

Sist in, först ut; barriär eller chimär?

En analys av arbetsgivares flexibilitet inom ramen för
uppsägning på grund av arbetsbrist

Johan Jönsson

Kandidatuppsats i handelsrätt

Arbetsrätt

HT2013

Handledare

Annamaria Westregård



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	10
1.1 Bakgrund	10
1.2 Syfte och frågeställning.....	11
1.3 Avgränsningar	12
1.4 Metod, material och disposition.....	14
1.4.1 Metod	14
1.4.2 Material.....	16
1.4.3 Disposition.....	16
2. Arbetsgivarens rätt att bestämma.....	17
2.1 Företagsledningsrätt	17
2.2 Arbetsledningsrätt & arbetskyldighet.....	18
2.3 En kort sammanfattning	19
3. Kvantitativ flexibilitet och kravet på saklig grund.....	20
3.1 Något kort om kravet på saklig grund.....	20
3.2 Personliga skäl	21
3.3 Arbetsbrist.....	22
3.4 Förhållandet mellan arbetsbrist och personliga skäl	25
3.5 En kort sammanfattning	26
4. Arbetsgivarens kvalitativa flexibilitet; sist in, först ut?	27
4.1 Allmänt om omplaceringsbegreppet & tillräckliga kvalifikationer	27
4.2 Tillräckliga kvalifikationer utifrån personliga skäl.....	29
4.2.1 Kompetens	30
4.2.2 Personliga egenskaper.....	31
4.2.3 Funktionsnedsättning och sjukdom	33
4.3 En kort sammanfattning	34

5. Kvalitativ flexibilitet, omplacering: skyldighet eller rättighet?	35
5.1 ”Omplaceringskyldigheten”	35
5.2 Skäligt erbjudande.....	36
5.3 Saklig grund i och för sig	38
5.4 En kort sammanfattning	39
6. Summering & överblick	40
7. Analys & reflektion.....	41
8. Slutsats	43
Käll- och litteraturförteckning.....	45
Rättsfallsförteckning	47

Sammanfattning

Lagen om anställningsskydd har alltjämt sedan dess tillkomst 1974 gått ifrån sitt ursprungliga syfte, att skydda arbetstagare, i synnerhet äldre och sjuka, och deras intresse av trygghet i anställningen, till att alltmer tillgodose arbetsgivares intresse av effektivitet.

Lagen ställer upp krav på att en uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad men begreppet är tudelat; om en uppsägning finner sin grund i en arbetstagares person kan domstolen överpröva detta beslut på detaljnivå, om arbetsgivaren emellertid gör gällande att skälet för uppsägningen varit arbetsbrist är uppsägningen sakligt grundad. Detta finner sin förklaring i att arbetsdomstolen inte anser sig behörig att överpröva arbetsgivarens beslut så länge skälen för dessa är verksamhetsrelaterade.

Arbetstagarens intresse av trygghet är i denna del hänskjuten till principen om sist in, först ut alltså att arbetsgivaren, vid en uppsägning pga. arbetsbrist, inte står fri att välja vem som skall sägas upp.

Till denna princip är emellertid kopplat ett krav på att arbetstagaren, för att ha rätt till fortsatt anställning, skall ha tillräckliga kvalifikationer. Genom domstolens praxis tillåts arbetsgivaren emellertid att alltmer åberopa personliga egenskaper och otillräckligheter som annars inte torde vara tillräckliga för en uppsägning pga. personliga skäl. Detta har således luckrat upp den skarpa distinktion som finns i begreppet saklig grund mellan arbetsbrist och personliga skäl, där valet i sin tur får en direkt inverkan på utfallet vad gäller uppsägningens saklighet.

Arbetsgivare tillåts vidare att som ett led i fullgörandet av saklig grundprövningen erbjuda arbetstagare annat arbete, utanför turordningskretsen och arbetskyldigheten, med villkor som tillåts vara långt sämre än de arbetstagaren tidigare haft. Att neka sådant utgör i sin tur saklig grund för uppsägning.

Nyckelord; Saklig grund, arbetsbrist, sist in, först ut, tillräckliga kvalifikationer, skäligt erbjudande.

Summary in English

The Employment Protection Act has, ever since its creation in 1974, moved away from its original purpose, to protect employees – especially the elderly and the sick – and their interest in job security, to increasingly meet employer's interest in efficiency.

The law sets up the requirement that a dismissal from the employer must have just cause (or objective grounds). However, within this concept, two separate systems coexists; a dismissal made for personal reasons can be heavily scrutinized by the Labor Court, whereas a dismissal made due to redundancy amounts to just cause for dismissal *per se*. This can be explained by the fact that the Labor Court does not consider itself competent to review the assessment made by the employer as long as the employer's reasons are "business related" or "non-personal".

Employees' interest in job security shall instead be fulfilled by the last in, first out principle, meaning that the employer, in the event of redundancy, is not free to choose who shall be made redundant.

This principle, however, is tied to a demand that the employee must have sufficient qualifications for further employment. Case law from the Labor Court has furthermore opened up possibilities for employers to invoke personal reasons and personal inadequacies in the assessment regarding sufficient qualifications; reasons which by themselves most likely would not amount to just cause for dismissal. This has loosened up the sharp distinction between dismissals made for personal reasons and dismissals made due to redundancy; which in turn has a direct impact on the outcome of a dismissal.

Furthermore, as a part of fulfilling the criteria for just cause; employers are allowed to offer employees other alternative work outside of the seniority-rules (also known as the last in, first out-principle) and thus outside of their work obligations and job description, under conditions that are allowed to be vastly inferior to the preceding. However, to turn down such an offer amounts to just cause for dismissal.

Keywords; just cause, redundancy, last in, first out, sufficient qualifications, reasonable offer.

Förkortningar

LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Regeringens proposition
AD	Arbetsdomstolen
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen – numera Svenskt Näringsliv
SvJT	Svensk Juridisk Tidning
SOU	Statens Offentliga Utredningar
LO	Landsorganisationen i Sverige
Ds	Departements serie
SFS	Svensk författningssamling
FML	Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen

1. Inledning

1.1 Bakgrund

1974 infördes lagen om anställningsskydd¹ med det huvudsakliga syftet att skydda äldre och sjuka arbetstagare från *godtyckliga* uppsägningar.² Tvingande regler om saklig grund för uppsägning trädde därmed i kraft tillsammans med turordningsreglerna där principen om sist in, först ut som huvudregel³ skall fälla avgörandet för vem som blir uppsagd (vid uppsägning pga. arbetsbrist).

Sedan införandet har LAS och i synnerhet turordningsreglerna varit i den allmänna debattens rampljus;⁴ det har ansetts vara alltför svårt att säga upp arbetstagare, men framförallt så har turordningsreglerna – och den dithörande principen sist in, först ut – ansetts vara alltför stela.

Utgångspunkten för arbetsrättslig lagstiftning, i synnerhet LAS, ligger vidare i att utjämna det maktförhållande som existerar mellan arbetstagare och arbetsgivare; underförstått till fördel för arbetstagarna, dvs. den svagare parten.⁵ Nycander pekar emellertid på att det i fallet med LAS egentligen vare sig fanns anledning eller intresse av att införa lagen (vad gällde arbetsmarknadens parter), det fanns redan en väl fungerande och befintlig ordning. Enligt Nycander infördes således "lagen om anställningsskydd [...] därför att den såg ut som ett löntagarintresse".⁶ Detta är av intresse då det i denna uppsats skall undersökas om inte lagen och dess tillämpning *de facto* kommit att innebära att arbetsgivarens maktposition skjutits fram.⁷ Detta med utgångspunkt i att det redan innan tillkomsten av LAS fanns en ordning genom kollektivavtal, där dels en uppsägnings saklighet kunde prövas,⁸ samt ett system för turordning vid uppsägning.⁹ Tvistigheten i denna del handlade då, som nu, om utgångspunkten

¹ SFS (1974:12), numera lag (1982:80) om anställningsskydd.

² Prop. 1973:129, s. 155. Källström & Malmberg, 2013. Anställningsförhållandet, s. 130-131.

³ Lagen är semidispositiv i denna del, dvs. att avvikelser får göras genom kollektivavtal, se 3 st. 2 § LAS.

⁴ Glavå pekar på att vad som varit särskilt utmärkande för debatten har varit det påtagliga inslaget av mytbildning. Se Glavå, 2005. 30 år med anställningsskydd – och med myter, s. 209-210.

⁵ Jfr Rönmmar, 2001. Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society, s. 119. Rönmmar, 2008. Ett förändrat arbetsliv, s. 127.

⁶ Nycander, 2008. Makten över arbetsmarknaden, s. 275. Det var alltså politiska intressen som var drivande för tillkomsten av LAS.

⁷ Jfr Glavå, 2005. s. 212-213.

⁸ Jfr prop. 1973:129 s. 28-32. Se även Svenskt Näringsliv & LO, 2011. Faktiska konsekvenser av turordningsreglerna i LAS och avtal, s. 64. Samt Nycander, 2010. Sist in först ut, LAS och den Svenska modellen, s. 17.

⁹ Jfr prop. 1973:129 s. 43-46.

för turordningen; skulle det främst tas hänsyn till arbetstagarens anställningstid eller till dennes kompetens.¹⁰ I lagen blev huvudregeln att anställningstiden går först så till vida att arbetstagaren har *tillräckliga kvalifikationer* för fortsatt anställning. Regeln gjordes emellertid *semidispositiv*¹¹ men ger ändå vid handen att arbetstagarnas intresse av trygghet skall gå före arbetsgivarens intresse av effektivitet.¹²

En stor praktisk skillnad mellan de två tillvägagångssätten är emellertid att det vid tiden före LAS gjordes en intresseavvägning av arbetsmarknadsnämnden, vars rekommendationer åtlöydes, men som vare sig publicerades eller blev prejudicerande,¹³ en sådan ordning ligger helt i linje med syftet och karaktären hos en avvägningsnorm: att väga de motstående intressena¹⁴ – underförstått att utgången inte är given på förhand. Med LAS och den stora samling av prejudicerande domar som tillkommit sedan dess införande är frågan hur pass oförutsägbart rättsläget är i denna del; desto enklare det är att förutse rättsläget, desto enklare är det ju också att föra den rättsliga argumentationen därefter.¹⁵

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att utröna om reglerna i LAS – sakligt grund för uppsägning och turordning – ur ett juridiskt perspektiv, utgör en barriär för arbetsgivare på det sätt som ofta görs gällande (i den allmänna debatten), samt om principen sist in, först ut utgör ett reellt hinder för arbetsgivare att *ensidigt* välja vem som skall sägas upp och då i förlängningen, vem som inte skall sägas upp.

Mitt syfte har emellertid inte varit att slå håll i debatten utan istället att undersöka hur en arbetsgivarvänlig praxis – alltså arbetsdomstolens tillämpning av saklig grund och turordningsreglerna – har lett till en obalans i maktförhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare, till arbetsgivarens fördel.

Syftet är alltså *inte* att utröna det bästa och enklaste sättet för en arbetsgivare att göra sig av med anställda under åberopande av arbetsbrist. Min uppfattning är emellertid att om man vill utröna arbetstagares faktiska skydd i en uppsägningssituation, så måste man driva arbetsgivarens rättigheter till sin spets. När man undersöker hur långtgående anställningsskyddet är bör man rimligtvis

¹⁰ I prop. 1973:129 s. 44 påpekas att det i kollektivavtal inom stat och kommun i regel var anställningstiden som fällde avgörandet medan det i privat sektor i regel var arbetstagarens duglighet och lämplighet som fällde avgörandet; var detta lika mellan arbetstagare skulle i regel anställningstid och särskild försörjningsbörda fälla avgörandet.

¹¹ Avvikelser från lagen får göras genom kollektivavtal, se 3 st. 2 § LAS. I prop. 1981/82:71 s. 58 påpekas emellertid från SAF:s håll att bilden av sist in, först ut försvårar överenskommelser mellan parterna. Det kan nog ligga mycket i detta, men man bör här ha i åtanke att SAF eller nuvarande Svenskt Näringsliv är en förhandlingspart och intresseorganisation.

¹² Jfr prop. 1973:129, s. 155.

¹³ Nycander, 2010. s. 15-16.

¹⁴ Jfr Hydén, 1984. Ram eller Lag? s. 23 & 25.

¹⁵ Jfr Glavå, 1999. Arbetsbrist, s. 634-636. Jfr även Glavå, 2011. Arbetsrätt. s. 749-750 (notera att resonemanget gäller MBL).

inte fråga sig vad arbetstagaren kan göra för att behålla sin anställning, utan istället vad arbetsgivaren kan göra för att avsluta den.

De frågor som denna uppsats således syftar till att besvara är som följer:

- Vilket utrymme har en arbetsgivare att säga upp arbetstagare genom att åberopa arbetsbrist och hur förhåller sig detta till en uppsägning pga. personliga skäl?
- Vilket utrymme har arbetsgivaren att, inom en arbetsbristsituation, *ensidigt* avgöra vem som skall bli uppsagd – utifrån skäl som *egentligen* är att hänföra till dennes person.
- Vilken hänsyn tas till arbetstagarens intresse av trygghet i anställningen vid en arbetsbristuppsägning och hur förhåller sig detta till en uppsägning pga. personliga skäl?

1.3 Avgränsningar

I och med att denna uppsats tar sikte på vilket utrymme en arbetsgivare har att *ensidigt välja* vem som skall sägas upp vid arbetsbrist kommer vare sig turordningsreglernas semidispositivitet att behandlas (och således inte heller de kollektivavtal vari avsteg gjorts), då detta inte utgör en ensidig handling. Företrädesrätten i 25 § LAS kommer inte heller att behandlas då denna träder i kraft först efter det att en uppsägning realiserats och således ligger utanför frågeställningen. Dock ingår vissa rättsfall som rör 25 § LAS i uppsatsen, detta beror på att det här bara är kvalifikationskravet som berörs, vilket är detsamma.¹⁶

Vidare så tar uppsatsen sikte på arbetsgivarens rättigheter inom en uppsägningssituation, eller om man så vill: brist på skyldigheter. Således kommer inte heller regler som i det individuella fallet kan vara ack så viktiga att behandlas, så som diverse formkrav vid uppsägning m.m. Uppsatsen kan därmed sägas ta sikte på mer övergripande frågor och generaliserbara beskrivningar av rättsläget, eller om man så vill, av den kollektiva arbetsrätten.

När det gäller turordningsreglerna kommer "bara" begreppet tillräckliga kvalifikationer att behandlas mer ingående. Här vill jag också särskilt lyfta fram att fokus i denna del ligger på *vilka kvalifikationer* som tillåtits väga in i bedömningen. I vissa fall har fokus även lagts på utgången i ett fall men denna är i regel inte av lika stort intresse då det rör sig om en avvägningsnorm där varje fall skall behandlas olika, därav är det riskabelt att dra långtgående slutsatser om just *utgången* i ett givet fall. Däremot anser jag att det är ytterst relevant *vilka kvalifikationer som låter sig prövas*, det är ju nämligen häri arbetsgivarens flexibilitet ligger.

