerna i FUDA komma fram till att en avtalsturlista är direkt eller indirekt diskriminerande. Med MS-fallet i färskt minne om hur AD resonerade kring undantagsregeln om nyckelpersoner kan det bli förhållandevis enkelt för arbetstagersidan att göra det antagligt att en arbetstagers ogynnsamma placering kan ha samband med dennes funktionshinder. För det samma lär det bli betydligt svårare för arbetsgivarsidan att motbevisa ett sådant antagande. Särskilt som arbetsgivarsidan måste motbevisa att placeringen helt saknat samband med arbetstagers funktionshinder.

I detta sammanhang bör man också hålla 23 § LAS i minnet. 23 § LAS reglerar ett företräde till fortsatt arbete oberoende av turordningen i en arbetsbristsituation för arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och som på grund härav har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren. Regeln gäller endast om företrädet kan ske utan allvarliga olägenheter för arbetsgivaren och är således inte helt undantagslös. Som framgår av lagtexten gäller regeln endast sådana arbetstagare som på något sätt har beretts en särskild sysselsättning hos arbetsgivaren. Sådana arbetstagare som i Ms kategori i MS-fallet omfattas således inte av denna regel.

Resonemangen ovan torde bli desamma oavsett om det handlar om en större eller en mindre inskränkning vid ett företag. En ogynnsam placering på en avtalsturlista för en funktionshindrad arbetstagare torde i alla möjliga sammanhang kunna angripas med stöd av FUDA.

4.3.7 Betydelsen av bevisbördan

MS-fallet visar tydligt på vilken stor roll bevisbördan spelar för utgången i ett arbetsrättsligt mål. Bevisbördan i uppsägningsmål är omvänd, det är således arbetsgivaren istället för arbetstagersidan som ska bevisa att en uppsägning är sakligt grundad enligt LAS. Som bevisbördan har utformats bland annat i praxis är dock utgångspunkten för en arbetsbristuppsägning att denna är sakligt grundad. En domstol kan i princip inte heller överpröva de överväganden som arbetsgivaren har företagit. Detta innebär problem för arbetstagersidan med att visa att en uppsägning där arbetsgivaren hänvisar till arbetsbrist faktiskt har sin grund i personliga skäl. Vid sådana fall av så kallad fingerad arbetsbrist har AD utarbetat en mer nyanserad bevisbördan i fall som rör enskilda arbetstagare. Ju mer sannolikt det verkar att en uppsägning företagits av andra omständigheter än de som arbetsgivaren har pekat på, desto större krav ställer domstolen på arbetsgivaren att visa att uppsägningen har förebringats av företagsekonomiska skäl. I Ds 2002:56 påpekas dock att det samlade intrycket är att en invändning om fingerad

arbetsbrist sällan leder till någon framgång för arbetstagersidan och att arbetsgivarens argument om arbetsbrist godtas i allmänhet. I MS-fallet godtar domstolen arbetsgivarens resonemang kring bolagets arbetsbristsituation utan att granska arbetsgivarens skäl mera ingående. AD berör inte det faktum att bolaget just har nyanställt två personer i sin diskussion om arbetsbrist. Borde AD tillämpat den bevisbörda som används i fall av fingerad arbetsbrist i MS-fallet? Som tidigare nämnts är AD restriktiv i sin tillämpning av bevisbördan vid fingerad arbetsbrist. Det är möjligt att AD valde att inte utvidga begreppet fingerad arbetsbrist och bevisbördan ytterligare utan istället lösa problemet utifrån FUDA och den bevisbörda som tillämpas enligt denna lag.

Bevisbördan i FUDA är enligt EG-rättslig förebild i diskrimineringsrättsliga mål delad. Samma bevisbörderegler tillämpas vid direkt som indirekt diskriminering. Att bevisbördan är delad innebär att arbetstagersidan först ska visa på omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. Om arbetstagersidan lyckas med detta går bevisbördan över på arbetsgivaren som har att visa att diskriminering inte har förekommit. Den delade bevisbörda som tillämpas i diskrimineringsmål är mycket betydelsefull för arbetstagarparten vilket inte minst visar sig i MS-fallet. Arbetstagersidan har ingen större svårighet att visa på omständigheter som gör det antagligt att M blev uppsagd på grund av sin sjukdom. Däremot får arbetsgivarsidan desto större problem att försöka anföra på ett övertygande sätt att uppsägningen av M helt saknade samband med dennes funktionshinder. Man kan konstatera att personer som omfattas av diskrimineringslagstiftning åtnjuter ett extra skydd genom den delade bevisbördan. Arbetsgivarsidan förlorar målet i MS-fallet just på grund av hur bevisbördan är utformad. Om målet hade gällt en ”vanlig” arbetsbristsituation hade istället arbetstagersidan med stor sannolikhet varit den förlorande parten.

