



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Matilda Broström

Skydd mot diskriminering av funktions- hindrade vid arbetsbristsituationer

En analys av samspelet mellan diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen i ett EU-rättsligt perspektiv.

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Mia Rönmar

Termin för examen: HT12

Innehåll

1	INLEDNING	5
1.1	Introduktion	5
1.2	Syfte och frågeställningar	6
1.3	Metod och material	6
1.4	Avgränsningar	8
1.5	Disposition	8
1.6	Kollektivavtal – introduktion till den svenska modellen	8
2	DISKRIMINERINGSSKYDD	10
2.1	Internationellrättslig bakgrund	10
2.2	Europarättslig bakgrund	11
2.2.1	Europakonventionen och Europarådets sociala stadga	11
2.2.2	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna	13
2.2.3	EU-fördragen efter Lissabonfördraget	13
2.2.4	Direktiv 2000/78/EG	14
2.2.5	Europarådets handlingsplan, Europa 2020, EU:s strategi för funktionshinder och Europeiskt ramavtal	19
2.3	Diskrimineringslagen	20
2.3.1	Bakgrund och historia	20
2.3.2	Tillämpningsområde	21
2.3.3	Diskrimineringsgrunden funktionshinder	23
2.3.4	Direkt diskriminering och krav på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder	24
2.3.5	Indirekt diskriminering	29
2.3.6	Twistelösning, sanktioner och bevisbörda	31
3	ANSTÄLLNINGSSKYDD	34
3.1	Internationellrättslig bakgrund	34
3.2	Europarättslig bakgrund	34
3.2.1	Europarådets sociala stadga	34
3.2.2	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna	35
3.2.3	EU-fördragen efter Lissabonfördraget och sekundärrätten	35
3.3	Anställningsskyddslagen	37
3.3.1	Bakgrund och historia	37
3.3.2	Lagens tillämpningsområde, semidispositiva karaktär och arbetsgivarens förhandlingsskyldighet	38
3.3.3	Arbetsbristbegreppet och arbetsbrist som saklig grund för uppsägning	40
3.3.4	Omplaceringsskyldighet	42
3.3.5	Turordningsregler	44
3.3.5.1	Allmänt	44
3.3.5.2	Förstärkt anställningsskydd i 23§ LAS	46
3.3.5.3	Nyckelpersonsundantag	48

3.3.5.4	Avtalsturlista.....	50
3.3.6	Förhållandet mellan turordningsreglerna och omplaceringsskyldigheten	51
3.3.7	Företrädesrätt till återanställning.....	54
3.3.8	Twistelösning, sanktioner och bevisbörda.....	54

4	DISKUSSION OCH ANALYS KRING SAMSPELETS BETYDELSE FÖR SKYDD MOT DISKRIMINERING AV FUNKTIONSHINDRADE VID ARBETSBRISTSITUATIONER	57
4.1	Inledning.....	57
4.2	Funktionshinder, sjukdom och gränsdragningen mellan personliga skäl och arbetsbrist	59
4.3	Omplaceringsskyldighetens förhållande till turordningsreglerna	62
4.4	Tillräckliga kvalifikationer och skäliga stöd- och anpassningsåtgärder vid omplacering, turordning och företrädesrätt till återanställning	63
4.5	Förstärkt anställningsskydd för arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga i 23§ LAS.....	67
4.6	Nyckelpersonsundantaget.....	68
4.7	Avtalsturlista	69
4.8	Twistelösning och sanktioner och bevisbörda	71
4.9	Den svenska rättens förenlighet med EU-rätten	73
5	SLUTSATSER OCH NÅGRA REFLEKTIONER DE LEGE FERENDA	75
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	77
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	85

Summary

The right to equal treatment, employment on equal terms and labor market integration regarding disabled individuals has been a topic for discussion on both international and EU legal in recent years. In spite hereof, the Swedish Labour Court's recent decision in case AD 2012 No. 51 shows that the Swedish judicial system allows for people with a reduced working capacity to be at a disadvantage in redundancy situations. The main object of this paper is therefore to investigate and analyze the detailed meaning of protection against discrimination of disabled individuals in redundancy situations.

Worker protection against arbitrary dismissal is mainly found in the Employment Protection Act (SFS 1982:80) and protection against discrimination is mainly provided by the Discrimination Act (SFS 2008:567). On an EU legal level, prohibition against arbitrary dismissal is mostly found in the European Social Charter and in the European Union Charter of Fundamental Rights. Protection against discrimination is mainly found in Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

In this paper, it is found that the combination of the Swedish model with its collective agreements, the employer's right to reassign employees regardless of priority rules, the Court's restrictive review under the real foundation the lack of practical enforcement of § 23 in the Employment Protection Act brings that disabled workers cannot be said to receive any extensive protection against arbitrary treatment in a redundancy situation. It is therefore necessary that a functioning discrimination legislative is in effect. Disability is set apart from the other discrimination grounds as it normally has a negative impact on the individual's working capacity. To ensure that the non-discrimination principle is not disregarded, both Directive (2000/78/EC) and the Discrimination Act (SFS 2008:567) provide that the employer has an obligation to take reasonable remedial measures and make adjustments to accommodate the disabled worker. The European Union Court has not yet ruled on the detailed meaning of reasonable accommodation but the Swedish Labour Court has set the requirement for accommodation of disabled workers low. For the majority of disabled workers, the combination of the Discrimination Act's requirements on a "comparable situation" and the Swedish Labour Court's low requirements on remedial measures and adjustments brings that the Discrimination Act cannot be said to provide any protection in redundancy situations.

The Swedish law regulation regarding protection against disability discrimination in redundancy situations are essentially well in line with EU law. However, there are two aspects, adjustments to accommodate the disabled worker and the burden of proof where I think that it is questionable whether the Swedish law is in compliance with EU law.

Sammanfattning

Funktionshindrade individers rätt till likabehandling, sysselsättning på lika villkor och integrering på arbetsmarknaden har varit ett hett ämne på såväl internationell som EU-rättslig nivå under de senaste åren. Trots det visar Arbetsdomstolens nyligen avgjorda mål AD 2012 nr 51 att den svenska rättsordningen tillåter att personer som har en nedsatt arbetsförmåga missgynnas genom arbetsbristuppsägningar. Det huvudsakliga syftet med uppsatsen är därför att utreda och analysera den närmare innebörden av skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer.

Arbetstagarnas skydd mot godtycklig uppsägning återfinns huvudsakligen i lag (1982:80) om anställningsskydd och diskrimineringsskyddet stadgas främst i diskrimineringslag (2008:567). På den EU-rättsliga nivån återfinns förbud mot godtycklig uppsägning huvudsakligen i Europarådets sociala stadga och i den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Det EU-rättsliga diskrimineringsskyddet återfinns främst i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.

I uppsatsen konstateras att kombinationen av att arbetsgivaren har en rätt att omplacera oberoende av turordningsreglerna, att åberopanden om fingerad arbetsbrist enbart i undantagsfall godtas av Arbetsdomstolen, att arbetsbrist konsumerar bakomliggande skäl av personlig karaktär samt att 23§ LAS inte har fått fullt utslag i praktiken, medför att anställningsskyddslagen inte erbjuder något långtgående skydd mot godtycklig behandling. Det är därför av hög vikt att det finns en fungerande diskrimineringslagstiftning. Funktionshinder skiljer sig från diskrimineringslagens övriga diskrimineringsgrunder eftersom funktionshinder normalt sett har en negativ inverkan på individens arbetsförmåga. För att likabehandlingsprincipen inte skall åsidosättas har arbetsgivaren därför en skyldighet att, till förmån för funktionshindrade arbetstagare, vidta skäligena stöd- och anpassningsåtgärder. EU-domstolen har ännu inte tagit ställning till den närmare innebörden av direktivets skälighetsbedömning men Arbetsdomstolen har satt kraven på stöd- och anpassningsåtgärder lågt. Följden av de låga kraven på stöd- och anpassningsåtgärder blir att diskrimineringslagens enbart erbjuder ett skydd för arbetstagare som har ett funktionshinder som i liten mån påverkar dess arbetsförmåga. För flertalet funktionshindrade arbetstagare medför kombinationen av diskrimineringslagens krav på jämförbar situation och Arbetsdomstolens låga krav på stöd- och anpassningsåtgärder att ingalunda diskrimineringslagens kan sägas erbjuda något skydd vid arbetsbristsituationer.

I huvudsak stämmer den svenska rättens reglering väl överens med EU-rätten. Det finns emellertid två aspekter, skälighetsbedömningen av stöd- och anpassningsåtgärder och fördelningen av bevisbördan, där jag anser att Arbetsdomstolens rättsutveckling rimmar illa med EU-rätten.

Förord

Inledningsvis vill jag rikta ett stort tack till min handledare, Mia Rönmar, för all den hjälp jag har fått under arbetet med uppsatsen. Jag vill även tacka min familj och mina vänner för allt stöd och all kärlek som jag har fått under min studietid. Sist men inte minst, tack Tobias.

Göteborg, december 2012
Matilda Broström

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolens dom
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
Bet.	Betänkande
DL	Diskrimineringslag (2008:567)
Ds	Departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
EUF	Europeiska unionens fördrag
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
ILO	International Labour Organisation
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion

Likabehandlingsprincipens tillämplighet på handikappområdet blev etablerad först år 1990 då den amerikanska diskrimineringslagen trädde i kraft. Fem år senare var England först i Europa med att skapa en lagstiftning om ett arbetsrättsligt diskrimineringsförbud avseende funktionshindrade individer. Fyra år senare, år 1999, trädde lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder i kraft i Sverige.¹

Ingen människa kan vara helt säker på att man kommer att vara fullt frisk livet igenom. Likväl som man kan födas med ett funktionshinder kan det nämligen uppstå under livets gång. För de allra flesta personer har förvärvsarbetet en stor betydelse. Det erbjuder inte enbart en gemenskap med arbetskamraterna på arbetsplatsen och en social status utan även en möjlighet till försörjning. Förvärvsarbetet bygger på personens anställningsbarhet, dess möjlighet att på en konkurrensutsatt arbetsmarknad såväl erhålla som behålla en anställning. Individer som har ett funktionshinder har ofta även en nedsatt arbetsförmåga. I konkurrens med fullt friska arbetstagare kan det därför uppstå problem. För att motverka utanförskap och för att skydda arbetstagaren, som är en svag kontraktspart i jämförelse med arbetsgivaren, har lagstiftaren därför i stor utsträckning infört skyddsregler till arbetstagarens förmån. Exempel på sådana regler är de som föreskriver förbud mot godtycklig uppsägning.²

En uppsägning som grundas i en persons funktionshinder och den nedsatta arbetsförmåga som följer därav är en uppsägning av s.k. personliga skäl. Då huvudprincipen i svensk rätt är att sjukdom inte utgör saklig grund för uppsägning så länge arbetstagaren kan utföra arbete av någon relevans saknar arbetsgivaren typiskt sett möjlighet att säga upp en arbetstagare på grund av dess funktionshinder.³ Att en arbetstagare som kan utföra arbete av relevans för arbetsgivaren inte skall sägas upp låter bra men tyvärr är verkligheten en annan. Under de senaste åren har det visat sig att arbetsgivaren istället för uppsägning av personliga skäl har vidtagit arbetsbristuppsägningar och då missgynnat funktionshindrade individer.⁴ För funktionshindrade individers möjlighet att konkurrera på arbetsmarknaden är det därför hög tid att utreda och analysera huruvida rättsordningen sätter upp ett hinder för arbetsgivarens möjlighet att i en arbetsbristuppsägning missgynna individer på grund av dess funktionshinder.

¹ Den amerikanska lagstiftningen benämndes Americans with Disabilities Act och den engelska benämndes Disability Discrimination Act, se vidare Inghammar 2007, s. 275.

² Inghammar 2007, s. 17.

³ Prop. 1973:129, s. 126–128.

⁴ Se AD 2005 nr 32 och AD 2012 nr 51.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats syftar huvudsakligen till att utreda och analysera skyddet mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer. Närmare syftar uppsatsen till att analysera samspelet mellan skyddet i diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen i ett EU-rättsligt perspektiv samt till att ge några reflektioner de lege ferenda.

Centrala frågeställningar är

- Var återfinns och vilken innebörd har reglerna som föreskriver förbud mot diskriminering av funktionshindrade?
- Vilka regler gäller för vidtagande av en arbetsbristuppsägning och vilken innebörd har reglerna?
- Hur samspelar diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen med varandra och vilka konsekvenser får samspelet?
- Är den svenska rättens skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer förenlig med EU-rätten?
- Finns det några exempel på reflektioner de lege ferenda?

1.3 Metod och material

Frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer är relativt lite berört i den svenska forskningen. Utmärker sig gör Anders Inghammars komparativa studie från år 2007 och Fransson & Stübers kommentar till diskrimineringslagen från år 2010. På internationell nivå är frågan mer belyst. Framhållas kan exempelvis Whittle som utvecklar jämförelsekets avgränsning vid indirekt diskriminering, Barnard som behandlar frågan om hur funktionshinder skiljer sig från de övriga diskrimineringsgrunderna och Waddington som i viss mån utvecklar innebörden av kravet på vidtagande av stöd- och anpassningsåtgärder.

Det finns få rättsfall som direkt tar sikte på samspelet mellan lagstiftning som föreskriver förbud mot diskriminering av funktionshindrade individer och anställningsskyddslagen. I svensk rätt har Arbetsdomstolen enbart två gånger, i AD 2005 nr 32 samt i AD 2012 nr 51, på allvar berört frågan. Bristande heltäckande rättspraxis kring samspelet medför att rättspraxis rörande andra aspekter av diskrimineringsfrågor får användas till vägledning.

EU-domstolen har i dagsläget ännu inte tagit ställning till samspelet mellan funktionshindrade individers diskrimineringskydd och dess anställningsskydd. Enbart i två mål, *Sonia Chacón Navas mot Eurest*

*Colectividades SA*⁵ samt *Sharon Coleman mot Attridge Law, Stewe Law*⁶, har EU-domstolen prövat den närmare innebörden av funktionshindre individers rätt till icke-diskriminering i arbetslivet. Till vägledning för den EU-rättsliga synen kring diskriminering av funktionshindre arbetstagare får därför även rättspraxis kring andra diskrimineringsgrunder användas.

Uppsatsen är skriven utifrån en rättsdogmatisk metod. Med rättsdogmatisk metod avses ett arbetssätt som syftar till att utreda innehållet i gällande rätt, en s.k. rekonstruktion av rättssystemet. Gällande rätt kan förändras genom lagstiftning, men även genom domstolsprejudikat och trovärdig argumentation i såväl lagstiftningens förarbeten som i den juridiska doktrinen. Uppsatsen är alltså skriven utifrån en rättsdogmatisk metod som grundas i b.l.a. fördrag, direktiv, allmänna rättsprinciper, författningar, förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin.⁷

Då min uppsats skall skrivas med ett EU-rättsligt perspektiv utgör de EU-rättsliga reglerna och EU-domstolens rättspraxis en betydande del i mitt rättsdogmatiska arbete. Den svenska rätten skall ges en EU-konform tolkning och genom målet *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*⁸ klargjorde EU-domstolen att EU-rätten vid en eventuell konflikt med den nationella rätten skall ges företräde.⁹ Den övervägande delen av den EU-rättsliga regleringen på arbetsrättens område sker genom direktiv. Till skillnad från EU-rättens förordningar, Europeiska unionens fördrag och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är direktiv inte direkt tillämpliga i den svenska interna rättsordningen. Direktiv har därför inte heller normalt sätt direkt effekt i den nationella rätten.¹⁰

⁵ Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* [2006].

⁶ Mål C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Stewe Law* [2008].

⁷ Lehrberg 2010, s. 26-27, Jareborg 2004, s. 4-5 och Olsen 2004, s. 106.

⁸ Mål C-6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* [1964].

⁹ Bernitz och Kjellgren 2010, s. 76 och Hettne och Otken Eriksson 2011, s. 173-174.

¹⁰ EU-fördraget kommer nedan att betecknas såsom EUF och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt kommer nedan att betecknas FEUF. Av de direkt tillämpliga reglerna har vissa s.k. direkt effekt. Regler som har direkt effekt med vilket menas att enskilda kan åberopa dem såsom rättsligt stöd vid prövning av rättigheter i nationella domstolar eller rättstillämpande myndigheter. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att såväl förordningar som den övervägande delen av reglerna i FEUF har s.k. direkt effekt. Den direkta effekten kan vara endera horisontell eller vertikal. En regel som har vertikal direkt effekt kan den enskilde åberopa gentemot staten och en regel som har horisontell direkt effekt kan den enskilde använda såsom rättsligt stöd vid prövning gentemot annan fysisk eller juridisk person. En förutsättning för direkt effekt är att reglerna är ovillkorliga, klara och entydiga. Då direktiv inte är direkt tillämpliga i medlemsstaterna har de inte heller normalt sett direkt effekt i Sverige. Notera dock att det av mål *Franz Grad mot Finanzamt Traunstein* [1970] följer att ett direktiv som inte har införlivats i korrekt tid eller på ett fullgott sätt kan få direkt effekt. Av mål C-41/74 *Yvonne van Duyn mot Home Office* [1974] samt av mål C-152/84 *M. H. Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1986] följer att den direkta effekten enbart avser regler som innebär att privata rättssubjekt erhåller rättigheter gentemot staten, att direktiv enbart kan ha s.k. vertikal direkt effekt. Nyström 2011, s. 39-42, Foster 2006, s.174-175, Bernitz och Kjellgren 2010, s. 77 och Weatherhill 1999, s. 129.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till att enbart beröra diskriminering av funktionshindrade personer i arbetslivet. Fokus i den EU-rättsliga delen är det allmänna likabehandlingsdirektivet. På grund av platsbrist har jag begränsat mig till en översiktlig och icke-uttömmande redogörelse för såväl övrig EU-rättslig reglering som för den internationella rätten.

1.5 Disposition

Jag har valt att disponera min uppsats på följande sätt. Det första kapitlet inleds med en kort introduktion till ämnet, en redogörelse av uppsatsens syfte och frågeställningar, vilka avgränsningar som har gjorts samt en redogörelse för den svenska modellen med kollektivavtal. Därpå följer kapitel två som behandlar diskrimineringskyddet. Detta kapitel är uppdelat i tre skilda delar. I den inledande delen behandlas den internationella rätten, därefter följer ett avsnitt som behandlar EU-rätten och i den tredje och största delen behandlas den svenska rättens diskrimineringslag. I mitt tredje kapitel behandlas anställningsskyddet. Där redogörs för frågan om arbetsgivaren kan vidta uppsägningar på ett godtyckligt sätt, om arbetsgivaren vid en arbetsbristuppsägning har möjlighet att styra vilka arbetstagare som skall sägas upp. I likhet med kapitel två inleds det tredje kapitlet med en redogörelse av den internationella- och EU-rättsliga regleringen och därefter följer en redogörelse av den svenska anställningsskyddslagen. I mitt fjärde kapitel presenteras en diskussion och analys kring samspelet mellan anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen. Där redogörs för b.l.a. huruvida en uppsägning kan vara förenlig med anställningsskyddslagen och oförenlig med diskrimineringslagen, på vilket sätt de olika lagstiftningarna samspelar och kompletterar varandra samt huruvida den svenska rätten kan anses förenlig med adekvata EU-rättsliga regler på området. Sist men inte minst presenteras i det femte kapitlet en slutsats och några reflektioner de lege ferenda.

1.6 Kollektivavtal – introduktion till den svenska modellen

”Med kollektivavtal avses skriftligt avtal mellan arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare och arbetstagarorganisation om anställningsvillkor för arbetstagare eller om förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare.”¹¹

I Sverige bildades de första fackföreningarna på 1870-talet och vid denna tidpunkt började även kollektivavtal att ingås på stora delar av arbetsmarknaden. Inledningsvis var det lokala kollektivavtal som ingicks, men

¹¹ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 23§.

senare då arbetsgivarna gick samman i arbetsgivarorganisationer ingicks även s.k. riksavtal.¹² I december år 1906 ingick SAF och LO den så kallade decemberkompromissen. Kärnan i decemberkompromissen var att arbetstagarnas föreningsrätt erkändes samt att arbetsgivare hade rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt anställa och säga upp arbetstagare.¹³ År 1938 ingick SAF och LO ytterligare ett avtal, Saltsjöbadsavtalet. Saltsjöbadsavtalet innebar en reglering avseende förhandlingsordning samt samhällsfarliga strejker.¹⁴ Kollektivavtalen ingicks oberoende av lagstiftning och det var först år 1928 som en rättslig reglering trädde ikraft. Den lagstiftning som antogs innehöll grundläggande regler och den närmare innebörden av reglerna kom att utvecklas genom Arbetsdomstolens rättstillämpning. Sedan år 1976 finns de regler som Arbetsdomstolen utvecklade kodifierade i lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.¹⁵

På det arbetsrättsliga området har kollektivavtalen en avgörande betydelse som regleringsinstrument. Detta beror dels på att lagstiftningen täcker långt ifrån samtliga frågor som kan aktualiseras, dels på att en hög andel av de arbetsrättsliga reglerna har en s.k. semidispositiv karaktär. Den semidispositiva karaktären medför att arbetsmarknadsparterna i hög utsträckning tillåts att disponera över vilka arbetstagare som skall drabbas av en arbetsbristuppsägning. För funktionshindrade individers skydd mot diskriminering vid arbetsbristsituationer har kollektivavtalen därför en avgörande betydelse.¹⁶ Trots att det i svensk rätt saknas lagstiftning avseende allmängiltigförklaring av kollektivavtal är det värt att poängtera att omkring 90 procent av samtliga arbetstagare i Sverige har anställningsvillkor som är kollektivavtalsbaserade.¹⁷

¹² Källström och Malmberg 2009, s. 67.

¹³ <https://www.sac.se/Om-SAC/Historik/Arbetarr%C3%B6relsens-historia/1906-Decemberkompromissen> besökt 2012-12-12.

¹⁴ <http://www.foretagsamheten.se/Naringslivets-utveckling/Historisk-oversikt/1930-talet/Saltsjobadsavtalet/> besökt 2012-12-12.

¹⁵ SOU 1993:32, s. 114–115 samt Källström och Malmberg 2009, s. 68. Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet kommer nedan att benämnas såsom MBL.

¹⁶ Glavå 2011, s. 193-194 samt Fahlbeck 2006/07, s. 42.

¹⁷ Medlingsinstitutet 2011, s. 33, Källström och Malmberg 2009, s. 67, MBL 23§ samt Källström 97/98, s. 1153. Frågan om kollektivavtal är att betrakta som konkurrensbegränsande avtal som strider mot EU-rätten har varit föremål för EU-domstolens prövning. Än så länge kan dock fastläggas att domstolen inte har tagit något utslagsgivande steg som innebär att den svenska regleringen måste ändras. Se vidare Glavå 2011, s. 194 och jämför exempelvis mål C-115-117/97 *Brentjens' Handelsonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* [1997] som rörde kollektivavtal avseende tjänstepensionsfond och mål C-222/98 *Hendrik van der Woude mot Stichting Beatrixoord* [2000] som rörde kollektivavtal avseende arbetsgivarens bidrag till arbetstagarnas sjukförsäkringar.

2 Diskrimineringskydd

2.1 Internationellrättslig bakgrund

I samtliga FN konventioner om mänskliga rättigheter är principen om icke-diskriminering central. Likabehandlingsprincipen finns reglerad redan i FN-stadgans första artikel men en mer utvecklad form av principen återfinns i Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna som härstammar från år 1948. Att samtliga individer är födda såväl lika som fria i rättigheter och värde framgår av den allmänna förklaringens första artikel och i förklaringens andra artikel regleras ett diskrimineringsförbud.¹⁸ FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter bildades inte som ett rättsligt bindande dokument och formellt sett utgör förklaringen en politisk deklaration. Att notera är emellertid att principen om icke-diskriminering med tiden får anses ha blivit bindande genom sedvanerätten samt att principen numera finns kodifierad i ett flertal bindande konventioner.¹⁹

År 1993 antog generalförsamlingen i Förenta Nationerna s.k. standardregler som syftar till att garantera att personer med funktionshinder erbjuds delaktighet och jämlikhet. Standardreglerna är avsedda att vara normbildande för staterna. I reglerna anges tydliga ställningstaganden vad gäller såväl rättigheter som ansvar och där återfinns även konkreta förslag på hur en stat kan skapa ett för funktionshindrade individer tillgängligt samhälle.²⁰

I december månad år 2006 antogs FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.²¹ I konventionens artikel 27 regleras funktionshindrade individers rätt till arbete och sysselsättning. Där stadgas att konventionsstaterna har erkänt att funktionshindrade individer har en rätt till arbete på samma villkor som andra samt att konventionsstaterna åtar sig att garantera att funktionshindrade individer erhåller rättigheten att kunna förvärvsarbeta och förtjäna sitt uppehälle genom ett på arbetsmarknaden fritt valt eller antaget arbete. Vidare stadgas i samma artikel att konventionsstaterna åtar sig att säkerställa en arbetsmiljö som främjar integration och som är öppen och tillgänglig för individer med funktionsnedsättning.²² Till konventionen finns ett fakultativt protokoll som

¹⁸ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, artikel 1 och artikel 2, prop. 2007/08:95 s. 47, Waddington och Hendriks 2002, s. 406 samt Hepple och Barnard 2000b, s. 562.

¹⁹ Prop. 2007/08:95, s. 47.

²⁰ Prop. 2007/08:95, s. 52–53 samt SOU 1998:107, s. 31–32.

²¹ Den 30 mars år 2007 öppnades konventionen för undertecknande och samma dag hade Sverige undertecknat densamma. Den 1 oktober år 2008 lämnade regeringen en proposition till riksdagen som innehöll förslag att Sverige skulle tillträda såväl konventionen som det frivilliga protokollet. Redan den 13 november samma år anförde riksdagen att Sverige skulle tillträda konventionen samt ansluta sig till det frivilliga protokollet. Se <http://www.handisam.se/Funktionshinderspolitiken/Internationellt/FNs-konvention-/> besökt 2012-10-23.

²² FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, artikel 27.

ger individer en rätt att såväl enskilt som i grupp framföra klagomål till en speciellt utsedd kommitté.²³

International Labour Organisation bildades år 1919 och alltsedan dess har organisationen haft en stor betydelse för såväl förbättring av villkoren för arbetskraften som för konkurrensutjämnande harmonisering. Sedan år 1946 är ILO ett av FN:s fackorgan och cirka 150 stater är medlemmar i organisationen.²⁴ ILO:s konventioner kan inte åberopas som rättsligt stöd vid tvister i de nationella domstolarna men de stater som har ratificerat konventionerna binds folkrättsligt. Konventionerna har även en stor inverkan på medlemsstaternas lagstiftningsarbete.²⁵

Den 20 juni år 1983 antogs ILO konvention nr 159 om yrkesinriktad rehabilitering och sysselsättning (funktionshindrade). Konventionen syftar huvudsakligen till att underlätta för funktionshindrade individers möjlighet att såväl erhålla som behålla och befordras till ett lämpligt arbete. Av konventionens andra artikel framgår att varje medlemsstat är förpliktigad att i förenlighet med nationella förhållanden, rättspraxis och möjligheter avfatta, genomföra och regelmässigt se över politiken till förmån för yrkesinriktad rehabilitering och arbete för funktionshindrade individer. Vid samma tidpunkt som konvention nr 159 trädde ikraft antogs ILO:s rekommendation nr 168 om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. I rekommendationen återfinns mer detaljerade regler kring hur funktionshindrade individer lämpligast sätt skall integreras i såväl arbetslivet som i samhället i övrigt.²⁶

2.2 Europarättslig bakgrund

2.2.1 Europakonventionen och Europarådets sociala stadga

Den 4 november år 1950 antog Europarådet Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.²⁷ I artikel 14 i EKMR stadgas följande.

”Åtnjutande av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas

²³ Prop. 2007/08:95, s. 52 och Ds 2008:23, s. 88.

²⁴ International Labour Organisation benämns nedan ILO. År 1920 blev Sverige medlem i FN och vid samma tidpunkt blev Sverige medlem i ILO, se SOU 1998:107, s. 33 och Herzfeld Olsson 2011, s. 28.

²⁵ Glavå 2011, s. 151 samt Källström och Malmberg 2009, s. 59–60.

²⁶ ILO konvention nr 159 om yrkesinriktad rehabilitering och arbete (funktionshindrade), artikel 2 och ILO rekommendation nr 168 om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Sverige ratificerade konventionen år 1984, se SOU 1998:107, s. 33. Notera att ILO konvention nr 111 om diskriminering avseende anställning och yrkesutövning antogs redan år 1958. Denna konvention har emellertid inte funktionshinder som en diskrimineringsgrund, se vidare SOU 1998:107, s. 33-34 samt Hepple 2010, s. 133.

²⁷ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna kommer nedan att benämnas såsom EKMR.

utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”²⁸

Artikel 14 har enbart en exemplifierande uppräkningslista, en s.k. ”öppen lista” av diskrimineringsgrunder och även andra grunder såsom funktionshinder kan därför omfattas av artikelns tillämpningsområde.²⁹ Artikel 14 är ingen allmän bestämmelse i den bemärkelsen att den föreskriver jämlikhet i samtliga lagstiftningar, den säkerställer enbart att samtliga individer garanteras de fri- och rättigheter som följer av EKMR och dess tilläggsprotokoll.³⁰ Den 1 april år 2005 trädde tilläggsprotokoll nr 12 i kraft. Tilläggsprotokollet innebär för de stater som har ratificerat protokollet att diskrimineringsförbudet i artikel 14 utsträcks till att omfatta även rättigheter som erkänns enligt den nationella lagstiftningen.³¹ Varje åtskillnad i behandling utgör inte diskriminering enligt artikelns mening. En olikhet i behandling är tillåten såvida den har en objektiv och legitim grund samt står i proportion till det åsyftade ändamålet. Av Europadomstolens uttalande i *Darby mot Sverige* framgår dock att en eventuell inskränkning av konventionen eller tilläggsprotokollens fri- och rättigheter måste vara förenlig med principen om icke-diskriminering som föreskrivs i EKMR artikel 14.³²

Den 28 november år 1950 undertecknade Sverige EKMR. Lite mer än ett år senare, den 4 februari år 1952 då konventionen ratificerades blev Sverige folkrättsligt bundna att lojalt efterleva konventionens förpliktelser. Den 1 januari år 1995 trädde lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga och de grundläggande friheterna ikraft. Genom denna lagstiftning inkorporerades EKMR med den svenska rätten och alltsedan dess är konventionens artiklar direkt tillämpliga i svenska domstolar samt i andra rättskipande myndigheter.³³ För att markera att EKMR har en särskild ställning i den svenska rätten stadgas det i Regeringsformen (1974:152) 2 kapitel 19§ att lagstiftning eller föreskrifter som strider mot EKMR ej får meddelas.³⁴

²⁸ EKMR, artikel 14.