¹⁶ Calleman, 2000. Turordning vid uppsägning, s. 138 (se speciellt fotnot nr. 3 och däri gjorda hänvisningar).

Frikvotsregeln – dvs. hur många personer arbetsgivaren får undanta från turordningen – kommer inte att behandlas, dels då rättsläget i denna del är klart och dels därför att det inte är av intresse för frågeställningen.¹⁷

Vidare har avgränsningar fått göras av de inskränkningar som kan göras i arbetsgivarens företagslednings- och arbetsledningsrätt; i praktiken, inskränkningar i omplacerings- och uppsägningsrätten, detta då dessa frågor är perifera i förhållande till den centrala frågeställningen.

Däribland återfinns; diskrimineringslagen (2008:567),¹⁸ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,¹⁹ lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen,²⁰ lagen om offentlig anställning (1994:260)²¹ samt rättsfigurer så som provocerad uppsägning²² och god sed på arbetsmarknaden.²³

Ett förtydligande inför den fortsatta läsningen, där jag i fortsättningen uttrycker att "arbetsgivaren står fri att fatta beslut" eller dylikt givetvis inte menar att denne inte är skyldig att följa övriga lagar och regler eller att denne skulle vara undantagen att förhandla. Däremot innebär inte förhandlingen någon inskränkning i arbetsgivarens rätt att efter förhandling ägt rum verkställa detta beslut med kraft av företagsledningsrätten (se avsnitt 2.2). Detta kan uttryckas som så att jag behandlar arbetsgivarens *fria rätt* utifrån förutsättningen att denne inte bryter mot ovanstående lagar i utövandet av denna rätt.

När det för övrigt gäller företagsledningsrätten kommer denna inte att problematiseras vidare än vad som görs i kapitel 2 och i förlängningen i avsnitt 3.3 och 3.4. Detta har andra, framförallt Glavå, redan gjort.

¹⁷ Både Glavå och Calleman pekar på att denna regel inte utgör något annat än en bevislättnad för arbetsgivaren då denna vill undanta arbetstagare; personer med nyckelkompetens är nämligen redan undantagna då andra arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer för deras tjänster. Jfr Glavå, 2005. s. 220 & Calleman, 2000. s. 148-149 & 208.

¹⁸ Lagen för med sig ogiltighet (5 kap. 3 §).

¹⁹ Härigenom föreligger dels inskränkningar av processuell natur i form av primärförhandling (11-13 §§ MBL), alltså att arbetsgivaren måste förhandla innan beslut fattas – arbetsgivaren har dock ingen vidare skyldighet än att lyssna på arbetstagarparten – i slutändan är det arbetsgivaren som bestämmer. Den andra inskränkningen är att ett beslut inte får vara föreningsrättskränkande (8 § MBL), lagen medför ogiltighet i denna del.

²⁰ Se 8 § FML.

²¹ Se 12 §, denna tar främst sikte på sådana arbetsuppgifter som innefattar myndighetsutövning och har en mycket begränsad praktisk betydelse. Jfr Hinn, Aspegren, 2009, Offentlig arbetsrätt, s. 69-70. Framförallt torde dessa arbetstagare i praktiken redan vara undantagna då de besitter nyckelkompetens, jfr not nr 17 ovan.

²² Det enda tillfället inom ramen för detta arbete där jag kan tänka mig att denna figur skulle vara tillämplig är vid ett sk skäligt erbjudande, men då ett sådant erbjudande har som syfte att undvika en uppsägning torde det vara svårt för en arbetstagare att i normalfallet vinna framgång genom denna rättsfigur. Jfr Rönmar, Numhauser-Henning, 2010. Det flexibla svenska anställningsskyddet, s. 403-404.

²³ Det är inte helt klart vad denna rättsfigur faktiskt innebär i sin faktiska tillämpning men det torde röra sig om fall som ligger utanför LAS men där handlandet framstår som anstötligt. Glavå, 2011. s. 468. För att exemplifiera det jag därmed menar är oklart i begreppet kan sägas att arbetstagarparten i vissa fall gjort gällande att en arbetsbristuppsägning stridit mot *god sed*, alltså underförstått att en sakligt grundad uppsägning skulle kunna strida mot god sed på arbetsmarknaden! Jfr Glavå, 1999. s. 485.

1.4 Metod, material och disposition

1.4.1 Metod

Min ambition har varit att genom traditionell rättsdogmatisk metod utröna vad som utgör gällande rätt, *de lege lata*. Med traditionell rättsdogmatisk metod åsyftas härmed att utgångspunkten för gällande rätt ligger i det högsta juridiska källmaterialet;²⁴ då i synnerhet primärkällor såsom *lagtext*, *förarbeten* och *rättspraxis* med prejudicerande verkan – alltså praxis från den högsta juridiska instansen – inom arbetsrätten innebär detta arbetsdomstolens domar.²⁵ Denna praxis är emellertid inte formellt bindande, även om den i praktiken tillmäts prejudicerande verkan; således har jag inte i mina rättsfallshänvisningar lagt någon vikt vid bindande och icke-bindande uttalanden ifrån domstolen, alltså *ratio decidendi* respektive *obiter dictum*.²⁶ Även sekundärkällor i form av *sedvana*²⁷ och *doktrin* har en stor betydelse.

Vare sig syfte eller metod har heller varit att angripa rätten ur ett *de lege ferenda* eller *de sentia ferenda* perspektiv; alltså hur lagen borde se ut, eller hur domstolen borde döma. Min del ligger i att påvisa vilken flexibilitet som *de facto* står att finna i det svenska anställningsskyddet utifrån föreställningen om ett strängt krav på saklig grund och en rigid bestämmelse om sist in, först ut.

Utgångspunkten i denna uppsats har således varit att utgå ifrån lagens huvudregler och således att principen sist in, först ut äger tillämpning vid uppsägningar pga. arbetsbrist, detta kontrasteras vidare mot arbetsgivarprerogativen och den flexibilitet som uppstår som ett resultat av dessa i relation till lagens begränsningar. Utgångspunkten för arbetsgivarens flexibilitet har varit att frånvaro av skyldighet att handla på ett visst sätt, utgör en frihet eller rättighet att handla på ett annat. Således kan det sägas att uppsatsen inte tar sikte på de situationer där arbetsgivarprerogativen inskränks utan istället till de situationer där dessa, i avsaknad av inskränkande reglering, leder till en flexibilisering av anställningsskyddet.²⁸

En annan utgångspunkt har varit att regeln om saklig grund är uppbyggd som en avvägningsnorm och att det således skall göras en intresseavvägning vid prövningen av saklig grund; eller vid den där tillhörande uppsägningen – detta

²⁴ Hydén & Hydén, 2011. Rättsregler, s. 157-158, 162. Bogdan, 2012. Komparativ rättskunskap, s. 41-42. Samuelsson & Melander, 2012. Tolkning och tillämpning s. 29-33 & 39-50. Zetterström, 2012. Juridiken och dess arbetssätt, 56-58. Peczenik, 1995. Juridikens teori och metod, s. 31-44.

²⁵ För oorganiserade arbetstagare är tingsrätten första instans varefter de kan överklaga till arbetsdomstolen. Organiserade arbetstagare vänder sig direkt till arbetsdomstolen som således blir första och sista instans. Se 1-3 §§ i lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

²⁶ Jfr Rönmar, 2004. Arbetsledningsrätt och arbetsanskyldighet, 35-36. Se även Peczenik, 1995. s. 37-40.

²⁷ Allmän sedvana inom en bransch och/eller ett kollektivavtals indirekta tillämpning. Jfr Sigeman, 2013, Arbetsrätten. s. 39.

²⁸ Jfr Glavå, 1999. s. 616-619.

ställs mot saklig grund-begreppets tillämpning som de facto utgörs av två separata system²⁹ med olika rättsverkningar och framförallt tillämpning.

En central utgångspunkt ligger vidare i rättspraxis. Om man ser och låter ett prejudikat verka som en pusselbit, där varje bit fyller på ett och samma pussel, så kommer ett stort antal pusselbitar att leda till ett i princip färdigt pussel; alltså en väldigt god bild av utgången i ett givet fall.³⁰ Då LAS har som syfte att väga två motstående intressen mot varandra kan detta innebära att den vanligvis starkare parten ges möjlighet att subsumera rättsfakta till en given rättsföljd; alltså att regeln istället tar formen av en pliktnorm,³¹ – förutsatt att ramen för den rättsfakta som krävs är given.

Ett annat genomgående tema har varit att behandla rättsläget utifrån dess flexibilitet. Därför skall här redogöras för vad som åsyftas med kvantitativ-respektive kvalitativ flexibilitet då dessa skiljer sig åt från vad man i många andra fall åsyftar med begreppen.³²

När det här talas om kvantitativ flexibilitet åsyftas arbetsgivarens flexibilitet vad gäller att *minska* antalet anställda.³³ Detta kommer vidare även att betecknas som "det första ledet".

Med kvalitativ flexibilitet åsyftas dels, arbetsgivarens flexibilitet att få till stånd förändringar av anställningsförhållanden genom arbetsledningsrätten, men framförallt arbetsgivarens flexibilitet att *ensam* avgöra vem som skall sägas upp (i en arbetsbristsituation). Detta kommer även att betecknas som "det andra ledet".

Inom ramen för vad jag kategoriserat som kvantitativ respektive kvalitativ flexibilitet finns vidare en långtgående möjlighet att använda sig utav den flexibilitetsdiskurs och begreppsapparat som sammanställts av Ann Numhauser-Henning och Mia Rönnmar.³⁴ Denna diskurs används emellertid inte då begreppen som sådana är alltför nära sammankopplade för att på ett bra sätt kopplas samman med den grova uppdelning jag valt att göra – det är inte heller mitt syfte att analysera varje enskild del, detta har ovannämnda författare redan gjort.

²⁹ Rönnmar, 2001. s. 131.

³⁰ Jfr Westeberg, 2000. Prejudikattolkningens ABC, s. 589-590.

³¹ Hydén, 1984. s. 22.

³² Jfr Rönnmar, 2004. s. 24-25. Vad som i synnerhet skiljer mina begrepp från de som används utav Rönnmar (och som utvecklats av Numhauser-Henning) är att jag inte kommer att behandla arbetsgivarens flexibilitet vad gäller att *öka* antalet anställda samt att jag har förlagt en del frågor som Rönnmar behandlar som en del av den kvantitativa flexibiliteten i vad jag kallar för kvalitativ flexibilitet.

³³ Jfr Rönnmar, 2004. s. 24-25.

³⁴ Se Rönnmar, 2004. s. 24-27 (se däri gjorda not nr 21). Se även Ds 2000:49, s. 66-67.

1.4.2 Material

I denna uppsats ligger fokus på rättspraxis och doktrin, detta finner sin förklaring i att den för uppsatsen relevanta lagen om anställningsskydd tillkom 1974 (med vissa revideringar 1982).

De förarbeten jag använt mig av är de centrala ur lagstiftningssynpunkt och har använts för att undersöka och utröna lagens syfte. Vidare har ett par utredningar som rör ämnet använts, då främst för att få lagstiftarens syn på rättsläget.

De rättsfall som behandlas i uppsatsen är nästan undantagslöst hämtade utifrån central doktrin från respektive område, anledningen för detta är dels att ämnet för denna uppsats är flitigt omdebatterat samt att lagen är gammal, vilket innebär att det finns ett nästan oöverskådligt antal domar som rör frågeställningen. Jag har således inte ansett det varesig vara nödvändigt eller önskvärt att i denna del uppfinna hjulet på nytt.

En grov uppdelning kan göras enligt följande; Mats Glavå; företagsledningsrätt och förhållandet till saklig grund-begreppet och dess tudelning, samt LAS och arbetsrätten i övrigt. Dennes avhandling (Arbetsbrist, 1999) har även fungerat som en central utgångspunkt för uppsatsen i sin helhet.

Catharina Calleman och Örjan Edström; turordningsreglerna och då i synnerhet praxis rörande tillräckliga kvalifikationer.

Mia Rönnmar och Ann Numhauser-Henning; flexibilitet inom LAS, framförallt vad gäller relationen mellan 7 & 22 §§ LAS.

Lars Lunning och Gudmund Toijer har genom sin kommentar till anställningsskyddslagen tjänat som utgångspunkt för en *nyanserad* bild utav LAS samt för rättspraxis i avsnitt 3.2 (*personliga skäl*).

Övriga rättsfall (i regel fall mellan 2011-2013) har valts utifrån vilka fall jag ansett vara relevanta för frågeställningen. Detta äger även tillämpning vid det urval som gjorts utifrån litteraturen, men där har det mer rört sig om ett urval av vilka fall som *inte varit relevanta* för frågeställningen.

1.4.3 Disposition

Dispositionen är uppbyggd på ett sådant sätt att arbetsgivarens bestämmanderätt kort redogörs för i kapitel 2 vilket också utgör ramen för arbetsgivarens flexibilitet. Denna kopplas därefter (i kapitel 3) till kravet på saklig grund där arbetsgivarens flexibilitet inom det första uppsägningsledet kommer att behandlas; alltså när saklig grund föreligger (utan *omplaceringsskyldigheten* i 7 § 2 st. LAS eller turordningsreglerna i 22 § LAS). I kapitlet behandlas också den intresseavvägning som här låter sig göras, alltså vad som kan krävas av arbetsgivaren för att undvika en uppsägningsituation. Jag vill här särskilt understryka att avsnitt 3.2 (*personliga skäl*) inte syftar till att ge en heltäckande beskrivning av denna uppsägningsgrund. Syftet i denna del är istället att påvisa den intresseavvägning som här görs för att kontrastera detta mot den avvägning

som görs vid en arbetsbristuppsägning. Syftet är här att påvisa hur arbetsgivaren ges ett ökat spelrum genom att åberopa arbetsbrist i det första uppsägningsledet.

I kapitel 4 behandlas det andra uppsägningsledet (*omplaceringskyldigheten*) och arbetsgivarens spelrum att styra arbetsbristen mot en arbetstagare – utifrån personliga skäl. Utgångspunkten och fokus ligger här i begreppet tillräckliga kvalifikationer och då framförallt på vilka kvalifikationer som låter sig åberopas.

I kapitel 5 kommer det att redogöras för hur de två leden knyts samman genom "omplaceringskyldigheten" i 7 § 2 st. LAS och arbetsgivarens spelrum att genom sk skäliga erbjudanden gå runt principen om sist in först ut.

2. Arbetsgivarens rätt att bestämma

Denna del syftar till att kort redogöra för de överordnade arbetsgivarprerogativen, alltså ramen för arbetsgivarens bestämmanderätt i frågor som dels rör det direkta förhållandet till den enskilda arbetstagaren, och dels rätten att bestämma över verksamheten.

