



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Nilsson

Uppsägningar av funktionshindrade arbetstagare
*Om samspelet mellan anställningsskydd och
diskrimineringsförbud*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: VT 2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Introduktion	7
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsningar	11
1.5 Terminologi	12
1.6 Disposition	13
2 ARBETS RÄTT	14
2.1 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt	14
2.2 Anställningsskydd	16
2.2.1 Uppsägning vid arbetsbrist	17
2.2.1.1 Regler om turordning	19
2.2.1.2 Tillräckliga kvalifikationer	21
2.2.2 Uppsägning av personliga skäl	22
2.2.2.1 Personliga skäl i form av sjukdom och funktionshinder	23
2.2.2.2 Omplacering, arbetsanpassning och rehabilitering	23
2.2.3 Splittrad motivbild	29
3 DISKRIMINERINGS RÄTT	32
3.1 Principiella utgångspunkter för diskrimineringsrätten	33
3.2 Definition av funktionshinder	35
3.3 Diskrimineringsförbudet	36
3.3.1 Missgynnande	36
3.3.2 Jämförbar situation	37
3.3.3 Orsakssamband	41
3.4 Placering av bevisbördan i diskrimineringsmål	42

4	SAMSPelet MELLAN ANSTÄLLNINGSSKYDD OCH DISKRIMINERINGSFÖRBUD	46
4.1	AD 2005 nr 32	46
4.2	AD 2012 nr 51	48
4.3	AD 2013 nr 78	50
5	SLUTSATSER OCH SAMMANFATTANDE DISKUSSION	52
5.1	Olika syn på splittrad motivbild	52
5.2	Betydelsen av arbetsrättsliga principer	53
5.2.1	Arbetsledningsrättens betydelse	54
5.2.2	Skäliga stöd- och anpassningsåtgärder	55
5.3	Övergripande sammanfattning	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

The labour law regulation is mainly found in Employment Protection Act (SFS 1982:80). It says that an employer needs to have just cause for a dismissal. Just causes for dismissal are divided into two categories: circumstances relating to the employee, also called personal reasons, and circumstances relating to the enterprise, so called redundancy. Reduced working capacity because of disability is a personal reason. The main rule is that reduced capacity because of illness, injuries or similar reasons is not a just cause for dismissal. In these cases the employer has responsibilities for work adjustments, rehabilitation and redeployment of the employee. If the employer has fulfilled the responsibilities and the employee is still not able to do any work of importance for the employer there is a just cause for dismissal. The main rule is that redundancy is a just cause for dismissal. If there are both personal reasons and redundancy reasons for the dismissal, the dismissal should be seen as a dismissal because of a redundancy. That means that if there is a redundancy situation you do not have to consider the personal reasons.

Protection against discrimination for disabled employees is found in the Discrimination Act (SFS 2008:567). Similar rules in EU law are mainly provided by Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. Both the Swedish law and the Directive prohibit direct discrimination. Direct discrimination is when someone is treated less favourably than another person in a comparable situation and when the reason for the treatment is the person's religion or belief, sexual orientation, disability etc. Dismissal is an example of less favourable treatment. In many cases concerning disabled employees the disability affects the working capacity and the disabled employee is therefore not in a comparable situation. The employer then has a responsibility for trying to create a comparable situation by providing reasonable accommodation for the disabled employee. When it comes to the reason of the less favourable treatment it's suffices that the employee's disability is one of the reasons for the dismissal. That means there could be a case of direct discrimination even if there are more than one reason for the dismissal and some of the reasons are not related to the employee's disability.

From the statement above, the conclusion can be drawn that there is a difference between the traditional Swedish labour law and the discrimination law when it comes to dismissal with both discriminative and redundancy reasons. The Employment Protection Act says that if there is a redundancy reason for the dismissal you can disregard if there is any other reason for the dismissal. The Discrimination Act says almost the opposite; if there is a discriminative reason for the dismissal, it is insignificant if there are redundancy reasons as well. The discrimination rules are EU rules.

Therefore it is necessary to use them when it comes to dismissal with more than one reason where at least one of them is the employee's disability.

The main focus of Swedish labour law has been to protect the collective of employees. Discrimination law is more focused on protecting the individual and his or her human rights. This essay shows that the different focuses of the labour law and the discrimination law create some problems when the Swedish Labour Court has to use both of the regulations in one case. The Court tends to use a traditional labour law way of thinking when interpreting the discrimination law. For example the Court let's the Swedish principle about employers' right to lead the work influence which responsibilities employers have in discrimination law and the Court uses labour law cases as guidance when determining what is consider a reasonable accomodation for disabled employees. The consequence is that what the Court says may not be a proper implementation of the EU law.

Sammanfattning

Regler om anställningsskydd finns i LAS. Centralt är att arbetsgivaren måste ha saklig grund för att säga upp arbetstagare. De skäl som utgör saklig grund delas upp i kategorierna uppsägning av personliga skäl och uppsägning p.g.a. arbetsbrist. I den förstnämnda kategorin hamnar uppsägningsskäl hänförliga till arbetstagaren personligen. I kategorin arbetsbrist hamnar övriga uppsägningsskäl, d.v.s. de som är verksamhetsrelaterade. Nedsatt arbetsförmåga till följd av funktionshinder är ett personligt skäl. Huvudregeln är att nedsättning av arbetsförmågan som beror på skada, sjukdom eller liknande inte utgör saklig grund. Först om arbetstagaren inte kan utföra arbete av någon betydelse för arbetsgivaren kan arbetstagaren sägas upp. I detta sammanhang blir det avgörande om arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter avseende arbetsanpassning, rehabilitering och omplacering. Arbetsbrist utgör som regel saklig grund. Trots det ovan sagda kan en uppsägning som beror på arbetstagarens funktionshinder betraktas som en arbetsbristuppsägning. Enligt reglerna om splittrade motivbilder behöver ingen hänsyn tas till personliga skäl om det därutöver finns verksamhetsrelaterade skäl till uppsägningen.

Diskrimineringskyddet för funktionshindrade arbetstagare finns i DL. När det gäller EU-rätten finns motsvarande reglering främst i dir. 2000/78/EG om en allmän ram för likabehandling. Förbudet mot direkt diskriminering är uppbyggt kring tre rekvisit: missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband. Att bli uppsagd är ett exempel på missgynnande. Vidare krävs att den funktionshindrade varit i en jämförbar situation med en arbetstagare utan funktionshindret. I många fall är detta inte uppfyllt då funktionshindret påverkar arbetsförmågan. Arbetsgivaren har då ett ansvar att vidta skäliga stöd- och anpassningsåtgärder i syfte att skapa en jämförbar situation. Att det ska finnas ett orsakssamband innebär att det ska finnas ett samband mellan arbetstagarens funktionshinder och att hen missgynnats. Det räcker att funktionshindret varit en bidragande orsak till att arbetstagaren sagts upp för att rekvisitet ska anses uppfyllt. Orsakssamband anses således föreligga även om det utöver funktionshindret finns andra, icke-diskriminerande, skäl till uppsägningen.

Av det ovan anförda framkommer att det är skillnad mellan reglerna om anställningsskydd och diskrimineringsförbudet vid splittrade motivbilder. Vid tillämpningen av anställningsskyddsreglerna går det att bortse från eventuella personliga skäl om det därutöver finns verksamhetsrelaterade skäl till uppsägningen. I diskrimineringsrätten är det, genom rekvisitet om orsakssamband, i det närmaste tvärtom. Finns det diskriminerande skäl hänförliga till arbetstagaren personligen spelar det ingen roll om det därutöver finns verksamhetsrelaterade skäl. Eftersom diskrimineringsförbudet bygger på tvingande EU-rätt menar jag att det rimligaste är att gå på diskrimineringsrättens linje i fall där det finns

splittrad motivbild och de personliga skälen utgörs av arbetstagarens funktionshinder.

Arbetsrättens bakomliggande syfte är i hög grad att skydda kollektivet arbetstagare. Diskrimineringsrätten däremot är utformad i syfte att skydda den enskilda individen och dennes mänskliga rättigheter. Uppsatsen visar att dessa olika syften skapar en del problem när AD ska tillämpa regelverken parallellt. I flera fall tycks AD tolka diskrimineringsrättsliga bestämmelser utifrån traditionellt arbetsrättsliga principer. Det visar sig t.ex. genom att arbetsgivarens arbetsledningsrätt tycks påverka vilka krav som kan ställas på arbetsgivaren inom diskrimineringsrätten och genom att traditionell arbetsrättslig praxis ger vägledning åt vad som anses utgöra skäliga stöd- och anpassningsåtgärder i diskrimineringsfall. Resultatet blir att det uppstår tvetsamheter kring huruvida AD:s tillämpning av DL är förenlig med EU-rätten.

Förord

Med den här uppsatsen avslutar jag en rolig, lärorik, jobbig och alldeles fantastisk studietid. Förhoppningsvis går jag vidare mot nya spännande erfarenheter och utmaningar. Innan jag lämnar Juridicum och Lund bakom mig vill jag passa på att tacka några av de som hjälpt mig under mina år på juristprogrammet.

Ett stort tack till JF:s jämställdhets- och likabehandlingsgrupp! Utöver trevliga fikastunder och härlig gemenskap har ni gett mig insikten att juridik är mycket mer än det som anses tentarelevant.

Tack till mamma! För support, stöd och envist korrekturläsande.

Och tack till Mini i magen. Som hållit mig sällskap/stört mig under det annars ganska ensamma uppsatsskrivandet.

Ett särskilt tack vill jag rikta till min handledare Per Norberg. Utan ditt gedigna engagemang hade den här uppsatsen aldrig blivit vad den är idag.

Avslutningsvis vill jag ge ett stort tack till Daniel och till Anders. Hade det inte varit för era uppmuntrade ord och ert allmänna peppande vet jag inte riktigt hur det hade gått. Det jag vet är att det antagligen inte hade blivit så bra som det blev. Jag älskar er!

Sara Nilsson
Ängelholm, januari 2014

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AMF	Arbetsmiljöförordning (1977:1166)
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
Art.	Artikel
Bet.	Betänkande
Dir.	Direktiv
DL	Diskrimineringslag (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
FUDA	Lag (1999:32) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder
HD	Högsta domstolen
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning
ILO	International Labour Organisation
Kap.	Kapitel
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
P.	Punkt
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
SFB	Socialförsäkringsbalk (2010:110)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion

Under de senaste decennierna har den traditionella arbetsrätten kompletterats med en alltmer omfattande diskrimineringslagstiftning.¹ I viss mån kan dessa regelverk tillämpas parallellt. T.ex. innehåller både den traditionella arbetsrätten och diskrimineringsrätten skydd mot uppsägningar och båda rättsområdena har regler om stöd- och anpassningsåtgärder för arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga.²

I AD 2012 nr 51 är såväl regler om anställningsskydd som förbudet mot diskriminering p.g.a. funktionshinder aktuellt. Fallet rörde en funktionshindrad arbetstagare som blev uppsagd p.g.a. arbetsbrist, men där hennes funktionshinder tycktes ha varit en bidragande orsak till att just hon blev uppsagd. I samband med att jag läste rättsfallet började jag fundera på vad det egentligen innebär att olika rättsliga regleringar ska tillämpas parallellt. Kanske är det inte helt enkelt att ta hänsyn till två regelverk i en och samma situation. Därför menar jag att det finns anledning att studera hur AD har hanterat dessa frågor i sin praxis och vad domstolens agerande fått för konsekvenser för rättstillämpningen.

Med utgångspunkt i AD 2012 nr 51 kom denna uppsats därför att behandla samspillet mellan anställningsskyddet och diskrimineringsförbudet vid uppsägningar av funktionshindrade arbetstagare.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syfte

Syftet med denna uppsats är att undersöka vilket skydd funktionshindrade arbetstagare har i uppsägningssituationer. Det innefattar dels den traditionella arbetsrättens regler om anställningsskydd, dels diskrimineringsrättens regler om förbud mot diskriminering av personer med funktionshinder. Utöver att beskriva dessa två regelverk separat är syftet att undersöka hur den diskrimineringsrättsliga regleringen samverkar med den traditionella arbetsrätten.

¹ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 141.

² Se t.ex. 7 § LAS, 2 kap. 1 § AML, 1 kap. 4 § DL och 2 kap. 1 § DL.

Frågeställningar

- Hur ser anställningsskyddet för funktionshindrade ut i den traditionella arbetsrätten?
- I vilken mån ger diskrimineringsrätten ett skydd mot uppsägningar för funktionshindrade?
- Hur samspelar anställningsskyddsreglerna med förbudet mot diskriminering i samband med uppsägningar av funktionshindrade arbetstagare?

1.3 Metod och material

Metod

Svensk rättsvetenskap har av tradition präglats av en klassisk rättsdogmatisk metod. Detta gäller till stor del än idag. Metoden innebär att vissa utgångspunkter tas för givna och ses som sanna. Det anses inte vara vetenskapens uppgift att ifrågasätta dessa utgångspunkter. Det objekt som studeras, d.v.s. rätten, tas för given. Rättsvetenskapens uppgift anses vara att fastställa innebörden av gällande rätt, d.v.s. att försöka redogöra för hur en domstol kan förväntas lösa det rättsliga problem som undersöks.³ Det kan beskrivas som ett ”inifrånperspektiv”. Den som ägnar sig åt klassisk rättsvetenskap betraktar rätten inifrån, hen befinner sig ”inne på planen” och betraktar juridiken enligt de spelregler som rätten själv satt upp. Detta kan skiljas från t.ex. samhällsvetaren som studerar rätten från ett ”utifrånperspektiv” där hen ställer sig bredvid den juridiska spelplanen och betraktar rätten utifrån. Resultatet blir att rättsvetaren bidrar till den juridiska utvecklingen genom att producera och reproducera rätten. Samhällsvetaren däremot är inte själv en del av rätten utan beskriver densamma utifrån.⁴

Den klassiska rättsdogmatiska metoden utgår från rättskälleläran. Det innebär att det material som ligger till grund för forskningen är lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin i nu nämnda ordning.⁵ Sedan 1970-talet har det, vid sidan av den klassiska rättsdogmatiska metoden, vuxit fram en rättsvetenskaplig metod som bygger på kritiska perspektiv. Metoden har kommit att kallas kritisk rättsdogmatisk metod. Den bygger på en idé om att värderingsfria och helt objektiva

³ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 91ff.

⁴ Sandgren, 2006, s. 531f.

⁵ Sandgren, 2007, s. 36ff.

rättsvetenskapliga studier inte är möjliga. Rätten är inte en självklar, objektiv sanning som kan tas för given. Istället måste utgångspunkterna för den rättsvetenskapliga forskningen redovisas och problematiseras. Att den kritiska rättsvetenskapen inte betraktar rätten som en självklar sanning innebär att det ses som rättsvetenskapens uppgift att bidra till att rätten förbättras.⁶

Precis som den klassiska rättsdogmatiken bygger den kritiska rättsdogmatiken på den ovan nämnda rättskälleläran.⁷ Utmärkande för den kritiska rättsdogmatiken är att den inte utgår från att det finns ett enda svar på vad rätten är. Istället förutsätts det att det kan finnas flera alternativa svar på frågan om vad som är gällande rätt. Uppgiften för den som ägnar sig åt rättsvetenskap blir då att lyfta fram och argumentera för det bäst lämpade svaret. Det innebär att den rättsvetenskapliga forskaren har ett visst utrymme att lyfta fram de rättskällor som bäst stödjer den egna föreställningen om vad rätten bör vara.⁸

Detta är en examensuppsats som förhoppningsvis ska leda fram till en juristexamen. Jag är givetvis fri att välja vilken metod jag vill använda mig av i mitt uppsatsskrivande, den ena metoden är inte nödvändigtvis bättre än den andra. Min ambition är att så gott det går förbereda mig för den praktiska juridiken jag hoppas få arbeta med framöver. Den praktiska juridiken har ett nära samband med den klassiska rättsdogmatiska metoden.⁹ Som praktisk verksam jurist tror jag att det finns ett stort värde i att förstå hur domaren resonerar. Dessutom måste en jurist i många lägen försöka sträva efter att vara helt och hållet objektiv i sitt förhållande till rätten. Därför väljer jag att angripa uppsatsskrivandet med hjälp av den klassiska rättsdogmatiska metoden.

Jag vill dock nämna att jag tycker att den kritiska rättsdogmatiska metoden har viktiga poänger. Jag tror att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att förhålla sig hundra procentigt objektiv till rätten. Hur gärna jag än skulle vilja vara objektiv så tror jag att mina, ofta omedvetna, uppfattningar spelar roll. Det kan handla om att mina politiska åsikter präglar hur jag förhåller mig till mitt material eller att mina föreställningar kring kön, etnicitet och sexualitet präglar hur jag bedömer information jag tar del av. I och med att jag använder den klassiska rättsdogmatiska metoden är min ambition att förhålla mig objektiv när jag väljer vilket material jag ska använda och hur jag ska presentera det. Vägen till objektivitet tror jag dock går via ett beaktande av det som lyfts fram inom den kritiska rättsdogmatiken. Genom att försöka vara medveten om min subjektivitet kan jag förhoppningsvis undvika att den färgar det resultat jag kommer fram till. Fullständig medvetenhet om den egna subjektiviteten är troligtvis en utopi och därför inte ett särskilt rimligt mål. Ambitionen är snarare att i så stor utsträckning som möjligt lägga märke till den egna subjektiviteten.

⁶ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 99ff.

⁷ Glavå, 1999, s. 123ff.

⁸ Glavå, 1999, s. 54ff.

⁹ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 93f.

Att jag vill angripa materialet och beskrivningen av detsamma så objektivt så möjligt hindrar inte att jag i min avslutande analys kan föra fram egna funderingar och synpunkter. Förhoppningen är dock att det ska handla om subjektiva synpunkter på ett objektivt redovisat resultat.

Material

Med tanke på mitt metodval har det varit tämligen klart vilken typ av källor jag ska använda mig av. I enlighet med den ovan nämnda rättskälleläran har jag studerat lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Även litteratur som inte nödvändigtvis är doktrin, t.ex. läroböcker, har viss mån legat till grund för mitt arbete. Från denna litteratur har jag främst hämtat grundläggande information. Informationen har sedan kompletterats med material från olika rättskällor.

Åtskilligt har skrivits om både arbetsrättens regler om uppsägningar och diskrimineringsrättens skydd för funktionshindrade. Jag har ingen ambition att göra någon mer omfattande redogörelse av denna forskning, men som exempel kan nämnas Lunning & Toijers kommentar till LAS samt Fransson & Stübers kommentar till DL. Detta material har i stor utsträckning legat till grund för min redogörelse av reglerna på dessa områden.

Hur de arbets- och diskrimineringsrättsliga reglerna förhåller sig till varandra är inte lika väl belyst i den svenska forskningen. Särskilt när det gäller samspelet vid uppsägningar av funktionshindrade är forskningen begränsad. Utmärkande i den forskning som trots allt finns är Inghammars avhandling från 2007. Internationellt är frågan något mer belyst, t.ex. av Waddington som undersökt vilka stöd- och anpassningsåtgärder som kan anses skäligen att kräva av en arbetsgivare.

I viss utsträckning har jag använt mig av material som handlar om andra diskrimineringsgrunder än funktionshinder och andra personer än arbetstagare. Det har jag gjort i de fall de handlar om gemensamma bestämmelser som är relevanta för hur diskrimineringsförbudet ska tillämpas i förhållande till funktionshindrade arbetstagare. I andra delar har det fallit sig naturligt att fokusera på just funktionshindrade respektive arbetstagare.