²⁹ Barnard 2012, s. 270. I målet *Glor mot Schweiz* [2009] behandlades frågan om diskriminering på grund av sjukdom. Se även Danelius 2012, s. 537 och målet *Pretty mot Förenade Kungariket* [2002] som handlade om hjälp att begå självmord.

³⁰ Pellonpää 2007, s. 570 och Danelius 2012, s. 517–518. Såväl Danelius som Pellonpää har anfört att Europadomstolens rättspraxis ger stöd för att artikel 14 är autonom. En handling som strider mot diskrimineringsförbudet måste således inte samtidigt innebära att en annan artikel i EKMR eller dess tilläggsprotokoll har blivit kränkt. Danelius stödjer sin åsikt på Europadomstolens mål *Van der Musselle mot Belgien* [1984] samt *Rasmussen mot Danmark* [1984] och Pellonpää stödjer sin åsikt på mål *Belgian Linguistic* [1968].

³¹ Sverige har inte ratificerat tilläggsprotokoll nr 12, se vidare prop. 2007/08:95, s. 54 samt Danelius 2012, s. 515.

³² Prop. 2007/08:95, s. 53–54, Danelius 2012, s. 518 och *Darby mot Sverige* [1990]. I målet prövades frågan om skyldighet att betala skatt. I brist på förtydligande rättspraxis på funktionshinderområdet anser jag att detta mål väl belyser poängen med att artikel 14 kan utgöra ett hinder för undantagsmöjligheten.

³³ Prop. 1993/94:117, s. 11 samt s. 32.

³⁴ Regeringsformen (1974:152) kommer nedan att betecknas såsom RF. Se vidare Holmberg, Stjernquist, Isberg, Eliasson & Regner, Grundlagarna, (1 januari 2012 (tredje

Regler kring bland annat arbetsvillkor, arbetarskydd samt arbetsmarknads- politik återfinns i Europarådets sociala stadga som tillkom år 1961. Euro- parådets sociala stadga kan sägas vara en motsvarighet till EKMR avseende rättigheter av ekonomisk och social karaktär.³⁵ I stadgan föreskrivs icke- diskriminering och i artikel 1 andra punkten stadgas att samtliga underteck- nade regeringar har åtagit sig att värna om alla individers rätt till försörjning genom ett självvalt förvärvsarbete. I artikel 15 regleras funktionshindrade individers rätt till såväl oberoende som deltagande och social integration i samhällslivet.³⁶

2.2.2 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

År 1999 inrättades ett konvent som bestod av individer som representerade Europeiska unionens institutioner samt medlemsstaternas regeringar och parlament. Syftet med konventet var att utarbeta en stadga som innehöll Europeiska unionens grundläggande rättigheter. Ett förslag till rättighetsstadga upprättades och den 13 december år 2000 antog medlemsstaterna Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.³⁷ Europeiska unionens stadga utgör ett gemensamt dokument där bestämmelser som avspeglar medlemsstaternas gemensamma internationella åligganden samt konstitutionella traditioner vad gäller grundläggande fri- och rättigheter finns samlade. I artikel 20 föreskrivs att alla individer skall garanteras likhet inför lagen. Av artikel 21 framgår att all diskriminering med anledning av funktionshinder är förbjuden och i artikel 26 regleras möjligheten att vidta åtgärder till förmån för funktionshindrade. Där stadgas att unionen såväl erkänner som respekterar att funktionshindrade individer får del av åtgärder som syftar till att garantera dess oberoende, integrering och delaktighet i samhällslivet.³⁸

2.2.3 EU-fördragen efter Lissabonfördraget

Lissabonfördraget eller det s.k. ”Reformfördraget” undertecknades den 13 december år 2007. Ratifikationsprocessen av fördraget tog lång tid och det var först den 1 december år 2009 som Lissabonfördraget trädde i kraft. Lissabonfördraget är ett ändringsfördrag och följderna av Lissabonfördraget blev dels en konsoliderad version av de sedan tidigare gällande fördragen,

upplagan), Zeteo) kommentaren till 2 kapitlet 19§ och Bernitz och Kjellgren 2010, s. 76–77.

³⁵ Prop. 1997/98:82, s. 4.

³⁶ Sverige ratificerade Europarådets sociala stadga år 1962 men värt att notera är att den trädde i kraft först år 1965. På 1990-talets början var stadgan föremål för en omarbetning, vilket bl.a. resulterade till att en artikel om icke-diskriminering infördes. År 1998 ratificerade Sverige den reviderade sociala stadgan, se prop. 2007/08:95, s. 55 och prop. 1997/98:82, s. 4.

³⁷ Bergström och Hettne 2010, s. 103–104 samt Hallström 2002, s. 753.

³⁸ Europeiska unionens officiella tidning 2010 C 83 s. 337-339, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 20, artikel 21 samt artikel 26.

dels att den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna blev folkrättsligt bindande.³⁹

I artikel 10 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt⁴⁰ föreskrivs att unionen vid dess utformning och genomförande av såväl sin verksamhet som sin politik skall försöka att bekämpa samtlig diskriminering på grund av b.la. funktionshinder.⁴¹ I FEUF artikel 19 stadgas att rådet inom ramen för unionens befogenheter och utan att det påverkar tillämpningen av fördragets övriga bestämmelser har en rätt att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering av funktionshindrade. En förutsättning för vidtagande av åtgärder är att rådet har fattat beslutet enhälligt samt att Europaparlamentet har godkänt åtgärden.⁴²

Att Europeiska unionens medlemsstater skall ha ett samhälle som präglas av icke-diskriminering framgår av artikel 2 i Europeiska unionens fördrag⁴³. I artikel 3 EUF stadgas att unionen skall bekämpa diskriminering och annan social utestängning samt att unionen skall understödja och främja såväl social rättvisa som socialt skydd.⁴⁴ I EUF artikel 6 andra och tredje punkten stadgas att unionen skall ansluta sig till EKMR samt att de grundläggande rättigheter som följer av såväl EKMR som medlemsstaternas gemensamt upprättade konstitutionella traditioner skall vara en del av unionsrätten.⁴⁵ I EUF artikel 6 första punkten stadgas att unionen skall erkänna såväl de rättigheter som de principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt att stadgan skall erhålla samma rättsliga status som fördragen.⁴⁶

2.2.4 Direktiv 2000/78/EG

Med stöd av artikel 13 i EG- fördraget (numera artikel 19 i FEUF) skapade kommissionen ett förslag till direktiv som förbjöd diskriminering i arbetslivet.⁴⁷ Funktionshinder var en av diskrimineringsgrunderna och år 2000 antog rådet det allmänna likabehandlingsdirektivet.⁴⁸ Direktivet syftar

³⁹ Lysén 2010, s. 25 och s. 49 samt Lissabonfördraget, artikel 6.

⁴⁰ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt kommer nedan att benämnas FEUF.

⁴¹ FEUF, artikel 10.

⁴² FEUF, artikel 19.

⁴³ Europeiska unionens fördrag kommer nedan att benämnas som EUF.

⁴⁴ EUF, artikel 2 samt artikel 3.

⁴⁵ EUF, artikel 6 andra och tredje punkten. Stadgans tillämpningsområde är begränsat till unionsrätten och av EUF artikel 6 första punkten andra stycket framgår att stadgan inte innebär att unionens befogenheter enligt fördraget har utökats i någon mån. I de svenska domstolarna och rättstillämpande myndigheterna kommer stadgan enbart att tillämpas såvida frågan har en EU-rättslig koppling. se Bergström och Hettne 2010, s. 105, Lysén 2010, s. 64 samt Barnard 2012, s. 265. Se även Nyström 2011, s. 91 där det framgår att processen mot unionens tillträde till EKMR påbörjades under våren 2010.

⁴⁶ EUF, artikel 6.

⁴⁷ FEUF, artikel 19, Inghammar 2007, s. 278, Waddington 1999, s. 134, KOM (98) 394 slutlig samt KOM (99) 565 slutlig.

⁴⁸ I samband med att det allmänna likabehandlingsdirektivet antogs inrättade rådet genom beslut 2000/750/EG ett handlingsprogram, Handlingsprogrammet mot diskriminering.

huvudsakligen till att säkerställa att medlemsstaterna upprätthåller den grundläggande principen om likabehandling och i artikel 1 stadgas följande.

”Syftet med detta direktiv är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna.”⁴⁹

Någon definition av diskrimineringsgrunden funktionshinder återfinns varken i ingressen eller i direktivets artiklar men EU-domstolen har i ett förhandsavgörande, *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* utvecklat den EU-rättsliga synen.⁵⁰ Bakgrunden i målet var följande. Sonia Chacón Navas var sjukskriven från sin anställning och de offentliga sjukvårdsorganen hade gjort bedömningen att hon inom den närmsta framtiden inte var i stånd att återvända till sin anställning. Utan att ange något skäl sade hennes arbetsgivare (Eurest) upp henne från sin anställning. Sonia Chacón Navas väckte då talan mot Eurest och yrkade på att domstolen skulle ålägga arbetsgivaren en skyldighet att återinsätta henne i sin anställning. Hon grundade sitt yrkande på att uppsägningen var ogiltig eftersom den innebar att hon såväl särbehandlats som diskriminerats på grund av att hon varit sjukskriven sedan åtta månader tillbaka. Den spanska domstolen konstaterade att uppsägningen var grundad i sjukdom och då sjukdom inte omfattades av det spanska funktionshinderbegreppet blev uppsägningen rättsstridig, men inte ogiltig. Den spanska domstolen valde därför att vilandeförklara målet samt att ställa två tolkningsfrågor till EU-domstolen.

Den första frågan som EU-domstolen inledde med att pröva var huruvida sjukdom var likställt med funktionshinder. Direktiv 2000/78/EG innehöll inte någon definition på funktionshinderbegreppet och då direktivet inte heller hänvisade till definition enligt medlemsstaternas rättsordningar anförde domstolen att begreppet skulle ges en såväl enhetlig som självständig tolkning som var unison för hela gemenskapen. Vid bedömningen av den gemensamma tolkningen anförde EU-domstolen följande.

”Syftet med direktiv 2000/78/EG är att bekämpa vissa former av diskriminering i arbetslivet. I detta sammanhang skall begreppet funktionshinder förstås som en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet.”⁵¹

Handlingsprogrammet innebar huvudsakligen att medlemsstaterna ålades att under fem år sammanfatta vilka diskrimineringsfrågor som uppkom, se vidare Inghammar 2007, s. 278.

⁴⁹ Direktiv 2000/78/EG, artikel 1.

⁵⁰ Inghammar 2007, s. 276 och mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* [2006]. Se även Sargeant 2005, s. 19 där det framgår att Schiek har åsikten att diskrimineringsgrundernas olikhet innebär att det vore lämpligt att ha olika förhållningssätt till olika diskrimineringsgrunder.

⁵¹ Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* [2006]. Den gemensamma tolkningen skulle bero av bestämmelsens sammanhang och det eftersträvade målet. Till ledning för hur en sådan bedömning skulle göras hänvisade EU-domstolen till dess tidigare avgjorda mål C-327/82 *Ekro* [1984] samt mål C-323/03 *kommissionen mot Spanien* [2006].

Att begreppet sjukdom och funktionshinder inte var likställda motiverade domstolen med att lagstiftaren medvetet fick anses ha valt att använda begreppet funktionshinder istället för sjukdom. Kravet på rimliga anpassningsåtgärder tydde även på att lagstiftaren avsett att skydda individer som har begränsningar som medför att de under en lång tid framöver är förhindrade att delta i arbetslivet. Sjukdom innefattades således inte av funktionshinderbegreppet.

Den andra tolkningsfrågan gällde huruvida sjukdom bör tillföras såsom en diskrimineringsgrund. EU-domstolen anförde inledningsvis att EG-fördraget saknar ett diskrimineringsförbud avseende sjukdom. Rådets åtgärder för att söka övervinna diskriminering avseende sjukdom saknade därmedelst rättsligt stöd.⁵² Domstolen anförde att icke-diskrimineringsprincipen visserligen utgör en del av gemenskapsrättens grundläggande rättigheter, men att detta inte medför att direktivets tillämpningsområde med stöd av en analogisk tolkning skall gå utöver de diskrimineringsgrunder som uttömmande följer av direktivets första artikel. Sjukdom skulle således inte läggas till som diskrimineringsgrund i direktiv 2000/78/EG.⁵³

I målet *Sharon Coleman mot Attridge Law, Steve Law* begärde Employment Tribunal ett förhandsavgörande kring huruvida direktivet erbjuder ett skydd för personer som inte själva har ett funktionshinder, men som missgynnas på grund av närståendes funktionshinder. Målet handlade om en kvinna som hävdade att hon hade behandlats mindre förmånligt på grund av att hon hade en son vars funktionshinder innebar att hon ibland kom för sent till arbetet samt att hon gjorde anspråk på att få planera sin ledighet med utgångspunkt i sonens behov. EU-domstolen prövade huruvida kvinnan diskriminerats i strid med allmänna likabehandlingsdirektivet och anförde följande.

”I en sådan situation som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen har visserligen den person som har varit föremål för direkt diskriminering på grund av funktionshinder inte själv ett funktionshinder. Enligt Sharon Coleman är det emellertid på grund av funktionshinder som hon har behandlats mindre förmånligt på det sätt som hon har påstått. Såsom framgår av punkt 38 i förevarande dom är tillämpligheten av direktiv 2000/78, som syftar till att bekämpa alla former av diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, inte beroende av att det är fråga om en bestämd person-kategori utan av att det är fråga om en sådan grund som anges i artikel 1 i direktivet.”⁵⁴

Av ovanstående framgår att direktivets tillämplighet beror av förekomsten av funktionshinder och i likhet med Sharon Coleman omfattas således även personer som drabbas av diskriminering på grund av närståendes funktionshinder av direktivets skydd.

I det allmänna likabehandlingsdirektivets andra artikel stadgas att likabehandlingsprincipen innebär ett förbud mot såväl direkt som indirekt

⁵² Artikel 13 EG motsvaras av artikel 19 FEUF.

⁵³ Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* [2006]. Domstolen hänvisar till likartad argumentation i mål C 442/00 *Rodríguez Caballero* [2001] samt i mål C-112/00 *Schmidberger* [2003].

⁵⁴ Mål C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Steve Law* [2008].

diskriminering. Med direkt diskriminering avses situationer då en individ på grund av sitt funktionshinder behandlas mindre gynnsamt än en person utan funktionshinder behandlas, har eller skulle ha behandlats. För att direkt diskriminering skall föreligga krävs det även att den funktionshindrade individen befinner sig i en jämförbar situation med individer som saknar det aktuella funktionshindret. Indirekt diskriminering föreligger då en till synes neutral bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt särskilt missgynnar individer som har funktionshinder.⁵⁵ I bedömningen av huruvida funktionshindrade individer utsätts för indirekt diskriminering krävs det att det vidtas en jämförelsebedömning mellan funktionshindrade och icke-funktionshindrade individers möjlighet att uppfylla kraven. Whittle har anfört följande avseende frågan om jämförelsekretsens avgränsning.

”In terms of disability, however, a comparison can be drawn not only between a disabled person and a non-disabled person (the most obvious comparison) but also between individuals with different disabilities. It is therefore of great value that the Framework Directive allows such a comparison to be drawn and it does this by referring to the comparator simply as “another”.⁵⁶”

Alla situationer då jämförelsebedömningen visar på en betydelsefull skillnad i möjligheten att uppfylla kravet, kriteriet eller förfaringsättet utgör emellertid inte indirekt diskriminering i strid med det allmänna lika-behandlingsdirektivet. Indirekt diskriminering föreligger inte dels såvida åtgärden anses lämplig och nödvändig för att uppnå ett objektivet motiverat berättigat mål dels då olikheten grundas i att arbetsgivaren har vidtagit stöd- och anpassningsåtgärder till förmån för funktionshindrade individer.⁵⁷

Typiskt sett är det den fysiska personen som skyddas av diskrimineringsförbudet. Men i målet *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn* har EU-domstolen slagit fast att medlemsstaterna är förpliktigade att tillhandahålla effektiva sanktioner även för åtgärder som inte är riktade direkt till en viss identifierbar person.⁵⁸

Diskrimineringsförbudet gäller för såväl etablerad anställning som för rekryteringsförfarandet och det är tillämpligt på såväl den offentliga som den

⁵⁵ Direktiv 2000/78/EG, artikel 2.

⁵⁶ Whittle 2002, s. 5.

⁵⁷ Direktiv 2000/78/EG, artikel 2 och Whittle 2002, s. 5 där han anger följande exempel. ”An example that is regularly used to illustrate indirect discrimination in the context of disability is a job requirement for a driving licence. Such a requirement (although apparently neutral) would clearly place blind people at a particular disadvantage when compared to other persons and, as a result, constitute an indirect form of discrimination against them. Nonetheless, this example can also be used to demonstrate that there will be occasions where indirect forms of discrimination can and should be allowed to continue because to hold otherwise, and impose a blanket prohibition, would prevent the law operating effectively in practice (see below).”

⁵⁸ Källström och Malmberg 2009, s. 88 och mål C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn* [2008] som visserligen rörde etnisk diskriminering men som i brist på liknande fall avseende funktionshinder får anses vägledande.

privata sektorn. Exempelvis omfattas frågor om anställnings- och arbetsvillkor, uppsägning eller avsked samt medlemskap eller medverkan i arbetsgivar- eller arbetstagarorganisationer. Av EU-domstolens rättspraxis *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz* och *Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* framgår att det torde sakna betydelse huruvida den diskriminerande åtgärden har vidtagits med ett bakomliggande syfte att skada eller ej.⁵⁹

I direktivets sjunde artikel regleras medlemsstaternas möjlighet till positiv särbehandling. Där stadgas att medlemsstaterna utan hinder av likabehandlingsprincipen har en frihet att såväl införa som behålla arbetsmiljöregler och åtgärder som gynnar funktionshindrade individers integration på arbetsmarknaden. Att notera är att artikel 7 inte innebär att medlemsstaterna förpliktigas att positivt särbehandla funktionshindrade individer samt att det allmänna likabehandlingsdirektivet är ett minimidirektiv. Medlemsstaterna har således full frihet att såväl införa som behålla regler som innebär en mer långtgående likabehandling än vad som följer av direktivet.⁶⁰

I artikel 5 regleras arbetsgivarens skyldighet att vidta rimliga anpassningsåtgärder för individer som har funktionshinder.⁶¹ Där stadgas att arbetsgivaren är skyldig att vidta de åtgärder som krävs för att underlätta för funktionshindrad individers anställning, såvida åtgärderna inte bedöms utgöra en oproportionerlig börda.⁶² Att notera är att kommissionen har tydliggjort att skyldigheten bortfaller såvida individen inte ens efter fullföljande av skäligen stöd- och anpassningsåtgärder kan vidta anställningens väsentligaste arbetsuppgifter.⁶³ Vilka åtgärder som anses proportionerliga framgår inte av artikelns ordalydelse, men i direktivets preambel anförts som exempel inredning av lokal, fördelning av arbete, anpassning av arbetstakt och utrustning, arbetsledning samt utbildningsmöjligheter.⁶⁴

I artikel 9 stadgas att medlemsstaterna är förpliktigade att säkerställa att samtliga individer som anser sig diskriminerade får tillgång till rättsliga, administrativa och/eller förlikningsförfaranden. I artikel 10 stadgas att medlemsstaterna är förpliktigade att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att kunna garantera att bevisbördan är delad. Vidare stadgas i artikel 10 att den käreande som lyckas styrka faktiska omständigheter som ”ger anledning

⁵⁹ Direktiv 2000/78/EG, artikel 2 och artikel 3., Barnard och Hepple 2000a, s. 402, mål C-171/88 *Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* [1989] och mål C-170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*. [1986] som visserligen båda rör könsdiskriminering och som prövades innan direktiv 2000/78/EG antogs men som torde vara vägledande för hur EU-domstolen ser på avsiktsrekvisitet.

⁶⁰ Direktiv 2000/78/EG, artikel 7 och artikel 8 samt Inghammar 2007, s. 278.

⁶¹ Waddington och Hendriks 2002, s. 405, direktiv 2000/78/EG artikel 2.2.(ii) och artikel 5.

⁶² En åtgärd som det allmänna i tillräcklig mån kompenserar anses typiskt sett inte utgöra en oproportionerlig börda, se direktiv 2000/78/EG, artikel 5, ingressen (21) samt Waddington 2008, s. 320.

⁶³ Barnard 2012, s. 356 samt KOM (99) 565 slutlig.

⁶⁴ Direktiv 2000/78/EG, sektion (20) i ingressen.

att anta” får anses ha etablerat ett prima facie-fall av diskriminering vilket medför att bevisbördan övergår på svaranden. Medlemsstaterna har frihet att välja hur överträdelser av likabehandlingsprincipen skall sanktioneras men värt att notera är att direktivet föreskriver krav på att de valda sanktionerna är såväl effektiva som proportionerliga och avskräckande.⁶⁵

2.2.5 Europarådets handlingsplan, Europa 2020, EU:s strategi för funktionshinder och Europeiskt ramavtal

Den 5 april år 2006 antog Europarådet en handlingsplan⁶⁶ för funktionshinderområdet. Handlingsplanen är gällande mellan år 2006 och 2015 och den riktar sig till medlemsstaternas regeringar. Handlingsplanen syftar till att vara ett hjälpmedel för medlemsstaternas möjlighet att utöka diskrimineringskyddet på handikappområdet samt till att förbättra funktionshindrade individers jämställdhet i samhället.⁶⁷

I december år 2009 beslutades att Europeiska unionen som institution skulle ratificera Förenta Nationernas konvention om rättigheter för individer med funktionshinder och den 23 januari år 2011 trädde konventionen ikraft i förhållande till EU som institution. För att säkerställa att konventionen efterlevs tog kommissionen fram en funktionshinderstrategi⁶⁸ för åren 2010-2020. Strategin syftar till att underlätta för funktionshindrade individers möjlighet att leva sina liv samt till dess möjlighet att komma i åtnjutande av de genom EU säkerställda medborgerliga rättigheterna.⁶⁹ Strategins genomförande skall ske genom att funktionshindrade individers kunskap avseende dess rättigheter skall öka och EU skall bidra med ekonomiskt stöd i syfte att gynna forskning på funktionshinderområdet. EU som institution skall även genom statistik, uppgiftsinlämning och övervakning gynna och kontrollera strategins efterlevnad och bestånd.⁷⁰

⁶⁵ Direktiv 2000/78/EG, artikel 17 samt artikel 10. Beträffande bevisbördan anknyter det allmänna likabehandlingsdirektivet till andra föregående direktiv på likabehandlingsområdet. Här avses främst rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering, som nedan kommer att benämnas som bevisbördedirektivet. Rättsfall där bevisbördan väl belyses är mål C-127/92 *Enderby* [1993] samt mål C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995].

⁶⁶ Rekommendation (2006) 5 från ministerkommittén till medlemsstaterna om Europarådets handlingsplan för att främja rättigheter och fullt deltagande av personer med funktionshinder i samhället: öka livskvaliteten för människor med funktionshinder i Europa 2006-2015.

⁶⁷ <http://www.coe.int/t/dg3/disability/> besökt 2012-11-21.

⁶⁸ KOM (2010) 636 slutlig.

⁶⁹ Socialdepartementet 2011, s.11-12.

⁷⁰ KOM (2010) 636 slutlig. Som ett led i införandet av en förnyad social agenda presenterade kommissionen år 2008 ett nytt dokument, Non-discrimination and equal opportunities: A renewed commitment, KOM (2008) 420 slutlig. Det mest centrala i dokumentet är att det erkänner att det förekommer skillnader mellan de olika diskrimineringsgrunderna. Såväl funktionshinder som ålder pekas ut som exempel som tydligt visar att det är nödvändigt att skraddarskyddet för de olika grunderna. Effekten av dokumentet blev ett förslag till en europeisk tillgänglighetslag som huvudsakligen syftar till

Den 17 juni år 2010 då det Europeiska rådet höll möte beslutade Europas regerings- och statschefer om ett gemensamt tillvägagångssätt för lämplig och hållbar tillväxt för samtliga individer. Den gemensamma strategin fick beteckningen Europa 2020 och det beslutades att strategin skulle vara gällande under de kommande tio åren. I syfte att minska risken för fattigdom hos individer med funktionsnedsättningar återfinns i strategin mål för b.l.a. funktionshindrades sysselsättning och dess ökade sociala delaktighet. Utifrån EU:s gemensamma målsättningar är det upp till de nationella medlemsstaterna att förverkliga och genomföra strategin. Strategin har fem huvudsakliga mål som EU skall ha uppnått innan år 2020 och ett av dessa är att sysselsättningsgraden för individer mellan 20-64 år skall vara minst 75 procent.⁷¹

De europeiska arbetsmarknadsparterna BUSINESSEUROPE/UEAPME, CEEP samt ETUC träffade den 25 mars år 2010 ett ramavtal avseende en för alla tillgänglig arbetsmarknad. Avtalet grundas i tanken att det krävs att samtliga parter på arbetsmarknaden tar ett gemensamt ansvar och avtalet sätter upp en allmän ram för åtgärder som kan underlätta att målet med en inkluderande arbetsmarknad uppnås.⁷²

2.3 Diskrimineringslagen

2.3.1 Bakgrund och historia

I RF 1 kapitel 2§ stadgas att det allmänna skall verka för att diskriminering av funktionshindrade individer motverkas. Vidare stadgas att utövandet av den offentliga makten skall ske med hänsyn till samtliga individers lika värde. Då RF 1 kapitel 2§ syftar till att ange mål för samhällets verksamhet utgör bestämmelsen inte en s.k. rättsligt bindande föreskrift som kan ligga till grund för en domstolsprövning.⁷³

År 1996 presenterades en departementspromemoria som innehöll ett förslag till diskrimineringslagstiftning kring funktionshinder. Förslaget blev föremål för en mängd kritik och det var först år 1999 som lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder⁷⁴ trädde ikraft i Sverige. I likhet med det allmänna likabehandlingsdirektivet föreskrev

att underlätta tillgängligheten för varor och tjänster. Se vidare Barnard 2012, s. 266-267 och http://ec.europa.eu/justice/newsroom/discrimination/opinion/111207_en.htm besökt 2012-11-23.

⁷¹ Socialdepartementet 2011, s. 12 och http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/targets/index_sv.htm besökt 2012-11-23.

⁷² *Ramavtal om en arbetsmarknad för alla BUSINESSEUROPE/UEAPME, CEEP samt ETUC*, s. 2-5.

⁷³ RF 1 kapitlet 2§ första och femte stycket. Funktionshinderbegreppet är kopplat till det begrepp som finns i diskrimineringslagen, se prop. 2001/02:72, s. 50, prop. 2009/10:80, s. 188 samt Holmberg, Stjernquist, Isberg, Eliasson & Regner, Grundlagarna, (1 januari 2012 (tredje upplagan), Zeteo) kommentaren till 1 kapitlet 2§.

⁷⁴ Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder kommer nedan att benämnas såsom FUDA.

FUDA ett förbud mot direkt och indirekt diskriminering samt en skyldighet för arbetsgivaren att vidta skäliga stöd- och anpassningsåtgärder för individer med funktionshinder. FUDA:s bestämmelser var sanktionerade med skadestånd och såväl avtal, villkor, uppsägningar och avsked som stred mot FUDA kunde förklaras ogiltiga.⁷⁵

År 1999 var diskrimineringslagstiftningens område föremål för en genomgripande reform. Förutom FUDA infördes en ny lagstiftning avseende etnisk diskriminering samt en lagstiftning om diskrimineringsförbud avseende sexuell läggning. I början av 2000-talet fanns det inte mindre än sju skilda diskrimineringslagstiftningar.⁷⁶ År 2006 lade diskrimineringsutredningen fram ett förslag till en reform som innebar att samtliga diskrimineringslagar skulle sammanföras och ersättas med en gemensam lagstiftning. Den 4 juni år 2008 beslutade riksdagen om antagande av en ny gemensam diskrimineringslag och den 1 januari år 2009 trädde diskrimineringslag (2008:567)⁷⁷ i kraft.⁷⁸

2.3.2 Tillämpningsområde

I DL 2 kapitel 1§ regleras diskrimineringslagens tillämplighet på det arbetsrättsliga området. Där stadgas att diskrimineringsförbudet innebär att den som är arbetsgivare är förhindrad att diskriminera den som är arbetstagare, arbetssökande, fullgör eller söker en praktik samt den som såväl utför som står till förfogande för att utföra arbete hos arbetsgivaren såsom inhyrd eller inlånad arbetskraft.⁷⁹ Diskrimineringsförbuden gäller hela anställningsförfarandet och i princip samtliga situationer som har koppling till arbetet faller under bestämmelsens tillämpningsområde.⁸⁰ Exempelvis omfattas avsked eller uppsägning av en anställning, frångående av arbetsuppgifter, beslut om anställnings- eller lönevillkor, åtgärder under rekryteringsförfarandet samt uttag till övertidsarbete.⁸¹

⁷⁵ Inghammar 2007, s. 279-281.

⁷⁶ Källström och Malmberg 2009, s. 82.

⁷⁷ Diskrimineringslag (2008:567) kommer nedan att benämnas som DL.

⁷⁸ Diskrimineringsutredningens förslag var SOU 2006:22 jämför även Ds 1996:56, Inghammar 2007, s. 280 och Malmström och Källberg 2009, s. 82. Notera att Numhauser-Henning 2009, s. 497 har anfört följande avseende frågan om en gemensam diskrimineringslag innebär ett starkare skydd mot diskriminering eller inte. ”Risken är att lagen förstärker betydelsen av det formella likabehandlingsperspektivet och stannar vid ”den minsta gemensamma nämnaren” för samtliga diskrimineringsgrunder på bekostnad av ett mera aktivt arbete för reella förbättringar för olika grupper.”

⁷⁹ Utgångspunkten är att arbetstagarbegreppet är uppfyllt då en individ står till tjänst för löpande arbetsuppgifter som utförs inom arbetsgivarens organisation, under dennes ledning och kontroll och med en personlig arbetsförpliktelse som ersätts, se Lunning och Toijer 2010, s. 19–20, Källström och Malmberg 2009, s. 25, prop. 2007/08:95 s. 497 samt DL 2 kapitel 1§ första stycket.