2.1 Företagsledningsrätt

Med företagsledningsrätt åsyftas inte den direkta relationen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren utan istället *företagets* rätt att besluta om verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet.³⁵ Företagsledningsrätten kan vidare sägas utgöra en huvudregel eller allmän rättsprincip och innebär att arbetsgivaren, i avsaknad av *skyldighet* att handla på ett visst eller annorlunda sätt, bestämmer.³⁶ Det kan här även påpekas "att MBL inte upphävt utan snarare stärkt det rättsliga stödet för [...] principen om arbetsgivarens rätt att i sista hand bestämma över företaget och arbetets utförande".³⁷ I AD 1993 nr 101 konstateras att det är arbetsgivaren som bestämmer över verksamheten och att dennes beslut, i fråga om saklig grund, inte kan överprövas av domstolen; såtillvida att en seriös och

³⁵ Glavå, 1999. s. 580.

³⁶ Jfr Glavå, 2011. s. 65-66 (not 96), Glavå, 1999. s. 603-606.

³⁷ Sigeman, 1984. SvJT, Från legostadgan till medbestämmandelagen, s. 886 (jfr Glavå, 1999. s. 580-581). Eftersom att syftet med MBL, i denna del, är att inskränka arbetsgivarens rätt att bestämma kan detta ses som att lagen således utgör ett undantag till huvudregeln, att det är *arbetsgivaren* som bestämmer. Jag kommer inte att gå närmre in på denna del. För en mer ingående analys av detta samt av vad Glavå kallar för arbetsgivarfiering (alltså att företagarens roll förväxlas med arbetsgivarens roll) se Glavå, 1999. s. 576-619.

noggrann bedömning av verksamhetens behov gjorts.³⁸ Enligt Glavå särskiljer domstolen inte företagsledningsrätten från den verkställighet denna manifesterar sig i när det gäller *arbetsbristuppsägningar*.³⁹

Företagsledningsrätten är således utgångspunkten och kärnan i arbetsgivarens kvantitativa flexibilitet. Den praktiska tillämpningen av företagsledningsrätten och dess effekter kommer att redogöras för mer utförligt i kapitel 3.

2.2 Arbetsledningsrätt & arbetsskyldighet

Arbetsgivarens rätt ligger även här i avsaknaden av begränsningar: där sådana inte finns där bestämmer arbetsgivaren ensam.⁴⁰ Arbetsledningsrätten utgör således en huvudregel eller allmän rättsgrundsats.⁴¹ I termer av kvalitativ flexibilitet kan härmed sägas att arbetsgivaren står relativt fri att bestämma vem som skall utföra arbete, vilket arbete som skall utföras samt var, när och hur arbetet skall utföras.⁴² I AD 1998 nr 150 heter det att:

"Ett beslut om att omplacera en arbetstagare utgör ett arbetsledningsbeslut som arbetsgivaren kan fatta efter fritt val och som *normalt* inte kan överprövas i rättslig väg".⁴³

Arbetsgivaren kan emellertid inte ensidigt ändra på ett anställningsavtal så till vida att ändringen *enbart* görs med kraft av dennes arbetsledningsrätt. I AD 1984 nr 28 likställdes således en minskning av en anställds tjänsteomfattning från 100 % till 93 % med ett avsked.⁴⁴ Om en arbetsgivare därför vill få till stånd en ändring utav ett befintligt anställningsavtal får denna göra så genom att säga upp anställningsavtalet – med saklig grund för uppsägning – och därefter teckna ett nytt avtal.⁴⁵

För att en arbetsledningsåtgärd vidare skall kunna jämföras med ett avsked eller uppsägning krävs enligt Arbetsdomstolen dels att arbetsuppgifterna förändrats genom denna åtgärd och dels att de nya arbetsuppgifterna ligger utanför arbetstagarens arbetsskyldighet.⁴⁶

I regel utgår arbetsskyldigheten från den sk 29/29-principen som säger att "såvida inte annat framgår av uttryckliga avtalsbestämmelser eller vinner klart

³⁸ Jfr prop. 1973:129, s. 123.

³⁹ Glavå, 1999. s. 412. För en ingående analys av förhållandet mellan företagsledningsrätt och verksamhetsbeslut se Ibid. s. 647-665.

⁴⁰ Glavå, 2011. s. 63.

⁴¹ Rönnmar, 2004. s. 45. Jfr Glavå, 2011. s. 671.

⁴² Glavå, 2011. s. 671.

⁴³ Domskäl, min kursivering. *Normalt* torde här innebära omplaceringar som faller utanför den sk bastubadarprincipen (jfr AD 1978 nr 89) och således inte omplaceringar som föranleds av arbetsbrist.

⁴⁴ Glavå, 2011. s. 672.

⁴⁵ Jfr AD 1993 nr 61, detta kommer att behandlas mer ingående i avsnitt 3.3.

⁴⁶ Jfr AD 2010 nr 51.

stöd av andra omständigheter"⁴⁷ så har arbetstagaren, som är bunden av kollektivavtal,⁴⁸ att utföra "allt sådant arbete för arbetsgivarens räkning, som står i naturligt samband med dennes verksamhet och kan anses falla inom vederbörande arbetares allmänna yrkeskvalifikationer."⁴⁹ Desto mer preciserat tjänstens innehåll är, desto mer preciserad är arbetskyldigheten.⁵⁰

Eftersom att arbetsgivaren *ensam* bestämmer över verksamheten innebär det att denne genom utövandet av företagsledningsrätten kan utvidga arbetskyldigheten. Detta utgör ett centralt moment i arbetsgivarens kvalitativa flexibilitet och som Glavå klarsynt påpekar så är den relevanta frågan i många fall inte är huruvida arbetstagaren har en skyldighet att utföra visst arbete, utan istället om denne har en rätt att utföra detta.⁵¹

Notera också att LAS inte utgör något befattningsskydd,⁵² således gäller bara det skydd som arbetskyldigheten för med sig situationer som ligger utanför arbetsgivarens *omplaceringsrätt*. Härmed uppstår en situation som kommer att behandlas nedan, men som kort kan beskrivas som att en arbetsgivare genom att återopa arbetsbrist kan få till stånd tämligen ingripande ändringar av ett befintligt anställningsavtal (detta kommer att behandlas i kapitel 5).

2.3 En kort sammanfattning

Ramen för arbetsgivarens flexibilitet ligger i att arbetsgivaren dels har en långtgående rättighet att bestämma över vem som skall utföra arbete, vilket arbete som skall utföras samt var, när och hur arbetet skall utföras. Samt att fritt bestämma över verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet. Beslut enligt ovan kan i regel inte överprövas utav domstol. Det kan även uttryckas som så att det i brist på inskränkande regler, eller om inte annat följer av stadgar och/eller avtal så bestämmer arbetsgivaren ensam i dessa frågor.⁵³ Arbetsgivaren kan emellertid inte ensidigt omplacera en arbetstagare till arbete utanför dennes arbetskyldighet så till vida att detta inte görs som ett led i att "rädda anställningen", alltså genom uppfyllandet av omplaceringskyldigheten i 7 § 2 st. LAS. Därmed inte sagt att arbetsgivaren inte kan utvidga arbetskyldigheten genom ett företagsledningsbeslut. Konsekvenserna av arbetsgivarens bestämmanderätt kommer att redogöras för i det följande.

⁴⁷ Glavå, 2011. s. 680-681.

⁴⁸ I praktiken görs ingen åtskillnad mellan organiserade och oorganiserade arbetstagare i denna del, jfr Glavå, 2011. s. 681.

⁴⁹ Jfr Glavå, 2011. s. 681. Notera att även om principen upprättades gentemot arbetarkollektivet eller LO/SAF-området så påpekar Glavå att principen har samma bärighet för tjänstemannakollektivet (ibid).

⁵⁰ Glavå, 2011. s. 675-676.

⁵¹ Glavå, 2011. s. 682.

⁵² Jfr AD 1978 nr 161.

⁵³ Sigeman, 2013. s. 39 & 108.

3. Kvantitativ flexibilitet och kravet på saklig grund

Häri kommer att redogöras för tudelningen inom saklig grund-begreppet och vilka avvägningar som görs beroende på vilka skäl som ligger till grund för en uppsägning. Härmed behandlas alltså arbetsgivarens flexibilitet i det första ledet; alltså att skapa, eller uppfylla kraven för, en uppsägningssituation (detta kan även uttryckas som saklig grund i och för sig, alltså saklig grund bortsett från omplaceringsskyldigheten).

3.1 Något kort om kravet på saklig grund

Vad som utgör saklig grund framgår inte utav lagtexten, utan vad som i ett fall anses utgöra saklig grund för uppsägning behöver inte göra det i ett annat; hänsyn måste alltid tas till de särskilda omständigheterna i det individuella fallet och ytterst är det upp till rättstillämpningen att ge konkret innehåll åt begreppet.⁵⁴

I motivuttalandet till lagen heter det vidare att:

"[...] rättsutvecklingen skulle kunna komma att bindas på ett olyckligt sätt om lagtexten innehöll närmare preciseringar på denna punkt".⁵⁵

Oberoende av en uppsägnings saklighet måste denna kategoriseras som antingen gjord pga. personliga skäl eller pga. arbetsbrist.⁵⁶ Detta beror på att de olika uppsägningsgrunderna har olika rättsverkningar.⁵⁷ Valet av uppsägningsgrund har också en direkt och avgörande betydelse för huruvida saklig grund föreligger.⁵⁸ De facto tillämpning av de olika uppsägningsgrunderna visar på att reglerna tar olika former; i fall av personliga skäl fungerar regeln som en avvägningssnorm, så som också är tanken med LAS. I fall av arbetsbrist tycks regeln istället fungera som en pliktnorm: "när vissa fakta föreligger skall en viss rättsföljd inträda".⁵⁹

Vad som därmed är av intresse är hur det ena fallet skiljer sig från det andra och därmed vad som rimligen kan krävas utav en arbetsgivare för att undvika en

⁵⁴ Jfr Lunning & Toijer, 2010. Anställningsskydd, s. 337. prop. 1973:129, s. 119-120 och prop. 1981/82:71, s. 69.

⁵⁵ prop. 1973:129, s. 120.

⁵⁶ Lunning & Toijer, 2010. s. 341. Jfr AD 1994 nr 122.

⁵⁷ En uppsägning pga. arbetsbrist för med sig företrädesrätt till återanställning (25 § LAS) och aktualiserar turordningsreglerna (22 § LAS), en uppsägning pga. personliga skäl aktualiserar den sk tvåmånadersfristen (7 § st. 4 LAS).

⁵⁸ Jfr Glavå, 1999. s. 287-291. Se även Rönmar, 2001. s. 125 samt däri gjorda hänvisning (not 23).

⁵⁹ Hydén, 1984. s. 22.

uppsägning; eller omvänt, hur stort spelrum arbetsgivaren har att styrka saklig grund och därmed det första ledet i en uppsägning pga. arbetsbrist och hur detta står i kontrast till vad som kan krävas av en arbetsgivare vid uppsägning pga. personliga skäl.

3.2 Personliga skäl

Uppsägningar som *enbart* grundas på personliga skäl *kräver* saklig grund. Härigenom görs det en reell intresseavvägning av arbetsgivarens krav på effektivitet mot arbetstagarens intresse av trygghet i anställningen.⁶⁰ Den faktiska prövningen om huruvida saklig grund föreligger sägs vidare vara inriktad på de konsekvenser som inför framtiden kan dras av beteendet, utgångspunkten skall alltid vara det som den anställde låtit komma sig till last.⁶¹ Det kan här nämnas att arbetsgivaren har en skyldighet att erinra arbetstagaren om att dennes beteende inte är acceptabelt, vad gäller exempelvis samarbetssvårigheter och misskötsel.⁶² Arbetstagaren ges således, eller skall i vart fall ges, en chans att bättra sig och i AD 1982 nr 130 slog domstolen fast att även *mer aktiva åtgärder* än varningar och samtal kan krävas av en arbetsgivare.⁶³

I AD 1993 nr 127 fastslogs att en arbetsgivare själv kan få bära konsekvenserna av att han försätter sig i ett sårbart läge genom företagets organisatoriska uppbyggnad. Vid själva intresseavvägningen tillmätte domstolen det faktum att arbetstagaren pga. av sitt brott riskerade att stängas ute från arbetslivet stor vikt.⁶⁴

I AD 2004 nr 30 konstaterade domstolen att en arbetstagare inte kan sägas upp pga. vare sig brott eller den frånvaro som straffavtjänandet för med sig, såtillvida att den anställde inte haft en sådan ställning som ställt särskilda krav på förtroende. I fallet slog domstolen fast att "en arbetsgivare av Postens storlek givetvis måste ha beredskap för att ersätta anställda som är frånvarande under längre tider".⁶⁵

⁶⁰ Schmidt, Folke, 1994. Löntagarrätt, s. 196. Jfr Westregård, Annamaria J, 2006. En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering, s. 879.

⁶¹ Se AD 1977 nr 223 domskäl. Jfr Lunning & Toijer, 2010. s. 346.

⁶² För erinran vad gäller misskötsamhet se exempelvis Glavå, 2011. s. 497-498. Jfr prop. 1973:129, s. 125, prop. 1981/82:71, s. 125 och AD 2010 nr 11. Vad gäller samarbetssvårigheter se Glavå, 2011. Arbetsrätt, s. 521. Jfr AD 1998 nr 108.

⁶³ I domen ansågs sakligt grund för uppsägning inte föreligga då en arbetstagare med alkoholproblem varit onykter på arbetsplatsen och då uppträtt otrevligt mot arbetskamrater, förorsakat produktionsstörningar och framförallt skapat en otrivsamt stämning på arbetsplatsen.

⁶⁴ I fallet hade en arbetstagare dömts till 1 år och 8 månaders fängelse för misshandel, grov misshandel och övergrepp. Då arbetstagaren hade en nyckelposition inom den relativt lilla företaget ansåg arbetsgivaren att denna varit tvungen att säga upp arbetstagaren, då det inte var möjligt att erhålla någon vikarie för tjänsten under så kort tid. Jfr AD 1986 nr 21, se även Lunning & Toijer, 2010. s. 350.

⁶⁵ Se domskäl. I fallet hade en anställd på posten blivit uppsagd efter att ha blivit dömd till 2 år och 8 månaders fängelse för våldtäkt och misshandel. Härtill kan också sägas att domstolen påpekar att arbetsgivarens möjligheter att säga upp en arbetstagare ökar beroende på frånvarans längd och hänvisar till AD 2001 nr 94 där straffet/frånvaron uppgick till 6 år.