Bevisbördan i diskrimineringsmål är naturligtvis utformad på samma vis då det gäller en mer omfattande inskränkning med flera uppsägningar. Det man dock kan konstatera är att det trots en lättnad i beviskraven kan det bli mer problematiskt för arbetstagersidan att göra det antagligt att en uppsägning är diskriminerande i ett sådant fall. För det samma torde det också bli något enklare för arbetsgivaren att lyfta fram bevisning som tyder på att uppsägningen faktiskt enbart är grundad i en arbetsbristsituation. Man kan försiktigt dra slutsatsen att skyddet för funktionshindrade bör bli något svagare i en situation där en större inskränkning av verksamheten sker vid ett företag.

5 Analys utifrån teorin om normativa grundmönster

Då det gäller reglerna kring arbetsbrist är det främst två normativa grundmönster som ställs mot varandra och drar åt varsin pol i det normativa fältet. Skydd för etablerad position är ett gammalt grundmönster som visar sig i arbetsrätten genom anställningsskyddet. Mönstret sätter arbetstagarens trygghet till sitt arbete i fokus. Mönstret skydd för etablerad position hamnar ofta i konflikt med det marknadsfunktionella mönstret. Det marknadsfunktionella mönstret kan sägas vara en förutsättning för den moderna marknadsekonomi. Företeelser som äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten cirkulerar inom mönstret.

Tiden strax före LAS trädde ikraft präglades arbetsmarkanden till stor del av det marknadsfunktionella mönstret. I det första avtalet mellan SAF och LO, decemberkompromissen, framgår den marknadsfunktionella äganderätten som en aspekt ur det marknadsfunktionella mönstret tydligt. Denna äganderätt karaktäriseras av arbetsgivarens rätt att fritt leda och fördela arbetet och att fritt säga upp arbetstagare. Arbetsgivaren ses som ägare över en verksamhet eftersom han har satsat egendom i denna. Synsättet leder till slutsatsen arbetsgivaren därför helt fritt ska kunna disponera över densamma. Decemberkompromissen går också helt i linje med avtalsfriheten som är ännu en sida av det marknadsfunktionella mönstret. Den fria uppsägningsrätten stipulerar att en arbetsgivare kan säga upp ett anställningsavtal när han önskar. Arbetsgivaren behöver inte ange några särskilda skäl för en uppsägning. I fallet AD 1932 nr 100 bekräftar AD arbetsgivarens fria uppsägningsrätt, men begränsar den samtidigt till att en uppsägning inte får strida mot lag eller goda seder. Här börjar mönstret skydd för etablerad position göra sig påmint.

Mönstret skydd för etablerad position börjar även skymta i en del lagar och kollektivavtal, exempelvis i Huvudavtalet mellan SAF och LO där ett visst skydd mot obefogade uppsägningar införs. Arbetsgivarens uppsägningsrätt begränsas och arbetstagarnas trygghet till fast anställning kommer mer i fokus. Då LAS tillkommer under 1970-talet talas det om i förarbetena att arbetsgivarens fria uppsägningsrätt alltmer uppfattas som föråldrad. Mönstret skydd för etablerad position har tagit in mark på det marknadsfunktionella mönstret. Konstruerandet av en anställningsskyddslag som täcker hela arbetsmarkanden visar att de juridiska reglerna vid den här tiden drar åt polen skydd för etablerad position i det normativa fältet. Att mönstret skydd för etablerad position särskilt slagit igenom kan man vidare se i förarbetena till lagen angående diskussionen om uttrycket saklig grund. Att man använder samma benämning som brukats i Huvudavtalet mellan SAF och LO innebär inte att man vill använda sig av den praxis som utarbetats av arbetsmarknadsnämnden. Innebörden av saklig grund i LAS är betydligt strängare för arbetsgivaren. Vid saklig grund för uppsägning

skiljer man mellan fall som har sin grund i arbetstagaren personligen och arbetsbristfall.