⁸⁰ Förbudet tar typiskt sett tar sikte på skillnader som bedöms vara mer än bagatellartade, se prop. 2007/08:95, s. 498.

⁸¹ Prop. 2007/08:95, s. 134, Källström och Malmberg 2009, s. 95 samt Andersson, Edström och Zanderin 2011, s. 145.

Diskrimineringsförbudet riktar sig i första hand till arbetsgivaren. För att undgå att diskrimineringslagens regler kringgås bär arbetsgivaren dock även ett ansvar även för diskriminerande beslut som fattas av ett anlitat rekryterings- eller headhunting företag. I DL 2 kapitel 1§ tredje stycket stadgas även att med arbetsgivaren likställs de individer som har rätt att fatta beslut som rör de personer som uppräknas i bestämmelsens första stycke. Att likställa med arbetsgivaren är således de av arbetsgivaren anställda som har rätt att besluta i frågor som rör exempelvis anställningsförfarandet, arbetsledningsfrågor samt verksamhetsfrågor.⁸²

Ett missgynnande enligt diskrimineringslagens mening förutsätter att det är en särskild individ som missgynnas. Att en missgynnande handling som är riktad till allmänheten faller utanför lagens skydd framgår av följande uttalande i diskrimineringslagens förarbeten.

”Endast den som ansökt eller gjort en förfrågan om arbete föreslås kunna åberopa diskrimineringsförbudet. En arbetsgivare kan därför normalt i en platsannons ange önskemål om arbetssökandes kön, etniska tillhörighet, ålder etc. utan att detta i sig träffas av diskrimineringsförbudet.”⁸³

Värt att notera är att ny rättspraxis från EU-domstolen torde medföra att det ovan redogjorda förarbetsuttalandet får anses överspelat. I målet *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn* uttalade EU-domstolen att medlemsstaterna är förpliktigade att tillhandahålla effektiva sanktionsmedel jämväl då arbetsgivaren agerar diskriminerande i förhållande till allmänheten. Detta mål torde medföra att en framtida prövning i Arbetsdomstolen visar på att diskrimineringslagen numera erbjuder ett skydd även för diskriminerande handlingar som är vidtagna i förhållande till allmänheten.⁸⁴

I DL 2 kapitel 2§ första punkten stadgas att diskrimineringsförbudet inte hindrar särbehandling som grundas i en egenskap som utgör ett reellt och avgörande yrkeskrav som har ett godtagbart syfte då sättet för att uppnå syftet är lämpligt och nödvändigt. I förarbetena till bestämmelsen anføres att undantagsmöjligheten bör tillämpas restriktivt och som exempel anges att en ideell organisation för individer med funktionshinder får ha som krav att enbart funktionshindrade individer får företräda organisationen.⁸⁵

⁸² För att arbetsgivaren skall göras ansvarig för de anställdas handlande krävs att handlingen är vidtagen inom tjänsten samt att handlingen är förenlig med arbetsgivarens instruktioner eller goda minne, se vidare Källström och Malmberg 2009, s. 90 samt Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 2 kapitlet. 1§ och prop. 2007/08:95, s. 137-138, AD 2007 nr 45 och AD 2007 nr 16.

⁸³ Prop. 2007/08:95, s.140.

⁸⁴ Mål C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn* [2008], prop. 2007/08:95, s.140 och Nyström 2011, s. 42.

⁸⁵ DL 2 kapitel 2§ och prop. 2007/08:95, s. 160.

2.3.3 Diskrimineringsgrunden funktionshinder

I DL 1 kapitel 5§ fjärde punkten stadgas att med funktionshinder avses

”varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.”⁸⁶

I lagstiftningens förarbeten motiveras bestämmelsens allmänna karaktär med att det saknas möjlighet att göra en heltäckande uppräkningslista av funktionsbegränsningar som ska erhålla lagstiftningens stöd samt att en dylik uppräkningslista snabbt skulle kunna bli föråldrad. Enligt förarbetena är det därför lämpligast att lagtexten består av en allmän definition som domstolarna har att förhålla sig till då de i sin praxis mer i detalj styr personkretsens omfattning.⁸⁷ Exempel på skador och sjukdomar som Arbetsdomstolen har betraktat som funktionshinder är grav synskada, multipel skleros, diabetes, födoämnesallergi, DAMP och tvångssyndrom, nack- och axelskada samt förslitningsskada i armen.⁸⁸

Existensen av skadan eller sjukdomen är avgörande och huruvida det finns en medicinsk diagnos eller på vilket sätt funktionsnedsättningen har uppstått saknar därmed betydelse. Socialmedicinska problem och missbruk anses inte i sig medföra att en person faller under lagstiftningens skydd. Att poängtera är dock att sådana problem många gånger leder till en begränsning av förmågan som medför att individen bedöms ha ett funktionshinder enligt lagens mening.⁸⁹

I lagtextens ordalydelse stadgas att ett funktionshinder måste vara varaktigt. Av lagens förarbeten framgår exempelvis att ett arm- eller benbrott som enbart medför att individen får ett tillfälligt funktionshinder inte medför att individen omfattas av lagens funktionshinderbegrepp. Möjligheten att åberopa ett funktionshinder bortfaller även vid den tidpunkt individen har tillfrisknat eller rehabiliterats från den aktuella sjukdomen eller skadan. Någon tidsgräns för när en funktionsnedsättning är att betrakta såsom varaktig framgår varken av motiven eller av lagstiftningens ordalydelse.⁹⁰ Av EU-domstolens rättspraxis, *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* framgår att funktionshinderbegreppet enbart omfattar

⁸⁶ DL 1 kapitel 5§ fjärde punkten och Källström och Malmberg 2009, s. 85. Notera att diskrimineringsgrunden funktionshinder bygger på direktiv 2000/78/EG. Funktionshinderbegreppet skall därmed tolkas direktivkonformt, jämför *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* [2006].

⁸⁷ Inghammar 2007, s. 188, Glavå 2011, s. 323, SOU 1997:176, s. 105–107, Christensen 2000 s. 40 samt Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 1 kapitlet. 5§ fjärde punkten.

⁸⁸ AD 2003 nr 22, AD 2003 nr 47, AD 2003 nr 76, AD 2005 nr 32, AD 2006 nr 97, AD 2010 nr 13 samt AD 2011 nr 25 samt AD 2012 nr 51.

⁸⁹ SOU 1997:176, s. 105–107, prop. 1997/98:179 s. 34 samt Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 1 kapitlet. 5§ fjärde punkten.

⁹⁰ Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 1 kapitlet. 5§ fjärde punkten samt prop. 1997/98:179 s. 34-35.

funktionsnedsättningar som innebär att individen under en lång tid framöver begränsas i dess möjlighet att delta i arbetslivet, men någon exakt tidsgräns framgår inte heller av EU-domstolens mål.⁹¹ Inghammar har anfört följande avseende kravet på varaktighet.

”Utgår man från vad som anförts i anslutning till reglerna om saklig grund inom anställningsskyddet i 7§ LAS torde en nedsättning som består eller kan förväntas bestå under en period om ett år i vart fall kunna utgöra en varaktig nedsättning, med reservation för att det självfallet är diskutabelt att överföra ett tidsperspektiv från ett sammanhang till ett annat på detta vis.”⁹²

En individ som har en konstaterad sjukdom med ett progressivt förlopp, exempelvis HIV, cancer eller multipel skleros omfattas av lagens skydd även då sjukdomen ännu inte har givit något utslag i form av funktionsnedsättning. Avgörande för om förekomsten av sjukdomen aktualiserar lagens skydd är huruvida den i framtiden bedöms medföra en försämring av funktionsförmågan. Värt att notera är att skyddet uppkommer först då sjukdomen är konstaterad samt att personer som enbart är anlagsbärare faller utanför lagens skydd. Även individer som inte har någon nedsättning av funktionsförmågan kan omfattas av diskrimineringsgrunden. En förutsättning härför är emellertid att de endera missgynnas på grund av att de felaktigt bedöms ha ett funktionshinder eller på grund av en närståendes funktionshinder. Den svenska synen stämmer i detta avseende väl överens med EU-domstolens uttalanden i målet *Sharon Coleman mot Attridge Law, Stewe Law*.⁹³

2.3.4 Direkt diskriminering och krav på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder

I DL 1 kapitel 4§ första punkten stadgas att direkt diskriminering föreligger då en funktionshindrad individ missgynnas i förhållande till hur en individ utan funktionshinder har eller skulle ha blivit bemött i en jämförbar situation. Med missgynnande avses en åtgärd som medför en nackdel för den fysiska individen. Vad som är att anse som en nackdel bedöms i varje enskilt fall men värt att lyfta fram är att det i förarbetena anges att åtgärder som genererar en faktisk förlust såsom exempelvis upphörande av en anställning typiskt sett utgör ett missgynnande. Huruvida den diskriminerande åtgärden är avsiktligt vidtagen samt om åtgärden har vidtagits med ett bakomliggande syfte att skada saknar betydelse för bedömningen av frågan om det rör sig om direkt diskriminering. En grundläggande förutsättning är dock att det föreligger ett orsakssamband mellan den missgynnade åtgärden och existensen av funktionshindret.⁹⁴

⁹¹ Jämför mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* [2006].

⁹² Inghammar 2007, s. 282.

⁹³ Prop. 2007/08:95, s. 123 och mål C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Stewe Law* [2008].

⁹⁴ DL 1 kapitel 4§ första punkten, Källström och Malmberg 2009, s. 87-88, Rönmar 2006/07, s. 637, prop. 2007/08:95, s. 486, prop. 1997/98:179, s. 41, Malmberg 2001/02, s. 805 samt Malmberg 2001, s. 167. Här kan poängteras att den svenska synen på avsikt är väl

Kravet på orsakssamband kräver inte att funktionshindret har varit direkt utslagsgivande för beslutsfattandet. Det räcker att funktionshindret på ett indirekt sätt har påverkat arbetsgivarens beslut.⁹⁵ Av Svea Hovrätts mål T 7752-08 framgår att ansvar för direkt diskriminering undgås såvida insikt om funktionshindret sänkades vid tidpunkten då den missgynnande handlingen vidtogs. Målet handlade om en funktionshindrad individ som blivit nekad att komma in på Sturehof på grund av att vakterna felaktigt sammanblandat kvinnans funktionshinder med alkoholpåverkan. Domstolen gjorde bedömningen att utredningen gav stöd för att funktionshinder av den typ kvinnan hade lätt kunde sammanblandas med alkoholpåverkan. Då det inte var uteslutet eller osannolikt att vakterna inte insett att kvinnan hade ett funktionshinder resulterade bristande orsakssamband i att domstolen bedömde därför att direkt diskriminering inte förekommit.⁹⁶

För att fastställa huruvida en funktionshindrad arbetstagare eller arbetsökande har blivit behandlad sämre än en person utan funktionshinder krävs det att det sker en verklig eller hypotetiskt grundad jämförelse mellan behandlingen av den funktionshindrade individen och annan icke-funktionshindrad individ. En förutsättning för att direkt diskriminering skall föreligga är att den funktionshindrade individen är i en jämförbar situation som individer som saknar det aktuella funktionshindret.⁹⁷ En jämförbar situation föreligger då den funktionshindrade och den icke funktionshindrade har likvärdiga meriter, arbetsuppgifter, erfarenheter och förmåga att utföra anställningens väsentligaste arbetsuppgifter.⁹⁸

Ett funktionshinder har typiskt sett en ogynnsam inverkan på individens förmåga att utföra ett arbete. Enligt DL 2 kapitlet 1§ andra stycket är arbetsgivaren därför förpliktigad att vidta skäligen stöd- och anpassningsåtgärder. Skyldigheten att vidta stöd- och anpassningsåtgärder föreligger enbart såvida dessa kan medföra att den funktionshindrade arbetstagaren kommer i en jämförbar situation.⁹⁹ Då skäligen stöd- och anpassningsåtgärder kan reducera eller eliminera funktionshindret såtillvida att den funktionshindrade individen uppnår arbetsförmåga att utföra anställningens väsentligaste arbetsuppgifter föreligger en s.k. jämförbar

förenlig med den EU-rättsliga som tydliggjorts i mål C-171/88 *Ingrid Rinner- Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* [1989] samt i mål C-170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*. [1986] som visserligen rör könsdiskriminering men som får anses vägledande.

⁹⁵ Källström och Malmberg 2009, s. 88, Rönmar 2006/07, s. 644-645 och prop. 2007/08:95, s. 489. Se även prop. 2002/03:65, s. 90 där departementschefen har anfört att diskriminering kan anses ha förekommit då missgynnande har samband med att annan persons önskemål skall uppfyllas eller då hälsorisk skall undvikas.

⁹⁶ Mål T 7752-08. Vikten av insikt om förekomsten av funktionshinder betonas även av Arbetsdomstolen i AD 2005 nr 32 där det nära tidssambandet mellan insikt om sjukdom och vidtagande av uppsägning fick betydelse i bevissammanhang.

⁹⁷ Prop. 2007/08:95, s. 486-487 samt prop. 1997/98:179, s. 41.

⁹⁸ Prop. 2007/08:95, s. 99 samt prop. 1997/98:179, s. 41.

⁹⁹ DL 2 kapitel 1§ andra stycket.

situation. En negativ särbehandling som grundas i individens nedsatta arbetsförmåga utgör då direkt diskriminering.¹⁰⁰

Skyldigheten att överväga stöd- och anpassningsåtgärder riktar sig till arbetsgivaren samt till de hos arbetsgivaren anställda som har befogenhet att fatta beslut som påverkar övriga anställda eller arbetssökande.¹⁰¹ Skyldigheten gäller under såväl en anställningssituation som under pågående anställning och huruvida funktionshindret fanns vid anställningstidpunkten, har uppkommit eller förvärrats därefter eller har fått en annan relevans på grund av att arbetsgivaren har vidtagit en omorganisation saknar betydelse för frågan om arbetsgivarens skyldighet. Åtgärdsskyldigheten inträder då arbetsgivaren får kännedom om eller bort insett att en arbetstagare har ett funktionshinder.¹⁰² Då arbetsgivaren uppfyller insiktsrekvisitet är han förhindrad att förhålla sig passiv och det krävs då att han tar kontakt med arbetstagaren för att utröna huruvida skäliga stöd- och anpassningsåtgärder skall vidtas eller ej.¹⁰³ Vilken sorts åtgärder som följer av kravet på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder framgår inte av bestämmelsens ordalydelse och det saknas möjlighet att ange något generellt svar eftersom funktionshindret i kombination med de för anställningen aktuella arbetsuppgifterna är avgörande för bedömningen.¹⁰⁴ Till ledning kan emellertid användas följande uttalande från bestämmelsens förarbete.

”Åtgärder som kan övervägas kan vara sådana som avser att förbättra den fysiska tillgängligheten till arbetsplatsen och därtill hörande lokaler (tillgängligheten) liksom att i möjligaste mån göra dessa lokaler användbara för den funktionshindrade (användbarhet). Det kan vara fråga om tekniska hjälpmedel och särskilda arbetsredskap eller förändringar i den fysiska arbetsmiljön. Det kan handla om förstärkt belysning för den som är synskadad, god ventilation för den som är allergiker, tekniska hjälpmedel för att underlätta lyft eller transporter, datorstöd m.m. Även förändringar av arbetsuppgifterna, arbetstiden eller arbetsmetoderna kan bli aktuella.”¹⁰⁵

Arbetsgivarens skyldighet att vidta stöd- och anpassningsåtgärder är inte obegränsad. Med beaktande av ekonomi och övriga förhållanden hos arbetsgivaren, det aktuella funktionshindrets art och grad och anställningens tidsmässiga varighet görs en skälighetsbedömning i varje enskilt fall. Vid skälighetsbedömningen kan beaktas vilka skyldigheter arbetsgivaren har enligt annan lagstiftning och generellt sett anses en skyldighet som

¹⁰⁰ En funktionshindrad individ som efter att skäliga stöd- och anpassningsåtgärder har vidtagits har en arbetsförmåga som i väsentlig grad negativt påverkas av funktionshindret saknar sakliga förutsättningar för arbetet och ett missgynnande kan då aldrig utgöra direkt diskriminering, se vidare AD 2011 nr 25 samt prop. 2007/08:95, s. 150-151.

¹⁰¹ Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 2 kapitlet. 1§ samt DL 2 kapitlet 1§ andra och tredje stycket.

¹⁰² Jämför skillnaden i insiktsrekvisitet. För direkt diskriminering i andra fall krävs vetskap om funktionshindret, se Svea Hovrätts mål nr T 7752-08.

¹⁰³ Förekomsten av ett funktionshinder kan vara mer eller mindre känt, vilket medför att det i vissa fall kan krävas att arbetstagaren underrättar arbetsgivaren om funktionshindrets existens, se prop. 2007/08:95, s.153 och AD 2006 nr 83.

¹⁰⁴ Prop. 2007/08:95, s. 152 och 500.

¹⁰⁵ Prop. 2007/08:95, s. 500.

föreligger enligt exempelvis Arbetsmiljölagen (1977:1160) skälig även enligt diskrimineringslagen.¹⁰⁶

I AD 2010 nr 13 prövades frågan om en underlåtelse att vidta stöd- och anpassningsåtgärder utgjorde direkt diskriminering av en synskadad arbets-sökande individ. Arbetsdomstolen anförde att en jämförbar situation krävde att arbetsgivaren (Försäkringskassan) utöver kvinnan skulle ha behövt anställa ytterligare en person som skulle fungera som hennes arbetsbiträde samt att en omprogrammering av det för anställningen nödvändiga dator-systemet skulle ta cirka 20 000 arbetstimmar. Domstolen gjorde en intresse-avvägning och fann därvid att de föreslagna stöd- och anpassnings-åtgärderna inte var skäliga. Kvinnan hade således inte blivit utsatt för direkt diskriminering.¹⁰⁷

I AD 2011 nr 25 prövades dels frågan huruvida direkt diskriminering förelegat då ett vårdhem underlät att erbjuda en synskadad person praktik dels frågan om underlåtelse att ställa väsentliga frågor på den till praktiken föregående intervjun utgjorde direkt diskriminering på grund av funktionshinder. Arbetsdomstolen uttalade att det var klarlagt att det fanns ett orsakssamband mellan funktionshindret och beslutet att neka personen praktiktjänsten samt att underlåtelsen var att anse som ett missgynnande. Gällande huruvida den synskadade personen befunnit sig i en jämförbar situation uttalade Arbetsdomstolen följande. Hans synnedsättning medförde att han saknade förmåga att utföra anställningens väsentligaste arbetsuppgifter. Det var skäligt att kräva att vårdhemmet erbjudit honom ett särskilt förstoringsglas med lampa men detta hjälpmedel skulle inte i sig ha medfört att han fått arbetsförmåga i så hög grad att han kunde försättas i en jämförbar situation. Han saknade sakliga förutsättningar för praktiken och vårdhemmets agerande utgjorde därmed inte direkt diskriminering.¹⁰⁸

I det nyligen avgjorda målet AD 2012 nr 51 hade Arbetsdomstolen att ta ställning till uppsägning av en kvinna som arbetat som biträde i matvarubutiken Coop Butiker & Stormarknader AB. Kvinnan hade arbetat i butiken sedan år 1985 och på grund av en förslitningsskada hade kvinnan en varaktig fysisk begränsning av funktionsförmågan i höger arm. Med anledning av den nedsatta funktionsförmågan hade kvinnan sedan år 1999 erhållit halv sjukersättning och arbetat halvtid med arbetsuppgifter som var anpassade till hennes funktionsnedsättning. Bolaget vidtog en omorganisation som innebar att det uppstod övertalighet i butiken. Den 1 mars år 2011 sade bolaget upp kvinnan i en arbetsbristuppsägning, trots att det var hon som hade längst anställningstid i butiken.

Kvinnan företrädde av Handelsanställdas förbund som gjorde gällande att uppsägningen stred mot såväl anställningsskyddslagen som diskrimineringslagen. Som grund för brott mot anställningsskyddslagen anfördes

¹⁰⁶ Prop. 2007/08:95, s. 152. Arbetsmiljölagen (1977:1160) som nedan kommer att benämnas som AML.

¹⁰⁷ AD 2010 nr 13.

¹⁰⁸ AD 2011 nr 25 och jämför AD 2012 nr 51 som redogörs för i avsnitt 3.3.6.

följande. Uppsägningen grundades i personliga skäl som inte var tillräckliga för uppsägning eftersom kvinnan hade förmåga att utföra arbete av betydelse för Coop Butiker & Stormarknader AB. För det fall domstolen bedömde att det rörde sig om en arbetsbristuppsägning hade bolaget brustit i såväl omplaceringsskyldigheten som i tillämpningen av turordningsreglerna. Vidare innebar bolagets underlåtelse att erbjuda arbetshjälpmedel att bolaget brustit i rehabiliterings- och anpassningsskyldigheten som följer av arbetsmiljölagen. Uppsägningens oförenlighet med diskrimineringslagen motiverade förbundet på följande sätt. Då uppsägningen grundades i personliga skäl (kvinnans funktionshinder) innebar den att kvinnan hade utsatts för direkt diskriminering. Såvida uppsägningen grundades i arbetsbrist innebar såväl underlåtelserna att omplacera som tillämpningen av turordningsreglerna ett agerande som saknade förenlighet med diskrimineringslagen. Arbetsgivarparten bestred talan och anförde att uppsägningen hade saklig grund. Bolaget motiverade sin ståndpunkt bl.a. med att den övertalighet som uppstått i butiken förde med sig att bolaget saknade möjlighet att ha kvar kvinnans arbetsanpassade uppgifter. Uppsägningen var förenlig med turordningsreglerna och omplaceringsskyldigheten var fullgjord eftersom kvinnan saknat förmåga och kompetens att utföra de tjänster som fanns kvar i butiken. Att diskriminering inte hade förekommit motiverade bolaget med att kvinnan inte hade befunnit sig i en jämförbar situation. Hon hade inte heller hade kunnat komma i en sådan genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder.

Domstolen inledde sin prövning med att bedöma huruvida kvinnan utsatts för ett missgynnande enligt diskrimineringslagens mening. Domstolen fann att det sätt varpå kvinnan turordnats samt uppsägningen i sig innebar en oförmånlig behandling som grundade ett missgynnande enligt diskrimineringslagen. Därefter vidtog domstolen en samlad prövning av huruvida turordningsreglerna tillämpats på ett med anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen förenligt sätt. Domstolen anförde att kvinnans arbetsförmåga var avgörande för åtgärdens förenlighet med såväl anställningsskyddslagen som med diskrimineringslagen. Vid bedömningen av arbetsförmågan fann domstolen att kvinnans oförmåga att plocka upp tyngre varor medförde att kvinnan inte befunnit sig i en jämförbar situation som övriga arbetstagare. Domstolen gick därför in på en prövning av huruvida skäliga stöd-, anpassnings- eller rehabiliteringsåtgärder hade kunnat försätta kvinnan i en sådan situation. Vid denna bedömning anförde domstolen följande.

”När det gäller arbetsanpassningen att först sortera varorna, anser Arbetsdomstolen, att det inte är skäligt att kräva av arbetsgivaren att butiken organiseras på så sätt att varorna först ska sorteras för att F.K. sedan ska kunna plocka endast lätta varor. Det har inte framkommit att det finns några andra rehabiliterings- eller anpassningsåtgärder, som skulle kunna reducera funktionshindrets inverkan på F.K:s arbetsförmåga i relation till de arbetsuppgifter som finns i butiken.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ AD 2012 nr 51.

Domstolen bedömde att kvinnan saknat tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete i butiken. Trots att kvinnan enligt turordningslistan hade längst anställningstid var uppsägningen därför förenlig med anställningsskyddslagen. Att bolagets tillämpning av turordningsreglerna inte heller stred mot diskrimineringslagen motiverade domstolen med att kvinnan inte befunnit sig i en jämförbar situation och inte heller hade kunnat komma i en sådan genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder. Då tillämpningen av turordningsreglerna var förenlig med såväl anställningsskyddslagen som med diskrimineringslagen prövade domstolen huruvida bolaget fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Även vid denna prövning fann domstolen att kvinnans bristande tillräckliga kvalifikationer innebar att hon saknat möjlighet att omplaceras till de lediga tjänster som funnits. Domstolen sammanfattade sin bedömning av målet på följande sätt.

”Arbetsdomstolen har funnit att F.K. sagts upp på grund av arbetsbrist och att arbetsgivaren fullgjort sin rehabiliteringsskyldighet, sin skyldighet att vidta skäliga stöd- och anpassningsåtgärder samt även sin omplaceringsskyldighet. Detta medför att det har förelegat saklig grund för uppsägning av F.K.”¹¹⁰

Kravet på vidtagande av skäliga stöd- och anpassningsåtgärder gäller enbart då den funktionshindrade personens arbetsprestationer skall bedömas i förhållande till andra. Arbetsgivaren är således inte enligt diskrimineringslagen förpliktigad att mer allmänt och löpande underlätta arbetet för en funktionshindrad arbetstagare.¹¹¹ Kravet på enskild arbetsmiljöanpassning följer istället av arbetsmiljölagen.¹¹² Av 3 kapitlet 3§ andra stycket AML framgår att arbetsgivaren förpliktigas att anpassa arbetsförhållanden samt att vidta lämpliga åtgärder som underlättar för arbetstagarens möjlighet att fullfölja arbetet. Vidare framgår att arbetsgivaren vid planläggning av arbete skall beakta att arbetstagare kan ha olika förmåga och möjlighet att utföra vissa arbetsuppgifter. I arbetsmiljölagens förarbeten anges att de åtgärder som åsyftas kan vara arbetsorganisatoriska frågor och arbetsredskapsanpassning.¹¹³

2.3.5 Indirekt diskriminering

I DL 1 kapitel 4§ andra punkten regleras indirekt diskriminering. Av bestämmelsen framgår att indirekt diskriminering är för handen då en till synes neutral bestämmelse, ett tillvägagångssätt eller ett kriterium medför att individer som tillhör en viss diskrimineringsgrund missgynnas.¹¹⁴ I likhet

¹¹⁰ AD 2012 nr 51.

¹¹¹ Prop. 2007/08:95, s. 151.

¹¹² Att notera är att AML enbart rör arbetsmiljön för etablerade arbetstagare. Då 2 kap. 1§ andra stycket utökades till att även omfatta arbetstagare med etablerad position diskuterades i förarbetena huruvida den dubbla regleringen i AML och DL skulle medföra några problem. Då de åtgärder som respektive lagstiftning åsyftar var i huvudsak desamma och då DL är en civilrättslig lagstiftning till skillnad från AML som huvudsakligen är offentligrättslig anfördes det att det saknade det betydelse att det fanns en parallell reglering. Se vidare prop. 2005/06:207, s. 26 samt prop. 2007/08:95, s. 151 och s. 154.

¹¹³ Prop. 1990/91:140, s. 45-46.

¹¹⁴ DL 1 kapitel 4§ andra punkten.

med direkt diskriminering krävs det inte för indirekt diskriminering att förfarandet grundas i ett bakomliggande syfte att skada. Huruvida den indirekta diskrimineringen är avsiktligt eller oavsiktligt vidtagen kan dock få betydelse vid bedömningen av påföljden.¹¹⁵ Indirekt diskriminering bygger på rekvisiten missgynnande, jämförelse samt intresseavvägning. Ett missgynnande är för handen då en tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som till synes verkar vara neutralt medför en negativ effekt för individer som har funktionshinder. Det kan t.ex. handla om att en funktionshindrad individ drabbas negativt av en likabehandling på grund av denne har svårare att uppfylla bestämmelsens krav eller kriterium.¹¹⁶ För att avgöra huruvida en likabehandling missgynnar personer med funktionshinder krävs det att det sker en jämförelse mellan den funktionshindrade individens grupp och någon annan verklig grupp. För att indirekt diskriminering skall vara för handen krävs det att jämförelsen visar på att det föreligger en faktisk betydande skillnad mellan de jämförda grupperna. Vilka individer som ingår i den grupp som jämförs kan bli avgörande för prövningens utgång och det är därmed av central betydelse att avgöra hur den adekvata jämförelsegruppen skall avgränsas.¹¹⁷ Beträffande denna fråga har Inghammar anfört följande.

”Rimligen borde därför jämförelsen i samband med indirekt diskriminering ske i relation till just det funktionshinder som personen i fråga har – och inte ”funktionshinder” som en överordnad kategori.”¹¹⁸

En bestämmelse, ett kriterium eller ett förfarande som medför att olika fall behandlas lika med konsekvensen att funktionshindrade missgynnas utgör inte alltid indirekt diskriminering. En åtgärd som särskilt missgynnar personer med funktionshinder är förenlig med diskrimineringslagen såvida syftet bedöms vara godtagbart objektivt sett samt såvida det valda tillvägagångssättet är såväl lämpligt som nödvändigt.¹¹⁹ Vilka syften som bedöms objektivt godtagbara varierar från fall till fall men i förarbetena anges som exempel godtagbara verksamhetsbehov och nationell lagstiftning som syftar till att uppfylla viktiga samhälleliga syften i ett lands social- eller sysselsättningspolitik.¹²⁰ Enligt Inghammar torde förarbetsuttalande medföra att ett missgynnande grundat i en tillämpning av annan lagstiftning, såsom exempelvis anställningsskyddslagens omplacerings- eller företrädesrättsregler, inte torde kunna angripas med stöd av reglerna om indirekt diskriminering.¹²¹

Värt att lyfta fram är AD 2005 nr 87 som visserligen handlar om indirekt könsdiskriminering men som i brist på förtydligande rättspraxis på funktionshinderområdet får anses vara belysande. I målet hade Arbetsdomstolen att pröva huruvida indirekt könsdiskriminering förelegat

¹¹⁵ Prop. 1997/98:179, s. 43 samt prop. 2007/08:95, s. 103.

¹¹⁶ Prop. 2007/08:95, s. 490 och angående missgynnande se avsnitt 2.3.4.

¹¹⁷ Prop. 2007/08:95, s. 490-491 och Christensen 2000, s. 47.

¹¹⁸ Inghammar 2007, s. 289.

¹¹⁹ Prop. 2007/08:95, s. 491 samt Christensen 2000, s. 46.

¹²⁰ Prop. 2007/08:95, s. 491.