I AD 1982 nr 137 var det vägande skälet, vid intresseavvägningen för hurvida saklig grund skulle anses föreligga, att arbetstagaren skulle ha mycket svårt att hitta ett nytt arbete.⁶⁶

När det emellertid gäller vilka krav som kan ställas på arbetsgivaren att omorganisera verksamheten varierar arbetsgivarens ansvar. I AD 1993 nr 42 ansåg domstolen att det skulle utgöra alltför stora praktiska problem för ett företag med bara fem arbetstagare (vid den berörda filialen) att omorganisera verksamheten eller omfördela arbetsuppgifter *bara* för att bereda två arbetstagare fortsatt anställning. I AD 2001 nr 92 blev utgången emellertid annan. Att företaget även i detta fall var ett litet företag utgjorde inte något godtagbart skäl att inte i vart fall *pröva* den förslagna omfördelningen.⁶⁷ Fortsättningsvis fann domstolen i AD 2007 nr 12 att det i och för sig, varit skäligt att göra en omorganisation och samla ihop lättare uppgifter, men att en sådan omfördelning av arbetsuppgifter inte fick innebära att de andra arbetstagarna fick en ökad belastning och en därtill ökad risk för arbetsskador.

Sammanfattningsvis kan härmed sägas att domstolen i dessa fall gör en reell prövning av det enskilda fallet och av parternas motstående intressen. *Arbetsgivarens uppsägningsbeslut kan överprövas och praktiska såväl som ekonomiska uppföringar kan krävas.* Viss hänsyn tas dock till företagets storlek såväl som till arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren – om detta är av väsentlig betydelse för tjänsteutövningen eller för verksamheten som sådan.

3.3 Arbetsbrist

Arbetsbrist är ett juridiskt/tekniskt begrepp och ska således inte förstås i sin semantiska mening som "brist på arbete", istället bör det ses som ett samlingsbegrepp för de uppsägningsgrunder som inte står att hänföra till en arbetstagares person.⁶⁸ Det är alltså en negativ motsatsdefinition där allt som inte utgör personliga skäl utgör arbetsbrist.⁶⁹

⁶⁶ Domen gällde huruvida saklig grund för uppsägning förelagat då en vice värd vid en bostadsrättsförening sagts upp pga. alkoholmissbruk och den olovliga frånvaro som missbruket åsamkat. Detta ansågs förvisso utgöra ett stort problem för arbetsgivaren, men problemet i sig ansågs inte vara större än vad en arbetsgivare kan förvänta sig vid annan liknande sjukdom, problemen ansågs inte heller vara oöverstigliga.

⁶⁷ Fallet rörde uppsägningen av en fastighetsskötare inom ett mindre företag som pga. allergi och astma inte kunde utföra en del av sina arbetsuppgifter, närmare bestämt städuppgifter som upptog omkring 10 % av hans arbetstid. Frågan i målet gällde om uppsägningen kunnat undvikas genom att omfördela städuppgifterna till de övriga arbetstagarna och låta den anställda ta hand om motsvarande del av de andras uppgifter. Liknande resonemang förekommer även i AD 1999 nr 10.

⁶⁸ Gränsen är många gånger subtil, som exempel kan AD 2000 nr 31 nämnas där arbetsbrist ansågs föreligga pga. dåliga ekonomiska resultat, dessa var emellertid förorsakade av den uppsagdes inkompetens. En kort beskrivning av vad som kan utgöra arbetsbrist finns t.ex. i Calleman, 2011. Uppsägningar på grund av arbetsbrist i den ekonomiska krisen, s. 167. Se även Sigeman, 2013. s. 194. För en ingående analys av begreppet se Glavå, 1999.

⁶⁹ Se AD 1994 nr 122.

I och med företagsledningsrätten har arbetsgivaren en långtgående bestämmanderätt och kan ensam bestämma var, hur och när arbetsbristen skall läggas ut; men framförallt att det föreligger arbetsbrist,⁷⁰ vilket i sig utgör saklig grund för uppsägning.⁷¹

Arbetsbrist tar även formen av ett rättsfaktum.⁷² Detta innebär att bevisbördan för saklig grund – vad gäller arbetsbrist – ligger i att arbetsgivaren har att styrka att arbetsbrist föreligger genom att subsumera rättsfakta – som denne själv råder över – under vad som i praktiken utgör arbetsbrist som rekvisit för saklig grund.⁷³ Detta görs genom att påvisa att grunden för arbetsbristen är *verksamhetsrelaterad*, alltså att skälen för arbetsgivarens bedömning varit av ekonomisk, organisatorisk eller av därmed jämförbar natur.⁷⁴ Då arbetsdomstolen anser sig oförmögen att överpröva ett sådant beslut⁷⁵ blir konsekvensen i denna del, om det drivs till sin spets, att arbetsgivarens ord är lag.

Vid en uppsägning av personliga skäl görs som anförts ovan en reell intresseavvägning. Kan det därmed även krävas av en arbetsgivare att denne, inom ramen för en arbetsbristuppsägning, "[...] överväger alla de möjligheter som står till buds för att genomföra en driftsförändring utan att arbetstagare behöver sägas upp"?⁷⁶

Frågan har belysts i ett par principiellt viktiga domar som alla rörde kommunala skolor, i synnerhet AD 1983 nr 127 och AD 1984 nr 26. Bakgrunden var att ett fackförbund stämt ett antal kommuner med påståendet att uppsägningar hade kunnat undvikas genom bättre planering eller en effektivare och annorlunda resursanvändning.⁷⁷ I AD 1983 nr 127 pekar domstolen på att den i princip anser sig oförmögen att överpröva arbetsgivarens bedömningar. Vidare slog man dock fast att det kan ställas krav på arbetsgivaren att denna inte tar alltför lätt på uppsägningsfrågan utan verkligen gör en *noggrann och seriös bedömning* av hur övertalighetsproblemet ska kunna lösas. Arbetsgivaren bör vidare kunna redovisa det skäl som ligger bakom dennes ställningstagande och dessa bör framstå som godtagbara vid en objektiv bedömning.⁷⁸ I AD 1985 nr 79 uttalade domstolen att arbetsgivaren måste kunna presteras en utredning, varav det framgår att en uppsägning inte kan undvikas. När domstolen emellertid i AD 1984 nr 26 inte ens tycks ha förstått arbetstagsarsidans invändning om att uppsägning skulle ha kunnat

⁷⁰ Prop. 1973:129, s. 123 och AD 1993 nr 101.

⁷¹ prop. 1981/82:71, s. 65.

⁷² Hydén & Hydén, 2011. 155.

⁷³ Jfr Glavå, 1999. s. 283-285, 480-483. Se även Glavå, 2011. s. 471-472.

⁷⁴ Se AD 1993 nr 101. Jfr Glavå, 2011. s. 527.

⁷⁵ Jfr AD 1993 nr 101 och prop. 1973:129, s. 123.

⁷⁶ Prop. 1973:129 s. 123.

⁷⁷ Lunning & Toijer, 2010. s. 486-487. Jfr Glavå, 1999. s. 398-416.

⁷⁸ Se även AD 1983 nr 127. Lunning & Toijer, 2010. s. 487.

undvikas ter sig detta uttalande något märkligt. I fallet sammanfattar domstolen förbundets talan då man anför följande:

"Som förbundet ser saken kunde kommunen mycket väl genom en bättre planering och effektivare användning av tillgängliga resurser ha undvikit att göra några uppsägningar överhuvudtaget. Förbundets resonemang i denna del synes innebära att förbundet bestrider att någon arbetsbrist överhuvudtaget har förelegat".⁷⁹

Häri ligger själva kärnan i problematiken att *arbetsbrist* utgör saklig grund, förbundet menar ju egentligen inte att någon arbetsbrist inte föreligger såsom arbetsgivaren gjort gällande, utan istället att beslutet att säga upp inte är tillräckligt utrett eller i vart fall illa fattat, och att uppsägningen därav är osaklig på grunden att uppsägning *hade kunnat undvikas*. När arbetsbrist emellertid slagits fast som "otvistigt" och att saklig grund således föreligger, slår domstolen fast att utredningen om huruvida arbetsgivaren kunnat planera bättre, *rättsligt sätt*, saknar betydelse.⁸⁰ Arbetsgivarens skyldighet torde således i denna del inte utgöra mer än en administrativ börda som bottnar i att denne skall kunna redogöra för sitt beslut, görs detta träder rättsföljden – uppsägning – i kraft.

Inte heller rättsfiguren "uppsägning för säkerhetsskull"⁸¹ tycks förändra rättsläget i denna del. I AD 2010 nr 46 fann domstolen att en uppsägning av en externt finansierad professor var sakligt grundad. Här fastslog domstolen att arbetsbrist förelåg då planerade och långsiktiga åtgärder ledde till att arbetstagaren inte längre kunde fortsätta med de arbetsuppgifter som denne tidigare haft.⁸² Det hade enligt domstolen ingen avgörande betydelse att arbetstagarens arbetsuppgifter (och finansieringen av dessa) kvarstod vid uppsägningstillfället.⁸³

Avvägningen mellan arbetstagarens och arbetsgivarens motstridiga intressen är, i och med att arbetsbrist utgör saklig grund, förpassad till andra rättsrum (i synnerhet till turordningsreglerna).⁸⁴ Samt att arbetsgivaren inte skall vara fri att välja vem som skall sägas upp pga. arbetsbrist.⁸⁵ Gränsen mellan arbetsbrist och personliga skäl är emellertid inte glasklar och arbetsbristen kan dessutom förläggas till en speciell arbetstagare. I AD 1994 nr 122 fastslogs bl.a. att om en arbetsgivare av företagsekonomiska skäl anser att verksamheten inte kan bära *en anställds* aktuella lön är detta att se som att det råder arbetsbrist.⁸⁶

⁷⁹ Domskal.

⁸⁰ Jfr domskäl och Glavå, 1999. s. 410-415.

⁸¹ Glavå, 2011. s. 536-537.

⁸² Jfr Calleman, 2011. s. 169.

⁸³ Se domskäl. Arbetstagaren hade för övrigt erbjudits en visstidsanställning för att fullgöra sina arbetsuppgifter!

⁸⁴ Jfr AD 1976 nr 111, Glavå, 1999. s. 414. Glavå, 2005. s. 211.

⁸⁵ Sigeman, 2013. s. 194.

⁸⁶ Om det istället är så att arbetsgivaren anser att verksamheten förvisso kan bära lönen men att arbetstagaren inte presterar en arbetsinsats som motsvarar lönen är detta att hänföra till arbetstagaren personligen. Jfr domskäl.

3.4 Förhållandet mellan arbetsbrist och personliga skäl

Vad som nu har anförts ovan ger vid handen att arbetsgivarens spelrum är stort vid sk arbetsbristuppsägningar, det är i allt väsentligt arbetsgivarens bedömning om att det föreligger arbetsbrist som är avgörande. Redan i motiven till 1974 års lag framfördes emellertid att:

"[...] ett av arbetsgivaren framfört påstående om att arbetsbrist utgjort grunden för uppsägning självfallet inte skall godtas, om arbetsgivaren i själva verket haft andra motiv för uppsägningen. Tillåtligheten av uppsägningen får i sådant fall prövas med hänsyn till den *verkliga grunden* för denna".⁸⁷

I AD 1977 nr 215 anförde domstolen med utgångspunkt i ovanstående motiv att en uppsägning kan ogiltigförklaras *även* om arbetsbrist förelegat, om *de verkliga skälen* för uppsägningen varit personliga, alltså om det rör sig om "fingerad arbetsbrist". Här gjorde man en reell (saklig grund) prövning av det *verkliga skälet*, och anförde att: "enbart den omständigheten att arbetsbrist finnes ha förelegat utesluter alltså inte att ogiltigförklaring av uppsägningen sker".⁸⁸

Denna praxis har emellertid kommit att bli obsolet. I AD 1986 nr 158 konstaterade domstolen "att det vid tidpunkten för uppsägningen av [arbetstagaren] rådde vissa motsättningar mellan honom och företrädare för bolagsledningen".⁸⁹ När domstolen emellertid konstaterat att det förelegat arbetsbrist fastslog denna att uppsägningen därmed varit sakligt grundad. Samma resonemang tydliggörs i AD 2000 nr 31 där domstolen gör följande uttalande:

"Det skall också framhållas att det, om arbetsbrist faktiskt föreligger, saknar betydelse att arbetsgivaren även ansett att anställningen borde avslutas av skäl som är att hänföra till arbetstagaren personligen."⁹⁰

Situationen förefaller således vara som sådan att arbetsbrist dels utgör saklig grund för uppsägning och dels att det i en sådan situation inte spelar någon roll huruvida *även* personliga skäl föreligger.

Bevisbördan för arbetsbrist; dvs. vad arbetsgivaren behöver göra för att styrka att det råder arbetsbrist, respektive, vad arbetstagersidan kan göra för att bevisa att så inte är fallet blir härmed oerhört betydelsefull. Glavå menar på att bevisbördan i fall av fingerad arbetsbrist är uppdelad i tre steg 1) en initial bevisbörda för arbetsgivaren att det rör sig om arbetsbrist, följt av att 2) arbetstagaren skall *sannolikt göra* att det varit personliga skäl som föranlett uppsägningen. Om så sker så följer att 3) domstolen går närmare in på de företagsekonomiska skäl arbetsgivaren åberopat.⁹¹

⁸⁷ Prop. 1973:129, s. 123. Min kursivering.

⁸⁸ Domskal.

⁸⁹ Domskal.

⁹⁰ Domskal.

⁹¹ Glavå, 1999. s. 378-379.

I AD 2012 nr 11 pekar domstolen förvisso på att desto mer sannolikt det framstår att uppsägningen orsakats av en annan orsak än den angivna, desto starkare krav bör ställas på att arbetsgivaren skall visa på att uppsägningen skulle ägt rum (av företagsekonomiska skäl) även om de andra skälen inte förelegat. Om man emellertid ser detta i ljuset av AD 1980 nr 133 där domstolen fastslog att arbetsbrist förelegat eftersom att en omorganisation och *uppsägningar* faktiskt ägt rum, tycks prövningen i praktiken gå ut på att arbetsgivaren faktiskt har verkställt ett beslut om uppsägning – som föranletts av ett företagsledningsbeslut. I domen heter det vidare att det i allmänhet räcker med att "arbetsgivaren styrker att förändringen är verklig".⁹² Genom domen antyds således att arbetsgivare kan styrka arbetsbrist (och saklig grund) genom att verkställa uppsägningar.⁹³ Det tredje steget, som omnämnts ovan, torde således i ljuset av vad som sagts här, när saken ställs på sin spets, enbart resultera i en ökad kvantitativ bevisbörda för arbetsgivaren (att styrka att ett företagsledningsbeslut fattats). Detta eftersom att domstolen inte anser sig kunna pröva *beslutet i sig* vilket torde innebära att den kvalitativa aspekten av bevisningen är av relativt liten betydelse.