I just arbetsbristfallen tydliggörs det marknadsfunktionella mönstret och en av dess stöttepelare; näringsfriheten. Detta kommer till uttryck inte minst i förarbetena till LAS där det talas om vikten av ett fungerande näringsliv vilket i sin tur innebär att det måste finnas en acceptans av att företag läggs ned. Här visas också på den marknadsfunktionella äganderätten som speglar sig i arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet genom att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av om en driftsinskränkning är befogad som blir avgörande för om arbetsbrist ska anses föreligga. AD har dessutom preciserat begreppet arbetsbrist i praxis till att ytterligare dra åt den marknadsfunktionella polen. Vid en jämförelse mellan grunderna personliga skäl och arbetsbrist kan man se att skyddet för etablerad position gör sig mest påmint då en uppsägning är att hänföra till en arbetstagare personligen medan det marknadsfunktionella mönstret är mer framträdande då det gäller en arbetsbristuppsägning. Då en uppsägning företas på grund av personliga skäl väger domstolens arbetsgivarens krav på effektivitet mot arbetstagarens krav på trygghet i anställningen, i en arbetsbristsituation blir istället arbetsgivarens bedömning utslagsgivande. Vid en uppsägning på grund av personliga skäl kan man se den typ av äganderätt som framträder i mönstret skydd för etablerad position, det legitima skyddet för besittning av viss egendom speglas i en sorts äganderätt av en anställning.

Vid gränsdragningen mellan grunderna personliga skäl och arbetsbrist framträder både mönstret skydd för etablerad position och det marknadsfunktionella mönstret. En uppsägning som företas på grund av att en arbetstagare är sjuk och arbetsgivaren saknar de ekonomiska förutsättningarna att bära kostnaderna för dennes rehabilitering ska bedömas utifrån personliga skäl. Här kan man se att mönstret skydd för etablerad position gör sig gällande trots att uppsägningen ytterst sett har verksamhetsanknutna motiv. Vid fall av splittrad motivbild, det vill säga en uppsägning som arbetsgivaren kan motivera både utifrån personliga skäl och arbetsbrist, väger det marknadsfunktionella mönstret tyngst. I ett sådant fall har AD påpekat att om faktiskt arbetsbrist föreligger så saknas det betydelse för om arbetsgivaren har ansett att anställningen även bort avslutas på grund av personliga skäl. Det marknadsfunktionella mönstret är dock inte så övervägande att en arbetsgivare helt utan förbehåll kan kalla en uppsägning för arbetsbrist samtidigt som det ligger helt andra skäl bakom uppsägningen. Förarbetena betonar att det inte ska vara möjligt för en arbetsgivare att företa en arbetsbristuppsägning med det dolda syftet att bli av med en viss arbetstagare.

Det egentliga anställningsskyddet vid en arbetsbristsituation kan sägas ligga i reglerna om turordning, omplacering och återanställning. Konstruerandet av reglerna som är knutna till arbetsbristsituationer har till stor del styrts av mönstret skydd för etablerad position. Samtidigt kan man se att det marknadsfunktionella mönstret alltmer gör sig gällande även i dessa regler. Vid turordningsreglerna kommer särskilt den äganderätt av mer personlig