Angående förarbeten och rättspraxis beaktas inte enbart de rättskällor som är hänförliga till den nu gällande lagstiftningen. Både när det gäller anställningsskydd och diskrimineringsförbud är förarbeten och rättspraxis kopplade till tidigare lagar relevanta. Rörande anställningsskydd handlar det om förarbeten och praxis som berör lag (1974:12) om anställningsskydd. På diskrimineringsrättens område handlar det om förarbeten och praxis som

behandlar de tidigare diskrimineringslagarna i allmänhet och FUDA¹⁰ i synnerhet.

När det gäller diskrimineringsrätten är EU-rätten central. Det är således av yttersta vikt vad EU-domstolen kommit fram till i sina domar. Det finns enbart ett fåtal fall där diskriminering i arbetslivet p.g.a. funktionshinder varit föremål för prövning. I viss mån går det att söka ledning ur mål som behandlar andra diskrimineringsgrunder än funktionshinder. När det gäller de skäligena stöd- och anpassningsåtgärder i syfte att försätta en funktionshindrad arbetstagare i en jämförbar situation¹¹ saknas motsvarande regler för arbetstagare som tillhör de övriga diskrimineringsgrunderna. Lika lite går det att dra paralleller från andra diskrimineringsgrunder när det gäller definitionen av funktionshinder. Resultatet blir att det enbart finns ett fåtal fall att söka ledning i när dessa regler ska tillämpas.¹²

1.4 Avgränsningar

Det finns områden som jag tycker är nödvändiga för att läsaren ska förstå uppsatsens mer centrala delar. Exempel på sådana delar är regler om EU-rättens företräde, turordning, tillräckliga kvalifikationer och vad som definieras som funktionshinder. Därför har jag valt att påminna om den rättsliga regleringen på dessa områden. Presentationen är på dessa punkter begränsad till den information som behövs för att förstå den rättsliga reglering som står i fokus i min uppsats.

Uppsatsen försöker ge svar på frågeställningarna ur ett svenskt perspektiv. Då EU-rätten är en del av den svenska rättsordningen är det självklart att beakta även denna. Speciellt på diskrimineringsrättens område utgör EU-rätten en betydande del av den svenska rätten och har således en framträdande roll i min framställning. Däremot har jag medvetet avhållit mig från att gå in på annan internationell reglering. Exempel på sådant som skulle kunna beaktas inom ramen för mina frågeställningar är EKMR och praxis från Europadomstolen samt FN:s bestämmelser inklusive konventioner från ILO. Anledningarna till att jag utelämnat dessa internationella instrument är två: dels finns det varken tid eller utrymme att ta upp dem inom ramen för denna uppsats, dels finns det inga uppenbara

¹⁰ Lag (1999:32) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

¹¹ Art. 5 dir. 2000/78/EG, jag gör en presentation av regleringen i avsnitt 3.3.2.

¹² Jag har letat EU-rättsfall i databaserna Curia och EURLex. De mål som jag funnit, som i någon mån behandlar art. 5 i dir. 2000/78/EG, är mål C-13/05 Chacón Navas, mål C-303/06 Coleman samt de förenade målen C-335/11 och C-337/11 HK Danmark. De fall som prövar diskriminering p.g.a. funktionshinder enligt övriga bestämmelser i dir. 2000/78/EG är något fler. Jag har läst domsluten samt gjort sökningar på nyckelord, t.ex. anpassningsåtgärder, funktionshinder och jämförbar situation. Det är min övertygelse att jag därigenom hittat de rättsfall som är relevanta för min frågeställning. Det finns dock en viss risk att jag kan ha missat relevanta uttalanden från EU-domstolen om dessa gjorts utanför själva domslutet och inte heller innehållit de nyckelord jag sökt på.

konflikter mellan dessa internationella regelverk och den svenska rätten när det gäller den rättsliga reglering som min uppsats behandlar.

Förbudet mot diskriminering omfattar såväl direkt som indirekt diskriminering. I svensk rättspraxis är det framförallt förbudet mot direkt diskriminering som varit föremål för prövning. Att så är fallet kan kritiseras, vilket görs av Fransson och Norberg, eftersom diskrimineringsrätten skulle kunna bli mer effektiv om förbudet mot indirekt diskriminering användes i högre utsträckning.¹³ Då rättspraxis spelar en stor roll för min framställning måste jag förhålla mig till vad som faktiskt blivit föremål för rättslig prövning. P.g.a. det begränsade antalet fall rörande indirekt diskriminering har jag valt att inte gå in närmare på hur den regleringen är utformad. Uppsatsen är således begränsad till att handla om direkt diskriminering.

1.5 Terminologi

Hen

Jag har valt att använda det könsneutrala pronomenet *hen*. Dels för att jag tycker att det skapar ett bättre flyt i texten och underlättar för läsaren, jämfört med omskrivningar som *denne* eller *han eller hon*. Dels för att jag tycker att det finns en poäng med att hålla språket könsneutralt för att undvika att läsaren omedvetet tolkar in föreställningar om kön. I de fall där en persons kön är känt använder jag dock könsspecifika pronomen.

Diskrimineringsrätt respektive arbetsrätt

I min framställning skriver jag om *diskrimineringsrätt* respektive *arbetsrätt*. Denna uppdelning kan tyckas märklig då diskrimineringsrätten utgör en del av arbetsrätten. Trots att uppdelningen kan verka missvisande har jag valt att använda mig av den. Jag menar att det finns en poäng med att skilja ut diskrimineringsrätten. Därigenom hoppas jag kunna tydliggöra att diskrimineringsrätten i vissa situationer skiljer sig från det övriga arbetsrätten genom att t.ex. erbjuda ett mer långtgående skydd för arbetstagare eller ha andra syften än den övriga arbetsrätten. När jag använder *arbetsrätt* syftar jag på all arbetsrättslig reglering som inte är diskrimineringsrätt. De arbetsrättsliga regler som är mest relevanta för min framställning är reglerna om anställningsskydd respektive arbetsmiljö.

¹³ Fransson & Norberg, 2007, s. 118f.

1.6 Disposition

Efter ett inledande kapitel som introducerar ämnet och övriga utgångspunkter för framställningen följer två kapitel där jag gör separata presentationer av arbets- respektive diskrimineringsrätten. Dessa kapitel är utformade på så vis att jag inleder med en kortfattad, övergripande genomgång av rättsområdets framväxt och dess centrala utgångspunkter. Detta för att skapa en grundläggande förståelse inför den mer detaljerade redogörelsen av de rättsliga regleringar som är relevanta för min frågeställning.

Fjärde kapitlet handlar om samspelet mellan de rättsliga regleringar som presenterats i föregående kapitel. Till stor del utgörs kapitlet av referat av tre rättsfall från AD där både reglerna anställningsskydd och förbudet mot diskriminering av funktionshindrade aktualiserats. Utöver det i introduktionen nämnda rättsfallet AD 2012 nr 51 presenteras AD 2005 nr 32 samt AD 2013 nr 78.

Avslutningsvis finns ett kapitel där jag presenterar och diskuterar mina slutsatser. Kapitlet är, för tydlighetens skull, uppdelat i olika avsnitt där jag diskuterar olika slutsatser var för sig. Allra sist återfinns en övergripande sammanfattning.

2 Arbetsrätt

För att ge en mycket kortfattad bild av hur den svenska arbetsrätten vuxit fram kan sägas att rättsområdet började ta form som en följd av 1800-talets industrialisering. Till en början präglades den rättsliga regleringen av liberala tankegångar som i stor utsträckning gynnade arbetsgivarna. Som en motreaktion på den osäkerhet detta skapade för arbetstagarna slöt de sig samman kollektivt för att tillsammans kunna ställa krav på förbättringar. Under 1900-talets första decennier gjordes flera viktiga överenskommelser mellan den fackliga organisationen LO och arbetsgivarnas SAF. Dessa regleringar la grund för det som brukar benämnas som den svenska modellen. Den svenska modellen innebär att stora delar av den arbetsrättsliga regleringen finns i kollektivavtal istället för i lagstiftning.¹⁴

Under stora delar av 1900-talet var den arbetsrättsliga lagstiftningen tämligen begränsad. På 1970-talet förändrades detta faktum till viss del då flera viktiga lagar infördes på arbetsrättens område, framförallt MBL samt föregångaren till nuvarande LAS.¹⁵ Införandet av dessa lagar innebar dock inte att den svenska modellen övergavs. Kollektivavtal spelar än idag en stor roll på den svenska arbetsmarknaden.¹⁶ LAS och MBL bygger i hög utsträckning på synsättet att arbetstagarna som grupp ska erbjudas skydd och ges möjlighet att påverka sin situation. Det kommer till uttryck t.ex. genom att det ställs krav på att arbetsgivaren informerar den fackliga organisationen om vad som händer på arbetsplatsen. Det är således inte enbart relationen mellan arbetsgivaren och den enskilda arbetstagaren som är föremål för reglering utan i hög grad även relationen mellan arbetsgivaren och arbetstagarna som kollektiv.¹⁷ Att regleringen ser ut som den gör har inneburit att i många fall har arbetstagarnas kollektiva intresse haft företräde framför den enskilda arbetstagarens intresse.¹⁸

2.1 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt

Arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet har sedan lång tid varit en viktig princip i svensk arbetsrätt. I den s.k. Decemberkompromissen, som slöts mellan LO och SAF år 1906, slogs det fast att arbetsgivaren hade rätt att fritt leda och fördela arbetet. I gengäld åtog sig arbetsgivarna att respektera arbetstagarnas föreningsrätt.¹⁹ Denna arbetsledningsrätt utgör idag en allmän rättsgrundsats och gäller generellt för alla anställningsförhållanden. Principen har sedan tidigt 1900-tal kommit att

¹⁴ Glavå, 2011, s. 33ff.

¹⁵ Glavå, 2011, s. 39ff.

¹⁶ Fahlbeck & Mulder, 2009, s. 19ff.

¹⁷ Ulander-Wänman, 2012, s. 114ff.

¹⁸ Fahlbeck & Mulder, 2009, s. 19.

¹⁹ Glavå, 2011, s. 34f.

begränsas på en rad olika områden genom lag och avtal. Trots begränsningarna innebär arbetsledningsrätten att arbetsgivaren har en stor frihet att bestämma hur arbetet ska utformas. Rent konkret innebär det att arbetsgivaren ensidigt har rätt att besluta om bl.a. arbetsorganisation, arbetsmetoder, arbetstider och vissa anställningsförmåner. Utförandet av arbetsledningsrätten kan således komma att ge omfattande konsekvenser för de enskilda arbetstagarna. Huvudregeln är att arbetstagarna inte kan kräva att besluten ska ha ett visst innehåll eller att de ska vara rättvisa.²⁰ Även om arbetsgivaren ensidigt har beslutanderätt finns, i 11 § MBL, en skyldighet att förhandla med den kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationen inför viktigare förändringar av verksamheten. Regeln hindrar inte att arbetsgivaren efter förhandlingen självständigt fattar beslut, oavsett vad den fackliga organisationen tycker. Tanken med regeln är att arbetstagarorganisationen ska få möjlighet att argumentera för sin sak och därigenom påverka beslutet.²¹

Exempel på hur arbetsledningsrätten har kommit att begränsas är kravet på saklig grund för uppsägning, regler om arbetstid och arbetsmiljö samt föreningsrättsregler i MBL.²² De yttersta gränserna för arbetsledningsrätten utgörs av principen om god sed på arbetsmarknaden och diskrimineringslagstiftningen.²³

AD 2003 nr 76 handlade om en vårdare inom kriminalvården. Vårdaren hade under flera år haft funktionen som vakthavande i centralvakten. Sommaren 2000 råkade vårdaren ut för en bilolycka som ledde till skador i nacke och axlar. Till följd av dessa medicinska problem var vårdaren sjukskriven i relativt hög utsträckning. Under 2001 blev vårdaren omplacerad till andra arbetsuppgifter. Efter omplaceringen var han inte längre vakthavande utan arbetade enbart som vårdare. Arbetstagersidan gjorde i första hand gällande att arbetsgivarens åtgärd skulle betraktas som att vårdaren skiljts från sin anställning och i andra hand att det var en sådan omplacering som krävde att arbetsgivaren kunde visa godtagbara skäl för sitt agerande. AD avvisade arbetstagersidans talan på båda dessa punkter. Domstolen menade att omplaceringen, trots att den medförde stora förändringar av vårdarens arbetsuppgifter, rymdes inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Frågan blev då om omplaceringen utgjort diskriminering p.g.a. funktionshinder. Det var ostridigt att de skador vårdaren ådragit sig i samband med bilolyckan definierades som ett funktionshinder. AD menade dock att arbetstagersidan inte lyckats visa att det fanns anledning att anta att det fanns något som helst samband mellan vårdarens funktionshinder och arbetsgivarens omplacering av honom. Domstolen avslög därför arbetstagersidans talan avseende diskriminering.²⁴

²⁰ Rönmar, 2004, s. 45ff.

²¹ Rönmar, 2004, s. 64.

²² Rönmar, 2004, s. 45ff.

²³ Rönmar & Numhauser-Henning, 2010-2011, s. 404.

²⁴ AD 2003 nr 76.

Fallet visar, trots att någon diskriminering inte påvisades, att ett arbetsledningsbeslut som normalt faller inom ramen för arbetsgivarens arbetsledningsrätt ändå kan angripas rättsligt med hjälp av reglerna om förbud mot diskriminering.²⁵ Även tidigare, när det inte fanns en lika omfattande diskrimineringslagstiftning, fanns en möjlighet att underkänna diskriminerande arbetsledningsbeslut eftersom arbetsledningsrätten inte får utövas i strid mot god sed på arbetsmarknaden.²⁶ I AD 1983 nr 107 upprättades avtalsturlistor mellan arbetsgivaren och den fackliga organisationen i samband med en arbetsbristsuppsägning.²⁷ Arbetsgivaren var ett rederiföretag med såväl svensk- som finskspråkiga arbetstagare. På avtalsturlistorna placerades de arbetstagare som talade enbart finska längst ner med resultatet att det blev de som skulle sägas upp i första hand. AD slog fast att avtalsturlistorna inte var bindande eftersom de diskriminerade de finstalande arbetstagarna och därigenom stred mot god sed på arbetsmarknaden.²⁸

Att arbetsledningsrätten får stor betydelse hänger samman med arbetstagarens arbetsskyldighet. Mycket kort beskrivet innebär arbetsskyldigheten att arbetstagaren är skyldig att utföra det arbete hen åtagit sig. Skyldigheten innebär att arbetstagaren ska stå till arbetsgivarens förfogande och att arbetsgivaren, med vissa begränsningar, har rätt att omplacera arbetstagaren till andra arbetsuppgifter än de som arbetstagaren ursprungligen tilldelats.²⁹ Så länge arbetsgivarens arbetsledning håller sig inom ramen för arbetsskyldigheten har arbetstagaren lydnadsplikt. Det innebär att arbetstagaren är skyldig att lyda arbetsgivarens order och utföra de arbetsuppgifter hen åläggs. Det finns undantag från lydnadsplikten, t.ex. om arbetsgivarens order innebär risk för liv och hälsa, strider mot ett högre intresse eller är praktiskt omöjligt att genomföra. Om arbetstagaren bryter mot lydnadsplikten gör hen sig skyldig till arbetsvägran. Arbetsvägran kan resultera i diverse sanktioner, så som disciplinåtgärder, uppsägning eller avskedande.³⁰

2.2 Anställningsskydd

En arbetsgivare måste ha saklig grund för att säga upp arbetstagare. Lagtexten anger att en uppsägning inte är sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetstagaren får ett annat arbete hos arbetsgivaren. Dessutom anges att företagsöverlåtelse inte i sig utgör saklig grund. Utöver dessa bestämmelser saknar lagtexten närmare preciseringar av vad saklig grund innebär.³¹ Att lagtexten saknar närmare preciseringar motiveras i

²⁵ Glavå, 2011, s. 727.

²⁶ Rönmar, 2004, s. 70f.

²⁷ Gällande avtalsturlistor vid arbetsbristsuppsägningar, se t.ex. Lunning & Toijer, s. 633ff.

²⁸ AD 1983 nr 107.

²⁹ Glavå, 2011, s. 583f.

³⁰ Rönmar, s. 48ff.

³¹ 7 § LAS.

propositionen till 1974 års anställningsskyddslag med att uppsägningsfallen är så pass olika. Det ansågs därför inte lämpligt att i lagtexten slå fast några generella regler.³² Vad som utgör saklig grund har därför fått definieras i praxis. Sedan reglernas tillkomst har frågan behandlats i ett stort antal fall.³³ Om uppsägningen beror på förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen är det en uppsägning av personliga skäl. Övriga uppsägningar, d.v.s. de som inte beror på skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen, räknas som uppsägningar p.g.a. arbetsbrist. Lagtexten ger ingen definition av begreppet arbetsbrist.³⁴

För att en uppsägning ska gå att hantera rättsligt måste den kategoriseras som antingen uppsägning av personliga skäl eller uppsägning p.g.a. arbetsbrist. AD har uttalat att en uppsägning vid en rättslig bedömning måste hänföras till en av de två kategorierna. Det är inte möjligt att rättsligt bedöma en uppsägning som både en uppsägning av personliga skäl och en uppsägning p.g.a. arbetsbrist.³⁵ De två kategorierna har en del gemensamma regler, men det finns flera viktiga skillnader. Av den anledningen är det viktigt att fastställa vilken typ av uppsägning det är fråga om.³⁶

Även i EU-rätten finns ett visst skydd mot osakliga uppsägningar. Art. 30 i stadgan om de grundläggande rättigheterna anger att arbetstagare har rätt till skydd mot uppsägningar utan saklig grund. Det preciseras inte närmare vad saklig grund innebär. Istället hänvisas det till unionsrätten samt lagstiftning och rättspraxis i unionens medlemsstater.³⁷

2.2.1 Uppsägning vid arbetsbrist

Begreppet arbetsbrist kan med rätta anses missvisande. Arbetsbrist föreligger inte bara när det råder brist på arbetsuppgifter och arbetsgivaren därför måste säga upp arbetstagare. Arbetsbrist omfattar alla de situationer då arbetsgivaren, genom att använda sin arbetsledningsrätt, gör förändringar av verksamheten av ekonomiska eller andra liknande skäl.³⁸ Att så är fallet har bekräftats av AD i ett stort antal fall.³⁹

I princip gäller att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. En domstol ska som regel inte gå in och pröva arbetsgivarens motiv till verksamhetsförändringen eller om den valda förändringen är den mest lämpliga.⁴⁰ AD har uttryckt det så att det inte är domstolens uppgift att gå in och pröva om den genomförda verksamhetsförändringen är lämplig ur

³² Prop. 1973:129, s. 118ff.

³³ Iseskog, 2011, s.104f.

³⁴ Källström & Malmberg, 2013, s. 133.

³⁵ AD 1994 nr 122.

³⁶ Källström & Malmberg, 2013, s. 133.

³⁷ Art. 30 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

³⁸ Lunning & Toijer, s. 479f.

³⁹ Se t.ex. AD 1993 nr 61 och AD 1994 nr 122.