¹²¹ Inghammar 2007, s. 290-291.

då en kvinna som ej uppfyllde kraven på kroppslängd nekades en anställning på Volvo. Arbetsdomstolen fann att indirekt diskriminering förelegat och motiverade sitt ställningstagande med att Volvo inte hade lyckats med att visa att längdkravet var en såväl lämplig som essentiell åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.¹²²

2.3.6 Tvistelösning, sanktioner och bevisbörda

Tillsyn över att diskrimineringslagen följs utövas av en myndighet som benämns diskrimineringsombudsmannen. I DL 4 kapitel 2§ stadgas att ombudsmannen har rätt att föra talan för en enskilds arbetstagares räkning såvida denne medger detsamma men att notera är att ombudsmannen enbart har rätt att föra talan såvida arbetstagarorganisationen inte gör detsamma.¹²³

För att skapa gynnsammare förutsättningar för diskrimineringsförbudens verkningar i praktiken återfinns i DL 6 kapitel 3§ en bevispresumptionsregel som stadgar en delad bevisbörda.¹²⁴ Den delade bevisbördan medför att en arbetstagare som gör gällande att denne har blivit utsatt för direkt diskriminering avseende funktionshinder har att styrka sakförhållanden som gör det antagligt dels att arbetstagaren omfattas av diskrimineringsgrunden dels att denne har blivit mindre förmånligt behandlad än vad en annan individ som är i en jämförbar situation har blivit. För det fall arbetstagaren lyckas styrka dessa sakförhållanden medför bevispresumptionsregeln att det presumeras ett samband mellan den missgynnande åtgärden och förekomsten av funktionshindret.¹²⁵ Kärandesidan (arbetstagaren) har då uppfyllt sin åberops- och bevisbörda och den övergår den till arbetsgivaren som har att motbevisa att den missgynnade åtgärden har något samband med funktionshindret.¹²⁶ Arbetsgivaren kan exempelvis motbevisa genom att visa på att åtgärden ligger väl i linje med icke-diskriminerande bransch- eller företagspraxis, att den stöds av ett berättigat intresse eller att insikt om förekomsten av funktionshindret saknades vid den tidpunkt då åtgärden vidtogs.¹²⁷ Bevispresumptionsregeln innebär att bevisbördan är delad samt att käranden enbart skall presentera omständigheter ”som ger anledning att

¹²² AD 2005 nr 87 och jämför mål C- 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*. [1986].

¹²³ DL 4 kapitlet 2§, DL 6 kapitlet 2§ tredje stycket. och Glavå 2011, s. 370.

¹²⁴ Numhauser-Henning 2000, s.14 och Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen* (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 6 kapitlet. 3§.

¹²⁵ Av såväl Arbetsdomstolens praxis som av lagstiftningens förarbeten framgår att vilka sakförhållanden som krävs får avgöras vid rättstillämpningen i varje enskilt fall. Se NJA 2006 s. 170, prop. 2007/2008:95, s. 443 och s. 561, Malmberg 2001/02, s. 805 och s. 809, Rönmar 2006/07, s. 638. Jämför även det nyligen avgjorda mål T 2705-11 där Tingsrätten bedömde att mannen var trovärdig då han med hjälp av e-mail lyckades visa på förekomsten av diskriminering.

¹²⁶ Det krävs att arbetsgivaren kan visa att funktionshindrets existens inte på ett direkt eller indirekt sätt har haft någon betydelse, se prop. 2007/08:95, s. 489 samt Källström och Malmberg 2009, s. 88.

¹²⁷ Källström och Malmberg 2009, s. 93 samt Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen* (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 6 kapitlet 3§.

anta”. Regeln får därmed anses uppfylla de krav som framgår av det allmänna likabehandlingsdirektivets tionde artikel.¹²⁸

Vikten av att kändesidan uppfyller sin del av bevisbördan framgår av AD 2003 nr 76 där Arbetsdomstolen bland annat prövade huruvida fråntagande av en vakthavande vårdares uppgifter innebar en diskriminering på grund av hans funktionshinder. Förekomsten av funktionshindret var ostridigt men Arbetsdomstolen fann att mannen misslyckats med att visa omständigheter som gav anledning att anta att fråntagandet hade ett samband med funktionshindret. Bristande orsakssamband innebar att fråntagandet inte ansågs oförenligt med diskrimineringslagen.¹²⁹ I AD 2005 nr 32 prövades frågan om arbetsgivarens motbevisning var tillräcklig för att bryta diskrimineringspresumtionen. Arbetsdomstolen anförde att de av arbetsgivaren åberopade skälen till uppsägningen inte ansågs så övertygande att bolaget fick anses ha styrkt att uppsägningen saknade samband med arbetstagarens funktionshinder. Uppsägningen var därför oförenlig med diskrimineringsreglerna.¹³⁰

Vid indirekt diskriminering har arbetstagaren bevisbörda att visa på att de på arbetsplatsen till synes neutrala reglerna i praktiken är diskriminerande för arbetstagare som har det aktuella funktionshindret. Såvida arbetstagaren lyckas visa detta krävs det att arbetsgivaren motbevisar diskriminering genom att visa att regeln grundas i ett legitimt syfte samt att metoden för att uppnå det legitima intresset är såväl lämplig som nödvändig.¹³¹

Av Arbetsdomstolens rättspraxis framgår att det är arbetstagaren som har att visa på att skäliga stöd- och anpassningsåtgärder kan eliminera eller reducera funktionshindrets påverkan på arbetsförmågan i sådan mån att denne försätts i en jämförbar situation. Såvida kändesidan uppfyller sin bevisbörda i denna del har arbetsgivaren att visa på att de föreslagna åtgärderna inte är skäliga.¹³²

Ett individuellt avtal eller kollektivavtal vars innehåll helt eller delvis innebär att en arbetstagare missgynnas i en specifik situation kan jämkas eller förklaras ogiltigt av domstolen enligt DL 5 kapitlet 3§ första stycket. I DL 5 kapitel 3§ andra stycket stadgas att en uppsägning eller annan dylik rättshandling som strider mot diskrimineringslagen kan förklaras ogiltig. En förutsättning för ogiltigförklaring är att den part som anser sig diskriminerad

¹²⁸ DL 6 kapitlet 3§, jämför även mål C-127/92 *Enderby* [1993] samt mål C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995].

¹²⁹ AD 2003 nr 76, Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 6 kapitlet 3§. Jämför även AD 2009 nr 60 i vilket Arbetsdomstolen valde att pröva huruvida en missgynnande åtgärd haft ett direkt eller indirekt samband med förekomsten av ett funktionshinder trots att domstolen ifrågasatte huruvida den funktionshindrade mannen lyckats göra antagligt att han befunnit sig i en jämförbar situation.

¹³⁰ AD 2005 nr 32 och jämför även AD 2003 nr 55.

¹³¹ Källström och Malmberg, s. 93 samt Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 6 kapitlet 3§.

¹³² AD 2010 nr 13, AD 2011 nr 25, AD 2012 nr 51 samt prop. 1997/98:179, s. 68.

begär det.¹³³ En ogiltigförklaring innebär endera att anställningsförhållandet består eller att den diskriminerade arbetstagaren får tillbaka såväl arbetsuppgifter som förmåner. För det fall arbetsgivaren underlåter att följa ogiltighetsförklaringen följer det av DL 5 kapitel 3a§ att anställningen anses upplöst och arbetsgivaren är då skyldig att utge skälig ersättning.¹³⁴

Av DL 5 kapitlet 1§ framgår att en individ som har utsatts för diskriminering kan begära diskrimineringsersättning för kränkningen samt ekonomiskt skadestånd för den förlust som den diskriminerande handlingen har medfört. Storleken på det ekonomiska skadeståndet beror av hur lång tid arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren samt av vad denne har haft för lön vid anställningens upphörande. Ersättningen får aldrig understiga vad som följer av LAS 39§ andra eller tredje stycket och bedömningen av begreppet lön följer den som är gällande för 39§ LAS.¹³⁵

¹³³ Typiskt sett handlar det om partiell ogiltighet, men det kan även handla om att avtalet i sin helhet jämkas eller förklaras ogiltigt. Diskrimineringslagens tvingande karaktär framgår av DL 1 kapitel 3§ se vidare Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 1 kapitlet 3§, 5 kapitlet 3§ samt prop. 2007/08:95, s. 412 och s. 416.

¹³⁴ Se AD 1996 nr 35 samt AD 1997 nr 84 avseende beräkning av månadslön, Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo), kommentaren till 5 kapitlet 3§ och till 5 kapitlet 3a§ samt prop. 2010/11:89 s. 36.

¹³⁵ Om det föreligger särskilda skäl kan en skyldighet att utge såväl ideell som ekonomisk ersättning jämkas. Se DL 5 kapitel 1§, prop. 2007/08:95, s. 390, s.398–399 och s.403, AD 2003 nr 47 samt NJA 2007 s. 540.

3 Anställningsskydd

3.1 Internationellrättslig bakgrund

Den 22 juni år 1982 antogs ILO konvention nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ.¹³⁶ I konventionens fjärde artikel stadgas att arbetsgivare är förhindrade att vidta uppsägning av arbetstagare såvida arbetsgivaren inte kan visa på att den stöds av ett s.k. giltigt skäl. Vad som utgör ett giltigt skäl framgår inte av artikelns ordalydelse men i bestämmelsen stadgas att orsaken skall vara hänförlig till endera arbetstagarens duglighet, uppförande eller till företagets verksamhets behöriga gång eller förvaltning.¹³⁷

I såväl artikel 5 som artikel 6 uppräknas exemplifierande omständigheter som inte konstituerar ett sådant giltigt skäl som avses i artikel 4. Exempelvis stadgas i artikel 5 punkt (c) att en arbetstagare som anmäler att arbetsgivaren har överträtt lagar eller förordningar inte på denna grund skall kunna sägas upp. I artikel 6 första punkten stadgas att frånvaro som är tillfällig och som beror på endera sjukdom eller skada inte konstituerar en rätt för arbetsgivaren att säga upp arbetstagaren.¹³⁸

3.2 Europarättslig bakgrund

3.2.1 Europarådets sociala stadga

För att säkerställa att arbetstagare erhåller ett tillfredsställande skydd vid uppsägning av dess anställningskontrakt föreskrivs i artikel 24 i Europarådets sociala stadga att parterna åtar sig att erkänna följande.

”a) alla arbetstgares rätt att inte bli uppsagda utan giltigt skäl som har samband med deras duglighet eller uppförande eller som har sin grund i de krav som verksamheten ställer i företaget eller förvaltningen,

b) rätt till fullgod ekonomisk ersättning eller annan vederbörlig gottgörelse till arbetstagare som har blivit uppsagda utan giltigt skäl”¹³⁹

¹³⁶ ILO konvention (nr 158) om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ ratificerades av Sverige år 1983. Se vidare Källström och Malmberg 2009, s. 129 samt avsnitt 2.1. angående ILO konventionernas rättsliga status.

¹³⁷ ILO konvention (nr 158) om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ, artikel 4.

¹³⁸ ILO konvention (nr 158) om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ, artikel 5 och artikel 6. I prop. 1982/83:124, s. 5 framgår att konventionens krav bedömdes vara uppfyllda genom LAS 7§. Till konventionen finns rekommendation nr (166) om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ.

¹³⁹ Europarådets sociala stadga, artikel 24.

I artikel 24 föreskrivs även att parterna åtar sig att trygga att samtliga arbetstagare som menar sig ha blivit uppsagda utan giltigt skäl garanteras att uppsägningens giltighet prövas av ett opartiskt organ.¹⁴⁰

Sverige ratificerade Europarådets sociala stadga år 1962. På 1990-talets början var stadgan föremål för en djupgående omarbetning och år 1998 ratificerade Sverige den reviderade sociala stadgan.¹⁴¹

3.2.2 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Som har redogjorts för i avsnitt 2.2.2. avspeglar den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna medlemsstaternas internationella och konstitutionella åligganden och traditioner avseende individers grundläggande fri- och rättigheter. I stadgans artikel 30 stadgas på följande sätt ett skydd gentemot uppsägning utan saklig grund.

”Varje arbetstagare har rätt till skydd mot uppsägning utan saknar saklig grund, i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.”¹⁴²

Av den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna framgår inte vilka uppsägningar som skall anses vara sakligt grundade. Det torde därmed vara svårt att bedöma vilken räckvidd uppsägningsförbudet i stadgans artikel 30 har. Till vägledning kan framhållas att det i Förklaringen till den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna artikel 30 framhävs att artikeln har inspirerats av artikel 24 i Europarådets sociala stadga.¹⁴³

3.2.3 EU-fördragen efter Lissabonfördraget och sekundärrätten

I FEUF artikel 153 första punkten stadgas att unionen såväl skall understödja som komplettera medlemsstaternas verksamhet inom b.la. områdena arbetsmiljö, arbetsvillkor, arbete mot social utslagning och skydd för arbetstagare då dess anställningsavtal slutar att gälla.¹⁴⁴

I FEUF artikel 153 andra punkten ges Europaparlamentet och rådet befogenhet att vidta olika åtgärder på de områden som har angivits i den första punkten. Värt att lyfta fram är exempelvis att Europaparlamentet och

¹⁴⁰ Europarådets sociala stadga, artikel 24.

¹⁴¹ Prop. 2007/08:95, s. 55 samt prop. 1997/98:82, s. 4.

¹⁴² Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 30. I avsnitt 2.2.2 redogörs mer ingående för stadgans rättsliga status och för att undvika upprepning hänvisas dit för mer ingående läsning.

¹⁴³ <http://eur-lex.europa.eu/sv/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303SV.01001701.htm> besökt 2012-11-14.

¹⁴⁴ FEUF, artikel 153 första punkten.

rådet ges möjlighet att genom direktiv föreskriva minimikrav som skall genomföras i medlemsstaterna. Europaparlamentet och rådet har använt denna rätt ett antal gånger, att nämna är bland annat följande antagna direktiv.

År 1998 antog rådet ett direktiv¹⁴⁵ som föreskriver tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftningar avseende kollektiva uppsägningar. Direktivet kring kollektiva uppsägningar syftar till att stärka arbetstagarnas skydd och i direktivet återfinns bland annat regler kring arbetsgivarens skyldighet att såväl lämna information som att överlägga med arbetstagarrepresentanter.¹⁴⁶ Kort därefter, år 1999, antogs det s.k. visstidsdirektivet¹⁴⁷. Visstidsdirektivet syftar till att avfatta ett ramverk som förhindrar missbruk av var på varandra följande tidsbegränsade anställningsförhållanden. I direktivet stadgas bland annat krav på objektiv grund för att en visstidsanställning skall få förnyas samt en maximal tidsgräns för flera på varandra följande tidsbegränsade anställningar.¹⁴⁸

År 2000 antogs det allmänna likabehandlingsdirektivet och kort därefter, år 2001, antogs det s.k. överlåtelsedirektivet¹⁴⁹. I överlåtelsedirektivet stadgas ett uppsägningsförbud som innebär att en överlåtelse inte i sig medför en rätt för varken överlåtaren eller förvärvaren att vidta uppsägning.¹⁵⁰

Som tidigare har redogjort för i avsnitt 2.2.2. stadgas det i EUF artikel 6 att unionen skall erkänna såväl de rättigheter som de principer som följer av den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt att rättighetsstadga erhåller samma rättsliga dignitet som fördragen.¹⁵¹

¹⁴⁵ Rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar kommer nedan att benämnas som direktivet om kollektiva uppsägningar.

¹⁴⁶ Rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar, artikel 2 och artikel 3.

¹⁴⁷ Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

¹⁴⁸ Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP, artikel 1.

¹⁴⁹ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagaers rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter, artikel 4.

¹⁵⁰ FEUF artikel 153 andra punkten, Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagaers rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter och Rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

¹⁵¹ EUF, artikel 6.

3.3 Anställningsskyddslagen

3.3.1 Bakgrund och historia

År 1938 ingick SAF och LO det s.k. Saltsjöbadsavtalet. Avtalet innebar delvis att arbetsgivarna fick en skyldighet att uppge vilka skäl som låg bakom en uppsägning delvis att en uppsägning skulle föregås av en förhandling. År 1964 ändrades Saltsjöbadsavtalet på så sätt att arbetsgivarna fick vidta uppsägningar enbart såvida de kunde motiveras med saklig grund. Trots det anförde Arbetsdomstolen år 1967 att arbetsgivaren hade en fri möjlighet att vidta uppsägningar. Det faktiska skyddet mot uppsägning utan saklig grund får därför sägas ha införts först år 1974 då den första anställningsskyddslagen (SFS 1974:12) trädde ikraft.¹⁵² Idag återfinns regler om anställningsskydd och trygghet i anställningen huvudsakligen i lag (1982:80) om anställningsskydd.¹⁵³

Anställningsskyddslagens uppbyggnad, utformning och tillämpning visar att lagen bygger på en sammanjämkning av ett flertal delvis motstridiga syften och ändamål.¹⁵⁴ För det första framgår av lagstiftningens förarbeten att ett av lagens syften är att den skall utgöra ett socialt skydd för anställda som är särskilt svaga på grund av ålder eller sjukdom. Närmare framgår att lagen syftar till att motverka att arbetsmarknaden delas upp i två delar, en som innehåller unga och välutbildade individer och en som innehåller äldre, funktionshindrade och sämre utbildad arbetskraft.¹⁵⁵ En annan funktion som lagen har är att uppställa ett skydd mot godtycke. Anställningsskyddslagen syftar till att förhindra att arbetstagare sägs upp genom godtyckliga uppsägningar och kravet på att en av arbetsgivaren vidtagen uppsägning grundas i objektiva skäl eller saklig grund innebär att arbetstagarna får en starkare ställning på arbetsplatsen.¹⁵⁶ För det tredje syftar anställningsskyddslagen till att bevara och säkerställa intresset av effektivitet i den ekonomiska kontexten. Detta ändamål innebär b.l.a. att uppsägningar som är grundade i arbetsbrist typiskt sett har saklig grund, att anställningsskyddslagen inte är ett redskap för att bevara anställningar i nedläggningshotade företag samt att små företag har en möjlighet att från turordningen undanta arbetstagare som har en särskild betydelse för verksamhetens fortlöpande. För det fjärde och sista syftar anställningsskyddslagen till att förstärka det fackliga inflytandet över anställningsskyddsfrågor. Fackföreningarnas betydelse vid uppsägning innebär att lagen kan sägas ha en medbestämmandefunktion.¹⁵⁷

¹⁵² SFS 1974:12 samt SOU 1993:32, s. 116–117.

¹⁵³ Lag (1982:80) om anställningsskydd kommer nedan att benämnas som anställningsskyddslagen eller LAS.

¹⁵⁴ Källström och Malmberg 2009, s. 130.

¹⁵⁵ Prop. 1973:129, s. 126.

¹⁵⁶ Vid arbetsbristuppsägningar är det främst turordningsreglerna som utgör ett skydd gentemot godtycke, se Källström och Malmberg 2009, s.130 och Sigeman 1984, s. 885.

¹⁵⁷ Källström och Malmberg 2009, s. 131.

3.3.2 Lagens tillämpningsområde, semidispositiva karaktär och arbetsgivarens förhandlingsskyldighet

I 1§ LAS regleras lagens tillämpningsområde. Där stadgas att lagen är tillämplig på arbetstagare i såväl allmän som i enskild tjänst.¹⁵⁸ Lagen omfattar i princip samtliga anställningsförhållanden och den gör inte någon principiell åtskillnad mellan olika yrken eller mellan fackligt organiserade och oorganiserade arbetstagare. Lagens tillämpningsområde är dock inte obegränsat. I 1§ andra stycket LAS stadgas att arbetstagare som har en s.k. företagsledande eller därmed jämförlig position, som är en del av arbetsgivarens familj, som utför arbete i arbetsgivarens hushåll samt som har särskilt anställningsstöd, skyddat arbete eller utvecklingsanställning faller utanför anställningsskyddslagen. Av 2§ första stycket LAS framgår även att ytterligare undantag kan följa av annan lagstiftning.¹⁵⁹

Arbetstagarens förhållande till arbetsgivaren är ensidigt tvingande till arbetstagarens förmån. I 2§ andra stycket LAS stadgas att ett avtal saknar giltighet såvida det upphäver eller inskränker de rättigheter som arbetstagarna garanteras i anställningsskyddslagen. Värt att notera är att den tvingande karaktären typiskt sett enbart gäller avseende avtal där rättigheterna på förhand avtalas bort samt att det av AD 1977 nr 56 framgår att det är en objektiv bedömning av vad som normalt sett innebär en nackdel som är avgörande för bedömningen av ett avtals giltighet.¹⁶⁰

I såväl den svenska som den övriga nordiska arbetsrätten har lagstiftningen i hög utsträckning en semidispositiv karaktär. I 2§ tredje stycket LAS regleras möjligheten att genom kollektivavtal föreskriva avvikande regler från 5, 6, 22 och 25-27§§ LAS och i bestämmelsens fjärde stycke regleras möjligheten att genom centralt upprättade kollektivavtal föreskriva avvikelser från ännu fler av anställningsskyddslagens regler.¹⁶¹ Enligt 26§ MBL är det arbetstagare som är medlemmar i den aktuella avtalslutande organisationen som binds av avtalade avvikelser. Värt att notera är dock att det av principen om kollektivavtalets utfyllande verkan och 2§ sjätte stycket LAS följer att arbetsgivaren har en rätt att tillämpa avvikande anställningsskyddsregler som härstammar från kollektivavtal också på arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalslutande arbetstagarorganisationen. En förutsättning är emellertid att arbetstagarnas arbetsuppgifter faller inom kollektivavtalets tillämpningsområde samt att arbetstagarna inte omfattas av annat kollektivavtal som reglerar dess anställningsskydd. Av AD 1978 nr 163 framgår att ett kollektivavtal kan ha

¹⁵⁸ LAS 1§ första stycket.

¹⁵⁹ Lunning och Toijer 2010, s. 16-17 och för en mer utförlig redogörelse av undantaget företagsledande eller därmed jämförlig position hänvisas till Fahlbeck 2001, s. 130.

¹⁶⁰ Prop. 1973:129, s. 266, Källström och Malmberg 2009, s. 163-166, AD 1977 nr 56, AD 1998 nr 93 och Lunning 1995/96, s. 430 där han är kritisk till att Arbetsdomstolen i AD 1995 nr 108 bedömde ett kollektivavtal som handlade om avstående av företrädesrätt till återanställning såsom ogiltigt.

¹⁶¹ LAS 2§ tredje och fjärde stycket.

utfyllande verkan även i de fall arbetstagarna inte har blivit informerade om kollektivavtalets existens och innehåll.¹⁶²

I artikel 2 i rådets direktiv kring kollektiva uppsägningar stadgas att arbetsgivaren har en skyldighet att överlägga med arbetstagarrepresentanter, såvida denne överväger att vidta kollektiva uppsägningar.¹⁶³ Arbetsgivarens förhandlingsskyldighet har delvis implementerats i 29§ LAS som föreskriver att 11-14§ MBL är styrande för huruvida arbetsgivaren har en skyldighet att förhandla eller ej. I 11§ MBL regleras förhandlingsskyldighet för arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal. Där stadgas att arbetsgivare, innan denne vidtar såväl en viktigare förändring av sin verksamhet som av arbets- eller anställningsförhållanden för arbetstagarorganisationens medlemmar, har en skyldighet att på eget initiativ förhandla med arbetstagarorganisationen. En arbetsbristuppsägning är en viktigare förändring av verksamheten, oavsett huruvida den kollektivavtalsslutna arbetstagarorganisationens medlemmar berörs av arbetsbristen, har arbetsgivaren därför en skyldighet att på eget initiativ vidta förhandlingar med organisationen. Undantag från förhandlingsskyldigheten medges såvida det föreligger synnerliga skäl.¹⁶⁴

I 13§ första stycket MBL stadgas att arbetsgivare, innan vidtagande av viktigare förändringar av arbetstagens arbets- eller anställningsförhållanden, har skyldighet en att förhandla med den arbetstagarorganisation som den berörda arbetstagaren är medlem i. Första stycket avser enbart så kallade individuella fall och såvida arbetsgivaren planerar att vidta en förändring av verksamheten eller av arbetsförhållanden för flera arbetstagare är 13§ första stycket ej tillämpligt. En kollektivavtalsbunden arbetsgivare som skall vidta en arbetsbristuppsägning har således enbart förhandlingsskyldighet gentemot den kollektivavtalsslutna arbetstagarorganisationen. I 13§ andra stycket regleras förhandlingsskyldighet för den arbetsgivare som inte alls är bunden av något kollektivavtal. Där stadgas att arbetsgivaren, innan denne vidtar en arbetsbristuppsägning, är tvungen att förhandla med samtliga arbetstagarorganisationer som har arbetstagare som berörs av verksamhetsförändringen.¹⁶⁵

¹⁶² LAS 2§ sjätte stycket, MBL 26§ och Lunning och Toijer har anfört att den allmänna princip som kommer till uttryck genom AD 1978 nr 163 synes vara lämplig att tillämpa avseende kollektivavtalade turordningsregler, uppsägningstider och dyl. Se vidare Lunning och Toijer 2010, s. 135.

¹⁶³ Rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar, artikel 2.

¹⁶⁴ MBL 11§, jämför även <http://www.verksamt.se/portal/web/guest/driva/anstalla-personal/avsluta-en-anstallning/arbetsbrist> besökt 2012-12-12.

¹⁶⁵ MBL 13§.

3.3.3 Arbetsbristbegreppet och arbetsbrist som saklig grund för uppsägning

I 7§ första stycket LAS stadgas att en uppsägning som vidtas av arbetsgivaren måste vara sakligt grundad. Vad som utgör saklig grund preciseras inte i lagtexten och i bestämmelsens förarbete motiveras detta på följande sätt.

”Innebörden av begreppet saklig grund kan enligt utredningens mening inte bestämmas generellt, eftersom uppsägningsfallen är så olika sinsemellan och förhållandena varierar så kraftigt mellan olika arbetsplatser.”¹⁶⁶

Anställningsskyddslagen är uppbyggd kring den rättsliga föreställningen att en uppsägning vidtas endera på grund av omständigheter som går att härleda till arbetstagaren som person, s.k. personliga skäl eller på grund av arbetsbrist och därmed jämförliga situationer.¹⁶⁷

En uppsägning som grundas i en individs funktionshinder och den nedsatta arbetsförmåga som följer därav är en uppsägning av personliga skäl. Huvudprincipen är att sjukdom inte utgör saklig grund för uppsägning såvida arbetstagaren har förmåga att utföra arbete av relevans för arbetsgivaren.¹⁶⁸ Anställningsskyddslagens arbetsbristbegrepp omfattar samtliga uppsägningar som beror på annat än omständigheter som uteslutande är hänförliga till arbetstagarens person. Arbetsbrist kräver således inte att det råder en faktisk avsaknad av arbetsuppgifter, inom begreppet omfattas även t.ex. att arbetsgivaren av företagsekonomiska eller organisatoriska skäl finner det oombärligt att vidta en uppsägning.¹⁶⁹ Så tidigt som i förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag anfördes att en uppsägning av en arbetstagare inte skall utgöra ett hinder för fullföljande av driftsförändringar och det är arbetsgivarens egen bedömning av behovet att vidta verksamhets- eller organisationsförändringar och dess effekter på arbetsstyrkan som är avgörande för huruvida arbetsbrist föreligger eller inte.¹⁷⁰

Vid bedömning av huruvida en arbetsbristuppsägning är sakligt grundad vidtar Arbetsdomstolen ingen överprövning av den företagsekonomiska aspekten. Domstolens bedömning grundas istället på en granskning av huruvida de av arbetsgivaren åberopade uppsägningsskälerna är reella och acceptabla. Normalt sett är åberopade verksamhetsrelaterade skäl en acceptabel grund för vidtagande av uppsägning och avgörande blir därför prövningen av realiteten i de åberopade skälerna. Realitetsbedömningen går ut på att avgöra huruvida arbetsgivaren har vidtagit en organisations- eller

¹⁶⁶ Prop. 1973:129, s. 119.

¹⁶⁷ Källström och Malmberg 2009, s. 133 samt Lunning och Toijer 2010, s. 333.

¹⁶⁸ Värt att såväl poängtera som notera är att en uppsägning på grund av sjukdom skall föregås av ett flertal rehabiliterings- och anpassningsåtgärder som följer av Arbetsmiljölagen, se vidare Källström och Malmberg 2009, s. 134 och s. 274–275.

¹⁶⁹ AD 2003 nr 29, prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65.

¹⁷⁰ Prop. 1973:129, s. 123, prop. 1981/82:71, s. 65 och Källström och Malmberg 2009, s. 143.

verksamhetsförändring i nära anslutning till uppsägningen eller ej.¹⁷¹ Av AD 2006 nr 92 framgår att vidtagande av en arbetsbristuppsägning inte kräver att det föreligger arbetsbrist vid uppsägningstidpunkten, avgörande är istället personalsituationen vid uppsägningstidens slut. För att undvika att uppsägningar vidtas i förebyggande syfte får arbetsgivaren dock enbart beakta omständigheter som med trygghet kan överblickas.¹⁷²

I de fall arbetsgivaren vill vidta uppsägning av enbart en eller ett fåtal arbetstagare kan gränsdragningen mellan en uppsägning som grundas i arbetsbrist eller personliga skäl bli särskilt svår.¹⁷³ I AD 1994 nr 122 hade Arbetsdomstolen att ta ställning till gränsdragningen och domstolen uttalade härvid följande.