karaktär som gör sig gällande inom mönstret skydd för etablerad position till uttryck. Ju längre tid en anställd arbetar på ett företag desto starkare skydd har den anställda till sin anställning. Arbetsgivarens möjlighet att frångå turordningsreglerna genom att upprätta en avtalsturlista visar att det marknadsfunktionella mönstret även har fått utslag i regler som utgått från mönstret skydd för etablerad position. Vid en avtalsturlista kan äganderätten som en aspekt ur mönstret skydd för etablerad position frångås helt, en förutsättning är dock att arbetsgivaren lyckas att förmå den lokala fackliga organisationen att ingå en sådan överenskommelse om turordningen. En arbetsgivare har möjlighet att konstruera en omvänd turordningslista och låta de äldre arbetstagarna gå först från sina anställningar. Produktionens behov av ung och välutbildad arbetskraft och marknaden får styra på bekostnad av arbetstagarnas anställningstrygghet. Det fria avtalet som en företeelse inom det marknadsfunktionella mönstret visar sig starkt i anslutning till denna regel. En avtalsturlista får visserligen inte vara diskriminerande eller strida mot god sed, men eftersom en arbetstagare inte kan veta på förhand vad som kommer att gälla och rätta sig efter detta innebär de här reglerna ett stort steg från polen skydd för etablerad position mot det marknadsfunktionella mönstret. Det marknadsfunktionella mönstret gör sig ånyo gällande vid reglerna om undantag för nyckelpersoner som är knutna till turordningsreglerna. Här kan man också se att det marknadsfunktionella mönstret har dragit olika mycket vid olika tidpunkter. Från början när reglerna om turordning konstruerades stod mönstret skydd för etablerad position sig starkt. Det betonades i förarbetena att turordningen skulle bestämmas utifrån objektiva kriterier så som ålder och anställningstidens längd. Idag har istället det marknadsfunktionella mönstret fått övertaget i och med att reglerna numera säger att en arbetsgivare med högst tio anställda får undanta två anställda från turordningen vars arbetsinsatser enligt arbetsgivaren är av särskild betydelse för företagets fortsatta verksamhet. Det marknadsfunktionella mönstret har dock inte fått så stor genomslagskraft att regeln om undantag från turordningen gäller för alla arbetsgivare. Regeln om rätten till omplacering har en starkare betoning av mönstret skydd för etablerad position. Här finns inga direkta undantagsregler knutna som öppnar möjligheter för arbetsgivaren att frångå regeln. Även reglerna kring företrädesrätt till återanställning har ett starkare inslag av mönstret skydd för etablerad position än turordningsreglerna vid en jämförelse. En särskild bestämmelse som tillämpas vid reglerna kring företrädesrätt till återanställning är att vid valet mellan flera arbetstagare ska företräde ges till den med den längsta anställningstiden. En bestämmelse som kan sägas ge uttryck för den äganderätt som ryms inom mönstret skydd för etablerad position. Denna regel kan dock avtalas bort genom kollektivavtal.

Till reglerna kring arbetsbrist knyts också regler om informations- och förhandlingsskyldighet. Dessa regler som ger arbetstagsidan rätt till information om hur företagets verksamhet utvecklas och rätt till förhandling i en arbetsbristsituation visar på hur den marknadsfunktionella äganderätten får ge vika något för den form av äganderätt som finns inom mönstret skydd för etablerad position. Även om det är arbetsgivaren som i slutändan ges

rätten att fatta sitt eget beslut ges arbetstagersidan möjligheter att få påverka beslutet i sin riktning. En arbetstagare kan sägas besitta sin anställning i viss mån som en äganderätt till vilken han ska ha möjlighet att göra sin röst hörd. När det gäller regler kring informations- och förhandlingsskyldighet kan man även se mönstret om rättvis fördelning framträda. Genom reglerna anläggs ett rättviseperspektiv då det gäller relationen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Det här är ett sorts anställningsskydd som utjämnar styrkeförhållandet mellan parterna till ett mer balanserat förhållande.

Vid tillämpningen av bevisbördan i arbetsbristmål är det framförallt det marknadsfunktionella mönstret som gör sig påmint. En domstol överprövar i princip inte de överväganden som arbetsgivaren har företagit i en arbetsbristsituation. Framförallt gör den marknadsfunktionella äganderätten sig gällande där arbetsgivaren ges rätt att leda och fördela arbetet. Eftersom arbetsgivaren har satsat egendom i en verksamhet ses han som ägare över densamma och är den person som tillmäts beslutandemakten. Vid så kallad fingerad arbetsbrist har AD utarbetat en mer nyanserad bevisbörderegeln i fall som rör enskilda arbetstagare och som drar åt mönstret skydd för etablerad position. Glavå påpekar dock att det i praktiken kan vara svårt att komma åt fall av fingerad arbetsbrist då domstolen ofta inte gör någon bedömning av den verkliga uppsägningsgrunden i de fall där det inte gjorts sannolikt att skälet bakom en uppsägning istället för arbetsbrist varit personliga skäl. Om Glavå har rätt kan man konstatera att domstolens sätt att tillämpa bevisbörderegeln drar mer åt det marknadsfunktionella mönstret än mönstret skydd för etablerad position.