⁴⁰ Lunning & Toijer, s. 483.

företagsekonomisk eller liknande synpunkt. Detta hänger samman med den princip om att arbetsgivaren fritt ska få bestämma hur arbetet ska styras och organiseras.⁴¹ Detta gäller så länge arbetsgivarens skäl framstår som riktiga och seriösa. Först om det finns misstankar om s.k. fingerad arbetsbrist ska domstolen gå in och pröva skälen för uppsägningen. Fingerad arbetsbrist innebär att arbetsgivaren påstår att det är en arbetsbristuppsägning fast det i själva verket rör sig om en uppsägning av personliga skäl.⁴²

AD har i sin praxis kommit att pröva frågan om fingerad arbetsbrist vid ett flertal tillfällen.⁴³ Angående bevisning krävs det att arbetstagersidan gör sannolikt att det som påstås vara en uppsägning p.g.a. arbetsbrist egentligen är en uppsägning av personliga skäl. Ju mer sannolik arbetstagersidans invändning framstår som, desto större krav ställs på arbetsgivaren att visa att det rör sig om en äkta arbetsbristsituation.⁴⁴

Av det ovan anförda framstår det som att det är tämligen klart vad arbetsbrist är. I och med att arbetsbrist per definition anses utgöra saklig grund tycks ingen vidare saklighetsprövning behövas när arbetsbrist har konstaterats. Det är dock möjligt att kritisera det som kommit till uttryck i praxis och doktrin. Det visar Glavå som är skeptisk till att alla verksamhetsrelaterade uppsägningsskäl ryms i begreppet arbetsbrist.⁴⁵ I litteraturen finns ett utbrett stöd för en vid definition av arbetsbristbegreppet.⁴⁶ En sådan tolkning stöds av flera förarbetsuttalanden.⁴⁷ Glavå förnekar inte att dessa uttalanden ger stöd för en vid definition av begreppet arbetsbrist. Däremot menar han att den bild som målas upp av motiven ofta är ensidig och snedvriden. Detta eftersom det även finns uttalanden i förarbeten som indikerar att lagstiftaren avsåg att arbetsbristbegreppet skulle tolkas mer restriktivt. Enligt Glavå är det inte omöjligt att tänka sig att lagstiftaren med arbetsbrist syftade uteslutande på de situationer där det råder en verklig brist på arbetsuppgifter.⁴⁸ Den av Glavå framförda ståndpunkten bygger på en rad förarbetsuttalanden som för tankarna till en snävare tolkning av arbetsbristbegreppet.⁴⁹

Att arbetsbrist utgör saklig grund framgår i förarbeten.⁵⁰ Följden av en extensiv tolkning av arbetsbrist blir därför, enligt Glavå, att saklighetsprövningen hamnar i skymundan. Därigenom finns en uppenbar

⁴¹ AD 1997 nr 121.

⁴² Lunning & Toijer, s. 490ff.

⁴³ Se t.ex. AD 1976 nr 26, AD 1980 nr 133, AD 1985 nr 179, AD 1987 nr 34, AD 1995 nr 149, AD 2000 nr 31, AD 2003 nr 29, AD 2006 nr 68 och AD 2012 nr 11.

⁴⁴ AD 1976 nr 26, AD 1980 nr 133, AD 1985 nr 79 och AD 2012 nr 11.

⁴⁵ Glavå, 1999, s. 319ff.

⁴⁶ Se t.ex. Lunning & Toijer, 2010, s. 479f, Bylund m.fl., 2011, s. 146 och & Dalekant, *Lag om anställningsskydd (1 oktober 2013)*, kommentar till 7 §.

⁴⁷ Se t.ex. prop. 1973:129 s. 123.

⁴⁸ Glavå, 1999, s. 299ff.

⁴⁹ Se t.ex. prop. 1973:129 s.69, s. 97, s. 120 och s. 242 och SOU 1973:7, s. 148 och s. 157.

⁵⁰ SOU 1973:7, s. 102, prop. 1973:129, s. 32 och prop. 1981/82:71, s. 64f.

risk att arbetsgivaren kan ”gömma” ovidkommande uppsägningsskäl genom att se till att dessa skäl faller in under begreppet arbetsbrist.⁵¹

2.2.1.1 Regler om turordning

Vid uppsägningar p.g.a. arbetsbrist är arbetsgivaren inte fri att själv välja vilken eller vilka arbetstagare som ska sägas upp. Arbetsgivaren är skyldig att följa turordningsreglerna i LAS.⁵² Tanken är att reglerna om turordning ska skydda arbetstagarna från godtyckliga beslut från arbetsgivarens sida.⁵³ Huvudregeln finns i 22 § LAS och anger att arbetstagare med längre anställningstid hos arbetsgivaren har företräde till fortsatt anställning. Således är det i första hand är arbetstagare med kortare anställningstid hos arbetsgivaren som blir uppsagda. Vid lika anställningstid har äldre arbetstagare företräde framför yngre. I de fall en arbetstagare kan erbjudas fortsatt anställning först efter omplacering krävs att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den tjänst som hen kan erbjudas.⁵⁴ För de fall att en arbetsgivare har flera driftsenheter gäller att arbetsgivaren ska upprätta separata turordningslistor för varje driftsenhet.⁵⁵

Förutsatt att arbetstagaren, vars tjänst dras in, har tillräckliga kvalifikationer kan hen med hjälp av turordningsreglerna flyttas och på så sätt ”ta över” någon annans tjänst. Det innebär att det inte nödvändigtvis är den arbetstagare vars tjänst som dras in som blir uppsagd. Den som sägs upp kan bli arbetstagaren vars tjänst ”tas över” av någon som är högre upp på turordningslistan.⁵⁶

Undantag för nyckelpersoner

Arbetsgivare med högst tio arbetstagare har möjlighet att undanta två arbetstagare från turordningslistan om dessa enligt arbetsgivaren är av särskild betydelse för verksamheten.⁵⁷ När förslaget om att undanta två nyckelpersoner lades fram av den dåvarande regeringen var det formulerat som att arbetsgivaren skulle få undanta två personer av särskild betydelse.⁵⁸ Undantaget formulerades sedan om under riksdagsbehandlingen på så sätt att ”som är av särskild betydelse” byttes ut mot ”som enligt arbetsgivaren är av särskild betydelse”. Förändringen innebar att det är arbetsgivarens bedömning som blir avgörande för vilka arbetstagare som är av särskild betydelse. Ändringen medför att regeringens förslag måste läsas med utgångspunkt i den slutgiltiga lagtexten och arbetsutskottets betänkanden. Att arbetsgivaren avgör innebär att det inte bör bli aktuellt att gå in och

⁵¹ Glavå, 1999, s. 497ff.

⁵² 22 § 1 st LAS.

⁵³ Bylund m.fl., 2011, s. 209f.

⁵⁴ 22 § 4 st LAS.

⁵⁵ 22 § 3 st LAS.

⁵⁶ Ileskog, 2009, s. 71ff.

⁵⁷ 22 § 2 st LAS.

⁵⁸ Prop. 1999/2000:144, s. 5.

pröva dennes bedömning genom att t.ex. titta på arbetstagarens meriter och arbetsprestationer. Arbetsgivarens bedömning får dock inte strida mot diskrimineringslagstiftningen.⁵⁹ Arbetsmarknadsutskottet poängterade att omformuleringen innebar att någon rättslig prövning av arbetsgivarens bedömning inte skulle göras. Därigenom skulle regeln kunna få större genomslag i praktiken och öka flexibiliteten för småföretagare. Med detta sagt lyfte utskottet fram att en rättslig prövning skulle vara möjlig i de fall det krävdes för att tillgodose diskrimineringslagstiftningen.⁶⁰ AD har senare uttalat att det torde krävas att arbetsgivaren faktiskt är av uppfattningen att de undantagna arbetstagarna verkligen är av särskild betydelse. En sådan tolkning skulle innebära att det inte är tillåtet för en arbetsgivare att använda undantagsregeln om det verkliga syftet är ett annat än att behålla särskilt betydelsefulla arbetstagare. Således ska undantaget inte kunna användas för att t.ex. bli av med en viss arbetstagare som arbetsgivaren uppfattar som en belastning. I AD 2005 nr 32 hade en av de undantagna nyckelpersonerna varit anställd med provanställning i två veckor och hade sämre formella meriter än arbetstagaren som sades upp. Inte ens under sådana omständigheter valde AD att slå fast att arbetsgivaren hade tillämpat undantaget på ett felaktigt sätt. AD sa inte heller att arbetsgivarens agerande var förenligt med LAS utan kom istället fram till att uppsägningen stred mot diskrimineringsrätten.⁶¹

Skydd för särskilt anpassade tjänster

Vidare är turordningsreglerna försedda med ett undantag som återfinns i 23 § LAS. Undantaget gäller den som till följd av nedsatt arbetsförmåga har en särskild sysselsättning hos arbetsgivaren, d.v.s. en anpassad tjänst. Den personen har en särskild företrädesrätt till sin tjänst, vilket innebär att tjänsten inte kan ”tas över” av en annan arbetstagare, även om den andra arbetstagaren har längre anställningstid. Regeln gäller under förutsättning att den kan genomföras utan att allvarliga olägenheter uppstår.⁶² Den särskilda företrädesrätten gäller inte för alla arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga utan enbart de som har en särskilt anpassad tjänst. Det kan handla om t.ex. en arbetstagare med ett fysiskt funktionshinder som genom statligt bidrag fått sin arbetsplats ombyggd med hänsyn till sina specifika behov eller arbetstagare som fått lönebidrag p.g.a. funktionshinder.⁶³ Värt att notera är att det måste röra sig om lönebidrag på grund av nedsatt arbetsförmåga. I ett fall hade lönebidrag utgått för en arbetstagare som p.g.a. ålder ansågs svårplacerad på arbetsmarknaden. Däremot hade ingen part gjort gällande att arbetstagaren hade en nedsatt arbetsförmåga. AD kom fram till att det inte gick att tillämpa 23 § i det fallet.⁶⁴

⁵⁹ Lunning & Toijer, 2010, s. 640f.

⁶⁰ Bet. 1998/99:AU8, s. 13f och bet. 2000/01:AU4 s. 11f.

⁶¹ AD 2005 nr 32.

⁶² 23 § LAS.

⁶³ Lunning & Toijer, 2010, s. 663f.

⁶⁴ AD 1986 nr 158.

Regeln hindrar inte arbetsgivaren från att dra in särskilt anpassade tjänster i arbetsbristsituationer. Skyddet innebär endast att en särskilt anpassad tjänst, som får vara kvar i arbetsbristsituation, inte kan tas över av en annan arbetstagare.⁶⁵

Semidispositivitet

Avslutningsvis bör nämnas att turordningsreglerna i 22 § LAS är semidispositiva.⁶⁶ Det innebär att det är tillåtet att göra avsteg från reglerna i kollektivavtal. Arbetsgivaren kan således komma överens med den fackliga organisationen om att frångå turordningsreglerna i en arbetsbristsituation. Däremot kan arbetsgivaren inte sluta något sådant avtal med enskilda arbetstagare.⁶⁷ Undantag som görs i kollektivavtal får inte vara diskriminerande.⁶⁸ 23 § är inte semidispositiv utan är tvingande till arbetstagarens förmån.⁶⁹

2.2.1.2 Tillräckliga kvalifikationer

Om en arbetstagare bara kan erbjudas fortsatt arbete efter omplacering krävs att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det arbete hen kan erbjudas.⁷⁰ I förarbeten uttalas att arbetsgivaren inte får ställa högre krav än vad hen normalt ställer i nyanställningssituationer. Arbetsgivaren måste också tåla att arbetstagaren kan behöva en viss upplärningstid innan hen kan behärska sina nya arbetsuppgifter.⁷¹ De krav arbetsgivaren ställer upp inom ramen för tillräckliga kvalifikationer får inte stå i strid med diskrimineringslagstiftningen.⁷² AD har i ett stort antal fall haft att ta ställning till om en arbetstagare haft tillräckliga kvalifikationer. Inte enbart praxis angående 22 § och uppsägningar är relevant i det avseendet utan krav på tillräckliga kvalifikationer ställs även i samband med företrädesrätt till återanställning enligt 25 § och 25 a § LAS samt i samband med omplacering enligt 7 § LAS.⁷³ Jag har ingen ambition att här presentera någon fullständig redogörelse av praxis angående tillräckliga kvalifikationer. Däremot tänker jag nämna vissa viktiga slutsatser som AD kommit fram. I frågan om vilka krav som kan ställas på den som omplaceras till en, hos arbetsgivaren, nyinrättad tjänst kan det vara svårt att avgöra vad arbetsgivaren normalt kräver i en nyanställningssituation. Av vikt blir då vad som krävs för likartade tjänster på arbetsmarknaden i övrigt. Det utesluter emellertid inte

⁶⁵ Lunning & Toijer, 2010, s. 663f.

⁶⁶ 2 § LAS.

⁶⁷ Glavå, 2011, s. 85.

⁶⁸ Calleman, s. 288.

⁶⁹ Lunning & Toijer, 2010, s. 663f.

⁷⁰ 22 § 4 st LAS.

⁷¹ Prop. 1981/82:71, s. 56ff.

⁷² Calleman, 2000, s. 153.

⁷³ Lunning & Toijer, 2010, s. 508.

att hänsyn måste tas även till omständigheter i det aktuella fallet.⁷⁴ Bristande formella kvalifikationer kan ibland uppvägas av kvalifikationer av informell karaktär. Det kan t.ex. handla om att arbetstagaren saknar den formella utbildning som krävs för tjänsten, men att detta vägs upp av att tidigare erfarenhet av liknande arbetsuppgifter.⁷⁵ Arbetsgivaren kan även få ställa krav av mindre formell karaktär, t.ex. krav på arbetstagarens kreativitet och talang.⁷⁶ Det är också möjligt för arbetsgivaren att inom ramen för tillräckliga kvalifikationer uppställa krav på personlig lämplighet hos arbetstagaren.⁷⁷ I ett fall gällde det en uppsägning av en yrkeslärare som varit anställd under lång tid. Arbetsgivaren hade synpunkter på hans uppträdande och personliga lämplighet. Han sadades upp p.g.a. arbetsbrist och det var inte givet att hans bristande personliga egenskaper hade ansetts utgöra saklig grund för en uppsägning av personliga skäl. I frågan om omplacering kom AD ändå fram till att arbetsgivaren inte var skyldig att erbjuda honom ett nytt arbete då han p.g.a. sin bristande personliga lämplighet inte kunde anses ha tillräckliga kvalifikationer för en annan lärartjänst.⁷⁸ Sjukdom eller bristande fysisk kapacitet till följd av t.ex. funktionshinder kan leda till att en arbetstagare inte anses ha tillräckliga kvalifikationer.⁷⁹ AD konstaterade att en epilepsisjuk arbetstagare inte uppfyllde kravet på tillräckliga kvalifikationer för en tjänst om försäljningschef eftersom tjänsten medförde ansträngande utlandsresor.⁸⁰ Däremot ska det faktum att en arbetstagare till följd av sjukdom har lägre arbetstakt eller högre frånvaro från arbetet i normalfallet inte påverka om hen anses ha tillräckliga kvalifikationer. Det kan dock finnas undantag när det är rimligt att ställa krav på t.ex. en viss kroppsstyrka.⁸¹

2.2.2 Uppsägning av personliga skäl

Ofta är det tämligen enkelt att avgöra vilken typ av uppsägning det rör sig om. I många fall är det uppenbart att uppsägningen är hänförlig till arbetstagaren personligen, t.ex. om arbetstagaren har misskött sig genom att stjäla från arbetsplatsen. I andra fall är omständigheterna mer svårbedömda. AD har uttalat att en uppsägning ska anses grundad på personliga skäl så länge det inte är styrkt att det rör sig om en uppsägning p.g.a. arbetsbrist.⁸² Att sjukdom och funktionshinder hos arbetstagaren är hänförligt till arbetstagaren personligen råder det inga tvivel om.⁸³

⁷⁴ AD 1986 nr 58.

⁷⁵ Edström, 2001, s. 152.

⁷⁶ AD 1996 nr 42.

⁷⁷ Lunning & Toijer, 2010, 508f.

⁷⁸ AD 1995 nr 2.

⁷⁹ Calleman, 2000, s. 177f.

⁸⁰ AD 1977 nr 64.

⁸¹ AD 1984 nr 144 och AD 1996 nr 5.

⁸² AD 1975 nr 38.

⁸³ Iseskog, 2011, s. 171ff.

2.2.2.1 Personliga skäl i form av sjukdom och funktionshinder

I propositionen till 1974 års lag om anställningsskydd anges att huvudregeln bör vara att nedsatt arbetsförmåga till följd av ålder, sjukdom och dylikt inte utgör saklig grund för uppsägning. Istället bör sådana fall leda till att arbetsgivaren vidtar åtgärder för att underlätta för arbetstagaren, t.ex. genom arbetshjälpmedel eller genom att ge arbetstagaren mindre betungande arbetsuppgifter. Först om arbetsförmågan är så pass nedsatt att arbetstagaren inte längre kan utföra arbete av någon betydelse för arbetsgivaren föreligger saklig grund för uppsägning. I dessa fall krävs att det är fråga om en stadigvarande nedsättning av arbetsförmågan.⁸⁴ Propositionen till nuvarande LAS hänvisar till den tidigare propositionen när det gäller innebörden av saklig grund och uppsägning p.g.a. sjukdom eller funktionshinder.⁸⁵

Det finns ett flertal rättsfall från AD som bekräftar den bild som ges i förarbetena. AD upprepar gång på gång att varaktigt nedsatt arbetsförmåga till följd av ålder, sjukdom eller skada är saklig grund för uppsägning först om arbetstagaren inte kan utföra arbete av någon betydelse för arbetsgivaren.⁸⁶ Rättsläget är på den punkten tämligen klart sedan en lång tid tillbaka. Att det förhåller sig så bekräftas av att den litteratur som finns på området, såväl äldre som nyare, ger en samstämmig bild av den rättsliga regleringen. Däremot är det inte alldeles klart vad det innebär att arbetstagaren inte längre kan utföra arbete av någon betydelse.⁸⁷

2.2.2.2 Omplacering, arbetsanpassning och rehabilitering

Som tidigare nämnt är en uppsägning inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren ett annat arbete hos sig.⁸⁸ För att avgöra om arbetstagaren kan utföra något arbete av betydelse hos arbetsgivaren är det centralt att undersöka om arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter angående rehabilitering och arbetsanpassning. Regler om detta återfinns utanför LAS, bl.a. i AML.⁸⁹ AML är en ramlag med allmänt hållna bestämmelser. Lagen kompletteras av AMF, en förordning som utfärdats av regeringen, och av arbetsmiljöföreskrifter som utfärdats av Arbetsmiljöverket.⁹⁰

⁸⁴ Prop. 1973:129, s. 126f.

⁸⁵ Prop. 1981/82:71, s. 64ff.

⁸⁶ AD 1978 nr 139, AD 1979 nr 67, AD 1987 nr 164, AD 1999 nr 10, AD 2001 nr 92, AD 2002 nr 32 och AD 2006 nr 57.

⁸⁷ Se t.ex. Numhauser-Henning, 1988, s. 27ff, Inghammar, 2007, s. 119ff, Bylund m.fl., 2011, s. 119ff, Lunning & Toijer, 2010, s. 466ff och Weihe & Dalekant, *Lag om anställningsskydd (1 oktober 2013)*, kommentar till 7 §.