3.5 En kort sammanfattning

När arbetsbrist tar form av en pliktnorm ökar arbetsgivarens flexibilitet avsevärt, arbetsbrist tar nämligen de facto form av rekvisit för saklig grund och när arbetsgivaren ensidigt avgör när arbetsbrist som rättsfaktum föreligger blir konsekvensen att arbetsgivaren också ensidigt och i princip undantagslöst kan fatta beslut om när, var och hur arbetsbrist föreligger; och därmed tillhörande rättsföljd: uppsägning.

Om skälen för uppsägningen istället är personliga skäl prövas fallet avseende dels saklighet dvs. om de angivna skälen räcker, och dels utifrån de motstående intressena och vems intresse som väger tyngst. Glavå lyfter fram ett intressant argument mot denna uppdelning, nämligen att den *verkliga grunden* för flertalet uppsägningar, oavsett rättsteknisk kategorisering, i många fall grundar sig i ekonomiska skäl: arbetstagaren eller tjänsten är helt enkelt inte *tillräckligt lönsam*.⁹⁴

Fastän gränsen mellan personliga skäl och arbetsbrist kan vara oerhört subtil är kategoriseringen i praktiken direkt avgörande för utgången; domstolen anser sig i det ena fallet kunna överpröva arbetsgivarens beslut i detaljnivå för att i det andra fallet, i princip, inte kunna pröva beslutet över huvud taget.⁹⁵

Även rättsfiguren fingerad arbetsbrist vars syfte ursprungligen varit att förhindra en arbetsgivare från att under åberopande av arbetsbrist säga upp en arbetstagare

⁹² Jfr. Domskäl.

⁹³ Jfr Glavå, 1999. s. 377.

⁹⁴ Glavå, 2011. s. 530. Jfr Ds 2002:56, s. 164-165.

⁹⁵ Jfr Rönnmar, 2001. s. 131. Jfr även Ds 2002:56, s. 7.

pga. skäl som är att hänföra till dennes person tycks i praktiken ha fått en nästan motsatt effekt och styrker snarare arbetsgivarens rätt i denna del. Eftersom att det inte finns några hinder för arbetsgivaren att *även* grunda uppsägningen på personliga skäl ges arbetsgivaren i praktiken rätt att göra det. Då det är arbetsgivaren som ensidigt bestämmer om det föreligger arbetsbrist och att domstolen vidare anser sig oförmögen att de facto överpröva beslutet blir prövningen och arbetstagarens skydd, i detta avseende, tämligen chimär.

4. Arbetsgivarens kvalitativa flexibilitet; sist in, först ut?

I detta kapitel kommer omplaceringsskyldigheten (22 § LAS) att behandlas, dock ej i traditionell mening som en skyldighet och inskränkning i arbetsgivarens rätt att säga upp en anställd, utan istället som en del av arbetsledningsrätten.

Vidare bör detta kapitel ses i ljuset av vad som sagts ovan, nämligen att skyddet för arbetstagare som drabbas utav arbetsbrist dels står att finna i andra skyddsregler, och dels i att arbetsgivaren inte står fri att avgöra vem som skall sägas upp.⁹⁶ I en utredning av sent datum heter det att:

"Kärnan i anställningsskyddet vid arbetsbrist ligger [...] i att arbetsgivaren i dessa situationer inte helt fritt får välja vilka arbetstagare som ska sägas upp".⁹⁷

Därmed återstår att undersöka vilket utrymme som arbetsgivaren ges – trots principen sist in, först ut – att ensidigt avgöra vem som skall drabbas utav arbetsbristen, i synnerhet pga. skäl som är att hänföra till arbetstagarens person.

4.1 Allmänt om omplaceringsbegreppet & tillräckliga kvalifikationer

Huvudregeln vid arbetsbristuppsägningar är att arbetstagare med lång anställningstid har företräde till fortsatt anställning framför arbetstagare med kortare anställningstid; alltså sist in, först ut. Med andra ord är "arbetsgivaren [...] skyldig att säga upp en anställd med kortare anställningstid för att på så vis kunna

⁹⁶ Prop. 1973:129, s. 69-70.

⁹⁷ SOU 2012:62, s. 46.

bereda en arbetstagare med längre anställningstid fortsatt arbete", ⁹⁸ detta såtillvida att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den nya tjänsten. Det skall då röra sig om allmänna kvalifikationer som normalt krävs för den som söker arbetet det är fråga om. ⁹⁹ Utgångspunkten för arbetstagarens kvalifikationer är emellertid alltid att arbetsgivaren bestämmer vilka kvalifikationer som krävs för en viss befattning. ¹⁰⁰

En viktig åtskillnad mellan arbetsgivarens bestämmanderätt i denna del och vad som beskrivits med utgångspunkt i arbetsbrist är att arbetsdomstolen här faktiskt kan överpröva arbetsgivarens bedömning. I regel torde detta innebära att kraven skall vara relevanta, tillämpas i praktiken och framstår som acceptabla, ¹⁰¹ alltså inte överdrivna eller obefogade. ¹⁰² Tanken med lagen, i denna del, är således inte att arbetsgivaren skall kunna välja den arbetstagare som har de *bästa* kvalifikationerna för tjänsten, istället har arbetsgivaren en skyldighet att välja den arbetstagare som har *tillräckliga* kvalifikationer för tjänsten. ¹⁰³

Regeln om tillräckliga kvalifikationer är en avvägningsnorm, där arbetsgivarens intresse av största lämplighet och effektivitet vägs mot den först anställdes intresse av skydd. ¹⁰⁴

Regeln är vidare endast tillämplig då en arbetstagares arbetsuppgifter förändras genom en omplacering. Det bör därmed framhållas att det är de nya, faktiska, arbetsuppgifterna för vilka kvalifikationskravet skall sättas: alltså inte tjänstens benämning eller kategori. ¹⁰⁵ Arbetsgivaren måste alltså visa att en förändring faktiskt ägt rum: det får alltså inte röra sig om "några slags skenkrav". ¹⁰⁶

Således är det direkt avgörande för huruvida regeln om tillräckliga kvalifikationer är tillämplig att en *omplacering* har ägt rum. ¹⁰⁷

Med en omplacering åsyftas här en övergång till annat arbete som kan tänkas bli permanent och/eller att arbetsuppgifterna har förändrats i den grad att tjänsten *kräver* andra eller nya kvalifikationer. ¹⁰⁸

En omplacering (enligt 22 § LAS) gäller endast inom arbetskyldigheten ¹⁰⁹ och turordningskretsen. ¹¹⁰ Vad som således är av intresse i denna del är vilket

⁹⁸ Calleman, 2000. s. 141.

⁹⁹ Prop. 1973:129 s. 159 & 260.

¹⁰⁰ Calleman, 2000. s. 152.

¹⁰¹ Ds 2002:56, s. 400.

¹⁰² Jfr AD 1986 nr 58.

¹⁰³ Calleman, 2000. s. 159. Se även Glavå, 1999. s. 521.

¹⁰⁴ I denna del innebär avvägningen att arbetsgivarens intresse av största lämplighet och effektivitet vägs mot den först anställdes intresse av skydd. Jfr Calleman, 2000. s. 141. Rönmar, 2001. s. 126-127.

¹⁰⁵ Calleman, 2000. s. 157.

¹⁰⁶ Ds 2002:56, s. 400.

¹⁰⁷ Glavå, 2011. s. 564-565.

¹⁰⁸ Jfr Calleman, 2000. s. 144-152.

¹⁰⁹ Jfr Calleman, 2000. s. 142.

utrymme en arbetsgivare har att förändra förutsättningarna för en befattning så att en omplaceringssituation uppstår. Görs detta, skall nämligen arbetstagarens kvalifikationer prövas därefter.

I AD 1994 nr 4 menade domstolen att övergången från ett datasystem till ett annat var att jämställa med en omplacering; därmed var kvalifikationskravet tillämpligt då tjänsten ställde krav på nya kvalifikationer. I AD 2010 nr 34 ansågs en omplaceringssituation föreligga då en städfirma införde "körkortskrav" vilket resulterade i att fyra anställda, med bra plats i turordningen, blev uppsagda. Någon skyldighet att tillgodose arbetstagarna med körkortsutbildning förelåg inte.¹¹¹

Glavå har härmed pekat på att en arbetsgivare "relativt enkelt" uppnår att det rör sig om en omplaceringssituation när denna i samband med en nedskärning, alltså under åberopande av arbetsbrist, omorganiserar tjänstestrukturen.¹¹²

Såsom Calleman framhåller blir konsekvenserna av en snäv tillämpning av omplaceringsbegreppet att anciennitetsprincipen får ett stort genomslag och omvänt att det genom en vid tillämpning får mindre betydelse.¹¹³ Nedan kommer att redogöras för just hur vid denna tillämpning låter sig göras.

Härmed kan det även lyftas fram att en uppsägning som *enbart* strider mot turordningsreglerna inte är ogiltig därav, utan konsekvenserna är "endast" skadestånd (34 § LAS).¹¹⁴

4.2 Tillräckliga kvalifikationer utifrån personliga skäl

I AD 1995 nr 2 uttalade arbetsdomstolen att en prövning av arbetstagarens personliga förhållanden kan innebära att denna får anses sakna tillräckliga kvalifikationer trots att arbetsuppgifterna är väsentligen samma som innan uppsägningstillfället. De kvalifikationsbrister som låg arbetstagaren (en fordonslärare) till last var dels samarbetssvårigheter och dels ett "icke acceptabelt sätt att förhålla sig till eleverna".¹¹⁵ I domskälen anförs att "arbetstagare normalt anses ha tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet, om arbetsgivaren inte haft saklig grund för att säga upp honom av s.k. personliga skäl." Sett till domslutet slår man härmed också fast att det förelegat saklig grund för uppsägning av personliga skäl. Glavå framhåller att "domstolen kan eller vill uppenbarligen inte

¹¹⁰ Alltså inom den driftsenhet dit arbetsbristen är förlagd, se vidare Glavå, 2011, s. 552-555. Calleman, 2000. 104-117.

¹¹¹ Jfr Calleman, 2011, Rätten i den ekonomiska krisen, s. 180-182. Se även AD 1999 nr 36 där två arbetstagare inte ansågs ha tillräckliga kvalifikationer för återanställning (25 § LAS) eftersom att de saknade körkort vilket efter en omorganisation blivit krav.

¹¹² Glavå, 2011. s. 566.

¹¹³ Calleman, 2000. s. 144.

¹¹⁴ Jfr AD 1977 nr 215.

¹¹⁵ Se domskäl där bla följande anförs: "Enligt kommunen har [arbetstagaren] utsatt vissa elever för mobbning och trakasserier. Det har enligt kommunen rört sig om svagpresterande elever, elever med invandrarbakgrund, kvinnliga elever [m.m.]."

föreställa sig att uppsägningsgrunden i förhållande till individen kan vara personliga skäl om det omtvistligt föreligger en arbetsbristsituation".¹¹⁶ Detta kan jämföras med vad som sagts i kapitel 3 om saklig grund i allmänhet och fingerad arbetsbrist i synnerhet. I AD 1996 nr 39 framhöll domstolen att en tillämpning av lagens regler inte utesluter att även personliga egenskaper tas i beaktning.¹¹⁷ Det förefaller naturligt att desto större genomslag denna tillämpning har i praxis, desto större spelrum ges arbetsgivaren att åberopa arbetsbrist för att sedan styra arbetsbristen mot en individuell arbetstagare; med grunder som utgör personliga skäl. Härmed kan man ifrågasätta att domstolen de facto uppmuntrar till en ordning som leder till konstruktioner under beteckningen arbetsbrist;¹¹⁸ sådana konstruktioner leder ju i sin tur till att gränsen mellan personliga skäl och arbetsbrist uppluckras och att arbetsgivarens frihet att åberopa *även* personliga skäl blir en rättighet.

Utgångspunkten ligger i det följande mot domstolens uttalande i AD 1977 nr 215:

"Arbetsgivaren kan tänkas frångå turordningen med hänsyn till sådana personliga moment som normalt brukar diskuteras i turordningssammanhang".¹¹⁹

Nedan skall därmed undersökas vilka personliga moment som "normalt" brukar diskuteras i turordningssammanhang.

4.2.1 Kompetens

Först och främst kan sägas att arbetsgivarens situation tillåts påverka hur högt kvalifikationskraven får ställas.¹²⁰ I AD 1993 nr 27 hade arbetsgivaren försummat, eller i vart fall inte tillräckligt medverkat till att utveckla en anställds kompetens i samma utsträckning som övriga arbetstagare vilket lett till att *just denne* blivit uppsagd. Arbetstagsidan menade härmed att arbetsgivaren skulle bära konsekvenserna för detta. Arbetsdomstolen fann emellertid att denna försummelse inte påverkade bedömningen av arbetstagarens kvalifikationer. Man la därtill stor vikt vid de mycket stora krav på effektivitet som skulle ställas inom den framtida organisationen.¹²¹

Arbetsgivarens situation tillåts även påverka den upplärningstid som arbetstagaren kan kräva; desto svårare situation, desto mindre upplärningstid

¹¹⁶ Glavå, 1999. s. 533 (se s. 531-537 för dennes fullständiga kritik av domen).

¹¹⁷ Domen gällde för övrigt företrädesrätt enligt 25 § LAS, jfr Calleman, 2000. s. 174. Uttalandet kan kontrasteras mot AD 1977 nr 215 där domstolen uttalar att en i och för sig obestridlig arbetsbristsituation ej får användas "som förevändning för att skilja en arbetstagare från hans anställning av personliga skäl som inte utgör saklig grund för uppsägning".

¹¹⁸ Jfr Glavå, 1999. s. 533. Calleman, 2000. s. 150, not 33 & s. 175, not 71.

¹¹⁹ Domskäl, min kursivering.

¹²⁰ Calleman, 2000. s. 167.

¹²¹ Jfr Calleman, 2000. s. 168.

behöver arbetsgivaren tåla.¹²² I AD 1993 nr 197 var en av frågorna om arbetsgivaren borde ha förutsett det kompetensgap som skulle uppstå vid omorganisationen och berett arbetstagarna möjlighet att komplettera sin utbildning. Efter att domstolen slagit fast att de nya tjänsterna innebar högre kompetenskrav, alltså att en omplaceringssituation stod för handen och därmed en ökad svårighetsgrad, tillmättes frågan om arbetsgivarens ansvar för utbildning ingen större betydelse. Detta torde innebära att en arbetsgivare genom att rikta utbildningsinsatser mot vissa mer önskvärda arbetstagare, kan styra över vilka arbetstagare som senare har tillräckliga kvalifikationer vid en driftsinskränkning.¹²³ Arbetsgivaren torde dock inte vara tillåten att *undanhålla* möjligheter för en arbetstagare att tillgodose sådana kompetenskrav som inom en snar framtid kan komma att krävas.¹²⁴

I AD 2000 nr 107 hade ett konsultbolag sagt upp en ingenjör pga. arbetsbrist, tvisten gällde huruvida denne genom sin anciennitet hade rätt till fortsatt anställning framför någon av de andra anställda ingenjörerna. Arbetstagaren ansågs emellertid inte ha tillräckliga kvalifikationer då varje ingenjör var sysselsatt inom tämligen specifika yrkesområden och att erfarenhet inom det området vägde tyngre än formell utbildning. Detta torde innebära att desto mer specifika arbetsuppgifterna är desto mindre sannolikt är det att en anställd skall kunna kräva omplacering till en annan anställds arbetsuppgifter.¹²⁵

I AD 1979 nr 96 innebar bl.a. en anställds bristande språkkunskaper i engelska att denna saknade kvalifikationer för fortsatt anställning.