Diskrimineringslagstiftning involverar alltid normer på olika nivåer i samhället. Framväxten av diskrimineringslagstiftning hänger samman med normativa förändringsprocesser menar Christensen. En särbehandling som tidigare betraktades som fullt legitim förvandlas till en otillåten diskriminering och på så vis har olika typer av diskrimineringsförbud växt fram i Sverige och resten av världen. Diskrimineringsförbud avseende funktionshindrade är en relativt sen företeelse och inom EG-rätten finns ännu inget EG-rättsligt stadgande som direkt rör funktionshindrade. Art. 13 EG utgör dock en rättslig grund för dylik reglering. Framväxten av diskrimineringslagar inom arbetsrätten kan sägas vara ett uttryck för mönstret om rättvis fördelning. Alla arbetstagare oavsett exempelvis etnicitet, kön eller funktionshinder ska behandlas lika och ha lika stor rätt till arbetsmarknaden. Tillhörighetsmönstret som Numhauser-Henning identifierat kan ses som en del av mönstret rättvis fördelning. Tillhörighetsmönstret är ett mönster som innefattar en plikt för en grupp människor som redan tillhör gruppen att dela med sig till den som har en viss anknytning dit. Därför har diskrimineringslagstiftningen som utgångspunkt att slå håll på bevarande tillhörighetsställningar till att även omfatta exempelvis gruppen av funktionshindrade. 3 § FUDA om förbud mot direkt diskriminering av funktionshindrade är ett exempel på en regel där mönstret om rättvis fördelning framträder. En arbetsgivare får inte behandla en arbetstagare eller en arbetssökande med funktionshinder sämre än han skulle ha behandlat andra i en liknande situation. Förbudet syftar till

att den bevarande tillhörighetsställningen även ska omfatta funktionshindrade.

Ett diskrimineringsförbud ställer inte upp några egna normer om hur den diskriminerande gruppen ska behandlas utan hänvisar istället till hur en referensgrupp behandlas. Regler om ickediskriminering bygger därför alltid på en jämförelse mellan vad Christensen kallar referensgruppen och den skyddade gruppen. Referensgruppen betecknar den grupp som redan omfattas av en likabehandlingsnorm och den skyddade gruppen är den grupp som skyddas av en diskrimineringsregel. 2 § FUDA kan sägas göra en uppdelning av vilka som tillhör referensgruppen och vilka som omfattas av den skyddade gruppen. Regeln påtalar att med ett funktionshinder menas en varaktig fysisk, psykisk eller begåvningsmässig begränsning av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.

För att en arbetstagare ska anses vara diskriminerad krävs att tre kriterier är uppfyllda; ett missgynnande måste ha förekommit, en jämförelse mellan den person som anser sig ha blivit diskriminerad och någon annan eller några andra personer måste företas och det ska ha förelegat ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Ett missgynnande kan bestå i att normer som enbart ger referensgruppen fördelar och förmåner har tillämpats. Numhauser-Henning påpekar att det oftast är den grupp som redan hör till som formulerar normerna helt efter sina egna intressen mot vilka sedan likabehandlingsprincipen tillämpas. Som ett vidare kriterium för att undersöka om diskriminering förekommit måste alltid en jämförelse företas mellan olika personer. Enligt 3 § FUDA får inte arbetsgivaren behandla en arbetstagare sämre än en annan i en jämförbar situation. Det innebär således att en jämförelse måste företas mellan en person med funktionshinder som anser sig blivit missgynnad och en eller flera personer utan motsvarande funktionshinder. FUDA skiljer sig från övriga diskrimineringslagar från 1999 när det gäller just jämförelsekriteriet. Då varken sexuell läggning eller etnicitet påverkar en arbetstagare att utföra en arbetsuppgift kan ett funktionshinder göra det. För att avgöra om två eller flera personer befinner sig i en jämförbar situation vid tillämpning av FUDA måste man därför först pröva om funktionshindret påverkar arbetstagaren att utföra de mest väsentliga uppgifterna i arbetet. Om funktionshindret skulle inverka negativt på arbetsförmågan föreligger inte en jämförbar situation och diskriminering anses inte heller ha ägt rum. I dessa regler kan man således se att mönstret rättvis fördelning får träda tillbaka och ge plats åt det marknadsfunktionella mönstret. Det marknadsfunktionella mönstret är också det mönster som främst utgör en normativ motpol till mönstret om rättvis fördelning. Kring jämförelsekriteriet i diskrimineringsreglerna i FUDA kan man se att framförallt den företeelse som handlar om näringsfrihet inom det marknadsfunktionella mönstret gör sig gällande. Näringsfriheten ställer krav på funktionsduglig arbetskraft på bekostnad av mönstret om rättvis fördelning som istället siktar på att fördela värden. Jämförelsen avser endast de mest väsentliga arbetsuppgifterna vilket kompenserar mönstret om rättvis