⁸⁸ 7 § 2 st LAS.

⁸⁹ Inghammar, 2007, s. 119.

⁹⁰ Blyme, *Arbetsmiljölagen (1 juli 2013)*, inledande kommentar till hela lagen.

I början av 1990-talet genomfördes omfattande förändringar av AML. Bakgrunden var att lagstiftaren såg ett behov att förbättra arbetsmiljön för arbetstagare. Det påpekades att arbetsmiljoreglerna behövde anpassas i syfte att minska de klasskillnader som fanns när det gällde arbetstagares hälsa. Det pekades på att i många arbetarklassyrken, särskilt kvinnodominerade, fanns påtagliga arbetsmiljöproblem.⁹¹ I samband med lagändringen ändrades reglerna om arbetsanpassning och rehabilitering med följderna att arbetsgivarna fick ett vidgat ansvar. I propositionen uttalades att det givetvis innebar att även arbetsgivarens omplaceringsskyldighet påverkades. Det slogs också fast att bedömningen av vad som utgör saklig grund för uppsägning kunde komma att påverkas.⁹²

AML anger att arbetsgivaren har ett ansvar för arbetsmiljön. Det innebär bl.a. att arbetsförhållandena ska anpassas till att människor har olika fysiska och psykiska förutsättningar.⁹³ Vidare är arbetsgivaren skyldig att ha en organisation för arbetsanpassning och rehabilitering samt fullgöra det rehabiliteringsansvar som åläggs arbetsgivaren i 30 kap SFB.⁹⁴ Arbetsgivaren är skyldig att anpassa arbetet till arbetstagarnas särskilda förutsättningar. När arbetet planeras ska arbetsgivaren ta hänsyn till att människor har olika förutsättningar att utföra arbetet.⁹⁵ Det innebär att arbetsgivaren måste ta hänsyn till att det är vanligt att arbetstagare har någon form av arbetshandikapp. Det kan inte krävas att arbetet, i alla lägen, anpassas till varje enskild individ, men arbetsgivaren ska sträva efter en arbetsmiljö som inte utestänger arbetshandikappade i onödan.⁹⁶

Vad arbetsgivarens rehabiliterings- och arbetsanpassningsansvar samt omplaceringsskyldighet innebär i praktiken har utvecklats i praxis. AD har prövat frågan i ett stort antal fall som rör uppsägning p.g.a. skada, sjukdom eller dylikt. Jag kommer till en början inte att redogöra för de faktiska omständigheter som ligger till grund för rättsfallen. Istället är ambitionen att, genom att peka på vissa utvalda fall, skapa en grundläggande förståelse för vilka faktorer som tillmäts betydelse vid AD:s bedömning och vilka generella principer som slagits fast.

AD har, som tidigare nämnts, uttalat att skada, sjukdom eller dylikt inte per definition utgör saklig grund för uppsägning. Istället bör en sådan nedsättning av en arbetstagares arbetsförmåga resultera i att arbetsgivaren försöker underlätta arbetet för arbetstagaren. Det kan ske t.ex. genom att arbetstagaren får tillgång till någon form av arbetshjälpmiddel eller genom att arbetstagaren förflyttas till ett mindre krävande arbete.⁹⁷ Arbetsgivaren är inte tvungen att genomföra hur långtgående åtgärder som helst. Begränsningen av arbetsgivarens ansvar består av en skälighetsbedömning.

⁹¹ Prop. 1990/91:140, s. 22ff.

⁹² Prop. 1990/91:140, s. 52f.

⁹³ 2 kap. 1 § AML.

⁹⁴ 3 kap. 2a § 3 st AML.

⁹⁵ 3 kap. 3 § 2 st AML.

⁹⁶ Gullberg & Rundqvist, 2013, s 124ff.

⁹⁷ AD 1987 nr 164.

Vad som anses skäligt att kräva av arbetsgivaren beror på omständigheterna i det enskilda fallet.⁹⁸

Det står klart att arbetsgivaren kan bli tvungen att tåla en viss påverkan på verksamheten.⁹⁹ Arbetsgivarens ansvar omfattar inte bara arbetstagarens befintliga anställning utan det måste undersökas om arbetsgivaren kan erbjuda arbetstagaren någon annan sysselsättning inom ramen för verksamheten. Arbetsgivaren är däremot inte skyldig att rehabilitera arbetstagaren mot hela arbetsmarknaden. Det innebär att rehabiliteringsåtgärder som inte syftar till att arbetstagaren ska kunna återgå i arbete hos arbetsgivaren faller utanför ansvarsområdet. Arbetsgivaren är inte heller skyldig att skapa nya tjänster eller utöka sitt verksamhetsområde.¹⁰⁰ AD har gett arbetsgivaren ett relativt stort utrymme att själv välja hur verksamheten ska utformas. De omorganisationer och anpassningar som arbetsgivaren måste tåla är de som ligger nära den lösning som arbetsgivaren själv föredrar.¹⁰¹

Dessa krav är generella och gäller för alla arbetsgivare. Även små arbetsgivare har således ett ansvar för sina arbetstagare. Däremot är arbetsplatsens storlek en sådan omständighet som kan påverka bedömningen. En arbetsgivare med en liten verksamhet har många gånger mindre möjligheter att finna nya arbetsuppgifter åt en arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga. I ett fall med ett företag som hade fem anställda elektriker i en av sina filialer ansåg AD att det inte var rimligt att kräva att lättare arbetsuppgifter sorterades ut åt två arbetsskadade elektriker. En sådan omorganisation skulle enligt AD medföra stora praktiska problem för företaget. Dessutom skulle belastningen på de övriga arbetstagarna bli för stor, eftersom de skulle bli tvungna att utföra en större andel tunga arbetsuppgifter.¹⁰² Även i en mindre organisation kan det dock bli aktuellt att omfördela arbetsuppgifter. I ett fall arbetade en astmasjuk fastighetsskötare med städning under 10 % av sin arbetstid. Till följd av sin sjukdom klarade han inte av att utföra städuppgifterna. I samma område arbetade ytterligare fyra fastighetsskötare, varav en på halvtid. AD konstaterade att det visserligen var en relativt liten arbetsplats, men att problemet kunde åtgärdas med en relativt liten omfördelning av arbetsuppgifterna. Det ansågs inte oskäligt att kräva att den astmasjuka arbetstagarens fyra städtimmar per vecka delades upp på de övriga tre och en halv tjänsterna.¹⁰³

Vidare kan det vara av betydelse om arbetstagaren samarbetat med arbetsgivaren för att hitta en lämplig lösning. T.ex. om arbetstagaren vägrar medverka i en skälig rehabiliteringsåtgärd hos arbetsgivaren kan det resultera i att arbetsgivaren anses ha fullgjort sin

⁹⁸ AD 1999 nr 10.

⁹⁹ AD 1991 nr 27

¹⁰⁰ AD 1993 nr 42 och AD 2006 nr 83.

¹⁰¹ AD 2011 nr 41.

¹⁰² AD 1993 nr 42.

¹⁰³ AD 2001 nr 92.

rehabiliteringsskyldighet.¹⁰⁴ Under alla omständigheter krävs det dock att arbetsgivaren gjort en noggrann utredning av möjligheterna till omplacering, rehabilitering och arbetsanpassning.¹⁰⁵ Om det råder osäkerhet kring huruvida arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter så går det ut över arbetsgivaren.¹⁰⁶

Om arbetsgivaren lyckas visa att det gjorts en noggrann utredning i syfte att försöka finna en lämplig tjänst för den sjuke arbetstagaren, men utan resultat, anses arbetsgivaren ha fullgjort sina skyldigheter. I sådana fall utgör reglerna om anpassning, omplacering och rehabilitering inget hinder för en sakligt grundad uppsägning.¹⁰⁷

Det kan även nämnas att EU-rätten innehåller regler om arbetsmiljö, bl.a. genom direktiv 89/391/EEG. Direktivet anger minimiregler i syfte att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet.¹⁰⁸ Bestämmelserna i direktivet är allmänt hållna. De kompletteras av ytterligare direktiv med mer detaljerad reglering av specifika områden.¹⁰⁹ De nu nämnda EU-reglerna har inte föranlett några genomgripande förändringar av arbetsmiljöreglerna i svensk rätt.¹¹⁰

I den nu gjorda redogörelsen har jag försökt säga något allmänt om hur den rättsliga bedömningen görs angående om arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter. En sådan genomgång av vad som gäller generellt ger förhoppningsvis en grundläggande uppfattning av vad som kan krävas av arbetsgivaren. Eftersom bedömningen är så pass beroende av omständigheterna i de enskilda fallen är det min uppfattning att det inte är tillräckligt att säga vad som gäller generellt. För att skapa en tydligare bild av reglernas innebörd kommer jag därför lyfta fram två fall och de omständigheter som förelegat i dessa.

AD 2007 nr 12

Rättsfallet handlar om arbetstagaren T.B. som efter en längre tids sjukskrivning blev uppsagd från sitt arbete hos Posten. Posten motiverade uppsägningen med att T.B., p.g.a. medicinska problem, varaktigt saknade förmåga att utföra arbete av någon betydelse för arbetsgivaren. Tvist uppkom om huruvida uppsägningen var sakligt grundad. Avgörande blev om Posten hade fullgjort sina skyldigheter avseende rehabilitering och omplacering.

T.B:s medicinska problem bestod i värk i handleder och underarmar samt domningar och svaghet i främst höger handled och underarm. Värken

¹⁰⁴ AD 1993 nr 96.

¹⁰⁵ AD 1999 nr 10.

¹⁰⁶ AD 1998 nr 13.

¹⁰⁷ AD 2007 nr 12.

¹⁰⁸ Dir. 89/391/EEG.

¹⁰⁹ Barnard, 2012, s. 511f.

¹¹⁰ Nyström, 2011, s. 342.

förvärrades vid fysisk belastningen. Problemen var orsakade av det arbete T.B. utfört hos Posten där hon under hela arbetspass ägnat sig åt upprepade lyft och luftning av reklambuntar. För att komma tillrätta med problemen hade Posten bekostat hjälpmedel och behandling i form av sjukgymnastik, akupunktur, smärtstillande medicinering, användande av handledsbandage, handledsskydd och smärtblockeringsapparat. Trots dessa åtgärder bestod de medicinska problemen. Av läkarintyg från företagsläkaren framgick att det inte var lämpligt för T.B. att återgå till det fysiskt betungande arbetet hon tidigare haft. Deltidsarbete ansågs inte vara en lösning för att möjliggöra för T.B. att komma tillbaka, tvärtom fanns en risk att deltidarbete skulle förvärra hennes besvär. Vid tiden för uppsägningen hade T.B. varit sjukskriven på heltid i cirka tre år. Företagsläkaren bedömde att det inte var troligt att T.B. skulle tillfriskna från sina besvär. Läkarens bedömning var att allt arbete som kunde vara aktuellt hos Posten var olämpligt då det skulle belasta armar, nacke och axlar. Företagsläkaren gjorde bedömningen att T.B. i ett annat lämpligt arbete hade en arbetsförmåga på 50 procent.

Posten hänvisade till att företaget sedan lång tid tillbaka arbetade för att förebygga arbetsskador och ta hand om de arbetstagare som trots allt drabbades av arbetsskador. Det lyftes fram att det genomförts en rehabiliteringsutredning i syfte att undersöka möjligheterna för T.B. att återgå i arbete. AD konstaterade att det inte fanns någon anledning att rikta kritik mot hur arbetsgivaren genomfört rehabiliteringsutredningen. Istället prövade domstolen om de slutsatser som dragits utifrån utredningen varit korrekta, d.v.s. om Posten kunde anses ha fullgjort sina skyldigheter gällande arbetsanpassning, rehabilitering och omplacering.

Arbetstagar sidan hävdade att det hade varit möjligt att anpassa arbetet efter T.B:s förutsättningar. Detta hade kunnat genomföras genom att arbetsuppgifter, som inte var så fysiskt betungande, sorterades ut till henne. Posten menade att en sådan en omorganisation inte var lämplig. Dels ansågs det strida mot Postens principer om arbetsrotation och därigenom öka belastningen på övriga arbetstagare, dels skulle det ändå innebära att T.B. var tvungen att utföra någon typ av fysiskt betungande arbete som hon antagligen inte skulle klara av. AD gick på arbetsgivarens linje. Domstolen menade att med tanke på T.B:s medicinska problem och hur arbetet var organiserat hade arbetsgivaren gjort vad som kunde krävas för att hitta en fungerande lösning. Att någon sådan lösning inte gick att finna kunde inte arbetsgivaren lastas för. Det kan noteras att AD nöjer sig med att i allmänna ordalag konstatera att Postens har en tillräckligt god rehabiliteringsverksamhet. Det tycks räcka att arbetsgivaren visar att det finns en verksamhet för att ta hand om arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga och att denna verksamhet framstår som ändamålsenlig. Domstolen går inte in och gör någon närmare bedömning av om Posten hittat en lämplig lösning eller av omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. diskuteras inte vad det skulle ha kostat att ordna en anpassad tjänst till T.B.

Från arbetstagar sidan gjordes det även gällande att Posten borde låtit T.B. arbetsträna. Genom att inte låta henne arbetsträna hade Posten underlåtit att fullgöra sin rehabiliteringsskyldighet. Posten invände att möjligheten att erbjuda arbetsträning för T.B. hade övervägts, men då läkare bedömde att T.B. inte skulle kunna komma tillbaka till sitt tidigare arbete ansågs arbetsträning inte meningsfullt. Även på denna punkt gick AD på arbetsgivarens linje. Det ansågs visat att den arbetsträning som hade kunnat bli aktuell inte hade kunnat resultera i att T.B. kunnat återgå till arbete hos Posten. Någon skyldighet att rehabilitera T.B. mot den övriga arbetsmarknaden fanns inte.

Arbetstagar sidan hade även argumenterat för att Posten inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Det hade framförts att en sådan stor arbetsgivare vid en heltäckande utredning borde kunnat hitta en lämplig anställning till T.B. Posten invände att det gjorts upprepade försök att hitta ett arbete som T.B. kunde omplaceras till. Dessa undersökningar hade omfattat arbetsställen i hela landet samt arbeten hos andra bolag inom samma koncern. Därutöver hade Posten erbjudit T.B. en plats i en verksamhet som kallades Posten Omstart. Posten Omstart var en verksamhet för långtidssjukskrivna arbetstagare som inte kunde omplaceras inom Posten och där rehabiliteringsansvaret var uppfyllt. En plats hos Posten Omstart innebar att den anställde ges full lön under ett år och under det året ges möjlighet, genom t.ex. utbildning och yrkesvägledning, kvalificera sig för ett arbete utanför Posten. Posten Omstart var inte en omplacering i den mening som avses i LAS, men innebar en möjlighet för långtidssjukskrivna arbetstagare att komma tillbaka till arbetslivet. T.B. hade avböjt en plats i denna verksamhet. AD:s slutsats blev att det inte var visat att det funnits något arbete hos arbetsgivaren som T.B. kunnat omplaceras till. Posten ansågs därför ha fullgjort sin omplaceringsskyldighet.

AD ansåg således Posten fullgjort samtliga skyldigheter avseende arbetsanpassning, rehabilitering och omplacering. Mot den bakgrunden menade domstolen att uppsägningen var sakligt grundad.

AD 2011 nr 41

I rättsfallet hade arbetstagar en T.M. sedan 2003 varit anställd som husfruassistent inom arbetsgivarens hotellverksamhet. Tjänsten som husfruassistent bestod i att inventera och beställa varor, utföra vissa administrativa arbetsuppgifter, vara hotellvärdinna och organisera lokalvården.

T.M. hade flera hälsoproblem som påverkade hennes arbetsförmåga. Hon hade problem med handledarna, hade dammallergi, led av ryggsmärtor och var drabbad av sömnbesvär. Sammantaget resulterade hennes hälsoproblem i att hon inte klarade av fysiskt betungande arbetsuppgifter.

I samband med en omorganisation 2009 rationaliserades tjänsten som husfruassistent bort. T.M:s tjänst bestod därefter främst av

lokalvårdsuppgifter som hon inte klarade av p.g.a. den fysiska belastning dessa uppgifter medförde. De arbetsuppgifter T.M. tidigare hade haft fanns kvar inom verksamheten, men inte samlade i en tjänst som husfruassistent. Efter omorganisationen förväntades det dessutom att all personal kunde rycka in och hjälpa till med fysiskt betungande arbetsuppgifter, såsom städning, frukostservering och möblering.

Arbetsgivaren menade att efter omorganisationen kunde T.M. inte längre utföra arbete av någon betydelse för bolaget. Hon sades därför upp av personliga skäl. Fråga uppstod angående huruvida arbetsgivaren fullgjort sin omplaceringsskyldighet.

Den aktuella arbetsgivaren bedrev en omfattande hotellverksamhet med flera tusen anställda. Arbetsgivaren hade dock gjort gällande att trots verksamhetens storlek och antalet anställda fanns det begränsade möjligheter att omplacera T.M. Detta motiverades med att varje hotell utgjorde en egen resultatenhet och arbetsuppgifterna på de olika hotellen var likartade.

AD slog fast att med hänsyn till hur bolagets verksamhet var organiserad fanns det inget arbete att omplacera T.M. till. Domstolen gick inte in och gjorde någon närmare prövning av om bolagets organisation var rimlig. Samtliga tjänster, utom de som T.M. inte hade den formella utbildningen för, innehöll efter omorganisationen den typen av fysisk belastning som T.M. inte klarade av. AD konstaterade att den rehabiliteringsutredning som arbetsgivaren låtit göra var tillräcklig. I den hade det konstaterats att T.M:s besvär var varaktiga och att rehabilitering inte skulle kunna hjälpa henne att komma tillbaka i arbete hos arbetsgivaren. Resultatet blev att uppsägningen av T.M. ansågs vara sakligt grundad.

2.2.3 Splittrad motivbild

Det är inte uteslutet att det kan föreligga både personliga skäl och arbetsbrist. I en sådan situation kan det vara motiverat att utreda om det möjligen kan röra sig om en fingerad arbetsbrist. Det räcker inte med att fastställa att det föreligger personliga skäl. Även om personliga skäl föreligger ska det betraktas som en arbetsbristuppsägning om arbetsgivaren, utöver de personliga skälen, lyckas påvisa en äkta arbetsbrist. Den avgörande frågan blir om uppsägningen skulle ha företagits även om de personliga skälen inte förelåg.¹¹¹ AD har i ett flertal rättsfall bekräftat att om det har konstaterats att verklig arbetsbrist föreligger saknar det betydelse om det därutöver funnits personliga skäl för uppsägningen.¹¹²

¹¹¹ AD 2000 nr 31.

¹¹² AD 1986 nr 158, AD 1987 nr 34, AD 1988 nr 32, AD 1995 nr 149, AD 2000 nr 18, AD 2000 nr 35, AD 2005 nr 53 och AD 2006 nr 68.