”Något enkelt och klart svar kan inte lämnas. En grov teoretisk indelning kan dock göras på följande sätt. Om grunden för arbetsgivarens uppfattning är att företagsekonomiska överväganden leder till att verksamheten inte kan bära den aktuella lönen, är det i princip inte fråga om ett förhållande som är att hänföra till arbetstagaren personligen. Är grunden för arbetsgivarens uppfattning i stället att verksamheten visserligen kan bära den aktuella lönen i och för sig, men att arbetstagaren enligt arbetsgivarens mening inte presterar en arbetsinsats som svarar mot hans lön, är det däremot i princip fråga om ett sådant till arbetstagarens person hänförligt förhållande (jfr arbetsdomstolens uttalanden i AD 1993 nr 61). Det är dock uppenbart att de båda nämnda fallen kan vara svåra att särskilja.”¹⁷⁴

Av målet framgår att gränsdragningen mellan en uppsägning av arbetsbrist och personliga skäl kan sammanfattas på följande sätt. En uppsägning grundas i arbetsbrist såvida den problematik arbetsgivaren vill reda ut kan lösas genom insatser som är riktade mot i princip vilken arbetstagare som helst. Det rör sig om en uppsägning av personliga skäl såvida arbetsgivarens problem enbart kan lösas genom åtgärder som är riktade direkt gentemot den specifika arbetstagaren.¹⁷⁵

För det fall arbetsgivaren vidtar en arbetsbristuppsägning trots att det verkliga skälet inte är verksamhetsanknutet, utan uteslutande omständigheter som är förbundna med den aktuella arbetstagarens person handlar det fingerad arbetsbrist. Vid fingerad arbetsbrist anges i förarbetena att domstolen skall pröva uppsägningen gentemot den reella grunden, de personliga skälen.¹⁷⁶ Av AD 1976 nr 26 och AD 1985 nr 79 framgår att bevisprövningen av huruvida en uppsägning är företagen med stöd av

¹⁷¹ Källström och Malmberg 2009, s. 143, Glavå 1999, s. 502 och AD 1993 nr 101 där domstolen uttalade följande. ”Detta innebär bl.a. att en domstol inte kan gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i att genomföra en förändring av arbetsgivarens verksamhet eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren funnit lämpligt (se prop. 1973:129 s. 123, jfr prop. 1981/82:71 s.65).”

¹⁷² Lunning och Toijer 2010, s. 489.

¹⁷³ Rönmar 2006/07, s. 631.

¹⁷⁴ AD 1994 nr 122.

¹⁷⁵ Rönmar 2006/07, s. 631.

¹⁷⁶ Prop. 1981/82:71, s. 65, prop. 1973:129, s. 123, Källström och Malmberg 2009, s. 133-134, Lunning och Toijer 2010, s. 333 och se exempelvis AD 1994 nr 122, AD 1994 nr 140. AD 1997 nr 121 samt AD 2012 nr 11.

fingerad arbetsbrist får en speciell karaktär i de fall det rör sig om en verksamhetsförändring som enbart drabbar en arbetstagarare. Av målen framgår att för det fall arbetstagararen lyckas visa sannolika skäl för att uppsägningen är vidtagen på grund av andra omständigheter än de som arbetsgivaren har hävdats så ställs det krav på att arbetsgivaren visar att uppsägningen skulle ha vidtagits oaktat de personliga skälen. Trots den nyanserade bevisprövningen visar en analys av såväl AD 2005 nr 53 som AD 2006 nr 68 och AD 2012 nr 11 att Arbetsdomstolen enbart sällan godtar arbetstagararens åberopande om fingerad arbetsbrist.¹⁷⁷

Då en uppsägning kan motiveras med såväl arbetsbrist som med personliga skäl föreligger en splittrad motivbild. Av Arbetsdomstolens rättspraxis framgår att den förestående arbetsbristen då konsumerar bakomliggande skäl av personlig karaktär. Ett mål som väl belyser detta är AD 2012 nr 51 som handlar om uppsägning av en kvinna som hade en funktionsnedsättning i höger arm. I målet godtog domstolen arbetsgivarens åberopande om omorganisation och övertaglighet. Domstolen uttalade följande.

”Om det därutöver också har funnits personliga skäl för uppsägningen, saknar därmed betydelse för frågan om det förelagat saklig grund för uppsägningen.”¹⁷⁸

3.3.4 Omplaceringsskyldighet

I 7§ andra stycket LAS stadgas att en uppsägning saknar saklig grund såvida det är skäligt att begära att arbetsgivaren omplaceras arbetstagararen till annat arbete hos sig. Omplaceringsskyldigheten är tvingande men den uppkommer enbart såvida en omplacering bedöms vara såväl skälig som möjlig för arbetsgivaren. Kravet på att omplaceringen skall vara möjlig innebär att det skall finnas arbeten som är lediga. Av AD 1983 nr 127 samt AD 1997 nr 98 framgår dock att det av omplaceringsskyldigheten inte följer en förpliktelse att varken inrätta eller skapa nya arbeten.¹⁷⁹

Att en omplacering skall vara skälig för arbetsgivaren innebär att de problem som motiverar en omplacering skall kunna lösas genom den aktuella åtgärden samt att det med hänsyn till bakomliggande omständigheter får anses rimligt att arbetsgivaren åläggs skyldigheten.¹⁸⁰ Arbetsgivaren är förpliktad att agera i syfte att ta tillvara de omplaceringsmöjligheter som finns, men dess skyldighet att omplacera begränsas till de lediga arbeten som arbetstagararen har tillräckliga kvalifi-

¹⁷⁷ Rönmar 2006/07, s. 631–632, AD 1976 nr 26, AD 1985 nr 79, AD 2005 nr 53, AD 2006 nr 68 och AD 2012 nr 11.

¹⁷⁸ AD 2012 nr 51.

¹⁷⁹ Glavå 2011, s. 473–474, AD 1997 nr 98 samt AD 1983 nr 127 där Arbetsdomstolen uttalat följande. ”Lika litet som det har ansetts kunna krävas av en arbetsgivare att han håller verksamheten i gång i oförändrad utsträckning enbart för att bereda sina anställda full sysselsättning kan det begäras att han för att undvika friställningar utvidgar sin verksamhet eller på annat sätt skapar arbetstillfällen som inte går att erbjuda i verksamheten sådan den i fortsättningen är avsedd att bedrivas (jfr t ex AD 1977 nr 151, 1980 nr 168, 1983 nr 42).”

¹⁸⁰ Glavå 2011, s. 473.

kationer för att utföra.¹⁸¹ Av AD 1999 nr 24 framgår att kravet på tillräckliga kvalifikationer avser de allmänna kvalifikationer som typiskt sett gäller vid en nyanställning, att arbetsgivaren är skyldig att acceptera en viss inlärningsperiod samt att arbetstagaren saknar rätt att begära en omskolning. I AD 1996 nr 54 uttalade Arbetsdomstolen följande avseende fastställande av kraven på tillräckliga kvalifikationer.¹⁸²

”Utgångspunkt för bedömningen i denna del är att en arbetsgivare har rätt att själv bestämma vilka kvalifikationer som skall föreligga för anställning på en viss befattning. Undantag härifrån kan tänkas om uppställda krav t.ex. framstår som försök att kringgå bestämmelser i lag eller avtal eller på annat sätt strider mot god sed på arbetsmarknaden.”¹⁸³

I syfte att utröna om det finns möjlighet att erbjuda en arbetstagare som riskerar att bli uppsagd ett annat arbete ställs det krav på att arbetsgivaren vidtar en omplaceringsutredning.¹⁸⁴ Omfattningen av utredningen beror av omständigheterna i det enskilda fallet, men undersökningsplikten synes typiskt sett vara vidsträckt och omfatta hela arbetsgivarens verksamhet. Normalt sett krävs det att arbetsgivaren vidtar individuella undersökningar för respektive arbetstagare. Vid mer omfattande uppsägningar framgår dock av Arbetsdomstolens rättspraxis exempelvis AD 1996 nr 149 samt AD 1984 nr 19 att det godtas att arbetsgivaren vidtar en översiktlig utredning som inte ingående behandlar samtliga arbetstagares individuella förhållanden.¹⁸⁵

Omlaceringsutredningen och dess gränser har varit föremål för ett flertal prövningar i Arbetsdomstolen och ett fall som väl belyser omplaceringsutredningens räckvidd är AD 1984 nr 141. Av detta mål framgår att arbetsgivaren i första hand har en skyldighet att undersöka sysselsättningsmöjligheten på den arbetsplats eller inom den företagsenhet där den aktuella arbetstagaren tidigare har arbetat. Först såvida det inte finns något arbete inom dessa områden har arbetsgivaren en skyldighet att undersöka om det finns lediga arbeten någon annanstans inom företaget och för det fall företaget har flera driftsenheter har arbetsgivaren en skyldighet att undersöka sysselsättningsmöjligheten i samtliga enheter. Notera dock att utredningsskyldigheten inte omfattar andra företag som ingår i samma koncern samt att en arbetsgivare som bedriver olika sorters verksamhet på olika orter inte typiskt sett behöver undersöka möjlighet till omplacering i verksamhetens olika rörelsegrenar.¹⁸⁶

En oklarhet avseende om en omplaceringsutredning har skett eller kunnat ske innebär normalt sett att arbetsgivaren inte har fullgjort sin

¹⁸¹ Glavå 2011, s. 472-473, Sydolf 2001, s. 351, prop. 1973:129, s. 243, prop. 1981/82:71, s. 64 samt Fock 2010, s. 15.

¹⁸² Glavå 2011, s. 473, AD 1996 nr 54 och AD 1999 nr 24.

¹⁸³ AD 1996 nr 54. Se även AD 2010 nr 10 där Arbetsdomstolen uttalat följande. ”En arbetsgivare som gör gällande att en arbetstagare inte har kvalifikationer för en viss tjänst har bevisbördan härför. Om det är oklart huruvida en omplacering kunnat ske, bör det normalt anses att omplaceringsskyldigheten inte är fullgjord (t.ex. AD 2002 nr 26).”

¹⁸⁴ Lunning och Toijer 2010, s. 498-499.

¹⁸⁵ AD 1984 nr 19 och AD 1996 nr 149.

¹⁸⁶ Prop. 1973:129, s. 121, Glavå 2011, s. 475 samt AD 1984 nr 141.

omplaceringsskyldighet.¹⁸⁷ Av AD 2000 nr 76 framgår att en fullgörelse av skyldigheten att omplacera i regel kräver att arbetstagaren uttryckligen har blir erbjuden de lediga arbeten som finns samt att undantag från detta medges enbart såvida arbetsgivaren kan visa på att arbetstagaren skulle ha tackat nej till ett lämnat erbjudande.¹⁸⁸ Betydelsen av att ett erbjudande skall vara skäligt i förhållande till såväl arbetstagaren som arbetsgivaren framgår av följande uttalande i AD 2006 nr 15.

”Ett tillgängligt arbete måste som regel erbjudas arbetstagaren så att denne själv får ta ställning till omplaceringen. Har arbetstagaren utan godtagbar anledning avböjt ett erbjudet arbete torde arbetsgivaren i allmänhet inte vara skyldig att lämna några ytterligare erbjudanden (se prop. 1973:129 s. 243). Om en arbetsbristdrabbad arbetstagare avböjer ett skäligt omplaceringserbjudande får arbetsgivaren därför normalt anses ha uppfyllt sin omplaceringsskyldighet enligt 7§ andra stycket anställningsskyddslagen.”¹⁸⁹

3.3.5 Turordningsregler

3.3.5.1 Allmänt

I syfte att motverka att arbetsbristuppsägningar vidtas godtyckligt återfinns turordningsregler i 22§ LAS. Turordningsreglerna sätter upp regler som syftar till att medföra att arbetsbristen på ett rättvist sätt drabbar arbetstagarna. Kortfattat brukar turordningsreglerna beskrivas som regler om sist in – först ut, med vilket menas att det är arbetstagarnas anställningstid som utgör utgångspunkten för huruvida arbetstagaren drabbas av en arbetsbristuppsägning. Turordningsreglerna kan sägas vara uppdelade i tre olika faser. För det första skall det fastställas vilken driftsenhet som drabbas av arbetsbristen, för det andra skall det inom respektive driftsenhet upprättas en turordning för samtliga kollektivavtalsområden och för det tredje skall det tas hänsyn till arbetstagarnas kompetens. Grunden för turordningens fastställande är driftsenhetens omfattning och vad som utgör en driftsenhet beror i botten på en fysisk, geografisk bedömning. En driftsenhet är kort sagt den del av ett företag som är stationerat inom samma byggnad eller samma inhägnade område.¹⁹⁰ Arbetstagarens fysiska arbetsplats är avgörande för till vilken driftsenhet denne tillhör. För det fall en arbetstagare har ett arbetsområde som utgörs av en geografisk yta är det arbetstagarens stationering, d.v.s. den plats varifrån arbetstagarens arbete utgår som är avgörande och för det fall det saknas möjlighet att lokalisera en sådan plats är det platsen från vilket arbetet administreras. För arbetstagare som utför arbete i hemmet gäller ett undantag från det annars gällande geografiska driftsenhetsbegreppet. För dessa

¹⁸⁷ Av AD 2002 nr 75 framgår att det i vissa fall krävs att omplaceringsutredningen kompletteras med en utredning avseende den aktuella arbetstagarens kvalifikationer. Se Glavå 2011, s. 477–478.

¹⁸⁸ AD 2000 nr 76.

¹⁸⁹ AD 2006 nr 15.

¹⁹⁰ LAS 2§ och 22§, Lunning och Toijer 2010, s. 638 samt s. 42-44 samt prop. 1973:129, s. 260.

arbetstagare gäller ett driftsenhetsbegrepp som är endera organisatoriskt eller administrativt fastställt.¹⁹¹

Då driftsenheten är avgränsad är nästa steg att fastställa en turordning för enhetens respektive avtalsområden. För det fall det saknas kollektivavtal på arbetsplatsen skall det upprättas en turordning för samtliga arbetstagare inom driftsenhetsbegreppet och såvida det finns skilda kollektivavtalsområden skall det upprättas en turordning för respektive kollektivavtalsområde. Avgörande för till vilket kollektivavtalsområde arbetstagaren tillhör är arbetstagarens arbetsuppgifter.¹⁹² Arbetstagarens fackliga tillhörighet och dess kompetens saknar betydelse för bedömningen och ett belysande mål som visar på detta är AD 1989 nr 47. I målet prövade domstolen huruvida en restaurangchef omfattades av samma turordning som restaurangens hovmästare och servitörer. Domstolen fann att restaurangchefens arbetsuppgifter visade att han tillhörde ett annat kollektivavtalsområde och han omfattades i och med det av en annan turordningslista.¹⁹³

I LAS 22§ tredje stycket stadgas att fackliga organisationer har en möjlighet att begära att en gemensam turordningslista skall upprättas för alla ortens driftsenheter eller för fackets hela avtalsområde. En sådan begäran är enbart aktuell såvida den fackliga organisationen har ett kollektivavtal med arbetsgivaren samt då arbetsbristen drabbar arbetstagare som är medlemmar i fackets organisation. Värt att notera är att fackets begäran måste komma senast då den fackliga organisationen har medbestämmandeförhandlingar med arbetsgivaren.¹⁹⁴

Då såväl driftsenheten som kollektivavtalsområdet är klarlagd skall arbetstagare inom samma turordningslista rangordnas efter dess respektive anställningstid. Arbetstagare med längst anställningstid placeras bättre än arbetstagare med kortare anställningstid och för det fall två arbetstagare har lika lång anställningstid skall den arbetstagare som är äldst placeras högst upp på turordningslistan.¹⁹⁵ Beräkning av anställningstiden görs med stöd av 3§ LAS. Av bestämmelsen framgår att anställningstiden beräknas kalendariskt samt att samtliga anställningsdagar medräknas.¹⁹⁶ För att säkerställa

¹⁹¹ Prop. 1973:129, s. 260 och Iskeskog 2003, s. 45-46.

¹⁹² Jämför AD 1996 nr 149 och i prop. 1973:129, s. 158 motiveras upprättandet av kollektivavtalsbaserade turordningar på följande sätt. ”Mellan arbetstagargrupper som omfattas av skilda kollektivavtal råder ofta stora skillnader beträffande bl.a. arbetsuppgifter, att det säkerligen skulle te sig främmande att behandla sådana grupper som en enhet i turordningshänseende. Jag föreslår att turordningen bestäms beträffande varje avtalsområde för sig. De arbetstagare som sysselsätts i arbete för vilket ett och samma kollektivavtal gäller skall alltså behandlas som en enhet i turordningshänseende. En på detta sätt konstruerad turordningsregel har den fördelen att den är lätt att tillämpa.”

¹⁹³ Prop. 1973:129, s. 158 samt AD 1989 nr 47.

¹⁹⁴ LAS 22§ tredje stycket och Lunning och Toijer 2010, s. 642. Innebörden av vad som är en ”ort” enligt LAS 22§ tredje stycket har varit föremål för Arbetsdomstolens prövning ett flertal gånger, jämför, AD 1984 nr 4, AD 1988 nr 100 och AD 1993 nr 99.

¹⁹⁵ LAS 22§ fjärde stycket. Att notera är att det i LAS 32a§ stadgas att en arbetstagare som har fyllt 67 år förlorar sin plats på turordningslistan.

¹⁹⁶ LAS 3§ och Lunning och Toijer 2010, s. 655.

att det finns tillräcklig kompetens att utföra samtliga av verksamhetens arbetsuppgifter kan dock principen om företräde på grund av längst anställningstid inte tillämpas undantagslöst. Beträffande arbetsgivarens rätt att ta hänsyn till arbetstagarnas kompetens anför det följande i lagstiftningens förarbeten.

”Det är uppenbart, att turordningsreglerna inte får ge det resultatet att en arbetstagare skall ha företrädesrätt till ett arbete som han inte kan sköta. Som villkor för att en arbetstagare skall få stanna kvar i arbetet måste därför gälla, antingen att han får behålla sina arbetsuppgifter eller – om detta inte är möjligt - att han kan ges ett annat arbete för vilket han har tillräckliga kvalifikationer. Jag vill emellertid betona, att kravet på tillräckliga kvalifikationer inte får ges en vidare innebörd än att arbetstagaren skall ha de allmänna kvalifikationer som normalt ställs på den som söker det arbete det är fråga om. En kortare inlärningsperiod torde ofta få accepteras.”¹⁹⁷

I likhet med vad som har anförts avseende tillräckliga kvalifikationer för omplacering är det värt att här än en gång poängtera att kompetensbedömningen inte går ut på att utröna vem av arbetstagarna som erhåller bäst kompetens för arbetsuppgifterna. Avgörande är enbart om arbetstagaren uppfyller de minimikrav som ställs för en nyanställning av den aktuella tjänsten. Värt att poängtera är att det är de framtida arbetsuppgifterna som är avgörande för bedömningen samt att det är de minimikrav som arbetsgivaren faktiskt tillämpar som avses.¹⁹⁸ Arbetstagarna har ingen rätt att kräva utbildning för att uppfylla minimikraven, men för det fall arbetstagaren uppfyller kraven har de en rätt att kräva inskolningsutbildning för de nya arbetsuppgifterna.¹⁹⁹ Teknisk utveckling samt organisationsförändringar i verksamheten kan medföra att minimikraven för en viss tjänst förändras. Av AD 1998 nr 94 framgår att en förutsättning för att arbetsgivaren skall få tillämpa förändrade mer långtgående minimikrav är att denne kan visa att kraven för den aktuella tjänsten har förändrats.²⁰⁰

3.3.5.2 Förstärkt anställningsskydd i 23§ LAS

I 23§ LAS stadgas ett tvingande förstärkt anställningsskydd för personer som på grund av nedsatt arbetsförmåga har erhållit en s.k. särskild sysselsättning hos arbetsgivaren. Det förstärka anställningsskyddet innebär att de individer som uppfyller bestämmelsens krav, oberoende av dess plats på turordningslistan, skall få företräde till fortsatt anställning. Bestämmelsen är tvingande, den kan således inte avtalas om i en avtalsturlista och arbetsgivaren är förpliktigad att ta hänsyn till den vid en uppkommen arbetsbristsituation.²⁰¹ I bestämmelsen stadgas följande.

”Arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och som på grund därav har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren skall, om det kan ske utan allvarliga olägenheter, få företräde till fortsatt arbete oberoende av turordningen.”²⁰²

¹⁹⁷ Prop. 1973:129, s. 158-159 och jämför AD 2012 nr 51.

¹⁹⁸ Lunning och Toijer 2010, s. 651, AD 1995 nr 118 och AD 1998 nr 50.

¹⁹⁹ Jämför exempelvis AD 1979 nr 96 och AD 2000 nr 71.

²⁰⁰ AD 1998 nr 94.

²⁰¹ Calleman 2000, s. 321.

²⁰² LAS 23§.

För att bestämmelsen skall bli tillämplig krävs dels att arbetstagaren har en nedsatt arbetsförmåga och därav har beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren dels att en tillämpning av bestämmelsen inte medför att arbetsgivaren drabbas av allvarliga olägenheter. Att notera är att 23§ LAS inte ger någon ovillkorlig rätt till anställning samt att arbetstagare som har ett arbete som omfattas av 1§ andra stycket fjärde punkten LAS faller utanför anställningsskyddslagens tillämpningsområde.²⁰³ Arbetstagare som på grund av funktionshinder eller dylikt har svårt att endera behålla eller erhålla en anställning uppfyller kraven på nedsatt arbetsförmåga. Den nedsatta arbetsförmågan kan vara av vitt skild art eftersom funktionsnedsättningarna kan vara av fysisk, psykisk eller intellektuell karaktär.²⁰⁴ Den närmare innebörden av vad som avses med ”beretts särskild sysselsättning” är centralt för bestämmelsens tillämpningsområde. I förarbetena har anförts följande avseende hur rekvisitet skall förstås.

”Som exempel på fall då bestämmelsen blir tillämplig kan nämnas den situationen att en fysisk handikappad arbetstagare efter överläggningar i anpassningsgruppen har kunnat erhålla en särskild arbetsplats efter ombyggnad med statliga medel. Även arbetstagare som har fått sin anställning genom arbetsförmedlingen efter arbetsvårdsutredning eller som har beretts s.k. halvskyddad sysselsättning omfattas av den särskilda skyddsregeln. Detsamma gäller arbetstagare som i annat fall på arbetsgivarens initiativ eller utan att formellt omfattas av särskilda arbetsmarknadsåtgärder, har tilldelats en för honom särskilt anpassad eller skyddad arbetsplats.”²⁰⁵

I AD 2003 nr 83 var kravet ”särskild sysselsättning” föremål Arbetsdomstolens prövning. I målet hade domstolen att ta ställning till huruvida bestämmelsen var tillämplig på en individ som hade drabbats av en arbetskada och som med anledning därav beretts en annan tjänst hos arbetsgivaren. Domstolen uttalade att kravet på särskild sysselsättning var uppfyllt enbart såvida konkreta åtgärder som syftade till att inrätta arbetsplatsen för personer med varaktiga nedsättningar i arbetsförmågan hade vidtagits. Domstolen fann att den tjänst som kvinnan hade erhållit inte hade tillskapats eller anpassats just för den aktuella arbetsskadan som kvinnan hade och hon saknade därmed möjlighet att åberopa företrädesrätten enligt 23§ LAS.²⁰⁶

Av bestämmelsens ordalydelse framgår att en förutsättning för bestämmelsens tillämpning är att det kan ske utan att arbetsgivaren drabbas av allvarliga olägenheter. Bestämmelsen respekterar således arbetsgivarens arbetsledningsrätt. I AD 1993 nr 139 prövade Arbetsdomstolen huruvida det innebar allvarliga olägenheter att en arbetstagare som hade sömnrubbingar gavs företrädesrätt enligt 23§ LAS. Arbetsdomstolen ansåg att det innebar allvarliga olägenheter för arbetsgivaren och motiverade sitt ställningstagande med att företrädesrätten innebar att arbetsgivaren skulle ha behövt ha annan personal tillgänglig i syfte att rätta till arbetstagarens misstag. Det innebar en organisationsförändring som gick utöver vad som

²⁰³ Lunning och Toijer 2010, s. 663 och Inghammar 2007, s. 140.

²⁰⁴ Lunning och Toijer 2010, s. 664.

²⁰⁵ Prop. 1973:129, s. 262.

²⁰⁶ AD 2003 nr 83.

kunde krävas och mannen hade således ingen rätt till företräde oberoende av turordningsreglerna.²⁰⁷

3.3.5.3 Nyckelpersonsundantag

Den 1 januari år 1994 infördes en bestämmelse som gav arbetsgivaren en frihet att, inom samtliga turordningskretsar där det förelåg arbetsbrist, undanta två stycken arbetstagare som hade en särskild betydelse för verksamheten fortsatta drift. Regeln var bara gällande under ett år och den blev inte föremål för någon prövning i Arbetsdomstolen.²⁰⁸ Sju år senare, år 2001, återinfördes en bestämmelse som gav arbetsgivaren en möjlighet att undanta personer från turordningsreglerna.²⁰⁹ Nuförtiden föreskrivs nyckelpersonsundantaget i 22§ andra stycket LAS på följande sätt.

”Innan turordningen fastställs får en arbetsgivare med högst tio arbetstagare oavsett antalet turordningskretsar undanta högst två arbetstagare som enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten. Vid beräkningen av antalet arbetstagare hos arbetsgivaren bortses från arbetstagare som avses i 1§. Den eller de arbetstagare som undantas har företräde till fortsatt anställning.”²¹⁰

Av bestämmelsens ordalydelse framgår att undantaget numera inte kan tillämpas i samtliga turordningskretsar, att det enbart är företag med högst tio stycken arbetstagare som kan åberopa undantaget samt att det krävs att de undantagna personerna utgör s.k. nyckelpersoner för verksamhetens fortlöpande. Det är arbetsgivarens bedömning som är avgörande för vilka personer som undantas och i utskottsbetänkandet anförs följande.

”Utskottet instämmer med motionärerna att någon rättslig överprövning inte skall komma i fråga vare sig av arbetsgivarens urval enligt undantagsregeln eller av en uppsägning som skett till följd av att arbetsgivaren använt sig av rätten att behålla vissa arbetstagare. Detta är nödvändigt för att undantagsregeln skall få någon praktisk betydelse.”²¹¹

Huvudprincipen är att Arbetsdomstolens inte har till uppgift att pröva arbetsgivarens bedömning med stöd av varken meriter eller arbetsvärderingssystem. Att poängtera är dock att det i såväl utskottsbetänkandet som propositionen anförs att en rättslig överprövning kan genomföras i de fall beslutet strider mot regler som föreskriver förbud mot diskriminering eller andra liknande regler.²¹²

I AD 2005 nr 32 hade Arbetsdomstolen att ta ställning till just huruvida en tillämpning av nyckelpersonsundantaget kunde prövas gentemot lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

²⁰⁷ Se Lunning och Toijer 2010, s. 665 och AD 1993 nr 139.

²⁰⁸ SFS (1993:1496), 22§ tredje stycket LAS samt Calleman 2000, s. 208–211.

²⁰⁹ Rönmar och Numhauser-Henning 2010, s. 385

²¹⁰ LAS 22§ andra stycket. Jämför även Ds 2000:6, s. 27 där undantagsbestämmelsens syfte redogörs samt prop. 1999/2000:144, s. 10.

²¹¹ AU 2000/01 AU4, s. 11.

²¹² Lunning och Toijer 2010, s. 640-641, prop. 1999/2000:144, s. 13 (som visserligen ändrades av riksdagen), AU 2000/01 AU4, s. 12 samt Ds 2002:56, s. 454.

Omständigheterna i målet var följande. En man anställdes den 1 mars år 2002 som projektledare på ett tämligen litet bolag. Han blev sjuk i slutet av september år 2003 och sjukskrevs för första gången den 2 oktober samma år. Under sjukskrivningen fick mannen diagnosen multipel skleros och den 10 oktober år 2003 underrättade han sin arbetsgivare om förekomsten av sjukdomen. Utan att bolaget fullgjort den primära förhandlingsskyldighet som följer av 13§ MBL sade bolaget upp mannen den 16 januari år 2004. Vid tidpunkten för uppsägningen hade bolaget mindre än tio anställda och två av dessa hade startat sin anställning på bolaget under hösten år 2003.

Den uppsagda mannen företrädde av Civilingenjörskörbundet som anförde följande. För det första saknade uppsägningen saklig grund enligt 7§ LAS eftersom den vidtagits på grund av personliga skäl (hans sjukdom). Att multipel skleros utgjorde ett funktionshinder enligt diskrimineringslagens mening var ostridigt mellan parterna. För det fall domstolen bedömde att uppsägningen var förenlig med anställningsskyddslagen anförde förbundet därför att bolagets sätt att använda 22§ andra stycket LAS stred mot diskrimineringslagen. Bolaget hävdade att det förelegat arbetsbrist, att de två personer som undantagits hade en särskild betydelse för verksamhetens fortgående samt att dess agerande saknade koppling till mannens sjukdom.

Arbetsdomstolen inledde med att pröva huruvida tillämpningen av nyckelpersonsundantaget var förenlig med lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder. Domstolen inledde med att anförda att mannen genom uppsägningen blivit missgynnad samt att mannen hade befunnit sig i en jämförbar situation med arbetstagare som hade fått behålla sina anställningar. Domstolen gick in på frågan huruvida det förelegat ett orsakssamband mellan mannens funktionshinder och uppsägningen. Arbetsdomstolen anförde att det nära tidssambandet (4 månader) mellan kännedomen om sjukdomen och vidtagandet av uppsägningen i förening med bolagets kännedom om att mannen varit sjukskriven en hel del medförde att det fanns anledning att anta att uppsägningen hade ett samband med sjukdomen. Domstolen fann att mannen hade uppfyllt sin bevisbörda och bolaget ålades då att visa att uppsägningen grundades i annat än funktionshindret. Bolaget visade att orderingången och bolagets fakturering sjunkit samt att den minskade omsättningen krävde en omorganisation. Domstolen uttalade följande.