fördelning något. En annan regel som drar åt mönstret om rättvis fördelning i det här sammanhanget är 6 § FUDA. Regeln i 6 § ställer upp ett krav på arbetsgivaren att vidta de stöd- och anpassningsåtgärder som skäligen kan krävas för att den funktionshindrade ska klara arbetet. Det bör dock anmärkas att 6 § FUDA gäller enbart vid anställning och befordran eller utbildning för befordran och således inte vid en uppsägning. Som en sista nödvändig förutsättning måste det finnas ett direkt orsakssamband mellan ett missgynnade och den diskriminerande faktorn för att direkt diskriminering ska föreligga. Orsakssambandet kan vara starkt eller svagt. Det är som allra starkast om arbetsgivaren har en direkt avsikt att missgynna en arbetstagare. Det är emellertid inte nödvändigt att en sådan avsikt finns. Här har mönstret om rättvis fördelning haft ett stort inflytande då det inte krävs att arbetsgivaren har haft ett diskriminerande syfte för sin handling. Diskrimineringsgrunden kan således vara en av många faktorer bakom arbetsgivarens förfarande.

5 § 2 st. FUDA reglerar ett undantag från förbudet om direkt diskriminering. Regeln påtalar att förbudet mot direkt diskriminering inte gäller vid beslut om anställning eller befordran om ett visst funktionshinder är nödvändigt på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs. Det här är en regel som drar åt det marknadsfunktionella hållet samtidigt som den gynnar personer ur diskrimineringsgrundade grupper. Regeln ska tolkas mycket snävt i enlighet med EG-rättslig praxis. Det är således inte fritt fram för en arbetsgivare att i kraft med den marknadsfunktionella äganderätten använda sig av undantaget och diskriminera vissa grupper av människor genom att hänvisa till att det är nödvändigt på grund av arbetets natur. Istället kan regeln användas i ett fall där det för en teaterföreställning krävs att en skådespelare har en viss etnicitet för att föreställningen ska bli äkta. Regeln kan också användas exempelvis då en viss organisation vill anställa en person från en särskild diskrimineringsgrupp med hänsyn till verksamhetens ändamål. Det här är alltså en regel där arbetsgivaren kan använda sig av den marknadsfunktionella äganderätten till fördel för en person som tillhör en diskrimineringsgrupp.

Vid indirekt diskriminering missgynnas en arbetstagare eller arbetssökande genom att arbetsgivaren tillämpar en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar personer med ett visst funktionshinder enligt 4 § FUDA. För att avgöra om en arbetstagare indirekt har diskriminerats undersöker man på samma vis som vid direkt diskriminering om ett missgynnande har förekommit. Som ett andra steg företar man en jämförelse mellan funktionshindrade som grupp och någon annan grupp. Man kan enligt Christensen benämningar säga att en jämförelse företas mellan referensgruppen och den skyddade gruppen. Vid jämförelsen krävs det att en väsentligen större andel av antalet personer ur den skyddade gruppen ska ha missgynnats för att indirekt diskriminering ska föreligga. I och med detta krav kan man se att mönstret om rättvis fördelning har fått träda tillbaka något för att ge mer plats åt det marknadsfunktionella mönstret. Arbetstagar sidan måste visa att ett visst förfaringssätt inte bara diskriminerar en arbetstagare utan i väsentligt hela

den grupp som arbetstagaren tillhör. 4 § FUDA innehåller ytterligare ett kriterium som drar åt det marknadsfunktionella hållet i den intresseavvägning som ska företas enligt sista men. Regeln stipulerar att indirekt diskriminering kan vara lagenlig under vissa förutsättningar. Det ska då handla om en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som kan motiveras av ett berättigat mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet.