AD 2000 nr 18

B.W. anställdes som kreditchef hos Citroën Sverige AB den 1 juli 1998. Han arbetade ett par veckor och gick därefter på semester. Under semestern drabbades B.W. av en djup depression och blev till följd av sjukdomen inlagd på sjukhus. Hans läkare sjukskrev honom till och med den 20 december 1998. Under hösten 1998 beslutade arbetsgivaren att genomföra en omorganisation. Omorganisationen genomfördes i januari 1999. Som ett led i omorganisationen blev B.W. uppsagd p.g.a. arbetsbrist. Arbetstagens sida gjorde gällande att det rörde sig om fingerad arbetsbrist och att det egentliga skälet till uppsägningen var B.W:s sjukdom. Arbetstagens sida lyfte fram att en representant för arbetsgivaren hade varit i kontakt med B.W. under dennes sjukskrivning. Vid kontakten hade det framkommit att arbetsgivaren inte trodde att B.W. skulle kunna komma tillbaka till tjänsten som kreditchef. Arbetsgivaren menade att det inte var möjligt att orka med den ansvarsfyllda befattningen som kreditchef efter en djup depression.

Arbetsgivaren däremot menade att det förelåg en äkta arbetsbristsituation. Till stöd för detta åberopades att bolaget förlorat generalagenturen för bilmärket Peugeot. Till följd av detta blev det nödvändigt att se över bolagets organisation. Vid den omorganisation som följde rationaliserades tjänsten som kreditchef bort.

AD tog upp det faktum att en representant för arbetsgivaren uttalat att det inte var troligt att B.W. skulle kunna komma tillbaka till tjänsten som kreditchef. AD menade att det talade för arbetstagens sida's uppfattning att uppsägningen var grundad på skäl som var hänförliga till B.W. personligen. Domstolen konstaterade att om det kunde visas att en äkta arbetsbristsituation förelåg saknade det betydelse om det därutöver fanns personliga skäl. Mot den bakgrunden kom domstolen att formulera följande rader:

”Frågan är då om den senare omorganisationen skulle ha genomförts även om inte B.W.¹¹³ blivit sjuk eller om det enda syftet med den varit att det dölja det verkliga skälet bakom uppsägningen, nämligen B.W:s sjukdom.”¹¹⁴

När domstolen sedan tog ställning till om det förelegat skäl som inte var hänförliga till B.W. personligen beaktades att bolaget förlorat agenturen för Peugeot och att en omorganisation därför hade blivit nödvändig. AD konstaterade att det sätt bolaget valt att omorganisera sin verksamhet framstod som ändamålsenligt. Vidare uttalades att det inte var domstolens uppgift att gå in och pröva om den valda lösningen varit det mest lämpliga sättet att hantera den uppkomna situationen. Slutsatsen blev att det fanns verksamhetsrelaterade skäl till uppsägningen som inte var hänförliga till

¹¹³ I citatet har jag valt att anonymisera arbetstagen genom att ersätta förnamn med enbart initial.

¹¹⁴ AD 2000 nr 18.

B.W. personligen, d.v.s. att en äkta arbetsbrist förelåg. Om det därutöver fanns personliga skäl till att säga upp B.W. saknade då betydelse.

3 Diskrimineringsrätt

Diskrimineringsrätt är ett relativt nytt rättsområde. Den första rättsliga regleringen på området dök upp i USA efter andra världskriget. Därefter har förbud mot diskriminering spridit sig till andra rättsordningar.¹¹⁵ För svenskt vidkommande är EU-rätten central på diskrimineringsområdet. Inledningsvis tog EU:s förbud mot diskriminering sikte på diskrimineringsgrunderna kön och nationalitet. Först i början av 2000-talet infördes förbud mot diskriminering p.g.a. funktionshinder, etnicitet, religion, sexuell läggning och ålder.¹¹⁶ I den svenska nationella rätten utökades diskrimineringslagstiftningen kraftigt under 1990-talet, bl.a. genom att funktionshinder 1999 för första gången blev en skyddad diskrimineringsgrund. Utvecklingen har sedan fortsatt under 2000-talet. I stor utsträckning har den nya lagstiftningen syftat till att uppfylla EU-rättens krav på den nationella lagstiftningen.¹¹⁷

Syftet med diskrimineringsrätten är att ge individen ett skydd mot orättvis behandling. Den enskilda individen ska ges möjlighet att utveckla sin talang och förmåga utan att begränsas av sitt kön, sin etnicitet, sitt eventuella funktionshinder o.s.v. Förbudet mot diskriminering är nära sammankopplat med en strävan efter jämlikhet där målsättningen är att komma tillrätta med att vissa grupper i samhället är underordnade andra grupper.¹¹⁸ Diskrimineringslagstiftningen syftar således till att skydda individen, men också till att komma tillrätta med strukturella problem. Även om det finns en ambition att komma tillrätta med strukturella samhällsproblem är rätten att skyddas mot diskriminering en mänsklig rättighet som tillkommer den enskilda individen.¹¹⁹

Generellt kan sägas att skyddet för mänskliga rättigheter av tradition inte haft någon stark ställning i den svenska rättsordningen. I samband med Sveriges EU-inträde 1995 blev det nödvändigt att stärka skyddet för de mänskliga rättigheterna i svensk rätt.¹²⁰

Diskrimineringsrätten är ett område där det blivit tydligt att fokus på individen och dennes rättigheter inte varit självklart i svensk rätt. Införlivandet av diskrimineringsrättsliga bestämmelser har inte varit oproblematiskt för den svenska arbetsrätten. Den svenska arbetsrätten har av tradition ett tydligt kollektivt fokus¹²¹ vilket inneburit utmaningar när diskrimineringsrättsliga bestämmelser med individfokus har införlivats i svensk arbetsrätt.¹²² Införandet av diskrimineringsförbud i den svenska

¹¹⁵ Numhauser-Henning, 2010, s. 13.

¹¹⁶ Ellis & Watson, 2012, s. 1f.

¹¹⁷ Glavå, 2011, s. 45ff.

¹¹⁸ Burri & Prechal, 2009, s. 215f.

¹¹⁹ Fransson & Norberg, 2007, s 9ff.

¹²⁰ Mulder, 2012, s. 39.

¹²¹ Se min inledning till avsnitt 2.

¹²² Nyström, 2012, s. 12.

arbetsrätten har därigenom medfört ett avsteg från det kollektiva synsätt som annars präglat arbetsrätten och inneburit att den enskilda arbetstagaren fått en stärkt ställning.¹²³

När det gäller svensk lagstiftning framgår det av RF att det allmänna ska motverka diskriminering av den enskilda individen.¹²⁴ Bestämmelsen omfattar alla, men i förarbeten framhålls att den torde få störst betydelse för de individer som tillhör utsatta grupper i samhället.¹²⁵

Förbudet mot diskriminering preciseras i DL. Där anges att diskriminering är förbjudet under förutsättning att det finns ett samband med någon av lagens sju diskrimineringsgrunder. En av dessa diskrimineringsgrunder är funktionshinder.¹²⁶ I propositionen till DL poängteras att det är en mänsklig rättighet att skyddas mot diskriminering. Förbudet mot diskriminering anses utgöra ett led i strävandet mot den mångfald och tolerans som bör prägla ett demokratiskt samhälle. DL ska ses som ett redskap i detta arbete som ytterst handlar om att värna principen om alla människors lika värde.¹²⁷ DL trädde i kraft 1 januari 2009 och ersatte ett flertal diskrimineringslagar, bl.a. FUDA som förbjöd diskriminering av funktionshindrade i arbetslivet.¹²⁸

På EU-rättens område återfinns förbud mot diskriminering av bl.a. funktionshinder i arbetslivsdirektivet¹²⁹. Syftet med direktivet är att skapa en allmän ram för att bekämpa diskriminering i arbetslivet.¹³⁰ Genom införandet av DL införlivades arbetslivsdirektivet i svensk rätt.¹³¹

3.1 Principiella utgångspunkter för diskrimineringsrätten

I det föregående avsnittet framgår att EU-rätten är central för den svenska diskrimineringsrätten. Flera av de principer som tillämpas inom EU-rätten innebär avsteg från hur den svenska rättstillämpningen traditionellt sett varit utformad.¹³² Det är därför viktigt att förstå hur EU-rätten förhåller sig till nationell rätt och vilka principer som styr tillämpningen av EU-rättsliga bestämmelser.

¹²³ Fahlbeck & Mulder, 2009, s. 26.

¹²⁴ 1 kap. 2 § 5 p. RF.

¹²⁵ Prop. 2001/02:72, s. 49.

¹²⁶ 1 kap. 1 § DL.

¹²⁷ Prop. 2007/08:95, s. 79.

¹²⁸ Persson Härneskog, *Diskrimineringslag (1 juli 2013)*, inledande kommentar till hela lagen.

¹²⁹ Dir. 2000/78/EG.

¹³⁰ Art. 1 dir. 2000/78/EG.

¹³¹ Persson Härneskog, *Diskrimineringslag (1 juli 2013)*, inledande kommentar till hela lagen.

¹³² Abrahamsson, 1999, s. 833ff.

När det gäller EU-rätten är den omfattande rättspraxis som finns från EU-domstolen central. Domstolen har en stark, självständig ställning och ligger bakom flera viktiga principer inom unionsrätten.¹³³ EU-domstolen tillämpar en teleologisk tolkningsmodell i mycket högre utsträckning än vad som traditionellt gjorts i svenska domstolar. Tolkningsmodellen kännetecknas av ett friare förhållningssätt till lagtexten.¹³⁴ Tolkningsmodellen kan också beskrivas som ändamålsenlig i den betydelsen att domstolen tar hänsyn till vilka bakomliggande syften en viss rättsregel är avsedd att förverkliga. Därför blir EU-rättens grundläggande mål och dess allmänna principer viktiga för tolkningen av enskilda rättsregler. Genom användandet av den teleologiska tolkningsmodellen försöker domstolen finna en rättslig lösning som verkligen bidrar till att rättsregelns syfte förverkligas.¹³⁵

EU-rätten utgör en del av rättsordningen i varje enskild medlemsstat. Det innebär att EU-rätten är en del av den svenska rätten. Att EU-rätten är en del av den nationella rätten hindrar inte att det kan uppkomma situationer då EU-rättsliga bestämmelser står i strid med nationella rättsregler.¹³⁶ Frågan uppkommer då hur en sådan regelkonflikt ska lösas. I ett klassiskt rättsfall slog EU-domstolen fast att medlemsstaterna genom att gå med i unionen har gett upp vissa delar av sin suveränitet. Det innebär att medlemsstaterna är bundna av EU-rätten och att EU-rätten har företräde framför nationella bestämmelser.¹³⁷ EU-domstolens princip om EU-rättens företräde har sedan dess haft en stark ställning och har kommit att kodifierats i förklaring nr 17 till Lissabonfördraget.¹³⁸

Vissa EU-rättsliga bestämmelser har s.k. direkt effekt. Det innebär att de kan åberopas i domstol även om de inte införlivats i den nationella rättsordningen. För att en bestämmelse ska ha direkt effekt krävs att den är ovillkorlig, att eventuella övergångsperioder har löpt ut samt att regelns innebörd är klar och precis. Vidare skiljer man på vertikal direkt effekt och horisontell direkt effekt. Det förstnämnda omfattar de fall där enskilda, med hjälp av EU-rättsliga bestämmelser, kan utkräva rättigheter gentemot staten. Horisontell direkt effekt innebär att en enskild kan åberopa EU-rätten gentemot en annan enskild part. Båda typerna av direkt effekt förekommer, men vertikal direkt effekt förekommer i större utsträckning.¹³⁹ EU-domstolen har uttalat att inte bara fördragsbestämmelser, utan även bestämmelser i direktiv, kan ha direkt effekt.¹⁴⁰ Det har motiverats med att det vore olämpligt om en medlemsstat, gentemot en enskild motpart, kan tjäna på sin egen underlåtenhet att införliva EU-rättsliga direktiv.¹⁴¹ Direktiv kan dock bara ha vertikal direkt effekt, inte horisontell.¹⁴²

¹³³ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 35.

¹³⁴ Abrahamsson, 1999, s.833ff.

¹³⁵ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 37.

¹³⁶ Bernitz & Kjellgren, 2010, 75ff.

¹³⁷ Mål 6/64 Costa.

¹³⁸ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 75.

¹³⁹ Ellis & Watson, 2012, s. 54ff.

¹⁴⁰ Se t.ex. mål 41/74 Van Durny och mål 148/78 Ratti.

¹⁴¹ Bernitz & Kjellgren, 2010, 83ff.

¹⁴² Se t.ex. mål C-91/92 Faccini Dori.

Det bör också nämnas att medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa en direktivkonformtolkning. Domstolar är därigenom skyldiga att tolka nationella bestämmelser i ljuset av EU-rätten, även om de EU-rättsliga bestämmelserna inte är sådana som har direkt effekt. Detta gäller även vid tvister mellan enskilda. De enskilda parterna kan därför inte enbart ta hänsyn till vad som sägs i de nationella rättskällorna utan måste även beakta EU-rättsliga rättskällor, som t.ex. praxis från EU-domstolen.¹⁴³

På arbetsrättens område är kompetensen delad mellan EU och medlemsstaterna.¹⁴⁴ Delad kompetens innebär att medlemsstaterna har gett upp en del av sin suveränitet vilket fått till följd att EU har kompetens att besluta på området. De enskilda medlemsstaterna har rätt att själva utforma den rättsliga regleringen i den mån EU valt att inte utnyttja sin kompetens. I de delar EU har tagit sin kompetens i anspråk är medlemsstaterna förpliktigade att följa EU-rätten.¹⁴⁵ Inträdet i EU har krävt en rad anpassningar av den svenska arbetsrätten. En stor del av dessa förändringar har utgjorts av införandet av diskrimineringsrättsliga bestämmelser. Idag är de flesta diskrimineringsrättsliga direktiven införlivade i svensk rätt genom DL.¹⁴⁶

3.2 Definition av funktionshinder

Med funktionshinder avses varaktiga nedsättningar av arbetsförmågan av fysisk, psykisk eller begåvningsmässig karaktär. Både medfödda nedsättningar, nedsättningar som uppkommit senare i livet och nedsättningar som kan komma att uppstå omfattas.¹⁴⁷ En persons sjukdom kan medföra att hen anses ha ett funktionshinder.¹⁴⁸ Det går däremot inte att sätta något likhetstecken mellan funktionshinder och sjukdom. Sjukdom anses utgöra ett funktionshinder först om den medför en varaktig nedsättning av arbetsförmågan. Om en arbetstagare blir uppsagd p.g.a. en sjukdom som inte anses utgöra ett funktionshinder får uppsägningen prövas enligt de ”vanliga” uppsägningsreglerna i LAS.¹⁴⁹ Även EU-domstolen har uttalat att en person som har nedsatt arbetsförmåga till följd av sjukdom inte per definition anses ha ett funktionshinder.¹⁵⁰ En sjukdom som förväntas leda till nedsatt arbetsförmåga under lång tid är även enligt EU-domstolen att betrakta som ett funktionshinder.¹⁵¹

¹⁴³ Bernitz & Kjellgren, s. 93ff.

¹⁴⁴ Nyström, 2012, s. 11.

¹⁴⁵ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 26.

¹⁴⁶ Nyström, 2012, s. 11ff.

¹⁴⁷ 1 kap. 5 § 4 p. DL.

¹⁴⁸ Se t.ex. AD 2003 nr 47 och AD 2005 nr 32.

¹⁴⁹ Gabinus Göransson m.fl, 2011, s. 39f.

¹⁵⁰ Mål C-13/05 Chacón Navas.

¹⁵¹ De förenade målen C-335/11 och C-337/11 HK Danmark.

Av det ovan anförda följer att *varaktighet* är ett centralt begrepp för vad som anses utgöra ett funktionshinder. Någon fast tidsgräns för vad som krävs för att en funktionsnedsättning ska ses som varaktig finns däremot inte.¹⁵² I propositionen till DL uttalas att det ska vara troligt att den nedsatta arbetsförmågan varar under lång tid.¹⁵³ Samma tolkning, att varaktigheten är avgörande, har EU-domstolen gjort i samband med att domstolen uttalat att bara vissa sjukdomar faller under begreppet funktionshinder. Var gränserna går och vad som räknas som ”lång tid” har EU-domstolen inte gett något klart svar på. Domstolen har nöjt sig med att ta ställning till om kravet uppfyllts i de enskilda fallen.¹⁵⁴

Det behöver inte nödvändigtvis vara den förfördelade arbetstagaren själv som har ett funktionshinder. I ett fall konstaterade EU-domstolen att det kunde vara diskriminering om den negativa behandlingen av arbetstagaren beror på att hen har ett barn med funktionshinder.¹⁵⁵

3.3 Diskrimineringsförbudet

Förbudet mot diskriminering innefattar förbud mot direkt diskriminering, indirekt diskriminering, trakasserier, sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera.¹⁵⁶ I de fall som rör uppsägningssituationer har det i rättspraxis handlat om direkt diskriminering.¹⁵⁷ Jag ska därför göra en närmare presentation av hur förbudet mot direkt diskriminering är uppbyggt. För att något ska vara direkt diskriminering enligt DL krävs att tre objektiva rekvisit är uppfyllda; missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband.¹⁵⁸

3.3.1 Missgynnande

Missgynnande innebär att en fysisk person lider skada eller drabbas av någon form av negativ effekt.¹⁵⁹ Exempel på vad missgynnande kan bestå i är att inte bli kallad till en anställningsintervju, att gå miste om en löneförhöjning eller att gå miste om en befordran.¹⁶⁰ Uppsägning är en annan form av missgynnande.¹⁶¹ Även om DL uttryckligen säger att missgynnande är ett rekvisit för direkt diskriminering finns det frågetecken

¹⁵² Inghammar, 2007, s. 282.

¹⁵³ Prop. 2007/08:95, s. 122f.

¹⁵⁴ Davies, 2012, s. 149f.

¹⁵⁵ Mål C-303/06 Coleman.

¹⁵⁶ 1 kap. 4 § DL.

¹⁵⁷ Se t.ex. AD 2005 nr 32 och AD 2012 nr 51 där AD tar ställning till om uppsägning utgjort direkt diskriminering.

¹⁵⁸ 1 kap. 4 § 1 p DL.

¹⁵⁹ Fransson & Stüber, 2010, s. 70f.

¹⁶⁰ Prop. 2007/08:95, s. 486f.