”Även om en arbetsgivares åtgärder med åberopande av undantagsregeln i 22§ anställningsskyddslagen inte kan prövas rättsligt i den mening att handlandet inte kan anses strida med just denna lag får det nämligen stå klart att det inte bör vara möjligt för arbetsgivare att under täckmantel av undantagsregeln missgynna en arbetstagare om detta sker på grund av en faktor som åtnjuter särskilt skydd genom ett rättsligt förbud mot diskriminering.”²¹³

Arbetsdomstolen konstaterade att uppsägningen var grundad i arbetsbrist men anförde därefter att detta inte medförde att det var utrett att uppsägningen saknat samband med mannens funktionshinder. Domstolen fann att den funktionshindrade mannen hade likvärdiga meriter som de två personer

²¹³ AD 2005 nr 32.

som undantagits genom nyckelpersonsundantaget, med den enda skillnaden att den funktionshindrade mannen hade längre arbetslivserfarenhet. Bolaget hade hävdat att den funktionshindrade mannen saknade nödvändiga personliga egenskaper för arbetet men Arbetsdomstolen fann att bolaget inte lyckats med att visa detta. Domstolen konstaterade att bolagets nyanställning samt dess hantering av turordningsfrågan tydligt visade att bolaget agerat i syfte att bli av med den funktionshindrade mannen. Bolagets åtgärder stred därför mot lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.²¹⁴

3.3.5.4 Avtalsturlista

Arbetsgivaren kan tillsammans med en arbetstagarorganisation ingå en överenskommelse, en s.k. avtalsturlista om att arbetstagarna skall turordnas på ett sätt som skiljer sig från anställningsskyddslagens annars gällande turordningsregler. En avtalsturlista ingås först då uppsägning på grund av arbetsbrist har aktualiserats, den är enbart gällande för det aktuella tillfället och en arbetstagare saknar möjlighet att angripa en uppsägning med de sanktioner som följer av anställningsskyddslagen såvida uppsägningen är förenlig med avtalsturlistan.²¹⁵

Arbetsmarknadsparterna har dock ingen obegränsad avtalsfrihet. I lagens förarbeten anges som exempel att ett kollektivavtal saknar giltighet såvida det enda syftet som ligger bakom avtalet är att slå ut arbetstagare som tillhör en annan organisation eller som är oorganiserade.²¹⁶ Att ett kollektivavtal som föreskriver turordningsregler kan förklaras ogiltigt även med stöd av andra omständigheter framgår av Arbetsdomstolens rättspraxis. Av exempelvis AD 1983 nr 107 framgår att avtalsturlistor som innebär avvikelser från den annars gällande principen sist in- först ut äger giltighet enbart såvida de har stöd i en saklig motivering. I målet bedömde domstolen att turordningsöverenskommelsen fäste vikt vid språkkunskaper som inte ansågs sakligt motiverade, överenskommelsen stred mot arbetsmarknadens goda sed och domstolen jämkade därför bort hänsynen till språkkunskaperna.²¹⁷

I AD 2002 nr 37 prövades frågan om turordningsregler som slog ut arbetstagare som var oorganiserade innebar en otillåten diskriminering. I målet uttalade domstolen följande.

”I praxis har, som tingsrätten angett, fastslagits att det enligt allmänna avtalsrättsliga grundsatser även är möjligt att ingripa mot en turordningsöverenskommelse som innebär ett sådant missbruk av den principiella avtalsfriheten att den helt eller delvis framstår som stridande mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt som otillbörlig, t.ex. därför att den innebär en direkt diskriminering av viss eller vissa arbetstagare.”²¹⁸

²¹⁴ AD 2005 nr 32.

²¹⁵ Prop. 1973:129, s. 155, Calleman 2000, s. 270 samt LAS 2§.

²¹⁶ Prop. 1973:129, s. 233-234 och Calleman 2000, s. 247.

²¹⁷ AD 1983 nr 107 och jämför AD 1996 nr 20 angående urholkning av arbetstagarnas lagstadgade rättigheter.

²¹⁸ AD 2002 nr 37 och jämför AD 2004 nr 52.

3.3.6 Förhållandet mellan turordningsreglerna och omplaceringsskyldigheten

En central fråga för anställningsskyddet i en arbetsbristsituation är förhållandet mellan omplaceringsskyldigheten i 7§ andra stycket LAS och turordningsreglerna i 22§ LAS. Om arbetsgivaren tillåts att omplacera oberoende av turordningsreglerna öppnas dörren upp för arbetsgivarens möjlighet att genom omplaceringar styra vilka arbetstagare som skall finnas kvar på turordningslistan. I förlängningen medför detta att arbetsgivaren tillåts att disponera över vilka arbetstagare som skall drabbas av en arbetsbristuppsägning. För frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer är därför förhållandet mellan turordningsreglerna och omplaceringsskyldigheten av hög betydelse.

I AD 1996 nr 144 hade Arbetsdomstolen att ta ställning till frågan om omplaceringsskyldighetens koppling till turordningsreglerna. Domstolen uttalade då följande.²¹⁹

”Varken av lagen eller de nu återgivna förarbetena kan den slutsatsen dras att bestämmelserna i 7 § andra stycket anställningsskyddslagen ger en övertalig arbetstagare en absolut rätt till omplacering till en likvärdig anställning, om en sådan finns ledig hos arbetsgivaren. Inte heller kan det av bestämmelserna läsas ut någon s.k. senioritetsprincip med den innebörden att en arbetstagare på grund av ålder eller tjänstetid har företrädesrätt till en ledig befattning framför andra anställda hos arbetsgivaren, antingen det är fråga om andra övertaliga arbetstagare eller inte. Som arbetsdomstolen uttalat i tidigare domar är avsikten med lagen inte i första hand att skapa ett långtgående befattningsskydd utan att få till stånd en trygghet för anställningen i vidare mening, nämligen ett skydd mot friställningar (AD 1978 nr 161 och 1981 nr 1).”²²⁰

Efter att Arbetsdomstolen meddelat dom i AD 1996 nr 144 blev frågan om omplaceringsskyldighetens koppling till turordningsreglerna föremål för en hel del behandling i den juridiska doktrinen. Såväl Malmberg som Calleman anförde att det synes vara oklart vilken omplacering som skall ske i första ledet. Malmberg uttalade även att han anser att man vid en tolkning av de respektive reglernas innebörd skall beakta den andra regeln. Zethraeus invände mot Malmbergs åsikt och anförde att han anser att en omplacering enligt 7§ andra stycket LAS skall ske först samt att de turordningsregler som följer av 22§ LAS aktualiseras enbart såvida en friställning är oundviklig.²²¹

²¹⁹ I SOU 1993:32 s. 818 presenterades ett förslag till bestämmelse som innebar b.l.a. att de arbetstagare som har längst anställningstid skulle ha företräde till omplacering för det fall det finns flera arbetstagare som har tillräckliga kvalifikationer. Bestämmelsen blev dock aldrig föremål för någon lagstiftning. Se även SOU 1993:32, där följande b.l.a. anförs. ”En förutsättning för omplacering är dock att arbetstagarna har tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Om flera arbetstagare har sådana kvalifikationer, har arbetstagare med längre anställningstid företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid. Vid lika anställningstid ger högre ålder företräde.”

²²⁰ AD 1996 nr 144.

²²¹ Malmberg 1997, s. 367 där han hänvisar till DsA 1981:6 s. 233, Calleman 2000, s. 143, Zethraeus 97/98, s. 1219 och jämför även Lunning och Toijers åsikt som gjordes efter dom i målet AD 2009 nr 50 och som därför följaktligen återfinns i fotnot nr. 234.

I det mycket kontroversiella målet AD 2009 nr 50 tog Arbetsdomstolen en gång ställning till dels om ett bolag var förpliktigt att lämna omplaceringserbudanden i enlighet med turordningsreglerna²²², dels vilka rättsverkningar som uppkommer för det fall en arbetstagare tackar nej till ett skäligt omplaceringserbudande. Omständigheterna i målet var följande. Ett bolag som arbetade med VVS behövde vidta en driftsinskränkning på ett av sina kontor. Bolaget hade verksamhet på ett flertal orter i landet och då lediga arbeten fanns på närliggande orter erbjöds ett antal arbetstagare möjlighet till omplacering dit. Två av de arbetstagare som hade betydligt längst anställningstid valde att avböja de omplaceringserbudanden de fick och konsekvensen därav blev att de sades upp på grund av arbetsbrist. Förbundet anförde b.l.a. att bolagets omplacering av arbetstagare med längst anställningstid innebar ett försök att kringgå turordningsreglerna samt att arbetsbristsituationen hade utnyttjats för att bli av med de två arbetstagarna. Enligt förbundets mening var bolaget förpliktigt att omplacera arbetstagarna i turordning. Som svar på detta anförde arbetsgivarparten att turordningsreglerna saknade tillämplighet då de båda arbetstagarna tackat nej till skäliga omplaceringserbudanden samt att en uppsägning av de båda arbetstagarna hade undvikits såvida de båda arbetstagarna hade accepterat de erbjudanden de fått. Arbetsdomstolen inledde med att pröva huruvida bolaget varit förpliktigt att lämna omplaceringserbudanden i enlighet med den turordning arbetstagarna skulle ha placerats i och uttalade härvid följande.

”Arbetsdomstolen finner mot bakgrund av det anförda, att – om saken ställs på sin spets- en arbetsgivare är skyldig att först genomföra en omplacering till andra lediga arbeten hos sig enligt 7§ anställningsskyddslagen innan han är skyldig att turordna arbetstagarna enligt 22§ samma lag. Det kan inte anses föreligga någon skyldighet för arbetsgivaren att vid omplacering enligt 7§ andra stycket anställningsskyddslagen fördela de lediga arbetena mellan arbetstagarna i turordning.”²²³

Arbetsdomstolen fann att arbetsgivarens val vid omplaceringarna grundades i överväganden avseende verksamhetens fortgång samt att det inte var bevisat att bolaget hanterat arbetsbristsituationen på ett otillbörligt sätt. Domstolen gick in på en prövning av skäligheten i de lämnade omplaceringserbudandena. Förbundet hade gjort gällande att arbetstagarna hade godtagbara skäl att avböja omplaceringserbudandena eftersom de var oskäligen på grund av att de avsåg arbete som låg utanför arbetstagarnas arbetsskyldighet. Som svar på detta anförde Arbetsdomstolen följande.

”Arbetsgivaren ska visserligen, som nyss redovisats, i första hand försöka hitta en omplacering inom ramen för den dittillsvarande anställningen. En sådan omplacering är arbetstagaren i princip alltid skyldig att godta, dvs. även om inte arbetsbrist föreligger, och denne skulle kunna göra sig skyldig till arbetsvägran för det fall en sådan omplacering avböjdes. Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet enligt det nyss nämnda lagrummet omfattar emellertid även nya anställningar inom företaget. En arbetstagare,

²²² Att notera i detta mål är att det fanns ett kollektivavtal som innehöll en reglering av turordningsreglerna. Kollektivavtalets reglering hade samma innebörd som LAS 22§.

²²³ AD 2009 nr 50 och till stöd för sin åsikt hänvisade Arbetsdomstolen b.l.a. till sin tidigare rättspraxis, AD 1978 nr 161, AD 1981 nr 1 samt AD 1996 nr 144.

som utan godtagbar anledning tackat nej till ett omplaceringserbjudande, kan i allmänhet inte räkna med fler erbjudanden utan blir uppsagd.”²²⁴

De lämnade omplaceringserbjudandena var såväl konkreta som seriösa, de båda arbetstagarna hade varit medvetna om att erbjudandena lämnades med det bakomliggande syftet att undvika friställningar och de hade även erhållit betänketid avseende svaret. Att omplaceringserbjudandena låg utanför ramen för arbetstagarnas tidigare anställning saknade därmed betydelse för omplaceringserbjudandenas skälighet. Domstolen gick in på en prövning av omplaceringserbjudandenas skälighet i förhållande till arbetstagarnas personliga förhållanden. Vid denna prövning fann Arbetsdomstolen att de svårigheter som anförts inte var av sådan grad att erbjudandena fick anses oskäliga.²²⁵

Sist men inte minst prövades frågan om det förelegat turordningsbrott. Arbetsdomstolen hänvisade till sin tidigare praxis, AD 2005 nr 57 och AD 2006 nr 15 och anförde att det i dessa mål klarlagts att turordningsreglerna aktualiseras först såvida det finns flera arbetstagare som konkurrerar om de anställningar som kommer att finnas kvar hos arbetsgivaren. I detta fall hade arbetstagarna tackat nej till godtagbara erbjudanden om omplacering och det saknades därför anledning att tillämpa turordningsreglerna. Avslutningsvis är det värt att poängtera att Olausson och Gideonsson anmälde skiljaktig mening till domslutet.²²⁶

Att omplaceringsskyldigheten kan fullgöras oberoende av turordningslistan har Arbetsdomstolen bekräftat även i AD 2011 nr 30. I detta mål handlade det om ett bolag som i en förestående arbetsbristsituation lämnade omplaceringserbjudanden till arbete på annan ort till tio av de totalt tjugo stycken personer som var anställda på bolaget. Av målet kan konstateras att

²²⁴ AD 2009 nr 50.

²²⁵ Exv. hade en av arbetstagarna åberopat att omplaceringserbjudandet var oskäligt eftersom det innebar svårigheter då han hade småbarn, men enligt domstolens mening var detta ej tillräckligt. Av AD 2006 nr 15 framgår att det finnas gränser för vad man som arbetstagare är skyldig att acceptera.

²²⁶ AD 2009 nr 50. I målet hänvisar domstolen till AD 2005 nr 57 i vilket Arbetsdomstolen fann att turordningsreglerna i 22§ LAS inte varit tillämpliga eftersom arbetstagaren avböjt ett skäligt erbjudande om omplacering. Vidare hänvisar domstolen till AD 2006 nr 15 i vilket turordningsreglerna enligt 22§ LAS varit tillämpliga eftersom arbetstagaren haft rätt att avböja omplaceringserbjudandet då det varit oskäligt. Att notera är att Olausson och Gideonsson anmälde följande skiljaktiga mening. ”Även i dessa fall ska 7 § andra stycket anställningsskyddslagen tillämpas. Det finns i lagens förarbeten inget stöd för att tillämpa bestämmelsen på ett annat sätt vid uppsägningar på grund av arbetsbrist än vid uppsägningar på grund av personliga skäl. Inte heller i dessa fall finns det alltså något lagstöd för att betrakta det faktum att en arbetstagare avböjt ett skäligt omplaceringserbjudande som saklig grund i sig. För att det ska föreligga saklig grund för uppsägning krävs att det - efter vederbörlig omplaceringsutredning enligt 7 § anställningsskyddslagen - föreligger arbetsbrist. För det fall att denna arbetsbrist berör flera arbetstagare men inte alla inom den berörda turordningskretsen ska 22 § anställningsskyddslagen tillämpas (se Lars Lunnings och Gudmund Toijers kommentar till anställningsskyddslagen, Anställningsskydd, 2006, s. 593).” Enligt Numhauser-Henning och Rönnmar 2010/11, s. 382 ger den skiljaktiga meningen en föraning om domslutets sprängkraft. Notera även att Hammarskär 2010, s. 34 anför att detta mål visar på att arbetsgivaren har en möjlighet att vidta åtgärder för att komma runt det skydd som följer av turordningsreglerna.

domstolen anser att principen om omplaceringsskyldighetens fristående från turordningsreglerna är gällande även i en situation då det är konstaterat att arbetsgivaren faktiskt kommer att vidta en arbetsbristuppsägning.²²⁷

3.3.7 Företrädesrätt till återanställning

Enligt 25§ LAS har de arbetstagare som har sagts upp med anledning av arbetsbrist företrädesrätt till återanställning under nio månader efter att dess anställning har upphört.²²⁸ En förutsättning för möjligheten att återopa företrädesrätt är att arbetstagaren vid tidpunkten för anställningens upphörande kan visa på att denne under de senaste tre åren har haft minst ett års anställningstid hos arbetsgivaren. Företrädesrätt kräver även att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det aktuella arbetet. Företrädesrätten avser nyanställningar inom samma driftsenhet och inom samma kollektivavtalsområde som arbetstagaren tidigare varit anställd i.²²⁹

För det fall det finns flera personer som har företrädesrätt till samma anställning framgår det av 26§ LAS att de turordningsregler som gäller vid uppsägning skall tillämpas även avseende återanställningsrätten.²³⁰ Att poängtera är att 23§ LAS inte är tillämpligt avseende företrädesrätt till återanställning samt att det av 2§ tredje stycket LAS framgår att reglerna om företrädesrätt är semidispositiva. Kollektivavtalsparterna kan således exempelvis i samband med upprättande av en avtalsturlista även avtala fram regler avseende återanställning. I likhet med vad som ovan har angetts kan ett kollektivavtal kring företrädesrätt åsidosättas för det fall det saknar förenlighet med god sed eller är stridande mot diskrimineringslagen.²³¹

3.3.8 Tvistelösning, sanktioner och bevisbörda

Grundprincipen är att arbetsgivaren har bevisbördan för att en uppsägning är sakligt grundad. Det är således arbetsgivaren som skall bevisa att arbetsbrist föreligger samt att omplaceringsskyldigheten är fullgjord. Av AD 2000 nr

²²⁷ AD 2011 nr 30.

²²⁸ LAS 25§, prop. 1996/97:16, s. 42 samt bet. 1996/97:AU4 och i AD 1982 nr 51 klargörs att företrädesrätten gäller för samtliga tjänster som ledigförklaras under den aktuella nio månaders perioden.

²²⁹ AD 2001 nr 57 avseende fråga om förlängning av uppsägningstid. Av AD 1996 nr 56 framgår att företrädesrätten saknar tillämplighet för det fall arbetsgivaren omplacerar arbetstagare som har en befintlig anställning och arbetsgivaren saknar skyldighet att täcka ett behov av arbetskraft genom nyanställningar. Notera dock att det kan bli fråga om otillåtet kringgående, se AD 2003 nr 4 och Källström och Malmberg 2009, s. 153.

²³⁰ LAS 26§.

²³¹ Lunning och Toijer 2010, s. 668 och Källström och Malmberg 2009, s. 152-153. Företrädesrätten är en intjänad rättighet vid den tidpunkt då uppsägningen har vidtagits och verkställts. Då företrädesrätten är en intjänad rättighet kan fackföreningen träffa avtal därom enbart såvida de har erhållit bemyndigande. Se Källström och Malmberg 2009, s. 154 och exempelvis AD 1996 nr 92.

51 framgår också att en arbetsgivare som påstår att en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer har bevisbördan för att så är fallet.²³²

För det fall uppsägningen saknar saklig grund med anledning av att arbetsbrist inte förelåg eller på grund av att arbetsgivarens skyldighet att omplacera inte är fullgjord kan uppsägningen ogiltigförklaras enligt 34§ LAS. En grundläggande förutsättning för att en uppsägning skall ogiltigförklaras är att arbetstagaren begär det men en uppsägning som är vidtagen i strid med turordningsreglerna kan inte ogiltigförklaras enligt 34§ LAS. I dagsläget är frågan om ogiltigförklaring föremål för en reform. I SOU 2012:62 föreslår utredningen bland annat att bristande fullgörelse av omplaceringsskyldigheten inte längre skall kunna åberopas som stöd för att en uppsägning skall ogiltigförklaras. En uppsägning som grundas i bristande omplacering skall enbart kompenseras med skadestånd.²³³

Såvida Arbetsdomstolen ogiltigförklarar uppsägningen fortsätter anställningen att existera under likadana villkor som gällde enligt tidigare. För det fall det uppkommer en tvist kring en ogiltigförklaring av en uppsägning består anställningen till dess att tvisten är avgjord. I den nyligen presenterade SOU 2012:62 föreslås att anställningen under en pågående tvist maximalt skall kunna bestå ett år från uppsägningstillfället.²³⁴ För det fall arbetsgivaren undlåter att acceptera Arbetsdomstolens dom på ogiltigförklaring framgår av 39§ första stycket LAS att anställningsförhållandet upplöses. Arbetsgivarens vägran att rätta sig efter Arbetsdomstolens dom medför då en förpliktelse att utge ett normerat skadestånd.²³⁵

Arbetsgivarens skyldighet att utge såväl ekonomiskt som allmänt skadestånd regleras i 38§ LAS. Det ekonomiska skadeståndet avser ersättning för den förlust den rättsstridiga uppsägningen har medfört och det allmänna skadeståndet avser ersättning för den kränkning som har uppstått.²³⁶

I 39§ LAS stadgas en beräkningsmetod för det ekonomiska skadeståndets storlek och värt att lyfta fram är att det finns ett maxtak för det ekonomiska skadeståndets storlek. I SOU 2012:62 föreslår utredningen att skadeståndsbeloppet enligt 39§ LAS visserligen skall ha kvar sin högsta och lägsta nivå men att skadeståndsbeloppet, för en arbetsgivare som har mindre än 50 stycken anställda, skall reduceras för var femte anställd. En

²³² Lunning och Toijer 2010, s. 340 och AD 2000 nr 51.

²³³ LAS 34§ samt SOU 2012:62 s. 14–16.

²³⁴ SOU 2012:62 s. 14–16.

²³⁵ Lunning och Toijer 2010, s. 725-726, LAS 34§ och 39§.

²³⁶ Källström och Malmberg 2009, s. 47-49. Enligt såväl allmänna skadeståndsrättsliga principer som av Arbetsdomstolens praxis AD 2000 nr 103 samt AD 1997 nr 130 kan skadeståndet reduceras såvida skadan har minskat. Av Arbetsdomstolens rättspraxis AD 2002 nr 75 framgår att ekonomiskt skadestånd på grund av brott mot turordningsreglerna förutsätter dels att arbetstagaren kan visa på att denne har stått till förfogande för arbete på arbetsmarknaden dels förlorat inkomst. Det allmänna skadeståndets storlek beror av vilken grad av brutalitet handlingen har inneburit. För det fall arbetsgivaren visar att denne försökt agera i förenlighet med lagen kan skadeståndet minskas, se AD 2004 nr 36.

arbetsgivare som har 45 anställda skall således enligt förslaget erhålla en reduktion med en månadslön och en arbetsgivare med 40 anställda skall erhålla en reduktion med två månadslöner.²³⁷

²³⁷ SOU 2012:62, s. 16.

4 Diskussion och analys kring samspelets betydelse för skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer

4.1 Inledning

Frågan om en uppsägning av en funktionshindrad individ kan rättsligt prövas gentemot såväl anställningsskyddslagens regler som mot bestämmelser som föreskriver diskrimineringskydd för funktionshindrade individer är relativt ny. Arbetsdomstolen har enbart två gånger, i AD 2005 nr 32 och i AD 2012 nr 51, prövat samspelet. Frågan om anställningsskyddslagens samspel med diskrimineringslagen är därför i många avseenden outredd. Som har redogjorts för i såväl det andra som i det tredje kapitlet har anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen olika bakomliggande syften. Som exempel kan anföras att anställningsskyddslagen syftar till att erbjuda ett särskilt skydd för arbetstagare som på grund av endera ålder eller sjukdom är särskilt svaga, att arbetstagare inte utsätts för godtycklig behandling, att arbetsgivarens rätt till ekonomisk effektivitet garanteras samt att fackföreningarna ges en rätt till medbestämmande. Ett av diskrimineringslagens bakomliggande syften är att säkerställa att samtliga individer garanteras en rätt till sina mänskliga rättigheter, att den s.k. likabehandlingsprincipen uppfylls.

En rättsutveckling rörande anställningsskyddslagen kan få stor inverkan på diskrimineringslagens betydelse och vise versa. Den svenska rätten står inte heller oberörd av varken en internationell eller EU-rättslig utveckling. Av EU-domstolens mål *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*²³⁸ framgår att EU-rätten, vid en eventuell konflikt med nationell rätt, skall ges företräde. Den svenska rätten skall även ges en EU-konform tolkning. I skärningspunkten mellan såväl anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen som mellan de svenska och de EU-rättsliga reglerna uppstår en mängd beaktansvärda och viktiga rättsfrågor. För att få en heltäckande bild av funktionshindrade individers skydd vid arbetsbristsituationer är det därför inte tillräckligt att man isolerat undersöker varken de skilda lagstiftningarna eller den svenska rätten. En allomfattande bild av skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer kräver att det vidtas en analys av samspelet mellan diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen i ett EU-rättsligt perspektiv. Med hjälp av ett antal centrala frågeställningar syftar detta kapitel till att visa på just en sådan analys.

²³⁸ Mål C-6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* [1964].

För att på ett pedagogiskt sätt kunna förmedla en tydlig analys för läsaren anser jag att det såhär inledningsvis är värt att kort redogöra för det sätt Arbetsdomstolen har strukturerat sin bedömning av AD 2005 nr 32 samt AD 2012 nr 51. Då målen kommer att redogöras och undersökas närmare i analysens kommande delar är det strukturen på domstolens argumentation som är i fokus i detta avsnitt.

Som har framgått av kapitel 3 tog Arbetsdomstolen i AD 2005 nr 32 ställning till huruvida en tillämpning av anställningsskyddslagens nyckelpersonsundantag kunde prövas gentemot såväl anställningsskyddslagen som mot lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder. Domstolen uttalade att en åtgärds förenlighet med anställningsskyddslagen inte automatiskt medförde att åtgärden även var förenlig med lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder. Domstolen gjorde bedömningen att mannen genom uppsägningen hade utsatts för ett missgynnande samt att han var i en jämförbar situation med arbetstagare som hade fått behålla sina anställningar. Det nära tidssambandet mellan uppsägningen och underrättelsen om sjukdomen i kombination med att arbetsgivaren var medveten om att mannen hade varit sjukskriven en hel del medförde att domstolen gjorde bedömningen att kravet på orsakssamband var uppfyllt. Den med anställningsskyddslagen förenliga åtgärden bedömdes oförenlig med lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

I AD 2012 nr 51 tog Arbetsdomstolen ställning till huruvida en arbetsbristuppsägning av en kvinna som haft längst anställningstid på bolaget var förenlig med såväl anställningsskyddslagen som med diskrimineringslagen. Prövningen inleddes med att domstolen konstaterade att såväl kvinnans plats på turordningen som uppsägningen som sådan innebar att kvinnan hade blivit missgynnad enligt diskrimineringslagens mening. Därefter vidtog domstolen en samlad prövning av turordningsreglernas förenlighet med såväl anställningsskyddslagen som med diskrimineringslagen. På grund av att kvinnan hade en förslitningsskada i höger arm saknade hon förmåga att plocka upp tyngre varor. Domstolen gjorde bedömningen att den bristande förmågan att plocka upp samtliga varor medförde att kvinnan ej var i en jämförbar situation som arbetstagare utan funktionsnedsättningen. Kvinnan kunde inte heller genom skäliga stöd-, anpassnings- eller rehabiliteringsåtgärder uppnå full arbetsförmåga och domstolen gjorde därför bedömningen att kvinnan saknade tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete hos arbetsgivaren. Bristande tillräckliga kvalifikationer medförde att kvinnan saknat möjlighet att omplaceras till annat arbete och domstolen uttalade avslutningsvis att uppsägningen var förenlig med såväl arbetsmiljölagen som med anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen.

Av ovan framgår att strukturen på argumentationen i de båda målen skiljer sig åt. I AD 2005 nr 32 vidtog domstolen en separat prövning av åtgärdens förenlighet med lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av

funktionshinder. Någon liknande separat prövning av åtgärdens förenlighet med diskrimineringslagen vidtogs inte i AD 2012 nr 51. Trots att domstolen hade möjlighet att gå en annan väg valde domstolen i AD 2012 nr 51 att sammanblandad bedömning av åtgärdens förenlighet med anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen. Som kommer att redogöras för närmare i avsnitt 4.8. medför den sammanblandade strukturen och den felaktiga placeringen av bevisbördan som följde därav inte enbart ett agerande som strider mot den svenska rätten, utan även ett agerande som strider mot de förpliktelser som följer av EU-rättens allmänna likabehandlingsdirektiv.

4.2 Funktionshinder, sjukdom och gränsdragningen mellan personliga skäl och arbetsbrist

För bedömningen av skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer är det centralt att analysera gränsdragningen mellan en uppsägning som vidtas av personliga skäl och arbetsbrist. Det är även essentiellt att närmare analysera och reflektera över vilka effekter rättsutvecklingen kring fingerad arbetsbrist och splittrad motivbild får för frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer.

Som har framgått av kapitel 3 är en förutsättning för arbetsgivarens möjlighet att vidta en arbetsbristuppsägning inte som ordet ger anledning att anta, att det föreligger faktisk brist på arbetsuppgifter. Arbetsbristbegreppets rättsliga innebörd är istället att det är en samlingsbeteckning för uppsägningar som grundas i exempelvis organisatoriska- eller verksamhetsrelaterade förändringar. Det är arbetsgivaren själv som beslutar såväl om som när arbetsbrist existerar och av lagstiftningens förarbeten framgår att domstolen normalt sett inte skall vidta någon överprövning av den företagsekonomiska aspekten. En uppsägning som uteslutande grundas i en arbetstagares funktionshinder är inte en uppsägning på grund av arbetsbrist utan en uppsägning av personliga skäl. Ett funktionshinder grundas många gånger i sjukdom och av anställningsskyddslagens förarbeten framgår att huvudprincipen är att sjukdom inte utgör saklig grund för uppsägning såvida arbetstagaren har förmåga att utföra arbete av någon relevans för arbetsgivaren. För frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer är det därför essentiellt att utreda gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl.

Ofta är *gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl* tydlig men såvida det enbart är ett fåtal arbetstagare som skall sägas upp kan det uppstå svårigheter. I AD 1994 nr 122, som handlade om omreglering av lön, tog Arbetsdomstolen även ställning till gränsdragningen. Av målet kan slutas att det handlar om en arbetsbristuppsägning såvida arbetsgivarens problem kan lösas genom uppsägning av en icke specifik arbetstagare och en uppsägning

av personliga skäl om problemet når en lösning enbart då en specifik arbetstagare sägs upp.²³⁹

För det fall arbetsgivaren vidtar en arbetsbristuppsägning trots att uppsägningen i realiteten uteslutande grundas i individens funktionshinder handlar det inte om en gränsdragning mellan personliga skäl och arbetsbrist. Det handlar då om en uppsägning som är grundad i *fingerad arbetsbrist*. I anställningsskyddslagens förarbeten stadgas att Arbetsdomstolen i fall av fingerad arbetsbrist har möjlighet att vidta en överprövning enligt den reella grunden, de personliga skälen (funktionshindret). Möjligheten till överprövning enligt de personliga skälen (funktionshindret) torde medföra att arbetsgivaren fräntas möjligheten att under täckmantel av arbetsbristbegreppet vidta en uppsägning som uteslutande grundas i individens funktionshinder. Tyvärr är det inte så enkelt. En analys av Arbetsdomstolens rättspraxis, exempelvis AD 2012 nr 11, AD 2006 nr 68 och AD 2005 nr 53 visar att Arbetsdomstolen enbart sällan godtar arbetstagarens åberopande om fingerad arbetsbrist.

Såvida gränsdragningen visar att uppsägningen kan grundas i såväl arbetsbrist som i personliga skäl handlar det inte om fingerad arbetsbrist utan om en så kallad *splittrad motivbild*. Ett mål som väl belyser vilka effekter splittrad motivbild kan få för funktionshindrade arbetstagare är AD 2012 nr 51. Som har redogjorts för ovan handlade målet om en arbetsbristuppsägning av en kvinna som hade en funktionsnedsättning i höger arm. Förbundet som företrädde kvinnan hävdade att uppsägningen i realiteten grundades i kvinnans funktionsnedsättning, personliga skäl. Arbetsgivaren åberopade att det handlade om en arbetsbristuppsägning som grundades i omorganisation och övertalighet. Arbetsdomstolen accepterade arbetsgivarens uppsägningsskäl och trots att det enbart var en arbetstagare, kvinnan med funktionsnedsättningen, som sades upp klassificerade domstolen uppsägningen som en arbetsbristuppsägning. Att uppsägningen till viss del även grundades i kvinnans funktionshinder saknade betydelse eftersom den förestående arbetsbristen konsumerade bakomliggande personliga skäl. För uppsägningens förenlighet med anställningsskyddslagen saknade det således betydelse att uppsägningen även till viss del grundades i kvinnans funktionshinder.