4.2.2 Personliga egenskaper

I AD 1984 nr 133 fann domstolen att det för en receptionisttjänst var motiverat att ställa krav på *snabbhet, utåtriktad läggning* och *förmåga att arbeta under stress*. I det ovannämnda fallet AD 1979 nr 96 ansågs även krav på *lämplig personlig läggning* och *goda kontakter inom branschen* vara rimliga kvalifikationskrav för en tjänst som försäljningskontorist (arbetsgivaren kunde emellertid inte styrka att arbetstagaren saknade dessa kvalifikationer).

I AD 1994 nr 88 ansågs en pilot sakna kvalifikationer för sitt arbete då han visat prov på *dåligt omdöme, aggressivitet* och *dåligt uppträdande*. I AD 1993 nr 27 (som omnämnts ovan) levde en verktygskonstruktör inte upp till kravet att kunna *arbeta under stark tidspress* och ansågs således sakna tillräckliga kvalifikationer.

¹²² Calleman, 2000. s. 167. Notera även att arbetsgivaren inte behöver tåla inläringstid på mer än 6 månader, inte heller att omplacera till tjänster som kräver omskolning eller en yrkesvana som arbetstagaren inte besitter. Ibid. s. 165-166 & 158-159.

¹²³ Glavå, 2011. s. 563. Jfr Edström, 2001, Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället, s. 102-103.

¹²⁴ Jfr Ds 2002:56, s. 402.

¹²⁵ Jfr Glavå, 2011. s. 562.

Vad gäller betydelsen som *arbetsgivarens förtroende* får tillmätas i prövningen om arbetstagares kvalifikationer så ter sig även detta krav vara starkt kopplat till befattningsgraden. I AD 1978 nr 162 tillmättes frågan ingen vidare betydelse när det gällde frågan huruvida ett butiksbiträde hade tillräckliga kvalifikationer för sin tjänst. På chefsnivå ges arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren emellertid större betydelse.¹²⁶ I AD 1993 nr 61 gavs frågan helt utslagsgivande kraft då det rörde en omplacering till en chefs- eller arbetsledarbefattning som innebär en befordran. I AD 1995 nr 107 avfärdade emellertid domstolen, principiellt sett, resonemanget att en omplacering inte skulle kunna leda till en befordran, utgångspunkten skall vara arbetstagarens kvalifikationer. En arbetsgivare torde således inte *enbart* kunna styrka otillräckliga kvalifikationer genom att åberopa bristande förtroende.¹²⁷

I AD 1992 nr 1 ansågs en arbetstagare inte ha tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning inom en chefsposition, denna ansågs vara alltför *passiv* och *sakna probleminsikt*. I AD 1995 nr 59 förelåg i princip samma brister hos arbetstagaren, här gällde det emellertid en något lägre befattning som objektledare och domstolen pekade här på att bristerna som i detta fall låg arbetstagaren till last hade kunnat elimineras om företagsledningen påpekat dem för arbetstagaren.¹²⁸

I AD 2013 nr 11 ansågs krav på *mognad* och *ansvarskänsla* vara befogade kvalifikationskrav för en tjänst som lageransvarig. Arbetsgivaren kunde emellertid inte styrka att arbetstagaren saknade dessa egenskaper.

I AD 2011 nr 5 ansågs en fotograf och redigerare på SVT ha tillräckliga kvalifikationer för en tjänst som videojournalist. Arbetsgivaren hade till grund för arbetstagarens *bristande kvalifikationer* åberopat en avsaknad av *kreativitet*, *intresse* och "*driv*". Arbetsgivaren ansågs emellertid inte ha styrkt att arbetstagaren saknade dessa egenskaper (samt att grunden för detta kvalifikationskrav egentligen varit att välja den mest lämpade av två arbetstagare). Domstolen var dock skiljaktig vari följande framhölls:

"I den verksamhet som är aktuell i målet måste enligt min mening kreativitet liksom intresse och fallenhet för arbetet få vägas in vid bedömningen av tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete i en övertalighetssituation".¹²⁹

Edström har framhållit att ordningen "i princip [innebär] att domstolen bedömt den enskilde arbetstagarens kvalifikationer utifrån arbetsgivarens inställning till

¹²⁶ Calleman, 2000. s. 175-176.

¹²⁷ Jfr även AD 1983 nr 51 där domstolen framhåller en arbetsgivare inte "blott och bart" kan hänvisa till bristande förtroende.

¹²⁸ Calleman, 2000. s. 174. Detta kan även jämföras med domstolens resonemang i AD 1994 nr 122, där grunden för uppsägningen emellertid befanns vara personliga skäl.

¹²⁹ Ledamoten Kerstin Brodowskys skiljaktiga mening.

en person [...]".¹³⁰ Saken kan vidare ställas mot domstolens uttalande i tingsrättens bilagda dom i AD 1993 nr 127:

"Att tillmäta företagsledningens subjektiva uppfattning helt avgörande betydelse skulle dock innebära att skyddet för anställningen blev illusoriskt".¹³¹

4.2.3 Funktionsnedsättning och sjukdom

Även fysisk svaghet och sjukdom, som normalt inte utgör saklig grund för uppsägning av personliga skäl,¹³² kan innebära att arbetstagare saknar kvalifikationer för fortsatt anställning och på så vis under återopande av arbetsbrist utgöra saklig grund. Denna ordning fastslogs i AD 1977 nr 64 där en chef för en patentavdelning pga. av epilepsi och hög ålder inte ansågs ha tillräckliga kvalifikationer för en befattning som försäljningschef. Tjänsten skulle ställa stora krav på besittningshavaren då den innebar täta och anstängande resor i Europa.¹³³

I AD 2012 nr 51 hade ett butiksbiträde med över 25 års anställningstid sagts upp pga. arbetsbrist. Arbetstagaren hade uppburit halv sjukersättning under hälften av sin tid hos företaget pga. av varaktig funktionsnedsättning i ena handen, under denna tid hade arbetstagaren haft speciellt anpassade arbetsuppgifter och arbetat halvtid. Företaget befann sig tveklöst i en situation som innebar att arbetsbrist förelegat. I samband med den för handen liggande driftsinskränkningen hade företaget emellertid beslutat sig för att omorganisera verksamheten genom att införa arbetsrotation, innebärandes att samtliga butiksbiträde skulle kunna utföra samtliga arbetsuppgifter (inom deras arbetsskyldighet). Arbetstagaren som emellertid erhållit en speciell tjänst då hon pga. sin skada inte kunde utföra vissa arbetsuppgifter, kunde i och med införandet av arbetsrotationen inte utföra arbetet och saknade således tillräckliga kvalifikationer för några av de kvarvarande tjänsterna. Således stod det klart vem som skulle bli uppsagd.

Ovanstående ordning ger vid handen att en arbetsgivare som vidgar arbetsskyldigheten genom en omorganisation föranledd av en driftsinskränkning, kan bli av med en arbetstagare som denna vet inte kan utföra det arbete som han/hon därmed blir skyldig att utföra. Domstolen var skiljaktig där bl.a. följande framhölls (avseende den omplaceringsutredning som gjorts):

"När domstolens majoritet anser att en sådan utredning uppfyller lagens krav har man *helt avlägsnat sig från det syfte som ligger bakom Anställningsskyddslagen*, nämligen att skydda äldre och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga så att de kan bibehålla en värdig anställning under hela sin möjliga yrkesverksamma tid".¹³⁴

¹³⁰ Edström, 2001. s. 119. Notera att "ordningen" inte åsyftar någon specifik dom, uttalandet, eller i vart fall min användning av det, skall således ses mot kvalifikationskravet mera generellt (dock såklart bara i fall där arbetstagarens person ligger till grund för bedömningen).

¹³¹ Domskalet i tingsrättens bilagda dom.

¹³² Jfr prop. 1973:129 s. 126 och prop 1981/82:71, s. 66 & 103.

¹³³ Jfr domskäl.

¹³⁴ Ledamoten Staffan Holmertz skiljaktiga mening. Min kursivering.

Avvägningen mellan arbetstagarens intresse av skydd och arbetsgivarens intresse av effektivitet tycks i denna del vara förvrängd. Om man exempelvis jämför den intresseavvägning som redogjorts för i avsnitt 3.2 ter det sig här som att en arbetsgivare inte kan åläggas något ekonomiskt ansvar för en arbetstagare om uppsägningsgrunden är arbetsbrist, detta eftersom att det vore att överpröva företagsledningsrätten. Det torde ju nämligen även i fallet ovan, röra sig om en situation där arbetstagaren får anses ha stora svårigheter att få ett nytt arbete.

I annat fall som rör funktionsnedsättning (AD 2013 nr 78) hade en bussförare som drabbats av en hjärninfarkt sagts upp under åberopande av arbetsbrist. Arbetstagaren hade som ett resultat av hjärninfarkten tvingats gå ner till 50 % arbetstid, denne hade vidare gjort gällande att han enbart kunde arbeta under eftermiddagar. Han erbjöds emellertid istället arbetsuppgifter på 50 % under förmiddagar. Han kunde således inte acceptera erbjudandet och frågan blev då om han haft tillräckliga kvalifikationer för någon annan tjänst. Den tjänst som fanns ledig (enligt 7 § LAS) var en tjänst som trafikledare, arbetstagaren ansågs emellertid sakna tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst då arbetet ställde krav på *stresstålighet* (en egenskap arbetstagaren inte kunde tillgodoräkna sig efter hjärninfarkten).¹³⁵

I ett annat fall av sent datum, AD 2013 nr 81 (som förvisso gällde 23 § LAS) var en uppsägning av en funktionshindrad arbetstagare med en särskild befattning saklig grundad med motiveringen att arbetsgivaren bestämt sig för att dra in den del av verksamheten där arbetstagaren hade sin speciella tjänst. Domstolen anförde här att "[o]m han fick företräde till fortsatt anställning skulle det därför rent faktiskt komma att medföra att bolaget tvingades ha kvar åtminstone delar av den särskilda organisationen [...] trots att bolaget beslutat att avveckla den."¹³⁶

4.3 En kort sammanfattning

Arbetsgivaren får i denna del anses ha ett relativt stort spelrum att *välja* vem som skall drabbas utav arbetsbristen, dels är det möjligt att genom en omorganisation *öka* eller *förändra* kvalifikationskraven som sådana och dels är det möjligt att åberopa brister och personliga egenskaper som troligtvis inte hade räckt för en uppsägning av personliga skäl men som likväl innebär att arbetstagaren anses sakna kvalifikationer för tjänsten. Detta blir högst påtagligt i fall där arbetstagaren lider av sjukdom eller funktionsnedsättning som innebär att arbetstagaren inte kan utföra *det nya arbetet* i kombination med att det inte tycks åligga någon vidare skyldighet för arbetsgivaren att, inom en arbetsbristsituation, omorganisera verksamheten så att *det gamla arbetet* kvarstår.

När man därmed tittar på tillämpningen av begreppet saklig grund i relation till vad som tillåts falla under tillräckliga kvalifikationer ter uppdelning sig märklig

¹³⁵ Jfr domskäl.

¹³⁶ Domskäl.

då arbetsgivarens beslut i det ena fallet kan överprövas på ett väldigt ingripande sätt,¹³⁷ medan det i det andra, arbetsbristfallet, står arbetsgivaren i princip fritt att lägga ut arbetsbristen och bestämma vilka kvalifikationer som krävs, även när detta i princip ligger inom personliga skäl eller de facto utgör personliga skäl (som i AD 1995 nr 2). Att det här föreligger en uppsägningssituation som i sig inte låter sig överprövas blir därmed direkt avgörande för utgången.

5. Kvalitativ flexibilitet, omplacering: skyldighet eller rättighet?

I detta kapitel kommer arbetsgivarens flexibilitet, huvudsakligen, att behandlas utifrån omplaceringskyldigheten i 7 § 2 st. LAS, utgångspunkten i detta kapitel är att arbetsgivarens skyldighet i denna del av lagen *de facto* utgör en långtgående rättighet och frihet att kringgå principen om sist in, först ut och således ensidigt avgöra vem som skall sägas upp.

Kapitlet tar således sikte på hur *omplaceringsrätten* i detta lagrum leder till att en arbetsgivare dels kan undanta nyckelpersoner från turordningskretsen genom att omplacera dessa innan turordningen realiserar, samt hur en arbetsgivare genom ett sk skäligt erbjudande kan tvinga en arbetstagare att *välja bort* sin plats i turordningen.

5.1 ”Omplaceringskyldigheten”

En omplacering enligt 7 § 2 st. LAS ingår som en del i saklig grund-prövningen¹³⁸ och gäller inom hela arbetsgivarens verksamhet, dock enbart för lediga befattningar.¹³⁹ Det torde vidare, i regel, inte åligga arbetsgivaren någon mera omfattande skyldighet att omorganisera verksamheten så att befintliga arbetsuppgifter kan läggas ut på arbetstagare som annars skulle bli övertaliga.¹⁴⁰

I motiven till 1974 års lag sägs att en arbetsgivare, i den mån det är möjligt, skall erbjuda arbetstagaren arbete som är likvärdigt med det som arbetstagaren

¹³⁷ Jfr Rönmmar, 2001. s. 129.

¹³⁸ Därmed medför regeln ogiltighet, jfr 34 § LAS.

¹³⁹ Rönmmar & Numhauser-Henning, 2010. s. 390.

¹⁴⁰ Jfr AD 1983 nr 127 (domskäl). Jfr även prop. 1973:129, s. 123.

tidigare haft.¹⁴¹ I AD 1996 nr 144 slog domstolen emellertid fast att det varken av lag eller av förarbeten kan dras någon slutsats kring huruvida en arbetstagare har rätt att kräva omplacering till likvärdig anställning även om ledig sådan finns.