¹⁶¹ AD 2012 nr 51.

kring om det är möjligt att uppställa ett sådant krav. Anledningen är EU-domstolens dom i mål C-54/07 Firma Feryn.¹⁶² Fallet handlade om en företagsdirektör som offentligt uttalat att företaget inte önskade anställa några montörer med utländsk bakgrund. Motivet sas vara att företagets kunder inte ville ha personer med utländsk bakgrund i sina hem. Rent konkret fanns ingen faktisk person som drabbats av något missgynnande. EU-domstolen kom fram till att ett sådant allmänt hållt uttalande ändå kan utgöra direkt diskriminering.¹⁶³ Att det inte ska krävas att en fysisk person drabbas av ett konkret missgynnande hänger samman med de syften diskrimineringsrätten syftar till att uppnå. Ett av syftena med att förbjuda etnisk diskriminering är att skapa en arbetsmarknad som verkar för social integration. Om förbudet inte omfattar den typen av allmänt hållna uttalanden som det handlade om i det aktuella EU-fallet kan det motverka detta syfte, t.ex. genom att avskräcka personer med utländsk bakgrund från att söka vissa arbeten.¹⁶⁴

3.3.2 Jämförbar situation

För att avgöra om missgynnandet utgör diskriminering krävs en jämförelse med en annan person. Behandlingen av den som påstås vara diskriminerad ska jämföras med hur en annan person behandlas, har blivit behandlad eller skulle ha behandlats i samma situation. Det innebär att det är diskriminering först om det står klart att en annan person skulle ha behandlats annorlunda i en jämförbar situation. Det ligger närmast till hands att jämföra med en existerande person, t.ex. en annan arbetstagare hos samma arbetsgivare. Om det saknas en existerande person att jämföra med är det möjligt att jämföra med en hypotetisk person. En sådan jämförelse innebär att man får ställa frågan hur en person utan funktionshinder hade behandlats i en liknande situation. Vidare krävs att det rör sig om en situation där det är rimligt att jämföra de två personerna. Vad det innebär beror på omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁶⁵

När det gäller en funktionshindrad arbetstagare undersöks om hen befunnit sig i en jämförbar situation med en arbetstagare utan funktionshinder. I en sådan prövning ingår att undersöka hur funktionshindret påverkar förmågan att utföra arbetet, d.v.s. om personen klarar av de väsentligaste uppgifterna i arbetet. Om det konstateras att arbetstagaren p.g.a. funktionshindret inte kan utföra de väsentligaste uppgifterna föreligger ingen jämförbar situation.¹⁶⁶ Vad som är de väsentligaste uppgifterna beror på vilken typ av arbete det är fråga om. Det är svårt att utifrån AD:s bedömningar i enskilda fall dra några generella slutsatser om hur bedömningen ska göras. Fokus har legat på att skapa en bild av arbetsuppgifterna i de aktuella fallen. Efter att ha redogjort

¹⁶² Malmberg, 2011, s. 435 och Fransson & Stüber, 2010, s. 71f.

¹⁶³ Mål C-54/07 Firma Feryn.

¹⁶⁴ Fransson & Stüber, 2010, s. 72.

¹⁶⁵ Prop. 2007/08, s. 487f.

¹⁶⁶ AD 2012 nr 51.

för dessa arbetsuppgifter har AD gjort en avvägning för att komma fram till om den funktionshindrade kunnat utföra de väsentligaste av dessa uppgifter.¹⁶⁷

Skäliga stöd- och anpassningsåtgärder

Arbetstagare med funktionshinder befinner sig ofta inte i en jämförbar situation.¹⁶⁸ Arbetsgivaren har i sådana fall ett ansvar för att försöka skapa en situation där arbetstagaren kommer i en jämförbar situation. I DL finns bestämmelser om att arbetsgivaren är skyldig att vidta skäliga stöd- och anpassningsåtgärder i syfte att reducera eller eliminera den nedsättning som funktionshindret innebär.¹⁶⁹

Tekniska hjälpmedel, särskilda arbetsredskap eller förändringar i den fysiska arbetsmiljön är sådana åtgärder som kan bli aktuella. Vilka åtgärder som anses skäliga är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Hänsyn ska tas både till ekonomiska aspekter samt arbetsgivarens rätt att avgöra hur arbetet ska organiseras.¹⁷⁰ I propositionen till FUDA lyfts ytterligare aspekter upp angående vad som kan påverka bedömningen. Det handlar om vilka faktiska möjligheter arbetsgivaren har, hur pass stor effekt åtgärden kan förväntas få och hur snabbt åtgärden kan vidtas. Även vilken anställningsform den funktionshindrade arbetsgivaren är aktuell för kan påverka, generellt sätt ställs lägre krav om det rör sig om en tillfällig anställning än om det rör sig om en tillsvidareanställning.¹⁷¹

Det var genom arbetslivsdirektivet som EU introducerade ett krav på stöd- och anpassningsåtgärder för funktionshindrade arbetstagare. Någon liknande bestämmelse hade inte funnits sedan tidigare inom EU-rätten.¹⁷² Reglerna om stöd- och anpassningsåtgärder finns i art. 5 i arbetslivsdirektivet.¹⁷³

Vad som krävs för att art. 5 i arbetslivsdirektivet ska vara införlivat i den svenska nationella rätten har inte varit helt självklart. När FUDA trädde i kraft fanns inte arbetslivsdirektivet. Något annat enskilt direktiv som förbjöd diskriminering av funktionshindrade på arbetsmarknaden fanns inte heller. De uttalanden om stöd- och anpassningsåtgärder som gjordes i förarbetena till FUDA hade således inga EU-rättsliga bestämmelser att ta hänsyn till.¹⁷⁴

I förarbetena till FUDA togs det upp att arbetsmiljöreglerna redan ställde krav på anpassningsåtgärder från arbetsgivarens sida.¹⁷⁵ I SOU:n sades att

¹⁶⁷ AD 2006 nr 97, AD 2011 nr 25 och AD 2012 nr 51.

¹⁶⁸ AD 2012 nr 51.

¹⁶⁹ 2 kap. 1 § 2 st DL.

¹⁷⁰ Prop. 2007/08:95, s. 500f.

¹⁷¹ Prop. 1997/98:179, s. 55.

¹⁷² Waddington, 2008, s.317f.

¹⁷³ Art. 5 dir. 2000/78/EG.

¹⁷⁴ Inghammar, 2000, s. 195ff.

¹⁷⁵ Se vidare min genomgång av reglerna i AML, avsnitt 2.2.2.2.

reglerna om anpassningsåtgärder förväntades få störst effekt i samband med anställning och befordran. Utredningens förslag var dock inte begränsat till den typen av situationer.¹⁷⁶ Regeringen valde att modifiera förslaget så att det enbart kom att gälla i samband med anställning, befordran och utbildning för befordran. Skälet var att arbetsmiljöreglerna redan ställde långtgående krav på arbetsgivaren i en befintlig anställningssituation. Enligt regeringen var det varken lämpligt eller nödvändigt att pålägga arbetsgivaren ytterligare krav, med tillhörande skadestandsregler, i diskrimineringslagstiftningen. Däremot ansåg regeringen att det inte var lämpligt att knyta reglerna om stöd- och anpassningsåtgärder i samband med anställning, befordran och utbildning för befordran till de sedan tidigare gällande arbetsmiljöreglerna. Regeringen angav att vid en första anblick kunde det verka rimligt att knyta samman de nya reglerna med de gamla, men vid närmare eftertanke var det inte lämpligt. Ställningstagande motiverades med att arbetsmiljö- respektive diskrimineringsrättens regler skiljde sig både när det gällde lagarnas konstruktion och deras ändamål.¹⁷⁷ I SOU:n påtalades att en skillnad mellan lagarna var att AML byggde på ett stort samarbete mellan arbetsgivaren och arbetstagen. När det gäller diskriminering är det istället arbetsgivaren ensam som ska bedöma vilka åtgärder som anses skäligen.¹⁷⁸ Även i propositionen påpekades att det är arbetsgivaren ensam som bär ansvaret för att bedöma vilka åtgärder som anses skäligen. En felaktig bedömning från arbetsgivarens sida kan medföra att arbetsgivaren gör sig skyldig till diskriminering och därigenom blir skyldig att utge skadestånd.¹⁷⁹

Ursprungligen omfattade således FUDA:s krav på stöd- och anpassningsåtgärder inte befintliga anställningar. När SOU 2002:43 kom hade arbetslivsdirektivet trätt i kraft. I utredningen gjordes gällande att den dåvarande svenska regleringen inte räckte för att uppfylla arbetslivsdirektivets krav. Utredningen menade att det krävdes en tydlig koppling mellan diskrimineringsförbudet och reglerna om stöd- och anpassningsåtgärder. Kopplingen mellan arbetsmiljöreglerna och FUDA:s diskrimineringsförbud ansågs inte uppfylla kravet på tydlighet. Dessutom lyfte utredningen fram att det var problematiskt att möjligheterna att utkräva skadestånd från arbetsgivaren för brott mot arbetsmiljöreglerna var mycket begränsade. Mot denna bakgrund föreslog utredningen att ett mer vidsträckt krav på stöd- och anpassningsåtgärder skulle införas i diskrimineringslagstiftningen.¹⁸⁰ Regeringen höll med om att det gick att ifrågasätta om den gällande regleringen uppfyllde kraven i arbetslivsdirektivet. I sammanhanget nämndes att det var möjligt att arbetsmiljöreglernas krav på stöd- och anpassningsåtgärder inte gav den enskilde arbetstagen tillräcklig möjlighet att få sina rättigheter prövade. Dessutom påpekades att det fanns en poäng med att samla alla skadeståndssanktionerade krav i en och samma lag. Regeringen tyckte dock

¹⁷⁶ SOU 1997:176, s.114ff.

¹⁷⁷ Prop. 1997/98:179, s. 53.

¹⁷⁸ SOU 1997:176, s. 117.

¹⁷⁹ Prop. 1997/98:179, s. 54.

¹⁸⁰ SOU 2002:43, s. 280ff.

att frågan krävde fortsatt utredning och valde därför att lämna regleringen i FUDA oförändrad.¹⁸¹

Först i och med proposition 2005/06:207 beslutade regeringen att kravet på stöd- och anpassningsåtgärder från arbetsgivarens sida inte skulle vara begränsat till vissa situationer. Istället skulle kravet gälla för hela anställningsförhållandet och därigenom även i uppsägningssituationer. I propositionen uttalades att en sådan ändring var nödvändig för att implementera arbetslivsdirektivet i den nationella rätten. Art. 5 i direktivet var utformat utifrån ett tydligt diskrimineringsperspektiv. Samma perspektiv återfanns redan i de svenska diskrimineringslagarna, men däremot byggde arbetsmiljöreglerna på andra premisser. Vid tillkomsten av arbetsmiljöreglerna var syftet framförallt att förhindra sjukdom och olycksfall på arbetet samt att underlätta en tillbakagång till arbetet för de arbetstagare som trots allt drabbades av sjukdom och skada. Reglerna var således inte utformade för att skydda arbetstagare från diskriminering p.g.a. deras funktionshinder och ansågs därför inte tillräckliga för att leva upp till arbetslivsdirektivets krav.¹⁸²

I propositionen till DL uttalades att den reglering som funnits i FUDA sedan år 2006 skulle flyttas över till den nya lagen. Införandet av DL innebar således inte några förändringar av kravet på stöd- och anpassningsåtgärder.¹⁸³

Av det ovan framförda följer att den svenska lagstiftaren inte tyckt att det varit helt klart vilka krav art. 5 i arbetslivsdirektivet ställer på den nationella lagstiftningen. Möjligen är det inte särskilt anmärkningsvärt att det funnits vissa oklarheter. Waddington har påpekat att EU-rätten inte försett medlemsstaterna med särskilt mycket vägledning om hur art. 5 ska tolkas.¹⁸⁴ I preambeln till arbetslivsdirektivet ges exempel på vilka typer av åtgärder som kan bli aktuella.¹⁸⁵ Angående vad som är skäligt att kräva av arbetsgivaren sägs att hänsyn ska tas till kostnaden för åtgärden, arbetsgivarens ekonomiska kapacitet och möjligheten att få bidrag för den aktuella åtgärden.¹⁸⁶

Vilka typer av åtgärder det kan bli fråga om har inte varit föremål för några större kontroverser.¹⁸⁷ EU-domstolen har uttalat att, trots att det inte sägs uttryckligen i preambeln, kan det krävas att arbetsgivaren genomför organisatoriska förändringar för att anpassa arbetet till den funktionshindrade arbetstagaren. Exempel på en sådan åtgärd är minskning av arbetstiden.¹⁸⁸

¹⁸¹ Prop. 2002/03:65, s. 195.

¹⁸² Prop. 2005/06:207, s. 15ff.

¹⁸³ Prop. 2007/08:95, s. 147ff.

¹⁸⁴ Waddington, 2008, s. 317ff.

¹⁸⁵ Skäl 20 dir 2000/78/EG.

¹⁸⁶ Skäl 21 dir 2000/78/EG.

¹⁸⁷ Waddington, s. 320f.

¹⁸⁸ De förenade målen C-335/11 och C-337/11 HK Danmark.

Svårigheterna med tillämpningen har dock främst handlat om vad som kan anses skäligt att kräva av arbetsgivaren.¹⁸⁹ När EU-domstolen uttalade att det kan krävas organisatoriska förändringar sades även något om vilka åtgärder som kan anses skäliga. Domstolens besked på den punkten var att skäligheten måste prövas genom att den nationella domstolen gör en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet.¹⁹⁰

Waddington menar att det finns uppenbara problem när medlemsstaterna ska göra denna skälighetsbedömning. Hon menar att det visar sig genom att medlemsstaternas nationella bestämmelser tycks sakna en gemensam förståelse av vad som anses skäligt. I sammanhanget bör nämnas att art. 5 i arbetslivsdirektivet är en minimiregel. Det är alltså tillåtet för medlemsstaterna att ha mer långtgående bestämmelser i den nationella lagstiftningen. Enligt Waddington går det att se två olika förståelser av begreppet ”reasonable”¹⁹¹ när man tittar på hur medlemsstaterna valt att införliva art. 5 i sina nationella rättsordningar. Dels kan det förstås som att ”reasonable” tar sikte på arbetsgivarens kostnader och andra svårigheter för arbetsgivaren, om kostnaderna och de andra svårigheterna åtgärder medför för arbetsgivaren är skäliga finns således ett krav på arbetsgivaren att vidta åtgärden. Dels kan ”reasonable” förstås som att det är åtgärden i sig som ska vara skälig, d.v.s. att kravet tar sikte på åtgärdens effektivitet och hur väl den möter den funktionshindrade arbetstagarens behov. Det går även att se ett tredje synsätt där både kostnader och svårigheter för arbetsgivaren samt åtgärdens effektivitet för den funktionshindrade arbetstagaren beaktas vid bedömningen av vilka åtgärder som är skäliga.¹⁹²

3.3.3 Orsakssamband

Det tredje rekvisitet som ska vara uppfyllt för att det ska vara direkt diskriminering är orsakssamband. Det innebär att det ska finnas ett samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Starkast orsakssamband finns när den som missgynnar någon har en diskriminerande avsikt, men en sådan avsikt är inte nödvändig.¹⁹³ EU-domstolen har uttalat att det inte finns något krav på att den som diskriminerar har agerat culpöst. Ett sådant krav skulle avsevärt försvåra möjligheterna att förverkliga de syften som ligger till grund för diskrimineringsrätten.¹⁹⁴ Det räcker att det över huvud taget finns ett samband mellan missgynnandet och den missgynnade personens funktionshinder. Det behöver inte vara så att diskrimineringsgrunden är den enda orsaken till missgynnandet. Tvärtom kan det vara så att diskrimineringsgrunden är en av flera faktorer som tillsammans ligger

¹⁸⁹ Waddington, s. 321 ff.

¹⁹⁰ De förenade målen C-335/11 och C-337/11 HK Danmark.

¹⁹¹ I den engelska versionen av arbetslivsdirektivet är kravet på arbetsgivaren formulerat så att det krävs ”reasonable accommodation”.

¹⁹² Waddington, 2008, s. 317 ff.

¹⁹³ Prop. 2007/08:95, s. 488 f.

¹⁹⁴ Mål C-177/88 Dekker.

bakom missgynnandet. Så länge diskrimineringsgrunden har varit med och orsakat missgynnandet anses rekvisitet om orsakssamband uppfyllt.¹⁹⁵ AD har uttalat att om det inte helt saknas samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden finns det ett orsakssamband. Det gäller även om det står klart att det främsta skälet till missgynnandet är något som inte alls har samband med diskrimineringsgrunden.¹⁹⁶

3.4 Placering av bevisbördan i diskrimineringsmål

Inom civilrätten är det vanligt att den som påstår sig blivit utsatt för en skadeståndsgrundande handling ska bevisa att så är fallet. I diskrimineringsrätten görs ett undantag från denna huvudregel.¹⁹⁷ Hur bevisbördan ska placeras i diskrimineringsmål regleras uttryckligen i DL. Den som påstår sig ha blivit diskriminerad måste visa att det finns anledning att anta att hen utsatts för diskriminering. Om hen lyckas göra antagligt att det rör sig om diskriminering ankommer det på svaranden att visa att så inte är fallet.¹⁹⁸

Bevislättnader för käranden i diskrimineringsmål finns även inom EU-rätten. Regeln kom först till uttryck i EU-domstolens praxis.¹⁹⁹ EU-domstolen har vid upprepade tillfällen konstaterat att utgångspunkten är att den som åberopar en omständighet har bevisbördan för att omständigheten faktiskt föreligger. Med det sagt kan det ibland, för att förverkliga diskrimineringsrättens syften, vara nödvändigt att flytta en del av bevisbördan. I praktiken innebär det att som huvudregel är det arbetstagaren, som påstår sig blivit utsatt för diskriminering, som har bevisbördan för att så är fallet, men att det ibland är nödvändigt att flytta över en del av bevisbördan till arbetsgivaren. Om arbetstagaren skulle ha hela bevisbördan skulle det i vissa fall bli i princip omöjligt för hen att visa att hen utsatts för diskriminering. I dessa fall ska det därför räcka att arbetstagaren visar på omständigheter som ger anledning att anta att hen utsatts för diskriminering.²⁰⁰ Denna praxis kodifierades i och med inrättandet av direktiv 97/80/EG som handlar om bevisbörda i samband med påstådd könsdiskriminering. Principen har sedan utsträckts till att omfatta även övriga diskrimineringsgrunder.²⁰¹ Idag finns liknande regler om

¹⁹⁵ Prop. 2007/08:95, s. 488f.

¹⁹⁶ AD 2011 nr 2.

¹⁹⁷ Fransson & Stüber, 2010, s. 534ff.

¹⁹⁸ 6 kap. 3 § DL.

¹⁹⁹ Nielsen, 2013, s. 355f.

²⁰⁰ Mål 109/88 Danfoss, mål C-127/92 Enderby, mål C-400/93 Royal Copenhagen och mål C-381/99 Brunnhofer.

²⁰¹ Nielsen, 2013, s. 355f.

bevisbördans placering i flera av EU-rättens diskrimineringsrättsliga direktiv, bl.a. arbetslivsdirektivet.²⁰²

I flera förarbeten har regeln om bevisbördans placering beskrivits som en regel (som)? delad bevisbörda.²⁰³ Detta sätt att tolka bevisbörderegeln kritiserades av Malmberg. Han menar att det inte är logiskt rimligt, och därför inte lämpligt, att ha en regel som innebär att parterna har delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum. Det är, enligt Malmberg, inte möjligt att arbetstagaren ska göra sannolikt att ett rättsfaktum som t.ex. orsakssamband föreligger och att arbetsgivaren samtidigt ska visa att samma rättsfaktum inte föreligger. Ett och samma rättsfaktum kan inte vara antagligt samtidigt som det är visat att det inte föreligger.²⁰⁴ Malmbergs uppfattning om att det inte är möjligt, eller i alla fall inte rimligt, att ha delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum stöds av andra uttalanden i litteraturen.²⁰⁵ En delad bevisbörda för samma rättsfaktum förutsätter att domstolen gör sin bedömning i två steg, där arbetstagarens bevisning bedöms separat i ett första steg och först i ett andra skede bedöms arbetsgivarens bevisning angående samma rättsfaktum. Malmberg menar att i praktiken gör rätten en samlad bedömning av alla omständigheter kring ett och samma rättsfaktum och kommer sedan fram till en slutsats utifrån det. Därför menar Malmberg att det inte bör råda delad bevisbörda. Malmberg menar vidare att det går att uppfylla EU-rättens krav på bevislättnader för kändanden genom att använda presumtionsregler.²⁰⁶ Vid tillämpning av presumtionsregler beaktas inte enbart en omständighet. Istället föreligger fler omständigheter, där den ena är presumerande och den andra då blir presumerad. Det innebär att om den ena parten kan visa att ett visst, presumerande, rättsfaktum föreligger utgår rätten från att ett annat rättsfaktum, det presumerade, också föreligger. Det blir då upp till motparten att visa att de presumerade rättsfaktumet faktiskt inte föreligger.²⁰⁷ I diskrimineringsfallet skulle detta kunna innebära att om arbetstagaren lyckas visa att det har skett ett missgynnande och att kravet på jämförbar situation är uppfyllt så presumeras det att det finns ett orsakssamband. Det blir då arbetsgivarens sak att bevisa att något orsakssamband inte föreligger.²⁰⁸

Att det råder viss osäkerhet kring hur bevisbördan ska placeras i diskrimineringsmål har kommit till uttryck i svensk rättspraxis. AD tolkade regeln som en regel om delad bevisbörda.²⁰⁹ Vidare konstaterade AD vid upprepade tillfällen att det ankommer på arbetstagaren att styrka de omständigheter hen har bevisbördan för, d.v.s. missgynnandet och den

²⁰² Se t.ex. art. 4 dir. 97/80/EG, art. 8 dir. 2000/43/EG, art. 10 dir. 2000/78/EG och art. 19 dir. 2006/54/EG.