Arbetsdomstolens generositet att acceptera de av arbetsgivaren åberopade verksamhets- eller organisatoriska skälen medför dels att fall av splittrad motivbild ökar, dels att åberopanden om fingerad arbetsbrist sällan godtas. *För funktionshindrade individer innebär rättsutvecklingen att Arbetsdomstolen synes ha öppnat upp dörren för arbetsgivarens möjlighet att i förenlighet med anställningsskyddslagen vidta uppsägningar på grund av omständigheter som inte är tillräckliga för uppsägning av personliga skäl.* För funktionshindrade arbetstagare blir effekten av rättsutvecklingen att arbetstagare som faktiskt kan utföra arbete av relevans för arbetsgivaren ändå på grund av dess funktionshinder riskerar att drabbas av en

²³⁹ Jämför Rönmar 2006/07, s. 631.

uppsägning. Jag är kritisk till rättsutvecklingen eftersom den enligt min mening inte enbart saknar stöd, utan är i rakt strid med lagstiftningens förarbeten. Anställningsskyddslagens normativa bakgrund är delvis att förhindra att arbetsmarknaden delas upp i två skilda delar, en som innehåller unga och välutbildade arbetstagare och en som innehåller äldre, funktionshindrade och sämre utbildade arbetstagare. Enligt min mening får det anses klart att effekten av domstolens generositet att acceptera arbetsgivarens uppsägningsskäl står i rakt strid detta syfte. För frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer medför rättsutvecklingen att diskrimineringslagen får en allt större betydelse.²⁴⁰

Som har redogjorts för i uppsatsens andra kapitel är en grundläggande förutsättning för diskrimineringslagens skydd att arbetstagaren har ett funktionshinder enligt diskrimineringslagens mening. I diskrimineringslagen definieras funktionshinder som ”varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller förväntas uppstå.”²⁴¹ Vilka begränsningar som faller inom bestämmelsens räckvidd får framtiden utvisa men hittills visar Arbetsdomstolens rättspraxis att grav synskada, multipel skleros, födoämnesallergi, diabetes, tvångssyndrom, nack- och axelskada samt förslitningsskada i armen utgör funktionshinder. Till ledning för bedömningen av diskrimineringslagens funktionshinderbegrepp kan framhållas att EU-domstolen i målet *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* uttalade att funktionshinderbegreppet enbart omfattar individer som på grund av en funktionsnedsättning inte kommer att kunna återgå i arbete inom en snar framtid samt att sjukdomsbegreppet inte är likställt med funktionshinder. Det är inte enbart individer som själva har ett funktionshinder som omfattas av diskrimineringsgrunden. Av såväl EU-domstolens uttalanden i målet *Sharon Coleman mot Attridge Law, Steve Law* som av de svenska förarbetena följer att närstående till individer som har funktionshinder omfattas av diskrimineringsgrunden såvida de missgynnas på grund av funktionshindrets förekomst.

Diskrimineringslagen erbjuder ett skydd för det fall åtgärden innebär ett missgynnande i en jämförbar situation samt då det föreligger ett orsakssamband mellan funktionshindret och den negativa åtgärden. Att en uppsägning som delvis beror på förekomsten av funktionshinder innebär ett missgynnande enligt diskrimineringslagens mening får anses klart. Till skillnad från anställningsskyddslagen kräver diskrimineringslagen inte att funktionshindrets förekomst varit utslagsgivande för uppsägningen. *Diskrimineringslagens krav på orsakssamband kräver endast att funktionshindret varit en av de bakomliggande orsakerna.* För diskrimineringslagens skydd är det således tillräckligt att funktionshindret på ett indirekt sätt har påverkat arbetsgivaren i dess beslutsfattande.²⁴²

²⁴⁰ Jämför Rönmar 2006/07, s. 644.

²⁴¹ DL 1 kapitlet 5§ fjärde punkten.

²⁴² Jämför Rönmar 2006/07, s. 644.

I likhet med vad som följer av EU-domstolens uttalanden i *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz* och *Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, som visserligen avsåg könsdiskriminering men som får anses vägledande även för diskriminering på grund av funktionshinder, krävs det inte för diskrimineringslagens skydd att arbetsgivaren har haft ett bakomliggande syfte att diskriminera individen.

4.3 Omplaceringsskyldighetens förhållande till turordningsreglerna

Som redogjorts för i avsnitt 4.2. accepteras arbetsbrist normalt sett som saklig grund för uppsägning av arbetstagare. Anställningsskyddslagens regler om omplacering och turordning får därför en stor betydelse för arbetstagarnas faktiska anställningsskydd. Turordningsreglernas förhållande till omplaceringsskyldigheten är enligt min mening avgörande för huruvida anställningsskyddslagen kan sägas erbjuda funktionshindrade individer ett skydd mot godtycklig uppsägning. I förlängningen är förhållandet mellan 7§ andra stycket LAS och 22§ LAS avgörande för vilken betydelse diskrimineringslagen får för frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer. Av den anledningen finner jag att det är värt att reflektera lite extra över vilken följd de senaste årens utveckling i Arbetsdomstolens kan komma att få för funktionshindrade arbetstagare.

I det mycket omstridda målet AD 2009 nr 50 slog Arbetsdomstolen b.l.a. fast att arbetsgivaren saknar skyldighet att enligt 7§ andra stycket LAS omplacera arbetstagare utefter turordningsreglerna i 22§ LAS. Domstolen slog vidare fast att en underlåtelse att tacka ja till ett skäligt erbjudande om omplacering utgör saklig grund för uppsägning. I AD 2011 nr 30 tog domstolen denna princip ytterligare ett steg. Domstolen konstaterade då att arbetsgivaren även då arbetsbristuppsägningar verkligen kom att vidtas har en frihet att omplacera oberoende av arbetstagarnas plats på turordningslistan.

Enligt min mening ger dessa rättsfall ett klart uttryck för att domstolen värderar arbetsgivarens arbetsledningsrätt högre än arbetstagarnas rätt till skydd mot godtycklig behandling. Följden av att arbetsgivaren i förenlighet med 7§ andra stycket LAS tillåts att omplacera arbetstagarna oberoende av turordningsreglerna i 22§ LAS medför att arbetsgivaren ges utrymme att genom sin omplaceringsrätt disponera över vilka arbetstagare som skall omfattas av turordningslistan. Endera kan arbetsgivaren, i hopp om att arbetstagaren skall tacka nej till ett lämnat omplaceringserbjudande, vidta omplacering av de arbetstagare denne vill bli av med, eller så kan arbetsgivaren välja att innan turordningsreglerna aktualiseras omplacera de arbetstagare arbetsgivaren vill ha kvar på arbetsplatsen. Arbetsgivarens frihet att genom omplacering styra över vilka arbetstagare som skall omfattas av turordningslistan medför att turordningsreglernas

bakomliggande syfte, att motverka godtyckliga uppsägningar, till viss del kan sägas omintetgjort. Trots att domstolen hade möjlighet att gå en annan väg valde de att skilja omplaceringsskyldigheten från turordningsreglerna. Enligt min mening hade det legat mer i linje med lagens bakomliggande intressen och ändamål att omplaceringsskyldigheten i 7§ andra stycket LAS kopplas till principen om sist- in först ut som kommer till uttryck i turordningsreglerna. För funktionshindrade arbetstagares skydd mot diskriminering vid arbetsbristsituationer medför rättsutvecklingen att diskrimineringslagen får en allt större betydelse.²⁴³

4.4 Tillräckliga kvalifikationer och skäliga stöd- och anpassningsåtgärder vid omplacering, turordning och företrädesrätt till återanställning

Avgörande för arbetstagarens rätt att återberopa sin plats på turordningslistan, för arbetstagarens rätt att kräva en omplacering eller företrädesrätt till återanställning är att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den tjänst som avses. För funktionshindrade individer som typiskt sett har en nedsatt arbetsförmåga kan det vara extra svårt att uppfylla de krav på tillräckliga kvalifikationer som arbetsgivaren har satt upp. För funktionshindrade arbetstagare är det därför centralt att avgöra dels om anställningsskyddslagen sätter upp någon yttre gräns för vilka krav arbetsgivaren har rätt att ställa upp, dels om diskrimineringslagen och dess krav på stöd- och anpassningsåtgärder medför ett mer långtgående skydd.

Som har framgått av kapitel 3 är utgångspunkten att arbetsgivaren har frihet att med stöd av sin 32§ befogenhet bestämma vilka kvalifikationer som skall gälla för respektive tjänst. Friheten är dock inte obegränsad. Av Arbetsdomstolens rättspraxis framgår att tillräckliga kvalifikationer avser de minimivillkor som gäller för en nyanställning samt att kraven inte får strida mot god sed på arbetsmarknaden eller vara upprättade i syfte att kringgå lagstiftning eller avtal. Den närmare gränsen för vilka krav arbetsgivaren har rätt att ställa upp är oklar. Det synes därmed inte omöjligt att arbetsgivare, i förenlighet med anställningsskyddslagen, tillåts att föreskriva krav på tillräckliga kvalifikationer som är desamma för samtliga individer, men som innebär en diskriminering för funktionshindrade arbetstagare. För frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer är det därför av hög vikt att analysera anställningsskyddslagens samspel med diskrimineringslagen.

Av uppsatsens andra kapitel framgår att diskrimineringslagen föreskriver förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering. Direkt diskriminering föreligger då en funktionshindrad individ negativt särbehandlas i

²⁴³ Jämför Rönnmar och Numhauser-Henning 2010/11, s. 407.

förhållande till hur en individ utan det aktuella funktionshindret har eller skulle ha blivit behandlad. En förutsättning för direkt diskriminering är att det kan konstateras ett missgynnande, ett orsakssamband samt en jämförbar situation. I diskrimineringslagens förarbeten stadgas att ett missgynnande förutsätter att det är en specifik enskild individ som missgynnas. En missgynnande handling som är riktad till allmänheten faller således utanför diskrimineringslagens skydd. Efter förarbetsuttalandet har EU-domstolen i målet *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn* uttalat att medlemsstaterna förpliktigas att tillhandahålla sanktionsmedel likaledes då en diskriminerande handling är vidtagen i förhållande till allmänheten. Målet avsåg etnisk diskriminering men då det EU-rättsliga ställningstagandet får anses allmängiltigt för hela diskrimineringsområdet torde en framtida prövning i Arbetsdomstolen visa att förarbetsuttalandet i dagsläget är att anse som överspelat.

En individ som på grund av bristande tillräckliga kvalifikationer saknar rätt att stödja sig på sin plats på turordningslistan, åberopa sin rätt till omplacering eller företrädesrätt till återanställning har utsatts för en negativ åtgärd, ett missgynnande enligt diskrimineringslagens mening. Att ett orsakssamband föreligger mellan funktionshindret och den negativa åtgärden får anses klart såvida det är funktionshindrets inverkan på arbetsförmågan som medför att individen saknar tillräckliga kvalifikationer. Kvar för bedömningen av huruvida diskrimineringslagen erbjuder ett skydd är då kravet på jämförbar situation. Då ett funktionshinder typiskt sett har en ogynnsam inverkan på en individs arbetsförmåga är det dessvärre detta krav som innebär problem. Funktionshinder som diskrimineringsgrund skiljer sig från diskrimineringslagens övriga grunder eftersom funktionshinder, till skillnad från exempelvis kön eller etnicitet, typiskt sett har en negativ inverkan på individens arbetsförmåga.

I syfte att upprätthålla likabehandlingsprincipen föreskrivs det därför i såväl det allmänna likabehandlingsdirektivet som i diskrimineringslagen att arbetsgivaren har en skyldighet att vidta skäligen stöd- och anpassningsåtgärder. Såvida arbetsgivaren genom stöd- och anpassningsåtgärder kan reducera arbetstagarens nedsatta arbetsförmåga i sådan grad att arbetstagaren försätts i en jämförbar situation har den funktionshindrade arbetstagaren sakliga förutsättningar för arbetet. Såvida den funktionshindrade arbetstagaren har sakliga förutsättningar för arbetet utgör det direkt diskriminering om arbetstagaren negativt särbehandlas på grund av sitt funktionshinder. En funktionshindrad arbetstagare, som efter att skäligen stöd- och anpassningsåtgärder har vidtagits, ändå har en funktionsförmåga som i väsentlig grad negativt påverkas av funktionshindret saknar sakliga förutsättningar för arbetet. Såvida sakliga förutsättningar saknas utgör ett missgynnande som grundas i arbetstagarens funktionshinder inte direkt diskriminering. Vad innebär då detta? Jo, en med anställningsskyddslagen förenlig negativ särbehandling som grundas i att individen saknar tillräckliga kvalifikationer utgör direkt diskriminering i strid med diskrimineringslagen såvida den funktionshindrade individen

genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder kan uppnå tillräckliga kvalifikationer.

Avgörande för huruvida en funktionshindrad individ som saknar tillräckliga kvalifikationer och som negativt särbehandlas därav kan stödja sig på diskrimineringsreglerna är således vilka krav på stöd- och anpassningsåtgärder som kan ställas på arbetsgivaren. I det allmänna likabehandlingsdirektivet stadgas att arbetsgivaren har en skyldighet att vidta proportionerliga stöd- och anpassningsåtgärder. Någon närmare vägledning för proportionalitetsbedömningen framgår emellertid inte av det allmänna likabehandlingsdirektivets ordalydelse och EU-domstolen har inte i dagsläget tagit ställning till frågan. Den enda vägledning som finns avseende den EU-rättsliga synen på stöd- och anpassningsåtgärder är att det i direktivets ingress anförs att exempel på åtgärder kan vara inredning av lokal, anpassning av arbetstakt och utrustning samt fördelning av arbete.

Även i diskrimineringslagen föreskrivs att stöd- och anpassningsåtgärderna skall vara skäliga för arbetsgivaren. Arbetsdomstolen har under de senaste åren prövat innebörden av diskrimineringslagens krav och olyckligtvis visar en analys av domstolens ställningstaganden i AD 2010 nr 13, AD 2011 nr 25 samt AD 2012 nr 51 att det ställs låga krav på arbetsgivaren. *Diskrimineringslagens krav på jämförbar situation i kombination med de låga krav Arbetsdomstolen har ställt på vidtagande av stöd- och anpassningsåtgärder medför att diskrimineringslagen enbart torde erbjuda ett skydd för funktionshindrade arbetstagare som har ett funktionshinder som i liten mån påverkar dess arbetsförmåga.*²⁴⁴ Följden av detta blir att inte heller diskrimineringslagen typiskt sett erbjuder ett skydd för funktionshindrade individer som missgynnas i en arbetsbristsituation.

För arbetstagare som har ett funktionshinder som påverkar dess arbetsförmåga i högre grad uppkommer frågan om EU-rätten medför något ytterligare skydd. Som ovan nämnts har EU-domstolen ännu inte tagit ställning till den närmare innebörden av det allmänna likabehandlingsdirektivets krav på stöd- och anpassningsåtgärder. En funktionshindrad arbetstagare saknar därmed än så länge möjlighet att åberopa direktivkonform tolkning och direktivets direkta effekt. Att funktionshinder kan omfattas av artikel 14 i EKMR som föreskriver icke-diskriminering får anses klart av Europadomstolens rättspraxis. Då Sverige ännu inte har anslutit sig till tilläggsprotokoll nummer 12 omfattar konventionens diskrimineringskydd för svensk del emellertid enbart de fri- och rättigheter som följer av konventionen och dess tilläggsprotokoll. Ingenstans i konventionen regleras uppsägning av arbetstagarens anställningskontrakt. En diskriminering i samband med en arbetsbristuppsägning kan således inte i dagsläget erhålla något skydd av den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna. I artikel 21 i den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna föreskrivs att samtlig diskriminering på grund av

²⁴⁴ Jämför Inghammar 2007, s. 387.

funktionshinder är förbjuden. Stadgan erhöll fördragsstatus genom Lissabonfördraget och den torde därmed vara direkt tillämplig i medlemsstaterna. Då stadgan enbart riktar sig till medlemsstaterna i dess tillämpning av unionsrätten kan den emellertid enbart återopas såvida frågan har en EU-rättslig aspekt. Stadgans begränsning till medlemsstaternas tillämpning av unionsrätten medför att funktionshindrade arbetstagare typiskt sett inte heller kommer kunna stödja sig på stadgan.

Indirekt diskriminering existerar då ett krav, kriterium eller förfaringssätt som synes vara neutralt särskilt missgynnar individer på grund av dess tillhörighet till en diskrimineringsgrund. En förutsättning för att diskrimineringslagen skall utgöra ett hinder för arbetsgivarens frihet att föreskriva krav på tillräckliga kvalifikationer är att funktionshindrade individer missgynnas av desamma samt att jämförelsebedömningen visar på en betydlig skillnad i arbetstagarnas möjlighet att uppfylla kraven. Såväl Whittle som Inghammar har anfört att jämförelsebedömningen bör ske i förhållande till just det aktuella funktionshindret och inte i förhållande till funktionshindrade som allomfattande kategori.²⁴⁵ Då ett funktionshinder kan föreligga i en mängd olika skepnader finner jag att denna avgränsningsmetod är lämplig.

Samtliga fall där jämförelsebedömningen visar på en betydlig skillnad utgör emellertid inte indirekt diskriminering. I såväl det allmänna likabehandlingsdirektivet som i diskrimineringslagen föreskrivs att indirekt diskriminering kan rättfärdigas såvida syftet är objektivt grundat och målen för att uppnå syftet är adekvata och nödvändiga. Av diskrimineringslagens förarbeten framgår att nationell lagstiftning som eftersträvar att uppfylla viktiga syften avseende sysselsättningspolitik är ett objektivt godtagbart syfte. Inghammar har uttalat att möjligheten att föreskriva såväl bestämmelser som kriterier eller förfaringssätt som har ett berättigat syfte i kombination med uttalandet i motiven kan få till effekt att en funktionshindrad individ, som missgynnas genom ett förfarande som är förenligt med anställningsskyddslagen, inte torde kunna angripa detta med stöd av diskrimineringslagens regler om indirekt diskriminering.²⁴⁶ Jag delar Inghammars åsikt att förarbetsuttalandet i kombination med möjligheten att rättfärdiga indirekt diskriminering kan få denna effekt. Det är dock värt att poängtera att något klart svar på om förarbetsuttalandet fortfarande är aktuellt saknas i dagsläget.

²⁴⁵ Jämför Whittle 2002, s. 5 och Inghammar 2007, s. 289

²⁴⁶ Jämför Inghammar 2007, s. 290-291.

4.5 Förstärkt anställningsskydd för arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga i 23§ LAS

I anställningsskyddslagen återfinns en tvingande bestämmelse som stadgar företrädesrätt för arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga. Bestämmelsens tvingande karaktär medför att arbetsgivaren förpliktigas att beakta regeln vid upprättande av en turordningslista samt att bestämmelsen inte kan negligeras genom en avtalsturlista. Då individer som omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde säkerställs fortsatt anställning obundet av turordningsreglerna uppkommer frågan om bestämmelsen innebär att uppsatsens huvudsakliga frågeställning; skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer kan anses löst. Om regeln innebär att individer med nedsatt arbetsförmåga garanteras en fortsatt anställning enligt anställningsskyddslagen kan väl funktionshindrade individer inte utsättas för diskriminering i en arbetsbristsituation?

I 23§ LAS stadgas att företrädesrätt till fortsatt anställning föreligger såvida arbetsgivaren inte drabbas av allvarliga olägenheter samt såvida arbetstagaren har en nedsättning i arbetsförmågan och på grund av detta har erhållit en särskild anställning hos arbetsgivaren. Av Lunning och Toijers ledande kommentar till anställningsskyddslagen framgår att en individ torde uppfylla kravet på nedsatt arbetsförmåga såvida denne har ett funktionshinder eller dylikt som medför svårigheter att endera få eller hålla kvar en anställning. En analys av Arbetsdomstolens rättspraxis, AD 2003 nr 83, visar att det för företrädesrätt enligt anställningsskyddslagen, likt vad som gäller för funktionshindrade individers skydd av diskrimineringslagen, saknar betydelse om funktionsnedsättningen har uppkommit under anställningens gång eller funnits där sedan innan. Vad som avses med särskild sysselsättning torde inte vara helt klarlagt i dagsläget. Av bestämmelsens förarbeten framgår att kravet avser exempelvis att arbetsförmedlingen efter utförande av en arbetsvårdsutredning har erbjudit anställningen, att arbetstagaren har en lönebidragsanställning eller att arbetstagaren helt på arbetsgivarens eget initiativ har erhållit endera en särskilt passande eller skyddad anställning. En analys av AD 2003 nr 83 ger vid handen att särskild sysselsättning kräver att arbetsgivaren har vidtagit konkreta åtgärder i syfte att anpassa anställningen till just de funktionsnedsättningar som den aktuella arbetstagaren har. Det resonemang som domstolen för i AD 2003 nr 83 visar att kravet på särskild sysselsättning inte är uppfyllt enbart såvida en arbetstagare på grund av dess nedsättning i arbetsförmågan omplaceras till en annan tjänst. Den springande faktorn är huruvida tjänsten är speciellt anpassad till individens nedsatta arbetsförmåga eller inte.

I AD 2012 nr 51 prövades frågan om en uppsägning av en funktionshindrad kvinna var förenlig med såväl anställningsskyddslagen som med diskrimineringslagen. I målet åberopades aldrig 23§ LAS och jag ställer mig frågande till varför så inte skedde. Mellan parterna var det ostridigt att

kvinnan hade en funktionsnedsättning i höger arm samt att hon med anledning av detta hade erhållit en särskilt anpassad tjänst hos arbetsgivaren. Kvar för bestämmelsens tillämpning och för kvinnans företrädesrätt oberoende av turordningsreglerna var då enbart frågan om företrädesrätten medförde allvarliga olägenheter för arbetsgivaren. I dagens läge har Arbetsdomstolen enbart i ett fåtal mål tagit ställning till frågan om allvarliga olägenheter. Ett av målen är AD 1993 nr 129, av vilket det framgår att allvarliga olägenheter föreligger såvida företrädesrätten innebär att arbetsgivaren förpliktigas att anställa ytterligare en person för att täcka upp den företrädesrättberättigade arbetstagarens misstag. I dagsläget saknas det ett klart svar på frågan om arbetsgivaren har lätt för att visa på att allvarliga olägenheter. Kanske kan Arbetsdomstolens rättspraxis avseende skälighetsbedömning av diskrimineringslagens krav på stöd- och anpassningsåtgärder användas till ledning? En analys av Arbetsdomstolens skälighetsprövning i diskrimineringslagen visar att det ställs låga krav på arbetsgivaren. Som en röd tråd genom samtliga av de prövade målen angående stöd- och anpassningsåtgärder framgår att arbetsledningsrätten har värderats högt. Rättsutvecklingen avseende skälighetsbedömningen i diskrimineringslagen medför dock inte att man automatiskt kan slå fast att arbetsgivaren även synes ha lätt för att visa på allvarliga olägenheter enligt anställningsskyddslagens mening. Språkligt sett är det en betydlig gradskillnad mellan en åtgärd som är skälig och en som innebär allvarliga olägenheter. Enligt min mening är det inte omöjligt att kvinnan i AD 2012 nr 51 skulle ha nått framgång med åberopande av 23§ LAS. Att så aldrig skedde är därför beklagligt.

4.6 Nyckelpersonsundantaget

I likhet med vad som har anförts avseende överprövning av arbetsgivarens åberopande om arbetsbrist skall domstolen normalt sätt inte heller överpröva arbetsgivarens val av nyckelpersoner. Effekten av detta blir att en tillämpning av nyckelpersonsundantaget, som görs med det direkta syftet att bli av med en funktionshindrad individ inte torde kunna rättsligt angripas med stöd av anställningsskyddslagen. Avgörande för skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer kan därmed bli huruvida en diskriminerande tillämpning av nyckelpersonsundantaget kan rättsligt angripas med stöd av diskrimineringslagen.

I AD 2005 nr 32 prövade Arbetsdomstolen frågan om en tillämpning av anställningsskyddslagens nyckelpersonsundantag i 22§ LAS kunde prövas gentemot såväl anställningsskyddslagen som mot lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder. Målet handlade om uppsägning av en man som drabbats av sjukdomen multipel skleros. Mannen hade varit sjukskriven och kort efter att han underrättat sin arbetsgivare om diagnosen sades mannen upp i en arbetsbristuppsägning. Bolaget hade kort innan mannens uppsägning nyanställt två personer och dessa personer undantog arbetsgivaren genom en tillämpning av nyckelpersonsundantaget. Domstolen anförde att den omständigheten att en

tillämpning av 22§ LAS inte skulle överprövas rättsligt gentemot anställningsskyddslagen inte även innebar att arbetsgivare under täckmantel av undantaget tilläts att missgynna arbetstagare på ett sätt som stred mot diskrimineringslagen. Domstolen bedömde att mannen hade blivit missgynnad i en jämförbar situation. Det nära tidssambandet mellan underrättelsen och uppsägningen samt arbetsgivarens vetskap om att mannen hade varit sjukskriven en hel del gjorde att mannen hade lyckats göra antagligt att det förelåg ett orsakssamband mellan uppsägningen och funktionshindret. Bevisbördan övergick då på arbetsgivaren som inte lyckades med visa att uppsägningen saknade samband med mannens funktionshinder. En med anställningsskyddslagen förenlig tillämpning av nyckelpersonsundantaget i 22§ LAS var således oförenlig med reglerna i lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

Av målet torde kunna konstateras att anställningsskyddslagens samspel med lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder (numera diskrimineringslagen) medför att arbetsgivarens frihet att välja nyckelpersoner enligt sin 32§ befogenhet begränsas av att åtgärden måste vara förenlig mot diskrimineringsreglerna. Enligt min mening kan samspelet mellan anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen därför sammanfattas som att *diskrimineringslagen sätter den yttre ramen för arbetsgivarens arbetsledningsrätt kring valet av nyckelpersoner.*

4.7 Avtalsturlista

Den svenska modellen med kollektivavtal i förening med anställningsskyddslagens semidispositiva karaktär medför att arbetsmarknadens parter ges stor frihet att i kollektivavtal föreskriva regler som avviker från anställningsskyddslagens annars gällande regler. För frågan om skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer är det därför centralt att undersöka huruvida diskrimineringslagen sätter någon gräns för arbetsmarknadsparternas möjlighet att avtalsvis föreskriva regler som missgynnar individer med funktionshinder.

En arbetstagarorganisation kan tillsammans med arbetsgivaren ingå en avtalsturlista som föreskriver krav eller kriterier för hur en uppkommen arbetsbrist skall lösas. Individer som har funktionshinder kan ha svårare att uppfylla de krav eller de kriterier som uppställs. Effekten av en avtalsturlista kan därför bli att funktionshindrade individer löper en högre risk för att drabbas av uppsägning än vad som hade gällt om avtalsturlistan aldrig hade upprättats. I 2§ sjätte stycket LAS ges arbetsgivaren en rätt att tillämpa avtalsturlistan även på arbetstagare som är organiserade i en annan arbetstagarorganisation än den som är avtalspart. Arbetstagarna kan därför inte genom sin föreningsrätt styra avtalsturlistans tillämpningsområde. Avgörande för skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer kan därmed bli huruvida en avtalsturlista kan åsidosättas på grund av dess diskriminerande karaktär.

Arbetsmarknadens parter synes ha en relativt vidsträckt frihet i dess val av avtalsturlista. I lagens förarbeten framgår som ensamt exempel att en turordningsöverenskommelse är ogiltig såvida avtalets enda bakomliggande syfte är att säga upp arbetstagare som endera är oorganiserade eller som tillhör en annan organisation. En analys av Arbetsdomstolens rättspraxis visar dock att en avtalsturlista även kan rättsligt angripas och åsidosättas med stöd av andra omständigheter.

Som har redogjorts för i kapitel 3 var det så tidigt som år 1983 i det s.k. ”Finskfallet” som Arbetsdomstolen för första gången tog ställning till huruvida en turordningsöverenskommelse som undantog personer som saknade förmåga att tala det svenska språket var oskäligen och ogiltig. Domstolen bedömde att hänsynstagandet till språket inte var sakligt motiverat och turordningsbestämmelsen innebar följaktligen en olovlig diskriminering av finsktalande arbetstagare. Turordningsöverenskommelsen var i strid med god sed på arbetsmarknadens och rättsföljden blev att domstolen jämkade överenskommelsen så att den otillbörliga hänsynen till språkkunskaperna togs bort. I AD 2002 nr 37 prövade Arbetsdomstolen på nytt frågan om en avtalsturlista skulle åsidosättas på grund av dess diskriminerande karaktär. Inte heller i detta mål handlade frågan om funktionshindrade individer, utan om diskriminering av två stycken oorganiserade arbetstagare. I målet uttalade domstolen explicit att en diskriminerande turordningsöverenskommelse kan angripas med stöd av allmänna avtalsrättsliga principer.

Trots att de mål som hittills har prövats inte har avsett diskriminering av funktionshindrade individer får det anses klart att en avtalsturlista som föreskriver krav som är diskriminerande för funktionshindrade individer kan rättsligt angripas och åsidosättas på grund av dess diskriminerande karaktär.

*Anställningsskyddslagens parallellitet med diskrimineringslagen medför att en diskriminerande avtalsturlista numera även kan angripas med stöd av diskrimineringslagen.*²⁴⁷ Frågan uppkommer då om en avtalsturlista som föreskriver diskriminerande krav kan rättfärdigas på grund av att kraven har ett objektiva syfte och sättet för att nå syftet är lämpligt och nödvändigt. En avtalsturlista som föreskriver krav eller kriterium som missgynnar funktionshindrade arbetstagare som har sakliga förutsättningar för arbete torde inte anses ha ett objektiva godtagbart syfte. Inte heller torde arbetsmarknadsparternas kollektivavtalade krav omfattas av förarbetsuttalandet kring vilka syften som skall anses vara objektiva godtagbara. Förarbetsuttalandet avsåg enbart krav som härstammar från lagstiftning kring sysselsättningspolitik och inte krav som kommer från arbetsmarknadsparternas upprättade kollektivavtal.²⁴⁸ En framtida prövning av frågan torde därför visa att den yttre ramen för arbetsmarknadsparternas avtalsfrihet att föreskriva krav eller kriterium i en avtalsturlista begränsas av diskrimineringslagens regler kring indirekt diskriminering.