I AD 2009 nr 50 fastslogs att det inte heller föreligger något hinder för en arbetsgivare, att vid en arbetsbristsituation, omplacera enligt 7 § 2 st. LAS innan denne omplaceras enligt 22 § LAS; alltså innan principen om sist in först ut träder i kraft. Omplaceringen får således ske utanför turordningskretsen och arbetstagarens arbetskyldighet. Avsaknaden av skyldighet utgör i denna del inte bara en stor frihet för arbetsgivaren utan även en oerhört långtgående rättighet som mynnar ut i att arbetsgivaren, eftersom att det här rör sig om en situation utanför turordningsreglerna och principen om sist in först ut står, i princip, fri att i valfri ordning och valfri tidpunkt¹⁴² placera rätt man på rätt plats.¹⁴³ Att arbetsgivaren således kan blockera vissa tjänster samt undanta vissa arbetstagare genom arbetsledningsrätten står således klart. Rättsläget har med anledning av domen sammanfattats som så att:

"Arbetsgivaren tillåts idag trixa med omplaceringar inför en arbetsbristsituation som sätter det lilla anställningsskydd som turordningen ger arbetstagaren helt åt sidan".¹⁴⁴

I och med att det nu fastslagits att arbetstagaren inte har någon rätt att göra anspråk på en ledig och likvärdig tjänst – utanför turordningskretsen – blir frågan vilka tjänster, som arbetstagaren är skyldig att acceptera; effekten av att neka ett sådant, (skäligt) erbjudande, blir nämligen att arbetstagaren frånträder sin plats i turordningen och kan sägas upp.¹⁴⁵ Detta då turordningsreglerna som det heter i AD 2005 nr 57 är:

"Tillämpliga endast i det fall då det blir aktuellt att välja mellan olika arbetstagare, dvs. då flera arbetstagare vid en uppkommen arbetsbrist konkurrerar om de arbetstillfällena som kommer att finnas kvar hos arbetsgivaren".¹⁴⁶

5.2 Skäligt erbjudande

Om en arbetsbristdrabbad arbetstagare avböjer ett *skäligt* omplaceringserbjudande utgör detta saklig grund för uppsägning.¹⁴⁷ Detta såtillvida att det rör sig om ett konkret och seriöst erbjudande där arbetstagaren dels givits betänketid och dels att

¹⁴¹ Prop. 1973:129, s. 243.

¹⁴² Se Lunning & Toijer, 2010. s. 515. En arbetsgivare kan hålla inne på vissa omplaceringserbjudanden tills dess att mindre attraktiva omplaceringar har blivit utnyttjade, på så sätt förefaller rätten till bättre omplaceringar.

¹⁴³ Calleman har anmärkt att ett annat sätt att uttrycka saken är att arbetsgivaren placerar vilken arbetstagare som helst på vilka arbetsuppgifter som helst. Jfr Calleman, 2011. s. 177, not 32.

¹⁴⁴ Lag & Avtal, nr 1, januari 2010, Las är varken monster eller ängel. jfr Rönmar, Numhauser-Henning, 2010. s. 382-383.

¹⁴⁵ Rönmar, Numhauser-Henning, 2010. s. 393.

¹⁴⁶ Domskäl.

¹⁴⁷ Rönmar, Numhauser-Henning, 2010. s. 389. Jfr prop. 1973:129, s. 243 & AD 2006 nr 11.

denna gjorts uppmärksam på att syftet med erbjudandet varit att *undvika uppsägning*.¹⁴⁸ Effekten av detta blir att en arbetstagare genom att neka ett skäligt erbjudande frånträder sin plats i turordningen och kan sägas upp.¹⁴⁹ Eftersom att det här rör sig om ett omplaceringserbjudande som är föranlett av arbetsbrist kan det framhållas att den sk bastubadarprincipen inte är tillämplig.¹⁵⁰ Istället ligger den anställdes skydd i att erbjudandet i vart fall måste vara skäligt.

Det finns emellertid inget enkelt svar på vad som generellt sätt utgör ett skäligt erbjudande men ett par slutsatser torde låta sig dras utifrån rättspraxis.

Som huvudregel tycks i synnerhet principen om att LAS inte utgör något befattningsskydd¹⁵¹ ha vunnit mark. I AD 1993 nr 191 slog domstolen fast att en arbetstagare inte med åberopande av LAS kan "grunda något krav på att få behålla sin tidigare lön utan har att godta den lön som är förenad med det nya arbetet".¹⁵² I AD 2010 nr 6 slogs det vidare fast att arbetstagare inte heller, under åberopande av kollektivavtal, kan kräva att behålla sin lön.

När det gäller arbetstiden fann domstolen i AD 2012 nr 11 att ett erbjudande om att gå från heltid till halvtid med (enligt förbundet) väsentligt lägre lön vara skäligt. Vilket även var fallet i AD 2012 nr 47 där frågan gällde om ett erbjudande att gå från 35 till 25 arbetstimmar per vecka var skäligt – i fallet gjorde arbetstagaren för övrigt gällande att denna inte skulle kunna klara sin ekonomiska situation med en sådan tjänst.

Vad gäller geografisk omplacering är rättsläget inte helt klart, men ett bekvämt pendlingsavstånd torde i vart fall kunna krävas utav arbetstagaren.¹⁵³ I AD 2006 nr 15 ansågs en omplacering från arbete i Stockholm till arbete i Åre vara oskäligt – här vägde domstolen i sin bedömning in arbetstagarens ålder (57 år) och särskilda anknytning till hemorten.¹⁵⁴ I AD 2009 nr 50 ansågs emellertid pendling mellan Uppsala och Täby respektive Haninge vara skäligt – här kan tilläggas att en av arbetstagarna gjorde gällande att han pga. ensam vårdnad av sin 6–7 åriga son, omöjligt kunde kombinera vårdnaden med den ökade pendlingstiden.

En viss begränsning tycks således ändå föreligga vid geografiska omplaceringar. Även omplaceringar till arbeten som arbetstagaren *de facto* inte kan utföra har ansetts oskäliga – detta torde dock utifrån vad som redogjorts ovan, röra sig om rent fysiska hinder, som i AD 1996 nr 144 där arbetstagaren pga en ryggskada inte kunde utföra arbetet hon blivit erbjuden.

¹⁴⁸ Rönmar, Numhauser-Henning, 2010. s. 389. Jfr Lunning, Toijer, 2010. s. 502-503.

¹⁴⁹ Rönmar, Numhauser-Henning, 2010. s. 393.

¹⁵⁰ Jfr AD 1978 nr 89. Se Glavå 685-686 för kritik av detta förhållningssätt.

¹⁵¹ Jfr AD 1978 nr 161.

¹⁵² Domskal.

¹⁵³ Jfr Glavå, 2011. s. 686-688 och där tillhörande hänvisningar.

¹⁵⁴ Det är därmed, anser jag, inte helt klart hur utgången skulle sett ut om det istället rört sig om en yngre arbetstagare utan särskild anknytning till orten.

Något som är viktigt att ha i åtanke är att erbjudandet kan lämnas helt efter arbetsgivarens *godtycke*, eller om man så vill, utifrån skäl som hänför sig till arbetstagarens person; desto mer ingripande erbjudandet är, desto större är sannolikheten att arbetstagaren nekar och således riskerar uppsägning.¹⁵⁵

5.3 Saklig grund i och för sig

Härigenom kan begreppet saklig grund i och för sig tas upp, dvs. att man särskiljer omplaceringen från uppsägningsgrunden som sådan. Detta är emellertid inte alltid helt enkelt, i exempelvis AD 1993 nr 61 och AD 1994 nr 122 är det ju egentligen erbjudandet, eller om man så vill, *omregleringen*, som föranleder uppsägningen eller uppsägningsgrunden som sådan och inte tvärtom. Om arbetsbristen nämligen är bunden till en speciell arbetstagare träder aldrig turordningsreglerna i kraft.¹⁵⁶

I AD 1993 nr 61 ansågs arbetsbrist föreligga då arbetsgivaren ville dra in en bilförman, domstolen uttalade därmed att "[d]et står arbetsgivaren i princip fritt att genom uppsägning frigöra sig från anställningsavtalets innehåll och erbjuda ny anställning på ändrade villkor."¹⁵⁷

I AD 1994 nr 122 ansågs emellertid en uppsägning grundad på en lönesänkning från 19 450 kr till 15 500 kr vara gjord pga. personliga skäl och därmed ej saklig. Arbetsgivaren ansågs själv ha försatt sig i situationen genom att dels gå med på löneökningar och dels genom att inte ha tillgodosett arbetstagaren med utbildning – så att denne när de arbetsuppgifter som förorsakat lönen försvann skulle ha kompetens att, med samma lön, utföra det nya arbetet.¹⁵⁸

Glavå pekar vidare på två fall i vilka arbetsdomstolen "blandar ihop korten".¹⁵⁹ I AD 1978 nr 161 hade en bilförsäljare med dåliga försäljningsresultat (motsvarande ca 50 % av övriga försäljares) blivit erbjuden ett antal andra tjänster med samma lön, dock ej med provision. Efter att ha avböjt samtliga erbjudanden blev arbetstagaren uppsagd. Domstolen förklarade uppsägningen sakligt grundad då LAS inte är avsedd att skapa ett befattningsskydd, utan ett skydd för anställningen.¹⁶⁰ I AD 2002 nr 25 går man dock ännu längre, där blev en arbetstagare uppsagd efter att ha kommit tillbaka från en längre tids sjukskrivning och därefter avböjt de arbeten som arbetsgivaren erbjudit. Domstolen slog fast att uppsägningen gjorts pga. arbetsbrist med motiveringen att det inte fanns något i

¹⁵⁵ Jfr Calleman, 2011. s. 188-189. Notera här att jag talar utifrån de avgränsningar som gjorts, givetvis kan en omplacering angripas genom bl.a. diskrimineringslagen om denna skulle vara tillämplig i situationen.

¹⁵⁶ Jfr avsnitt 5.1 och det däri liggande uttalandet från AD 2005 nr 57.

¹⁵⁷ Domskäl.

¹⁵⁸ Arbetsdomstolens resonemang om uppdelningen mellan arbetsbrist och personliga skäl har redan behandlats i avsnitt 3.4.

¹⁵⁹ Glavå, 2011. s. 480.

¹⁶⁰ Jfr Glavå, 2011. s. 480.

utredningen som tydde på att bolaget skulle haft något annat skäl för uppsägningen än att arbetstagaren tackat nej till de arbetsuppgifter som erbjudits.

Härmed luckras distinktionen mellan vad jag menar utgör det första och andra ledet i en arbetsbristuppsägning upp.¹⁶¹ När dessa vidare tillåts påverka varandra öppnas möjligheter för arbetsgivaren att genom det andra ledet – alltså det led som skall avgöra vem som ska sägas upp – styrka det första, dvs. att en uppsägning skall och får äga rum.¹⁶² Låter detta sig göras är anställningsskyddet sannerligen chimärt i det avseendet.

5.4 En kort sammanfattning

Rättsläget kan i denna del sammanfattas som så att arbetsgivaren själv kan styra över vem som skall drabbas av en driftsinskränkning. Dels bestämmer arbetsgivaren över vilken eller vilka driftsenheter som kommer att beröras och styr således över ramförutsättningarna. Samtidigt styr arbetsgivaren även över den faktiska utgången av driftsinskränkningen genom att kunna omplacera arbetstagare innan turordningsreglerna träder i kraft.¹⁶³ Vidare framgår att det även i denna del är möjligt för en arbetsgivare att direkt manipulera situationen för den enskilde, som har en bra plats inom turordningen: "platsen i turordningen kan [nämligen] ersättas med ett skäligt omplaceringserbjudande, vilket som helst".¹⁶⁴ Någon turordningssituation behöver således aldrig uppstå, inte ens när det är ett flertal arbetstagare som riskerar uppsägning. Man skulle härtill kunna gå ett steg längre och säga att desto fler som blir uppsagda, desto mindre är arbetsgivarens bevisbörda vid en tvist om dessa uppsägningar; så länge bakgrunden för dessa är arbetsbrist.¹⁶⁵

¹⁶¹ Jfr Glavå, 2011. s. 479-480. Notera att Glavå här talar om omplaceringsskyldigheten i allmänhet, jag talar om den enbart utifrån ett arbetsbristperspektiv och utifrån vem som skall sägas upp pga. arbetsbristen.

¹⁶² Jfr Glavå, 2011. s. 480.

¹⁶³ Detta kan ställas emot lagstiftarens syn på arbetsbrist och turordningsreglerna, se SOU 2012 nr 62 s. 46.

¹⁶⁴ Jfr Rönmar & Numhauser-Henning, 2010. s. 407.

¹⁶⁵ Jfr Rönmar & Numhauser-Henning, 2010. s. 408-409.

6. Summering & överblick

Arbetsgivarens flexibilitet i en arbetsbristsituation är oerhört långtgående och arbetsgivaren tycks vara *relativt* fri att ensidigt fatta beslut som får långtgående effekter för den enskilde arbetstagaren.

Arbetsgivaren äger uppsägningssituationen i det första ledet och kan ensidigt besluta när, var och hur det skall föreligga en arbetsbristsituation. Detta kan förstås genom företagsledningsrättens överordnade ställning och att arbetsdomstolen inte anser sig behörig att överpröva arbetsgivarens beslut i denna del. Detta innebär att det föreligger stora skillnader mellan uppsägningsgrunderna, framförallt vad gäller arbetstagarens intresse av skydd i anställningen.

I det andra uppsägningsledet pekar mycket på att arbetsgivaren har ett stort spelrum att inom en arbetsbristuppsägning ensidigt avgöra vem som skall sägas upp pga. av arbetsbristen. Arbetsgivaren kan ju nämligen genom en omorganisation skapa en omplaceringssituation i vilken arbetstagarens kvalifikationer skall prövas, vetandes att arbetstagaren saknar dessa kvalifikationer. Det stora antal domar som rör kvalifikationskraven pekar på att arbetsgivare kan åberopa i princip vilka krav som helst såtillvida att denna kan styrka att dessa är *nödvändiga*. Om arbetsgivaren vidare styrker att arbetstagaren inte besitter dessa blir det också denne som blir uppsagd. Samtidigt kan arbetsgivaren även styra över vem som skall ha "nödvändiga kvalifikationer" genom riktade utbildningsinsatser, dock med förevändningen att detta inte gjorts i ett skede där arbetsgivaren känt till att en uppsägningssituation stundat.

En arbetstagare riskerar vidare att vid avvisande av ett skäligt erbjudande bli uppsagd då denna därmed mister sin plats i turordningen. Arbetsgivaren tillåts här lämna tämligen genomgripande omplaceringserbjudanden (i ett par fall har ju arbetstagarna gjort gällande att de av diverse anledningar omöjligt kunnat acceptera erbjudandet) där avböjande svar innebär att arbetstagaren förlorar sin plats i turordningen och kan sägas upp. Arbetsgivaren kan i avsaknad av skyldighet, i denna del, lämna dessa erbjudanden i princip efter eget godtycke – underförstått att en arbetstagare som annars vore trygg i turordningen, pga. personliga skäl kan ges ett erbjudande som denne (drivet till sin spets) antas tacka nej till. Eftersom att bastubadarprincipen inte är tillämplig finns det inget skydd utöver att erbjudandet skall vara skäligt. Det säger här sig självt att desto mer ingripande erbjudandet tillåts vara, desto större är sannolikheten att arbetstagaren avböjer och således riskerar uppsägning.