²⁰³ Se t.ex. prop. 1997/98:179 s.68, Ds 2002:56 s. 171, prop. 2002/03:65 s.104, prop. 2004/05:147, s. 138 och prop. 2005/06:38 s. 121.

²⁰⁴ Malmberg, 2001-02, s. 807ff.

²⁰⁵ Se Lindell, 2003, s. 503f och Heuman s. 117.

²⁰⁶ Malmberg, 2001-02, s. 807ff.

²⁰⁷ Lindell, 2003, s. 502f.

²⁰⁸ Malmberg, 2001-02, s. 807ff.

²⁰⁹ AD 2003 nr 73 och AD 2005 nr 32.

jämförbara situationen. Enligt domstolen var det inte tillräckligt att arbetstagaren gjorde antagligt att dessa rekvisit förelåg. Först om dessa två rekvisit var styrkta och arbetstagaren gjort antagligt att det fanns ett orsakssamband övergick bevisbördan till arbetsgivaren, denne hade då bevisbördan för att något orsakssamband mellan diskrimineringsgrunden och missgynnandet inte förelegat.²¹⁰

HD har i ett fall, NJA 2006 s. 170, tagit ställning till hur bevisbördan bör placeras i diskrimineringsmål.²¹¹ Rättsfallet rörde en kvinna som blivit avvisad från en restaurang. Det var ostridigt att kvinnan hade pussats och kramats med en väninna samt att en anställd kommit fram till dem ochbett dem sluta. Därefter avvisades kvinnan från restaurangen. Frågan var om kvinnan utsatts för diskriminering p.g.a. sin homosexuella läggning. I samband med att HD skulle ta ställning till om diskriminering förekommit uppkom frågan om hur bevisbördan skulle placeras. Domstolen konstaterade att lagtextens lydelse lämnade ett visst tolkningsutrymme där det var möjligt att se regeln både som en regel om delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum och som en presumtionsregel. Vidare hänvisades det till den kritik som framkommit i doktrinen mot en delad bevisbörda. Mot den bakgrunden kom HD fram till att regeln skulle tolkas som en presumtionsregel. Angående vilka omständigheter som är presumerande uttalade domstolen att det blir en bedömningsfråga i det enskilda fallet. I det nu aktuella fallet hade HomO, som företrädde den avvisade kvinnan, visat att kvinnan blivit avvisad efter att ha pussat och kramat sin väninna. Det sades att det inte torde vara normalt att restaurangbesökare som visar varandra den typen av ömhetsbetygelser ombeds upphöra med beteendet samt lämna restaurangen. Därigenom ansåg HD att det fanns en presumtion för att kvinnan utsatts för diskriminering. Det blev då upp till restaurangen att visa att så inte var fallet utan att det fanns andra, objektivt godtagbara, skäl till det som skett. Restaurangen fick således bevisbördan för att det rekvisitet om orsakssamband inte var uppfyllt. Restaurangen lyckades inte visa att det förelegat några icke-diskriminerande skäl till missgynnandet och ansågs därför ha gjort sig skyldig till diskriminering.²¹² HD:s dom visar att om käranden behandlats mindre förmånligt än någon annan i en jämförbar situation presumeras det att det finns ett orsakssamband.²¹³

I SOU:n som kom inför införandet av DL uttalades stöd för uppfattningen att det inte är rimligt att ha delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum.²¹⁴ Även i propositionen togs det upp att bevisregeln i tidigare förarbeten beskrivits som en regel om delad bevisbörda, men att HD hade beskrivit regeln som en presumtionsregel. Regeringens uppfattning tycktes vara att HD hade gjort en korrekt tolkning av bevisregeln. Därefter diskuterades en eventuell ändring av bevisregeln lydelse med anledning av

²¹⁰ AD 2001 nr 76, AD 2002 nr 128, AD 2003 nr 55, AD 2003 nr 58, AD 2003 nr 73 och AD 2005 nr 21.

²¹¹ Fransson & Stüber, 2010, s. 555.

²¹² NJA 2006 s. 170.

²¹³ Fransson & Stüber, 2010, s. 555.

²¹⁴ SOU 2006:22 del II, s. 405.

den kritik som framkommit. Där sades det att regeln inte var okontroversiell, men att det var svårt att hitta en utformning som skulle ses som mindre kontroversiell. Problemet med den gällande regelns utformning ansågs vara främst av teoretisk karaktär. I praktiken ansågs den inte hindra en rättstillämpning som uppfyller diskrimineringsrättens syfte, ger käranden nödvändiga bevislättnader och därigenom är förenligt med de krav som ställs i EU-rätten. Regeringen menade att i praktiken fanns inget hinder för att båda parternas bevisning prövas vid en och samma bedömning. Slutsatsen blev att den gällande lydelsen behölls. I propositionen till DL poängteras att EU-rätten inte hindrar att käranden får ytterligare bevislättnader i den nationella rätten. Någon sådan avsikt fanns dock inte från regeringens sida.²¹⁵

²¹⁵ Prop. 2007/08:95, s. 443ff.

4 Samspelet mellan anställningsskydd och diskrimineringsförbud

Reglerna om anställningsskydd respektive förbudet mot diskriminering är två parallella regelverk. I viss utsträckning erbjuder dessa regelverk olika lösningar på ett och samma rättsliga problem.²¹⁶ I Ds 2002:56 sägs att diskrimineringsreglerna kan ge ett mer långtgående skydd vid uppsägningar p.g.a. arbetsbrist. Anledningen är att de två regelverken förhåller sig olika till s.k. splittrade motivbilder. Om personliga skäl förelegat, men det därutöver funnits en verklig arbetsbrist, går det att bortse från de personliga skälen. Om de personliga skälen däremot faller under en diskrimineringsgrund, t.ex. funktionshinder, blir läget ett annat. Då träder nämligen diskrimineringsrätten regel om orsakssamband in. Som beskrivits tidigare innebär rekvisitet orsakssamband att om det finns något som helst samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden är det diskriminering, förutsatt att rekvisitet jämförbar situation också är uppfyllt. Det innebär att även om det föreligger arbetsbrist så kan uppsägningen utgöra otillåten diskriminering.²¹⁷ Utöver det faktum att diskrimineringsförbudet ger en mer långtgående möjlighet att pröva arbetsgivarens motiv, agerande och beslut så medför även bevisreglerna ett ökat skydd för funktionshindrade arbetstagare. Detta i och med att bevisbördan kan komma att flyttas över till arbetsgivaren vid en diskrimineringsrättslig prövning på ett sätt som normalt inte sker vid en prövning enligt den traditionella arbetsrätten. Resultatet blir att diskrimineringsrättsliga bestämmelser kan komma att spela en avgörande roll vid arbetsbristuppsägningar. Detta gäller särskilt i fall med s.k. splittrade motivbilder.²¹⁸

4.1 AD 2005 nr 32

Arbetstagaren M.K. fick hösten 2003 diagnosen multipel skleros (MS). I oktober informerade han sin arbetsgivare om diagnosen. Under hösten 2003 var han under stora delar av tiden, helt eller delvis, sjukskriven. I januari 2004 sades M.K. upp p.g.a. arbetsbrist. Det fanns två andra anställda med kortare anställningstid än M.K. Arbetsgivaren menade att dessa två var av särskild betydelse för verksamheten och valde att undanta dem från turordningen. Konsekvensen blev att M.K. hamnade sist i turordningen och blev den som sades upp.

²¹⁶ Rönmar, 2006-07, s. 644.

²¹⁷ Ds 2002:56, s. 172.

²¹⁸ Rönmar, 2006-07, s. 644f.

M.K. protesterade mot uppsägningen. I första hand gjorde han gällande att det egentliga skälet till uppsägningen var hans sjukdom. Därigenom var det en uppsägning av personliga skäl som saknade saklig grund. Om AD skulle finna att det trots allt rörde sig om en arbetsbristuppsägning menade M.K. att arbetsbristreglerna tillämpats på ett diskriminerande sätt.

Det rådde inga tvivel om att uppsägningen innebar ett missgynnande av M.K. Angående jämförbar situation konstaterade AD att det inte gjorts gällande att hans funktionshinder påverkade hans arbetsförmåga. När det gällde formella meriter som utbildning och arbetslivserfarenhet hade han tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning. Slutsatsen blev att M.K. ansågs befinna sig i en jämförbar situation med övriga arbetstagare. Avgörande blev då om det fanns något orsakssamband mellan uppsägningen och M.K:s funktionshinder.

Domstolen konstaterade att för arbetsgivare i allmänhet är det en nackdel att en arbetstagare lider av ett funktionshinder som gör att hen i viss utsträckning är eller kan förväntas vara frånvarande från arbetet. Det kan vara en extra påtaglig nackdel för mindre företag med få anställda. I det aktuella fallet var det en arbetsgivare med sju anställda. Särskilt kunde det antas vara en nackdel eftersom M.K. arbetade med olika projekt som var knutna till just honom. Vidare poängterade AD att M.K. under månaderna från att han informerade arbetsgivaren om sin sjukdom till att han sades upp mestadels varit sjukskriven. De nu nämnda omständigheterna ledde vid en sammantagen bedömning till att AD ansåg att det fanns anledning att anta att uppsägningen av M.K. hade samband med hans funktionshinder. Det blev därför upp till arbetsgivaren att visa att uppsägningen helt saknade samband med M.K:s sjukdom.

Bolaget M.K. var anställd hos hänvisade till minskad omsättning och förlorade uppdrag för att visa att arbetsbrist verkligen förelåg. AD gick på arbetsgivarens linje och kom fram till att det verkligen fanns verksamhetsrelaterade skäl till uppsägningen. Med tanke på reglerna om splittrad motivbild stod det därför klart att uppsägningen skulle bedömas som en arbetsbristuppsägning. Om det därutöver fanns personliga skäl påverkade inte domstolens bedömning i den delen.

M.K. hade gjort gällande att han blivit utsatt för diskriminering eftersom arbetsgivaren inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Eftersom det inte ansågs visat att det fanns någon ledig tjänst som M.K. hade kunnat omplaceras till avfärdade AD talan på den punkten.

Istället prövade AD om turordningsreglerna tillämpats på ett diskriminerande sätt när arbetsgivaren valde att undanta två andra arbetstagare. Dessa två arbetstagare hade vid uppsägningen av M.K. varit anställda i fyra månader respektive två veckor. Det stod klart att M.K. och de undantagna arbetstagarna hade likvärdiga utbildningsmeriter. M.K. hade mer yrkeserfarenhet. Arbetsgivaren hade gjort gällande att M.K. inte hade

lika bra personliga egenskaper och därför inte var lika lämpad för arbetet. AD uttalade att sådana argument typiskt sett är väldigt svåra att bemöta för den som anser sig ha blivit diskriminerad. AD tog upp att M.K. inte hade fått kritik för sitt sätt att utföra arbetsuppgifterna under tiden han arbetade för arbetsgivaren. Vid en sammantagen bedömning konstaterade AD att arbetsgivarens hantering av situationen gav intrycket av att ha varit inriktat på att det skulle bli just M.K. som skulle sägas upp. AD uteslöt inte att M.K:s personliga lämplighet för arbetet spelat roll för arbetsgivarens beslut. Däremot ansågs inte arbetsgivaren ha bevisat att uppsägningen helt saknade samband med M.K:s funktionshinder. AD fann därför att arbetsgivaren gjort sig skyldig till diskriminering.

4.2 AD 2012 nr 51

F.K. hade varit anställd i en Coop-butik sedan 1985. Till följd av en arbetsrelaterad förslitningsskada i ena tummen och handen hade hon sedan 1999 arbetat halvtid och uppburit sjukersättning på halvtid. För att hon, med hänsyn till sitt funktionshinder, skulle klara av sitt halvtidsarbete hade det genomförts en arbetsanpassning av hennes tjänst. Arbetsanpassningen innebar att hon inte behövde utföra tunga lyft utan i huvudsak arbetade i kassan samt med lättare upplökningsarbete.

I samband med en omorganisation i butiken sades F.K. upp. Arbetsgivaren menade att det var en uppsägning p.g.a. arbetsbrist. Det var ostridigt att F.K. var den som hade längst anställningstid av de anställda i butiken. Arbetsgivaren menade dock att hon inte hade tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete.

F.K. protesterade mot uppsägningen. Hon menade i första hand att hon sagts upp p.g.a. sitt funktionshinder. Därmed utgjorde uppsägningen, enligt henne, en uppsägning av personliga skäl som saknade saklig grund. Vidare gjorde hon gällande att arbetsgivaren inte fullgjort sina skyldigheter avseende arbetsanpassning och rehabilitering. F.K. menade att hon blivit utsatt för diskriminering när arbetsgivaren underlät att fullgöra sin omplaceringsskyldighet samt genom tillämpningen av turordningsbestämmelserna.

Arbetsgivaren bestred F.K:s påståenden. Arbetsbristen motiverades med att butiken gick dåligt och övertalighet uppstått när en annan arbetstagare kommit tillbaka från sin föräldraledighet. Butiken hade infört ett system med arbetsrotation där det var viktigt att alla arbetstagare kunde rotera mellan samtliga arbetsuppgifter i butiken. F.K. hade, enligt arbetsgivaren, inte tillräckliga kvalifikationer för en sådan tjänst. Arbetsgivaren menade också att det inte funnits någon tjänst att omplacera F.K. till och att de fullgjort sin anpassnings- och rehabiliteringsskyldighet. Vidare menade arbetsgivaren att de inte diskriminerat F.K. p.g.a. hennes funktionshinder då hon inte befunnit sig i en jämförbar situation med övriga arbetstagare. Hon

hade heller inte kunnat komma i en jämförbar situation genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder.

Det var ostridigt att F.K. hade ett sådant funktionshinder som omfattas av DL. Det stod också klart att F.K. i och med uppsägningen hade blivit missgynnad.

AD prövade om det fanns fog för invändningen att det rörde sig om en uppsägning av personliga skäl. Det konstaterades att det inte rädde några tvivel på om att butiken gick dåligt och det fanns en risk för nedläggning om inte det ekonomiska resultatet förbättrades. Vidare la AD vikt vid att det uppstått övertalighet i samband med att en av de anställda kommit tillbaka från föräldraledighet. Mot den bakgrunden kom AD fram till att det förelegat en äkta arbetsbrist. Med tanke på reglerna om splittrad motivbild behövde AD, i det här läget, inte gå in på om F.K:s funktionshinder varit en bidragande orsak till att hon sades upp.

Därefter gick domstolen vidare till att pröva om F.K. hade blivit utsatt för diskriminering. Eftersom det redan stod klart att hon blivit missgynnad blev nästa steg att pröva om hon befunnit sig i en jämförbar situation. Avgörande för om F.K. befunnit sig i en jämförbar situation blev om kunnat utföra de väsentligaste uppgifterna i arbetet.

Angående F.K:s arbetsförmåga konstaterades att hon kunde utföra kassaarbete, dock i högst fyra timmar per dag. Hon klarade inte av att lyfta tungt. Till följd av skadan i tummen hade hon en bristande greppfunktion på höger hand. Hon kunde visserligen lyfta många av varorna en och en, men kunde inte lyfta flera varor i taget vid upprepade tillfällen. Om F.K. skulle kunna delta i plockningsarbetet var det nödvändigt att lättare varor sorterades ut åt henne. Arbetet i butiken var organiserat på så vis att tunga och lätta varor levererades på samma vagnar. Vid upplockningsarbetet krävdes det därför att arbetstagaren kunder lyfta båda lättare och tyngre varor. Dessutom var arbetet utformat på så sätt att varorna inte lyftes en och en. När AD bedömde F.K:s arbetsförmåga i relation till hur arbetsgivaren valt att utforma arbetet i butiken blev slutsatsen att hon inte ansågs befinna sig i en jämförbar situation med en person utan funktionshinder. Domstolen gick vidare till att pröva om F.K. hade kunnat komma i en jämförbar situation genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder. AD hänvisar till sin bedömning i AD 2006 nr 83. Där kom domstolen fram till att arbetsgivaren är skyldig att göra en noggrann utredning av möjligheten till rehabiliterings- och anpassningsåtgärder. Skyldigheterna är begränsade på så sätt att arbetsgivarens ansvar inte omfattar åtgärder som inte syftar till att arbetstagaren ska kunna återgå i arbete hos sin nuvarande arbetsgivare. Det innebär att arbetsgivaren inte har någon skyldighet att försöka rehabilitera arbetstagaren mot hela arbetsmarknaden. Det kan noteras att AD 2006 nr 83 inte handlade om påstådd diskriminering. Fallet handlade om huruvida en arbetsgivare brustit i sina skyldigheter gällande rehabilitering,

arbetsanpassning och omplacering i samband med att en sjuk arbetstagare sades upp av personliga skäl.²¹⁹

F.K. hade gjort gällande att hon hade blivit hjälpt av arbetshjälpmedel i form av en fjädrande vagn, en elektrisk truck samt en maskin som pressar kartonger. Dessutom hade hon, som tidigare nämnt, påpekat att arbetet hade kunnat anpassas på så sätt att lättare varor sorterades ut så att hon sedan kunde plocka upp dem.

AD gjorde bedömningen att även om arbetshjälpmedel skulle kunnat underlätta för F.K. skulle införskaffandet av sådan inte leda till att hon fick en förbättrad greppfunktion. Angående arbetsanpassningen ansåg AD att det inte var skäligt att kräva att arbetsgivaren skulle organisera arbetet i butiken på ett sådant sätt att lättare varor sorterades ut till F.K. innan hon plockade upp dem. Slutsatsen blev att det inte funnits några skäliga stöd- och anpassningsåtgärder som kunnat genomföras för att F.K. skulle ha kommit i en jämförbar situation. Därmed hade arbetsgivaren inte diskriminerat F.K. genom sitt tillämpande av turordningsreglerna.

4.3 AD 2013 nr 78

N.B. var anställd på heltid som busschaufför hos Veolia. Under 2008 drabbades han av hjärtinfarkt och var därefter sjukskriven till september 2010. Mellan september 2010 och augusti 2011 arbetstränade han hos Veolia. När arbetsträningen upphörde var tanken att N.B. skulle återgå till sitt arbete hos Veolia på halvtid och ansöka om sjukersättning på halvtid. Vid denna tidpunkt hade N.B. en nedsatt arbetsförmåga till följd av sina medicinska problem.