²⁴⁷ Jämför Rönmar 2006/07, s. 645.

²⁴⁸ Jämför Inghammar 2007, s. 290.

4.8 Tvistelösning och sanktioner och bevisbörda

Anställningsskyddslagens samspel med diskrimineringslagen medför att en uppsägning av en funktionshindrad individ kan bedömas såsom rättsstridig gentemot såväl anställningsskyddslagen som mot diskrimineringslagen. För funktionshindrade individer är det därför av hög vikt att analysera huruvida lagstiftningarna reglerar bevisbördan på olika sätt, om sanktionsmöjligheter skiljer sig åt samt om kumulativa effekter av sanktionerna kan erhållas.

Inledningsvis är det lämpligt att kort beröra den speciella myndighet, diskrimineringsombudsmannen, som har den huvudsakliga uppgiften att idka tillsyn över att diskrimineringslagens regler följs. Ombudsmannen har en rätt att föra talan för en enskilds räkning men ombudsmannens talerätt gäller enbart såvida den enskilde medger det och såvida det inte finns någon fackförening som för arbetstagarens talan. Notera att ombudsmannen enbart kan föra talan avseende åtgärdens förenlighet med diskrimineringslagen och inte avseende dess förenlighet med anställningsskyddslagen. Det finns ingen ombudsman som övervakar att anställningsskyddslagens regler följs men av såväl anställningsskyddslagen som av direktivet kring kollektiva uppsägningar framgår att arbetsgivaren, inför en kommande arbetsbristuppsägning, kan ha en förhandlingsskyldighet. Förhandlingsskyldigheten ser olika ut beroende på om arbetsgivaren har ingått ett kollektivavtal eller inte. En arbetsgivare som har ingått kollektivavtal har en skyldighet att på eget initiativ kalla den kollektivavtalsslutna arbetstagarorganisationen till förhandling. En arbetsgivare som inte har ingått något kollektivavtal har en skyldighet att kalla samtliga arbetstagarorganisationer som har medlemmar som berörs av arbetsbristuppsägningen.

Som har redogjorts för i kapitel tre är grundprincipen i anställningsskyddslagen att det är arbetsgivaren som har bevisbörda att visa på b.l.a. att en uppsägning är grundad i arbetsbrist, att omplaceringsskyldigheten är fullgjord samt att en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer. Av kapitel två framgår att det är en annan bevisbörda som gäller på diskrimineringsrättens område. Med stöd i vad som har föreskrivits i tidigare antagna direktiv, exempelvis i det s.k. bevisbördedirektivet föreskrivs det i det allmänna likabehandlingsdirektivet att medlemsstaterna förpliktigas att garantera att bevisbördan är delad. Den delade bevisbördan innebär att en funktionshindrad arbetstagare som styrker faktiska omständigheter som ger skäl att anta att arbetstagaren har blivit utsatt för diskriminering har skapat ett s.k. prima facie-fall av diskriminering. Arbetstagaren har då uppfyllt sin del av bevisbördan och den övergår då på arbetsgivaren. I svensk rätt har det allmänna likabehandlingsdirektivets krav på delad bevisbörda införts i diskrimineringslagen genom en speciell bevispresumptionsregel. Kort kan bevispresumptionsregelns innebörd sammanfattas som att diskriminering presumeras såvida en funktionshindrad individ lyckas styrka

sakförhållanden som stödjer att individen omfattas av diskrimineringsgrunden samt att individen har drabbats av en missgynnande åtgärd.

En analys av det nyligen avgjorda målet AD 2012 nr 51 visar att de olika sätt som bevisbördan fördelas på kan medföra att det uppstår problem då en åtgärd skall rättsligt prövas gentemot såväl diskrimineringslagen som mot anställningsskyddslagen. Trots att domstolen hade möjlighet att vida två separata prövningar i AD 2012 nr 51 valde domstolen, som ovan har redogjorts för i avsnitt 4.1., att vidta en samlad prövning av åtgärdens förenlighet med diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen. Jag är kritisk till att så skedde och värt att uppmärksamma är att den speciella bevispresumptionsregeln som gäller för prövningen av åtgärdens förenlighet med diskrimineringslagen inte nämns någonstans i domskälen. *Enligt min mening får det anses klart att den sammanblandade strukturen innebar att diskrimineringsfrågan undkom anställningsskyddslagens regler kring bevisbördans fördelning.* Uppsägningens förenlighet med diskrimineringslagen skedde således under en felaktigt fördelad bevisbörda.

I såväl anställningsskyddslagen som i diskrimineringslagen föreskrivs att en rättsstridigt vidtagen uppsägning kan *ogiltigförklaras*. Den ogiltigförklaring som följer av anställningsskyddslagen är begränsad till fall där uppsägningen har saknat saklig grund. En uppsägning som är vidtagen i strid med turordningsreglerna kan således inte ogiltigförklaras med stöd av anställningsskyddslagen. Lagstiftningarnas samspel medför att en uppsägning som är vidtagen i strid med turordningsreglerna kan rättsligt angripas och ogiltigförklaras med stöd av diskrimineringslagen. En förutsättning härför är givetvis att oförenligheten med turordningsreglerna har inneburit en otillåten diskriminering enligt diskrimineringslagens mening. Av såväl anställningsskyddslagen som av diskrimineringslagen följer att en arbetsgivare som undlåter att acceptera en ogiltigförklaring åläggs att utge skälig ersättning till arbetstagaren. Den skäliga ersättningen som kan utgå kan bli högre enligt diskrimineringslagen än enligt anställningsskyddslagen. Anledningen därtill är för att det i diskrimineringslagen återfinns en bestämmelse som stadgar att ersättningen skall uppgå till minst det belopp som föreskrivs i anställningsskyddslagen.

Arbetsgivaren åläggs att utge ekonomiskt skadestånd som kompensation för den förlust den rättsstridiga uppsägningen har inneburit för arbetstagaren. Av anställningsskyddslagen följer ett maximalt tak för det ekonomiska skadeståndets storlek och någon liknande begränsning återfinns inte för det ekonomiska skadestånd som föreskrivs i diskrimineringslagen. För det fall en uppsägning är lagstridig med såväl diskrimineringslagen som med anställningsskyddslagen uppkommer frågan om möjlighet till kumulation av skadeståndet. Av såväl allmänna skadeståndsrättsliga principer som av Arbetsdomstolens rättspraxis följer att ett skadeståndsbelopp skall reduceras för det fall arbetstagarens skada har blivit ersatt från annat håll. Effekten av detta torde bli att en framtida prövning i Arbetsdomstolen visar på att *en skyldighet att betala ekonomiskt skadestånd enligt anställningsskyddslagen*

skall reduceras med det ekonomiska skadeståndsbelopp som arbetstagaren har erhållit enligt diskrimineringslagen och vise versa.

Som kompensation för den kränkning som den rättsstridiga uppsägningen har inneburit förpliktigas arbetsgivaren att utge diskrimineringsersättning enligt diskrimineringslagen och allmänt skadestånd enligt anställningsskyddslagen. De skilda lagstiftningarna har olika bakomliggande syften. Den kränkingsersättning som utgår enligt anställningsskyddslagen syftar till att ersätta för felaktig uppsägning och den kränkingsersättning som utgår enligt diskrimineringslagen syftar till att ersätta för den diskriminering uppsägningen har inneburit.²⁴⁹ *Då kränkingsersättningen är av olika art torde en framtida prövning i Arbetsdomstolen visa på att kumulation av det allmänna skadeståndet och diskrimineringsersättningen är möjlig.*

4.9 Den svenska rättens förenlighet med EU-rätten

Min huvudsakliga uppfattning är att den svenska rättens reglering kring skydd mot diskriminering av funktionshindrade vid arbetsbristsituationer stämmer väl överens med EU-rätten. Det finns emellertid två aspekter där jag anser att det föreligger problem.

För det första handlar det om skälighetsbedömningen avseende stöd- och anpassningsåtgärder. I dagsläget är det högst oklart huruvida den svenska skälighetsbedömningen står i överensstämmelse med vad som anses proportionerligt enligt det allmänna likabehandlingsdirektivet. Först då den EU-rättsliga synen på artikelns innebörd har klargjorts anser jag att man kan avge ett säkert svar på huruvida den svenska rätten är förenlig med EU-rätten eller ej, men min uppfattning är att en framtida prövning kommer att visa på att Arbetsdomstolen har tolkat kravet på stöd- och anpassningsåtgärder felaktigt. Min åsikt grundas i följande.

De senaste årens utveckling på såväl internationell som EU-rättslig nivå visar att funktionshindrade individers rätt till icke-diskriminering och till integrering i samhället är högt prioriterat. På internationell nivå är det värt att lyfta fram FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. I konventionen stadgas bland annat att konventionsstaterna åtar sig att trygga en arbetsmiljö som främjar integration och som är såväl öppen som tillgänglig för individer som har funktionshinder. EU ratificerade FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning år 2009 och år 2011 trädde konventionen i kraft i förhållande till EU som institution. Även i ILO konvention nr 159 om yrkesinriktad rehabilitering och sysselsättning (funktionshindrade) stadgas att medlemsstaterna förpliktigas att agera i syfte att gynna funktionshindrade individers möjlighet att såväl erhålla som

²⁴⁹ Jämför Rönnmar 2006/07, s. 639.

behålla och befördas till ett passande arbete. Även i artikel 21 i den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna föreskrivs att samtlig diskriminering på grund av funktionshinder är förbjuden och under de senaste åren har det antagits såväl handlingsplaner som strategier och ramavtal som syftar till att säkerställa att funktionshindrade individer integreras i arbetslivet.

Även då jag är medveten om att det är skillnad mellan s.k. hard law och soft law är jag av uppfattningen att EU-domstolen i en framtida prövning av det allmänna likabehandlingsdirektivets krav på stöd- och anpassningsåtgärder kommer att beakta de senaste årens internationella- och EU-rättsliga utveckling. I linje därmed tror jag att EU-domstolen kommer att bedöma att kravet på vidtagande av stöd- och anpassningsåtgärder skall sättas på en nivå så att funktionshindrade individer verkligen kan garanteras såväl jämställdhet som likabehandling.

Den andra aspekten där jag anser att det föreligger problem med den svenska rättens förenlighet med EU-rätten är avseende bevisbördans fördelning. Diskrimineringslagens ordalydelse stämmer väl överens med de krav som följer av det allmänna likabehandlingsdirektivet. Men en analys av det nyligen avgjorda målet AD 2012 nr 51 visar att diskrimineringslagens fördelning av bevisbördan inte får fullt utslag i praktiken. Den samlade prövningen av åtgärdens förenlighet med anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen och den felaktiga fördelningen av bevisbördan som följde därav innebär inte enbart att domstolen har frångått den svenska nationella rätten, det innebär vidare ett agerande som står i rakt strid med de förpliktelser som följer av EU-rättens allmänna likabehandlingsdirektiv. För att undvika att diskrimineringsfrågor prövas under en felaktig fördelning av bevisbördan förespråkar jag att en framtida prövning i Arbetsdomstolen visar att en åtgärds förenlighet med diskrimineringslagen prövas separat från åtgärdens förenlighet med anställningsskyddslagen. Först då torde prövningen vara överensstämmande med såväl den svenska som den Europeiska rätten.

5 Slutsatser och några reflektioner de lege ferenda

De senaste årens utveckling i Arbetsdomstolens rättspraxis visar på ett entydigt sätt att domstolen har värderat arbetsgivarens arbetslednings- och verksamhetsledningsrätt högt. Kombinationen av att arbetsgivaren har en rätt att omplacera oberoende av turordningsreglerna, att fingerad arbetsbrist enbart i undantagsfall anses föreligga, att arbetsbrist konsumerar bakomliggande skäl av personlig karaktär samt att 23§ LAS inte har fått fullt utslag i praktiken medför att anställningsskyddslagen inte kan sägas innebära något vidare skydd mot godtycklig behandling av funktionshindrade arbetstagare. För funktionshindrade arbetstagare får diskrimineringslagens skydd därmed en avgörande betydelse.

En förutsättning för diskrimineringslagens skydd är att den funktionshindrade arbetstagaren kan göra antagligt att denne omfattas av diskrimineringslagens funktionshinderbegrepp, att individen har utsatts för ett missgynnande som har ett orsakssamband med funktionshindret samt att individen befinner sig i en jämförbar situation som individer som saknar det aktuella funktionshindret. Då ett funktionshinder typiskt sett har en negativ inverkan på en individs arbetsförmåga är det kravet på jämförbar situation som många gånger vållar problem. För att likabehandlingsprincipen skall uppfyllas föreskrivs det därför i såväl det allmänna likabehandlingsdirektivet som i diskrimineringslagen att arbetsgivaren är förpliktigad att vidta skäligen stöd- och anpassningsåtgärder till den funktionshindrade individens förmån. I bedömningen av vilka stöd- och anpassningsåtgärder som är skäligen att kräva gör domstolen en bedömning i varje enskilt fall. I skälighetsbedömningen tas hänsyn till såväl förhållanden på arbetstagarens som på arbetsgivarens sida och effekten av detta blir att kraven på vidtagande av stöd- och anpassningsåtgärder och även i förlängningen möjligheten att åberopa diskrimineringslagens skydd kan få olika utfall för två individer som har identiska funktionshinder. En analys av Arbetsdomstolens rättspraxis visar att domstolen har ställt låga krav på arbetsgivaren avseende vidtagande av stöd- och anpassningsåtgärder. Följden av detta blir att diskrimineringslagen uteslutande erbjuder ett skydd för arbetstagare som har funktionshinder som i liten mån påverkar dess arbetsförmåga. För ett flertal funktionshindrade arbetstagare medför kombinationen av diskrimineringslagens krav på jämförelsebar situation och Arbetsdomstolens låga krav på stöd- och anpassningsåtgärder att inte heller diskrimineringslagen kan sägas erbjuda något skydd mot diskriminering vid arbetsbristsituationer.

Arbetsdomstolens låga krav på stöd- och anpassningsåtgärder rimmar illa med den utveckling som har skett på såväl internationell som på EU-rättslig nivå under bara de senaste åren. Som exempel kan anföras att funktionshindrade individers rätt till icke-diskriminering numera explicit

framgår av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och Europeiska unionen har även som institution ratificerat FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. I linje därmed torde en framtida prövning i EU-domstolen visa på att det allmänna likabehandlingsdirektivets krav på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder sätts på en nivå så att funktionshindrade individer verkligen kan garanteras likabehandling.

Enligt min mening får det anses klart att kombinationen av den rättsutveckling som har skett i anställningsskyddslagen och i diskrimineringslagen medför att funktionshindrade individer inte i dagsläget kan sägas erbjudas ett tillfredsställande skydd mot diskriminering vid arbetsbristsituationer. Såväl den svenska modellen med kollektivavtal som anställningsskyddslagens rättsutveckling kan anses rättssäker och godtagbar först då det finns en kompletterande och fungerande diskrimineringslagstiftning. Jag förespråkar att en framtida domstolsprövning visar på att frågan om en åtgärds förenlighet med diskrimineringslagen prövas separat från åtgärdens förenlighet med anställningsskyddslagen. Enbart då anser jag att man kan säkerställa att en åtgärds förenlighet med diskrimineringslagen inte görs under en felaktig fördelning av bevisbördan. Ett funktionshinder kan skilja sig åt i såväl art som grad och dagens diskrimineringslagstiftning erbjuder ett skydd blott för den arbetstagare som är fullt frisk eller som har ett funktionshinder som enbart i liten mån påverkar dess arbetsförmåga. För att få ett fungerande, godtagbart och rättssäkert diskrimineringsskydd måste skälighetsbedömningen kring kraven på stöd- och anpassningsåtgärder höjas. Först då anser jag att diskrimineringsgrunden funktionshinder passar in i den rättsliga konstruktion som används i diskrimineringslagen och först då torde även den svenska rätten fullt ut anses leva upp till de krav som följer av såväl internationella som EU-rättsliga förpliktelser.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

Propositioner, Prop.

Prop. 1973:129	Trygghet i anställningen
Prop. 1996/97:16	En arbetsrätt för ökad tillväxt
Prop. 1981/82:71	Ny anställningsskyddslag
Prop. 1982/83:124	Med anledning av beslut som har fattats av internationella arbetskonferensen vid dess sextioåttonde möte
Prop. 1990/91:140	Arbetsmiljö och rehabilitering
Prop. 1993/94:117	Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 1997/98:82	Europarådets sociala stadga
Prop. 1997/98:179	Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder
Prop. 1999/2000:144	Undantag från turordningen
Prop. 2001/02:72	Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.
Prop. 2002/03:65	Ett utvidgat skydd mot diskriminering
Prop. 2005/06:207	Skäliga stöd – och anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder
Prop. 2007/08:95	Ett starkare skydd mot diskriminering
Prop. 2009/10:80	En reformerad grundlag

Statens offentliga utredningar, SOU

SOU 1993:32	Ny anställningsskyddslag
-------------	--------------------------

SOU 1997:176	Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder
SOU 1998:107	Förslag till lag om åtgärder för att främja anställning av vissa arbetssökande
SOU 2006:22	En sammanhållen diskrimineringslagstiftning
SOU 2012:62	Uppsägningstvister, En översyn av regelverket kring tvister i samband med uppsägning av arbetstagare

Övrigt

Ds 1996:56	Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder
Ds 2000:6	Undantag från turordningen
Ds 2002:56	Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv
Ds 2008:23	FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
Bet. AU 2000/01 AU4	Undantag från vissa turordningsregler m.m.
Bet. 1996/97:AU4	En arbetsrätt för ökad tillväxt
Promemoria	En strategi för genomförande av funktionshinderpolitiken 2011-2016

Internationella och EU-rättsliga rättsakter och offentliga tryck

Europeiska unionen

Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering

Rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar

Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter

KOM (1998) 394 slutlig. Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EEG) nr 1612/68 för fri rörlighet inom gemenskapen för arbetstagare

KOM (1999) 565 slutlig. Förslag till rådets beslut om inrättande av allmänna ramar för likabehandling i arbetslivet

KOM (2008) 420 slutlig. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén. Ickediskriminering och lika möjligheter: Ett förnyat engagemang {SEK(2008) 2172}

KOM (2010) 636 slutlig. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén. EU:s handikapp strategi; 2010-2020: Nya åtgärder för ett hinder fritt samhälle i EU

Rådets beslut 2000/750/EG av den 27 november 2000 om inrättande av gemenskapens handlingsprogram mot diskriminering (2001-2006)

Rekommendation (2006) 5 från ministerkommittén till medlemsstaterna om Europarådet handlingsplan för att främja rättigheter och fullt deltagande av personer med funktionshinder i samhället: öka livskvaliteten för människor med funktionshinder i Europa 2006-2015

Europeiska unionens officiella tidning 2010 C 83

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Europeiska unionens fördrag

Lissabonfördraget

Ramavtal om en arbetsmarknad för alla, BUSINESSEUROPE/UEAPME, CEEP samt ETUC

Europarådet

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Europarådets sociala stadga

Förenta Nationerna

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

International Labour Organisation

ILO konvention nr 159 om yrkesinriktad rehabilitering och arbete (funktionshindrade)

ILO rekommendation nr 168 om yrkesinriktad rehabilitering och arbete (funktionshindrade)

ILO konvention nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ

ILO rekommendation nr 166 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ

Litteratur

Andersson, Anderz, Edström, Örjan, Zanderin, Lars, *Arbetsrätt*, 5:e uppl., Liber Förlag AB, Malmö 2011

Barnard, Catherine och Hepple, Bob, Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith, *The Cambridge Law Journal*, 2000a, s. 399-412

Barnard, Catherine och Hepple, Bob, Substantive Equality, *The Cambridge Law Journal*, 2000b, s. 562-585

Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, 4:e uppl., Oxford University Press, United Kingdom 2012

Bergström Carl Fredrik, Hettne, Jörgen, *Lissabonfördraget – En grundlag för EU?*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010

Calleman, Catharina, *Turordning vid uppsägning*, 1:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000

Christensen, Anna, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftningen och normativa förändringsprocesser. I: Numhauser- Henning (utg.) *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget, Lund 2000, s. 33-65

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4:e uppl., Norstedts Juridik AB, Vällingby 2012

Fahlbeck, Lars, "Firing the boss" - Om anställningsskydd för företagsledare. I: Eklund, Ronnie, m.fl., *Festskrift till Hans Stark*, Jure AB, Stockholm 2001, s.109-130

Fahlbeck, Reinhold, Derogation from Labour Law Statutes under Swedish Law, *Juridisk Tidskrift*, 2006-07, s. 42-56

Fock, Johan, Vem för i dansen kring Las?, *Lag&Avtal*, 2010, s. 14-15

Foster, Nigel, *Foster on EU LAW*, 1:a uppl., Oxford University Press Inc., New York 2006

Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund- En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*, 1:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund 2011

Hallström, Pär, Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter, *Svensk Juristtidning*, 2002, s. 753-781

Hammarskär, Lars, Las är varken monster eller ängel, *Lag&Avtal*, 2010, s. 34

Hepple, Bob, Equality at Work, I: Bob Hepple och Bruno Veneziani (utg.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford 2010, s. 129-163

Herzfeld Olsson, Petra, The ILO Acquis and EU Labour Law, I: Rönmar (utg.), *Labour Law Fundamental Rights and Social Europe, Swedish Studies in European Law*, Hart Publishing, North America (US and Canada) 2011, s. 27-55

Hettne Jörgen, Otken Eriksson Ida, *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2011

- Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad- med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007
- Isekog, Tommy, *Uppsägning vid arbetsbrist*, 3:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003
- Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, *Svensk Juristtidning*, 2004, s. 1-10
- Källström, Kent, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten, *Juridisk Tidskrift*, 1997-1998, s. 1153- 1162
- Källström, Kent och Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2:a uppl., Iustus Förlag AB, Uppsala 2009
- Lehrberg, Bert, *Praktisk Juridisk Metod*, 6:e uppl., I.B.A. Institutet för Bank och Affärsjuridik, Uppsala 2010
- Lunning, Lars, Arbetsdomstolen och dispositiviteten, *Juridisk Tidskrift*, 1995-96, s. 430-433
- Lunning Lars, Toijer Gudmund, *Anställningsskydd – En lagkommentar*, 10:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010
- Lysén, Göran, *Det nya EU efter Lissabonfördraget – En kort summering*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2010
- Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet – Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997
- Malmberg, Jonas, Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten. I: Eklund, Ronnie, m.fl. (utg.), *Festskrift till Hans Stark*, Jure AB, Stockholm 2001, s. 167-183
- Malmberg, Jonas, Bevisning i diskrimineringsstvister, *Juridisk Tidskrift*, Nr 4, 2001-2002, s. 804-814
- Medlingsinstitutet, *Avtalsrörelsen och lönebildningen år 2011*, Medlingsinstitutet, Stockholm 2011
- Numhauser-Henning, En samlad diskrimineringslagstiftning, I: H Aune m fl. (utg.), *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhells 70-årsdag*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2009, s. 495-516
- Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2011

- Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, *Svensk Jurist Tidning*, 2004, s. 105-141
- Pellonpää, Matti, *Europeiska människorättskonventionen*, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007
- Rönmar, Mia, Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar, *Juridisk Tidskrift*, 2006-2007, s. 630-645
- Rönmar, Mia, Numhauser-Henning, Ann, Det flexibla svenska anställningsskyddet, *Juridisk Tidskrift*, 2010-2011, s. 382-411
- Sargeant, M, Disability and age-multiple potential for discrimination, *International Journal of the Sociology of Law* 33, 2005, s. 17-33
- Sigeman, Tore, Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling, *Svensk Jurist Tidning*, 1984, s. 873-892
- Socialdepartementet, *En strategi för genomförande av funktionshinderpolitiken 2011-2016*, Socialdepartementet, Västerås 2011
- Sydolf, Lars, Begreppet tillräckliga kvalifikationer i Arbetsdomstolens rättstillämpning. I: Eklund, Ronnie, m.fl. (utg.), *Festskrift till Hans Stark*, Jure AB, Stockholm 2001, s. 349-365
- Weatherill, Stephen, *Cases and Materials on EU Law*, 9:e uppl., Oxford University Press, New York 2010
- Waddington, Lisa, When it is Reasonable for Europeans to Be Confused: Understanding When a Disability Accommodation is "Reasonable" from a Comparative Perspective, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2008, s. 317-340
- Waddington, Lisa, Testing the Limits of the EC Treaty Article on Nondiscrimination, *Industrial Law Journal*, 1999, s. 133-151
- Waddington, Lisa och Hendriks Aart, The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe. From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, s. 403-428
- Whittle, Richard, The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective, *European Law Review*, 2002, s. 303-326
- Zethraeus, Sten, Recension – Jonas Malmberg, Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering, *Juridisk Tidskrift*, 1997/98, s. 1215-1220

Elektroniska källor

Holmberg, Stjernquist, Isberg, Eliasson & Regner, Grundlagarna, (1 januari 2012 (tredje upplagan), Zeteo)

Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen (28 februari 2010 (första upplagan), Zeteo)

<http://www.handisam.se/Funktionshinderspolitiken/Internationellt/FNs-konvention-/> besökt den 23 oktober 2012

<http://eurlex.europa.eu/sv/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303SV.01001701.htm> besökt den 14 november 2012

<http://www.coe.int/t/dg3/disability/> besökt den 21 november 2012

http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/targets/index_sv.htm besökt den 23 november 2012

http://ec.europa.eu/justice/newsroom/discrimination/opinion/111207_en.htm besökt den 23 november 2012

<http://www.verksamt.se/portal/web/guest/driva/anstalla-personal/avsluta-en-anstallning/arbetsbrist> besökt den 12 december 2012

<https://www.sac.se/Om-SAC/Historik/Arbetarr%C3%B6relsens-historia/1906-Decemberkompromissen> besökt den 12 december 2012

<http://www.foretagsamheten.se/Naringslivets-utveckling/Historisk-oversikt/1930-talet/Saltsjobadsavtalet/> besökt den 12 december 2012

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionens domstol

Mål C- 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* REG 1964 s. 00211, dom av den 15 juli 1964

Mål C- 9/70 *Franz Grad mot Finanzamt Traunstein* REG 1970 s. 00825, dom av den 6 oktober 1970

Mål C- 41/74 *Yvonne van Duyn mot Home Office* REG 1974 s. 01337, dom av den 4 december år 1974

Mål C- 327/82 *Ekro BV Vee- en Vleeshandel mot Produktschap voor Vee en Vlees* REG 1984 s. 00107, dom av den 18 januari 1984

Mål C- 152/84 *M. H. Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* REG 1986 s. 00723, dom av den 28 februari 1986

Mål C- 10/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz* REG 1986 s. 01607, dom av den 13 maj 1986

Mål C- 171/88 *Ingrid Rinner- Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* REG 1989 s. 02743, dom av den 13 juli 1989

Mål C-127/92 *Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health* REG 1993 s. I-05535, dom av den 27 oktober 1993.

Mål C-400/93 *Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, tidigare Industriens Arbejdsgivere, som ombud för Royal Copenhagen A/S* REG 1995 s. I-01275, dom av den 31 maj 1995

Mål C-115-117/97 *Brentjens' Handelsonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* REG 1999 s. I-06025, dom av den 21 september 1999

Mål C-222/98 *Hendrik van der Woude mot Stichting Beatrixoord* REG 2000 s. I-07111, dom av den 21 september 2000

Mål C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge mot Republik Österreich* REG 2003 s. I-05659, dom av den 12 juni 2003

Mål 323/03 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*, REG 2006 s. I-02161, dom av den 9 mars 2006

Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA* REG 2006 s. I-06467, dom av den 11 juli 2006

Mål C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Stewe Law* REG 2008 s. I-05603, dom av den 17 juni 2008

Mål C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV* REG 2008 s. I-05187, dom av den 10 juli 2008

Europadomstolen

Mål Belgian Linguistics Case, dom av den 23 juli 1968

Mål Van der Mussel mot Belgien, dom av den 23 november år 1984

Mål Rasmussen mot Danmark, dom av den 28 november år 1984

Mål Darby mot Sverige, dom av den 23 oktober 1990

Mål Pretty mot Förenade Kungariket, dom av den 29 april 2002

Mål Glor mot Schweiz, dom av den 3 september 2009

Svenska domstolar

Allmänna domstolar

NJA 2006 nr 170

NJA 2007 nr 540

T 2705-11

T 7752-08

Arbetsdomstolen

AD 1976 nr 26

AD 1977 nr 56

AD 1979 nr 96

AD 1982 nr 51

AD 1983 nr 107

AD 1983 nr 127

AD 1984 nr 4

AD 1984 nr 19

AD 1984 nr 75

AD 1984 nr 141

AD 1985 nr 79

AD 1988 nr 100

AD 1989 nr 47
AD 1993 nr 99
AD 1993 nr 101
AD 1993 nr 139
AD 1994 nr 122
AD 1994 nr 140
AD 1995 nr 108
AD 1995 nr 118
AD 1995 nr 152
AD 1996 nr 20
AD 1996 nr 35
AD 1996 nr 54
AD 1996 nr 56
AD 1996 nr 92
AD 1996 nr 144
AD 1996 nr 149
AD 1997 nr 84
AD 1997 nr 98
AD 1997 nr 121
AD 1997 nr 130
AD 1998 nr 50
AD 1998 nr 93
AD 1998 nr 94
AD 1999 nr 24
AD 2000 nr 18
AD 2000 nr 51
AD 2000 nr 71
AD 2000 nr 76
AD 2000 nr 103
AD 2001 nr 57
AD 2002 nr 37
AD 2002 nr 75
AD 2003 nr 4
AD 2003 nr 22
AD 2003 nr 29
AD 2003 nr 47
AD 2003 nr 55
AD 2003 nr 76
AD 2003 nr 83
AD 2004 nr 36
AD 2004 nr 52
AD 2005 nr 32
AD 2005 nr 53
AD 2005 nr 57
AD 2005 nr 87
AD 2006 nr 15
AD 2006 nr 68
AD 2006 nr 83
AD 2006 nr 92

AD 2006 nr 97
AD 2007 nr 16
AD 2007 nr 45
AD 2009 nr 50
AD 2009 nr 60
AD 2010 nr 10
AD 2010 nr 13
AD 2011 nr 25
AD 2011 nr 30
AD 2012 nr 11
AD 2012 nr 51