7. Analys & reflektion

En oerhört viktig aspekt som jag inledningsvis vill lyfta fram är att juridiken inte existerar i ett vakuum och att *verklighetens* situationer kan göras långt mer komplexa än vad som häri görs gällande. Dels ska det finnas tid och resurser till de utredningar och ställningstagande som behöver låta sig göras och dels finns det normer i samhället som arbetsgivaren måste, eller i vart fall bör, överväga och utgå ifrån innan beslut att kringgå den vedertagna principen fattas (även om detta i sig är lagenligt). Det bör också poängteras att den rättsliga verkligheten är annan än verkligheten som sådan; om en arbetsgivare är av uppfattningen att det är svårt att säga upp anställda och låter detta styra sitt beteende så är det svårt att säga upp anställda. Detta oavsett hur den juridiska verkligheten ser ut. Det omvända gäller emellertid även för arbetstagare som tror sig vara säkra i sin anciennitet. En arbetstagare med bra plats i turordningen kan exempelvis, inbäddad i trygghetens vagga, tacka nej till utbildning under en längre tid för att därefter riskera att bli uppsagd pga. bristande kompetens.¹⁶⁶ Det väsentliga blir därmed vem som har makten att, när det passar, ta fördel av rättsläget.

Det kan även tänkas att rättsläget kan påverka förhandlingsläget mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisationer, när det gäller upprättandet av avtals-turlistor. Om arbetsgivaren nämligen kan frånträda förhandlingsbordet med en åtminstone teoretisk möjlighet att ändå ensidigt bestämma över utfallet är det självklart att detta påverkar motparten och således arbetsgivarens förhandlings-möjligheter.¹⁶⁷ Å andra sidan kan inte den kritik som SAF riktade mot lagen 1981/82 uteslutas, alltså att föreställningen om sist in, först ut omvänt påverkar arbetstagarorganisationers förhandlingsutrymme på ett sådant sätt att dessa inte kan, vill, eller vågar gå emot principen; även om det eventuellt skulle vara i företags och därmed i förlängningen arbetstagarnas intresse.

En annan reflektion som vore oerhört intressant att efterforska är i vilken utsträckning bilden av den stela uppsägningsrätten tillåtits påverka och fortsätter att påverka lagstiftaren och arbetsgivare vad gäller flexibla anställningsformer, närmare bestämt visstidsanställningar. Det går nämligen inte att utesluta att bilden av en rigid uppsägningsrätt innebär att man från lagstiftarens perspektiv tvingas kompensera eller utjämna den "obalans" som anses föreligga, med en alternativ- och mer flexibel anställningsform.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Jfr Glavå, 2011. s. 563-564.

¹⁶⁷ Jfr Fischer m.fl. 2008. Vägen till Ja, s. 100.

¹⁶⁸ Jfr Glavå, 2011. s. 21-22.

En annan viktig aspekt som tål att lyftas fram är företagsrättens överhöghet i arbetsbristsituationer, jag har i viss mån pekat på det tidigare i denna uppsats och Glavå behandlar det flitigt i sin avhandling, men sett till hur gällande rätt – vad gäller arbetsbrist och turordningsregler – ser ut kan man fråga sig hur pass rimligt det är att arbetsdomstolen inte anser sig behörig att överpröva *arbetsgivarens beslut* när det gäller arbetsbristuppsägningar. Här menar jag *inte* företags rätt att fatta detta beslut utan enbart dess verkställande. Förvisso öppnar gällande rätt upp stora möjligheter för ökad flexibilitet men frågan är om det inte stundtals riskerar att gå ut över de svagaste och de som är i störst behov av skydd? Man kan således fråga sig om det inte vore lämpligt att införa ett par, mindre ingripande, regleringar i denna nästan fria uppsägningsrätt. Det vore således av intresse att se vilket utrymme och praktisk möjlighet som finns att införa sådana regleringar i svensk rätt, exempelvis vad gäller att utkräva mindre ekonomiska uppoffringar i fall som rör funktionshindrade och/eller sjuka, där uppsägningsgrunden är arbetsbrist.¹⁶⁹ Detta kan ses i ljuset av den tyska ordningen där vissa ekonomiska uppoffringar kan krävas utav arbetsgivaren, samt att det skall röra sig om trängande verksamhetsbehov vilket ger vid handen att begreppet arbetsbrist är mer restriktivt i sin tillämpning.¹⁷⁰ I fall som rör skäliga erbjudanden hade exempelvis bastubadarprincipen kunnat göras tillämplig på dessa typer av uppsägningar, vari *objektivt godtagbara skäl* skulle innebära att arbetsgivaren när denne lämnar erbjudande gör detta enligt turordning.¹⁷¹

Det är emellertid inte så att jag menar att det svenska systemet är förkastligt, utan tvärtom tycks systemet fungera väl utifrån ett flexibilitetsperspektiv och får även anses ligga i linje med den sk flexicurity diskursen med ökade krav från arbetsgivare att dels tillgodose ekonomiska och organisatoriska bekymmer och nya kompetenskrav, samt de ökade krav på "anställningsbarhet" som därmed ställs på arbetstagare. Här kan man också ställa sig frågan om de sociala trygghetsnäten som exempelvis arbetslöshetskassan, samt institutioner såsom Arbetsförmedlingen har hängt med i den utveckling som häri beskrivs eller om det även här finns ett glapp mellan föreställning och verklighet. Problemet som jag ser det är nämligen att det finns en stor diskrepans mellan verkligheten, såsom den artar sig för företagare och arbetstagare i gemen, och den juridiska verkligheten: alltså den gällande rätten. Såsom anförts ovan riskerar detta att få svåra konsekvenser, i synnerhet för de som lever under föreställningen att principen sist in, först ut är *tvingande*.

¹⁶⁹ Jfr Glavå, 2011. s. 529-530.

¹⁷⁰ Jfr Ds 2002:56, s. 179-181.

¹⁷¹ Jfr Glavå, 2011. s. 484.

8. Slutsats

Härmed anser jag det fastslaget att reglerna om saklig grund och turordning inte, juridiskt sett, utgör en barriär för arbetsgivare att säga upp arbetstagare under åberopande av arbetsbrist och att stora möjligheter vidare ges den arbetsgivare som önskar att ensidigt välja vem som skall sägas upp – ett val som i många fall låter sig göras av personliga skäl. Principen sist in, först ut riskerar således att fungera som en chimär för de arbetstagare som tror sig vara säkra i sin anciennitet.¹⁷²

"Den starkare är aldrig tillräckligt stark för att alltid vara herre, om han inte omvandlar sin styrka till rätt och lydnaden till plikt [...]. Varje styrka som överträffar den första styrkan tar över dess rätt. Så snart man ostraffat kan underlåta att lyda, är det också legitimt att göra det, och eftersom den starkare alltid har rätt, gäller det bara att se till att man är starkast".¹⁷³

Arbetsgivarens bestämmanderätt i kombination med att "pusslet" i flera avseenden är lagt ger vid handen att lagen som tillkom för att tillgodose arbetstagarnas intresse av trygghet i anställningen, alltmer får anses tillgodose arbetsgivarens intresse av effektivitet, alltså har rättsläget (inom privat sektor) alltmer gått tillbaka dit det var innan LAS, då arbetsgivarens krav på effektivitet gick först. Maktbalansen ter sig således vara återställd till fördel för arbetsgivaren.

¹⁷² Notera emellertid att jag absolut inte anser att principen sist in, först ut vara obsolet! Däremot tyder arbetsgivarens tämligen omfattande spelrum på att en alltför stor tilltro till principen riskerar att slå hårt mot arbetstagare som tror sig vara trygga genom sin anciennitet, därav är principen chimär.

¹⁷³ Rousseau, Jean-Jacques, 1994. Om samhällsfördraget [år 1762], s. 20-21.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Ds 2000:49 Kompetensparadox? Hinder och möjligheter för att bättre tillvarata kompetensen på arbetsmarknaden.
- Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.
- Prop. 1973.129 med förslag till lag om anställningsskydd.
- Prop. 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag.
- SOU 2012:62 Uppsägningstvister: En översyn av regelverket kring tvister i samband med uppsägning av arbetstagare.

Litteratur

- Bogdan, Michael, 2012. *Komparativ rättskunskap*. Uppl. 2:6. Stockholm.
- Calleman, Catharina, 2000. *Turordning vid uppsägning*. Stockholm.
- Calleman, Catharina, 2011. *Uppsägningar på grund av arbetsbrist i den ekonomiska krisen*. I Rätten i den ekonomiska krisen [s. 163-190] (red. Calleman, Catharina). Uppsala.
- Edström, Örjan, 2001. *Anställningsskyddet och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället*. Uppsala.
- Fischer, Roger - Ury, William - Patton, Bruce (red. Abramson, Lars), 2008. *Vägen till Ja – En nyckel till framgångsrika förhandlingar*. Uppl. 2:9. Malmö.
- Glavå, Mats, 1999. *Arbetsbrist - och kravet på saklig grund*. Stockholm.
- Glavå, Mats, 2005. *30 år med anställningsskydd - och med myter. En kritisk reflektion över anställningsskyddets utveckling*. I Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck [s. 209-229] (red. Nyström, Birgitta - Westregård, Annamaria J - Vogel, Hans-Heinrich), Lund.
- Glavå, Mats, 2011. *Arbetsrätt*. Uppl. 2:2. Lund.
- Hinn, Eskil - Aspegren, Lennart, 2009. *Offentlig arbetsrätt - En kommentar till lagreglering om statlig och kommunal anställning*. Uppl. 2:1. Stockholm.
- Hydén, Håkan, 1984. *Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*. Stat-kommunberedningen. Ds C 1984:12. Stockholm.
- Hydén, Håkan - Hydén, Therese, 2011. *Rättsregler - En introduktion till juridiken*. Uppl. 6:2. Lund.
- Ingemar Hamskär, 2010. *Las är varken monster eller ängel*. Lag & Avtal, nr 1 januari 2010.

- Källström, Kent – Malmberg, Jonas, 2013. *Anställningsförhållandet – Inledning till den individuella arbetsrätten*. Uppl. 3. Uppsala.
- Lunning, Lars & Gudmund Toijer, *Anställningsskydd - en lagkommentar*, uppl. 10:1. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2010.
- Numhauser-Henning, Ann, 2001. *Flexible Qualification – a Key to Labour Law?*. I *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 17/1 [s. 101-115].
- Nycander, Svante, 2008. *Makten över arbetsmarknaden - Ett perspektiv på Sveriges 1900-tal*. Uppl. 2:1. Stockholm.
- Nycander, Svante, 2010. *Sist in först ut - LAS och den svenska modellen*. Stockholm.
- Peczenik, Aleksander, 1995. *Juridikens teori och metod - En introduktion till allmän rättslära*. Uppl. 1:1. Stockholm.
- Rousseau, Jean-Jacques [översättning: Heed, Sven Åke - Stolpe, Jan], 1994, *Om samhällsfördraget* [original från 1762]. Stockholm.
- Rönmar, Mia, 2001. *Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society*. I *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 17/1 [s. 117-138].
- Rönmar, Mia, 2004. *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*. Lund.
- Rönmar, Mia, 2008. *Ett förändrat arbetsliv*. I Cronqvist, Marie – Sandberg, Helena [red.], *Tempo. Om fart och det föränderliga* [s.125-135]. Göteborg.
- Rönmar, Mia & Ann Numhauser-Henning, 2010. *Det flexibla svenska anställningsskyddet*. I särtryck ur juridisk tidskrift, Stockholm, 2010-11 NR 2.
- Samuelsson, Joel – Melander, Jan, 2012. *Tolkning och Tillämpning*. Uppl. 2:6. Uppsala.
- Schmidt, Folke m.fl., 1994. *Löntagarrätt* [rev. uppl. 1994]. Stockholm.
- Sigeman, Tore, 1984. *Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling*. SvJT s 875.
- Sigeman, Tore – Sjödin, Erik, 2013. *Arbetsrätten – En översikt*. Uppl. 6:1. Stockholm.
- Svenskt Näringsliv [red. Teodorescu, Alice – Svidén, Henrik], 2009. *"Paragraf 22 – Arbetsmarknaden förändras hela tiden. Ändå finns paragraf 22. Så drabbar LAS svenska företag"*, Stockholm.
- Svenskt Näringsliv och LO [Rudeberg, Sverker – Ingelskog, Johan], 2011. *Faktiska konsekvenser av turordningsreglerna i LAS och avtal*. Stockholm.
- Westberg, Peter, 2000. *Prejudikattolkningens ABC*. I festskrift till Anna Christensen, 2000. *Normativa perspektiv*: [s. 583–617] (red. Numhauser-Henning, Ann). Lund.

Westregård, Annamaria J, 2006. *En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering*. I särtryck ur Juridisk Tidskrift 2006-07 nr 4 [s. 876-888]. Stockholm.

Zetterström, Stefan, 2012. *Juridiken och dess arbetssätt - En introduktion*. Uppl. 2. Uppsala.

Rättsfallsförteckning

AD 1976 nr 111
AD 1977 nr 64
AD 1977 nr 215
AD 1977 nr 223
AD 1978 nr 89
AD 1978 nr 161
AD 1978 nr 162
AD 1979 nr 96
AD 1980 nr 133
AD 1982 nr 130
AD 1982 nr 137
AD 1983 nr 51
AD 1983 nr 127
AD 1984 nr 9
AD 1984 nr 26
AD 1984 nr 28
AD 1984 nr 133
AD 1985 nr 79
AD 1986 nr 21
AD 1986 nr 58
AD 1986 nr 158
AD 1992 nr 1
AD 1993 nr 27
AD 1993 nr 42
AD 1993 nr 61
AD 1993 nr 101
AD 1993 nr 127
AD 1993 nr 191
AD 1993 nr 197
AD 1994 nr 4
AD 1994 nr 88
AD 1994 nr 122
AD 1995 nr 2
AD 1995 nr 59
AD 1995 nr 107
AD 1996 nr 39
AD 1996 nr 144

AD 1998 nr 108
AD 1998 nr 150
AD 1999 nr 10
AD 1999 nr 36
AD 2000 nr 31
AD 2000 nr 107
AD 2001 nr 92
AD 2001 nr 94
AD 2002 nr 25
AD 2004 nr 30
AD 2005 nr 57
AD 2006 nr 15
AD 2007 nr 12
AD 2009 nr 50
AD 2010 nr 6
AD 2010 nr 11
AD 2010 nr 34
AD 2010 nr 46
AD 2011 nr 5
AD 2012 nr 11
AD 2012 nr 47
AD 2012 nr 51
AD 2013 nr 11
AD 2013 nr 78
AD 2013 nr 81