Mönstret om rättvis fördelning och även mönstret skydd för etablerad position gör sig framförallt gällande då det gäller bevisbördan i diskrimineringsmål. I diskrimineringsmål är bevisbördan delad vilket betyder att arbetstagarparten först ska göra det antagligt att diskriminering har förekommit. Därefter är det upp till arbetsgivaren att visa att diskriminering inte har förelegat. I och med att bevisbördan oftast i slutändan hamnar på arbetsgivaren, då arbetstagersidan får en lättnad i sin bevisbörda, kan man se att bevisbörderegeln gör att det marknadsfunktionella mönstret och särskilt den aspekt som har att göra med den marknadsfunktionella äganderätten får träda tillbaka. Mönstret rättvis fördelning är framträdande därför att en arbetsgivare får svårare att välja bort personer med ett funktionshinder eller personer från en annan diskrimineringsgrupp. Mönstret skydd för etablerad position syns i och med att en arbetstagar med ett funktionshinder som redan har uppnått en position i sin anställning får ett starkt skydd för denna.

Käll- och litteraturlista

Litteratur

Bergqvist, Olof m. fl., *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*, Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997.

Calleman, Catharina, *Turordning vid uppsägning*, Norstedts juridik, Stockholm 2000.

Christensen, Anna, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Christensen, Anna, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster, *TfR*, nr 4, 1996.

Gellner, Lars och Sydolf, Lars, *Tvistlösning i arbetsrätten. Förhandling och process*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2001.

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

Göransson, Håkan, och Karlsson, Anders, *Diskrimineringslagarna. En praktisk kommentar*, 4 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2004.

Inghammar, Andreas, Diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Iseskog, Tommy, *Diskriminering i arbetslivet*, 2 uppl., Thomson Fakta AB, Laholm 2003.

Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen*, 8 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2002.

Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus förlag AB, Uppsala 1997.

Malmberg, Jonas, Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten, Ronnie Eklund (red.), *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001.

Malmberg, Jonas, Bevisning i diskrimineringstvister, *Juridisk Tidskrift*, nr. 4, 2001-2002.

Numhauser-Henning, Ann, Den framtida arbetsrättens förutsättningar, *Arbetsmarknad och arbetsliv*, årg. 3, nr. 2, 1997.

Numhauser-Henning, Ann, Introduktion, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Numhauser-Henning, Ann, Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelse av kön, Ann Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, reviderad upplaga 1994, Norstedts juridik, Stockholm 1994.

Sigeman, Tore, *Arbetsrätten. En översikt av svensk rätt med europarätt*, 3 uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm 2001.

Offentligt tryck

AU 1998/99 Ny lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet

AU 2000/01:AU4 Undantag från turordningen m.m.

Ds 2000:6 Turordning

Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv

Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet

Prop. 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag m.m.

Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar

Prop. 1997/98:177 Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet

Prop. 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Prop. 1997/09:180 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning

Prop. 1999/2000:144 Undantag från turordningen

Prop. 1999/2000:143 Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

Prop. 2001/02:72 Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.

Prop. 2002/03:65 Ett utvidgat skydd mot diskriminering

Prop. 2004/05:147 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering

SOU 1993:32 Ny anställningsskyddslag

SOU 1997:176 Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

SOU 2002:43 Ett utvidgat skydd mot diskriminering

SOU 2004:85 Genomförande av direktivet om information och samråd

SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolens domar

AD 1932 nr 100
AD 1967 nr 17
AD 1967 nr 22
AD 1975 nr 68
AD 1976 nr 26
AD 1978 nr 84
AD 1980 nr 54
AD 1980 nr 133
AD 1982 nr 51
AD 1983 nr 107
AD 1983 nr 127
AD 1984 nr 26
AD 1985 nr 21
AD 1985 nr 66
AD 1993 nr 61
AD 1993 nr 101
AD 1993 nr 139
AD 1994 nr 26
AD 1994 nr 122
AD 1994 nr 140
AD 1995 nr 149
AD 1996 nr 56
AD 2000 nr 31
AD 2002 nr 45
AD 2002 nr 128
AD 2003 nr 4
AD 2003 nr 55
AD 2004 nr 85
AD 2005 nr 21
AD 2005 nr 32