Arbetsgivaren menade att N.B., p.g.a. av sin nedsatta arbetsförmåga, inte kunde utföra arbete av någon betydelse och sade därför upp honom. Tvist uppkom angående om uppsägningen var förenlig med LAS och DL. Parterna var eniga om att N.B. hade ett funktionshinder i DL:s mening.

N.B:s nedsatta arbetsförmåga bestod i att han inte längre kunde arbeta heltid p.g.a. hjärntrötthet och att han inte klarade av att arbeta tidiga morgnar. DO, som förde N.B:s talan, gjorde gällande att han var i en jämförbar situation med arbetstagare utan funktionshinder. AD menade däremot, med hänsyn till att han varken kunde arbeta heltid eller tidiga morgnar, att det inte förelåg någon jämförbar situation. Frågan blev om det funnits några skäliga stöd- och anpassningsåtgärder som arbetsgivaren kunnat vidta för att försätta N.B. i en jämförbar situation. Den anpassningsåtgärd som var aktuell var att N.B. skulle ha erbjudits en halvtid med enbart eftermiddagsturer. AD kom fram till att det var skäligt att kräva att Veolia vidtog en sådan anpassningsåtgärd. När domstolen redogjorde för hur

²¹⁹ AD 2006 nr 83.

skäligheten skulle bedömas togs art. 5 i arbetslivsdirektivet upp. Det gjordes även en kortare sammanfattning av hur bestämmelsen ska tolkas. Däremot förekom inte någon fördjupad genomgång av hur EU-domstolen har tolkat bestämmelsen. AD gjorde heller ingen närmare redogörelse för sin egen bedömning i det aktuella fallet.

Veolia invände att även om det ansågs skäligt att N.B. fick en halvtidstjänst med enbart eftermiddagsturer så var den inte tillräckligt för att N.B. skulle hamna i en jämförbar situation. För att han skulle orka med sina arbetsuppgifter, utan att drabbas av huvudvärk, trötthet och humörväxlingar, skulle det dessutom krävas att han enbart körde lugna turer, att han fick vara ledig en dag mitt i veckan och att han slapp köra bussar med höga ljud från fläktar och motorer. Sådana anpassningsåtgärder var, enligt Veolia, inte skäliga. AD gick på arbetsgivaren linje och menade att det var i princip omöjligt att skapa en tjänst som kunde tillgodose N.B:s behov av återhämtning och lugnare miljöer. Slutsatsen blev därför att det inte fanns några skäliga stöd- och anpassningsåtgärder som kunde försätta N.B. i en jämförbar situation. N.B. ansågs därför inte ha blivit diskriminerad p.g.a. sitt funktionshinder.

Vidare konstaterade domstolen att uppsägningen inte heller stred mot LAS.

5 Slutsatser och sammanfattande diskussion

5.1 Olika syn på splittrad motivbild

AD har, som beskrivits ovan, varit tydliga med att i de fall det föreligger både personliga skäl och arbetsbrist ska uppsägningen behandlas som en arbetsbristuppsägning. I praktiken innebär det att man vid arbetsbrist, enligt LAS, i princip kan bortse från arbetstagarens funktionshinder eftersom det är ett personligt skäl.

Diskrimineringsrätten säger, till skillnad från uppsägningsreglerna i LAS, att om det finns något samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden är det otillåten diskriminering. Det spelar ingen roll om det därutöver finns andra skäl för uppsägningen. Om det enligt LAS går att bortse från funktionshinder i fall med splittrad motivbild så är det i diskrimineringsrätten i det närmaste tvärtom; finns det ett samband mellan funktionshindret och uppsägningen går det att bortse från om det därutöver funnits verksamhetsrelaterade skäl till uppsägningen.

Det kan noteras att skillnaden mellan arbets- och diskrimineringsrätten blir extra påtaglig då begreppet *arbetsbrist* getts en sådan vidsträckt definition. I det sammanhanget kan det vara värt att beakta Glavås resonemang. Att arbetsbrist idag har en vidsträckt definition i gällande rätt är tydligt. Jag tycker att Glavå har en poäng när han säger att en sådan vidsträckt definition öppnar upp för att ovidkommande skäl kan ”slinka igenom” i kategorin arbetsbrist. I praktiken menar jag att det finns en risk att arbetsgivaren kan skapa en arbetsbristsituation när den verkliga orsaken till uppsägningen är arbetstagarens funktionshinder. Visserligen ska reglerna om fingerad arbetsbrist förhindra att detta är möjligt, men frågan är om det alltid fungerar så i praktiken. Genom AD:s förhållningssätt till splittrad motivbild kommer arbetsgivaren på så sätt runt det ansvar för arbetsanpassning etc. som finns vid uppsägningar av personliga skäl.

Konflikten mellan arbets- respektive diskrimineringsrätt illustreras av en jämförelse mellan AD 2000 nr 18 och AD 2005 nr 32. Båda fallen handlar om arbetstagare som sägs upp några månader efter att de drabbats av sjukdomar som lett till omfattande sjukskrivningar. Inte i något av fallen görs det gällande att arbetstagarnas sjukdom påverkat deras sätt att utföra sina uppgifter när de väl arbetat. I båda fallen ligger en splittrad motivbild till grund för uppsägningsbeslutet. Det är tveklöst så att arbetsgivarna i bägge fallen drabbats av sådant som gör dem mer eller mindre tvungna att säga upp med hänsyn till företagets ekonomi. Att

arbetsbristsuppsägningarna drabbar just de sjuka arbetstagarna tycks dock vara hänförligt till arbetstagarna personligen.

Skillnaden mellan fallen är att i AD 2000 nr 18 tillämpas enbart traditionella arbetsrättsliga regler. I AD 2005 nr 32 prövas det inträffade även utifrån förbudet mot diskriminering. FUDA hade inte trätt i kraft när arbetstagaren i AD 2000 nr 18 sades upp och det fanns således inget förbud mot diskriminering av funktionshindrade arbetstagare. Även om FUDA eller nuvarande DL funnits är det tveksamt om de varit tillämpliga i 2000 års fall. Anledningen är definitionen av funktionshinder och dess krav på varaktighet. MS-sjukdomen i 2005 års fall är en sjukdom som förväntas ge en varaktig nedsättning av arbetsförmågan. Det är tveksamt om den depression som drabbat arbetstagaren i 2000 års fall uppfyller kravet på varaktighet.

Om vi leker med tanken att den deprimerade kreditchefen i AD 2000 nr 18 hade ansetts ha ett funktionshinder och därför skyddats av diskrimineringslagstiftningen, hade uppsägningen fortfarande ansetts rättsenlig? Om kreditchefens sjukdom utgjort ett funktionshinder hade det inte gått att bortse från sjukdomen för att det därutöver förelåg en äkta arbetsbrist. I diskrimineringsrätten räcker det att arbetstagarens funktionshinder var en bidragande orsak till att just hen sagts upp. Det är förstås omöjligt att med säkerhet slå fast hur domstolen hade dömt i AD 2000 nr 18 om definitionen av funktionshinder sett annorlunda ut. Vi vet t.ex. inte vad domstolen hade sagt om huruvida det förelåg en jämförbar situation. Det ovan anförda visar dock att det finns goda skäl att tro att AD hade underkänt uppsägningen av kreditchefen om han hade omfattats av diskrimineringslagstiftningen.

5.2 Betydelsen av arbetsrättsliga principer

Som min framställning visat finns det skillnader mellan diskrimineringsrätten och den övriga arbetsrätten. Visserligen handlar det i båda fallen om att skydda arbetstagare från godtyckliga arbetsgivarbeslut, men arbetsrätten syftar till att skydda kollektivet och diskrimineringsrätten till att tillgodose den enskilda arbetstagarens mänskliga rättigheter. Det är dessutom regleringar som tillkommit under olika tidsperioder och i olika sammanhang. Arbetsrätten är i hög utsträckning en nationell produkt jämfört med diskrimineringsrätten som har en mycket starkare EU-rättslig förankring. Därför finner jag det problematiskt att AD tycks använda sig av traditionella arbetsrättsliga principer när diskrimineringsrättsliga bestämmelser ska tolkas.

5.2.1 Arbetsledningsrättens betydelse

Jag tycker mig kunna se en tendens i flera av de rättsfall jag tagit upp. Tendensen är den att AD i stor utsträckning tycks respektera hur arbetsgivaren valt att organisera sin verksamhet. T.ex. i AD 2000 nr 18, AD 2011 nr 41 och AD 2012 nr 51 är kraven på arbetsgivaren ska omorganisera sin verksamhet mycket små. Slutsatsen blir att endast om en alternativ lösning, till förmån för en arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga, ligger väldigt nära den organisatoriska lösning arbetsgivaren föredrar kan det ställas krav på omorganisation.

Även om AD inte uttryckligen säger något om arbetsledningsrätt i dessa domar tycker jag mig se att domstolen tar hänsyn till just denna princip. Jag tolkar domarna som att AD ogärna vill gå in och göra en närmare prövning av hur arbetsgivarna valt att organisera sin verksamhet och vilka skäl som legat till grund för arbetsgivarnas val. Domstolen tycks resonera ungefär som när det ska prövas om det föreligger en äkta arbetsbristsituation, d.v.s. det räcker att med att arbetsgivarens val framstår som någorlunda ändamålsenliga och rimliga. Domstolen låter bli att ta ställning till om den valda lösningen är den mest lämpliga.

Den rättstillämpning som vuxit fram i AD:s praxis kan, som jag ser det, problematiseras på två sätt. För det första går det ifrågasätta om arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga ges ett lämpligt anställningsskydd. På den punkten är det dock tämligen klart hur gällande rätt ser ut. Eventuell kritik handlar främst om huruvida den gällande rätten är rimlig. Det andra, och enligt mig det största, problemet är att det är tveksamt om det är förenligt med EU:s diskrimineringsrätt. I det fallet menar jag att det går att ifrågasätta vad som egentligen är gällande rätt och om svensk praxis uppfyller de krav som EU:s diskrimineringsrättsliga direktiv ställer upp.

Arbetsledningsrätten är som sagt en viktig princip i den traditionella svenska arbetsrätten. När DL tillämpas bör domstolen vara medveten om att diskrimineringsrätten vilar på andra principer. Således är det inte rimligt att utan närmare eftertanke tolka diskrimineringsrättsliga regler med hjälp av de principer som används vid tolkningen av regler om anställningsskydd. Jag menar inte att domstolen helt bör bortse från arbetsgivarens rätt att välja hur arbetet ska organiseras, men det vore rimligt att fundera över vilken vikt sådana argument ska tillmätas.

Risken med att inte göra en närmare prövning av motiven till arbetsgivarens val är att ovidkommande skäl kan ”slinka igenom”. I arbetsbristfallet är det av mindre betydelse eftersom det där, så fort en äkta arbetsbrist är visad, är ointressant om det funnits några personliga skäl. På diskrimineringsrättens område däremot, där orsakssamband är ett centralt rekvisit, är det min uppfattning att domstolen bör göra en mer ingående prövning av arbetsgivarens agerande. Först om en sådan prövning görs menar jag att det är möjligt att se om missgynnandet helt saknar samband med diskrimineringsgrunden.

5.2.2 Skäliga stöd- och anpassningsåtgärder

Av min genomgång framgår att såväl arbets- som diskrimineringsrätten har regler om att arbetsgivaren är skyldig att vidta åtgärder i syfte att anpassa arbetet utifrån arbetstagarens förutsättningar. Vid en första anblick är det lätt att uppfatta det som två väldigt likartade regleringar. Att så är fallet visas inte minst genom att lagstiftaren ursprungligen inte tyckte att det behövdes några särskilda regler om stöd- och anpassningsåtgärder i diskrimineringslagstiftningen utan att det räckte med den reglering som redan fanns i AML. Jag förnekar inte att det finns gemensamma drag mellan de båda regleringarna, men däremot menar jag att det därutöver finns väsentliga skillnader. Den ståndpunkten är jag inte ensam om. Det tycks också vara lagstiftarens uppfattning eftersom det senare konstaterades att det faktiskt behövdes en separat reglering av stöd- och anpassningsåtgärder i diskrimineringslagstiftningen. I förarbeten sägs att AML inte bygger på samma perspektiv som diskrimineringsrätten. Det ansågs därför inte möjligt att uppfylla art. 5 i arbetslivsdirektivet genom den befintliga regleringen i AML.

AD:s bristande förståelse för att diskrimineringsrätten kräver andra tolkningsmetoder illustreras av AD 2012 nr 51. I samband med att AD prövade om F.K. blivit diskriminerad p.g.a. av sitt funktionshinder uppkom frågan om arbetsgivaren kunnat vidta stöd- och anpassningsåtgärder i syfte att försätta F.K. i en jämförbar situation med övriga arbetstagare. När AD redogjorde för hur bedömningen ska göras hänvisade domstolen till AD 2006 nr 83. Jag menar att det är anmärkningsvärt eftersom AD 2006 nr 83 inte alls handlar om diskriminering utan enbart om traditionell arbetsrätt. Redan där går det att se hur AD låter den traditionella arbetsrätten påverka tolkningen av diskrimineringslagstiftningen.

I AD 2013 nr 78 nämnde AD art. 5 i arbetslivsdirektivet och att det är utifrån denna bestämmelse som det ska avgöras vilka stöd- och anpassningsåtgärder som kan anses skäliga. Det är positivt att domstolen lyfte fram att regleringen har sin grund i EU-rätten. Däremot är jag tveksam till om det innebar någon reell skillnad, jämfört med t.ex. AD 2012 nr 51, eftersom AD inte gick in närmare på hur art. 5 ska tolkas. Som Waddington påpekar tycks det saknas en gemensam förståelse i de olika EU-länderna för hur art. 5 ska tolkas. Att då, som AD gjorde i 2013 års fall, kort nämna den EU-rättsliga bestämmelsen är ingen garanti för att tillämpningen blir förenlig med EU-rätten. Detta eftersom art. 5 kan tolkas på olika sätt. AD borde enligt min mening, för att försäkra sig om att tillämpningen var förenlig med EU-rätten, ha tittat närmare på EU-domstolens praxis kring art. 5. Nu finns fortfarande en uppenbar risk att AD:s bedömning styrts av nationella arbetsrättsliga principer.

AD:s praxis kring rehabilitering, anpassningsåtgärder och omplacering innehåller inslag av traditionella arbetsrättsliga principer. Som redogjorts för ovan tycks arbetsledningsrätten påverka på det sätt att domstolen inte går in och gör någon närmare prövning av hur arbetsgivaren valt att organisera verksamheten. Därutöver tycker jag mig se att det finns ett kollektivt synsätt på arbetstagare och deras rättigheter. I t.ex. AD 2007 nr 12 tycks domstolen nöja sig med att arbetsgivaren har en rehabiliteringsverksamhet som framstår som fungerande för kollektivet arbetstagare. Det görs ingen närmare prövning av vad som vore rimligt att kräva för den enskilda arbetstagaren i det specifika fallet. Utifrån detta går det att ifrågasätta om denna praxis kopplad till AML verkligen är relevant i diskrimineringsfall.

Om vi leker med tanken att EU-domstolen hade fått ta ställning till vad som skulle anses utgöra skäligen stöd- och anpassningsåtgärder i AD 2012 nr 51 eller AD 2013 nr 78 går det att se att det en annan slutsats hade kunnat vara möjlig. En sådan slutsats bygger jag dels på att AD ställt relativt låga krav på arbetsgivaren i de fall som rör AML, dels på att det finns skäl som talar för art. 5 i arbetslivsdirektivet bör ges en relativt vidsträckt tolkning.

EU-domstolen har i fråga om andra diskrimineringsrättsliga bestämmelser tillämpat en extensiv tolkning av rättsreglerna. T.ex. i mål C-54/07 Firma Feryn där begreppet missgynnande ges en vidsträckt definition. Detta tycks höra samman med den teleologiska tolkningsmodellen. Att missgynnande ges en så pass vid definition motiveras med att en mer restriktiv tolkning riskerar att förhindra genomförandet av diskrimineringsrättens syften.

EU-domstolen hade troligen inte låtit arbetsmiljöpraxis, som enligt den svenska lagstiftaren bygger på andra perspektiv än de aktuella diskrimineringsreglerna, ge ledning åt hur art. 5 skulle bedömas. Vad hade då EU-domstolen sagt? Det är givetvis en hypotetisk fråga som saknar ett givet svar. Med tanke på EU-domstolens tidigare praxis utgår jag från att EU-domstolen hade menat att det borde ha gjorts en extensiv tolkning av vilken typ av åtgärder som kan bli aktuella. Min bedömning är att det inte är orimligt att tro att en organisatorisk anpassning, i form av att F.K. inte fullt ut behöver delta i arbetsrotationen i butiken eller att N.B. skulle få anpassade turer, hade kunnat vara sådana åtgärder som kunnat bli aktuella.

Det allra intressantaste är kanske vad EU-domstolen skulle ha sagt om vilka åtgärder som kunnat ses som skäligen. Som Waddington påpekar ger EU-rätten inga tydliga besked om vilka åtgärder som anses skäligen. I sammanhanget bör dock nämnas att sedan Waddington framförde sin kritik har EU-domstolen på nytt prövat art. 5 i arbetslivsdirektivet.²²⁰ Att rättsläget inte är helt klart är inte detsamma som att det inte går att säga något alls om hur bestämmelsen bör tolkas. Av allmänna EU-rättsliga principer framgår att bestämmelsen ska ges en ändamålsenlig tolkning, d.v.s. att en teleologisk tolkningsmodell ska användas. Det är därför viktigt att ta hänsyn till de bakomliggande syftena vid tolkningen av en EU-rättslig bestämmelse. Med

²²⁰ Se de förenade målen C-335/11 och C-337/11 HK Danmark.

tanke på diskrimineringsrättens individuella perspektiv blir det därför än mer tveksamt att tolka art. 5 i arbetslivsdirektivet utifrån traditionella svenska arbetsrättsliga principer. Min bedömning är att fokus i högre utsträckning bör ligga på den enskilda individen. Med det sagt menar jag att det inte bör räcka att, som i AD 2007 nr 12, konstatera att arbetsgivaren generellt sett har en god rehabiliteringsverksamhet som framstår som rimlig för kollektivet arbetstagare. Istället bör domstolen gå in och pröva vad som är rimligt att kräva för arbetstagaren i det enskilda fallet. En uppsägning av denne kan då inte försvaras med att arbetsgivaren har en organisation som fungerar för andra arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga.

Av mål C-335/11 och C-337/11 framgår att vid tillämpning av art. 5 ska det göras en proportionalitetsbedömning. Någon sådan gjordes inte av AD 2012 nr 51. Det är rimligt att tro att EU-domstolen vid en proportionalitetsbedömning hade fäst vikt vid arbetsgivarens ekonomiska kapacitet. I det aktuella fallet rörde det sig om en butik som var nedläggningshotad till följd av dåliga ekonomiska resultat. I ett sådant läge är det möjligt att EU-rätten kräver mindre av arbetsgivaren än i ett fall där arbetsgivaren går med en vinst. På så sätt skiljer sig diskrimineringsrätten från arbetsrätten. När det gäller t.ex. arbetsbrist spelar det ingen roll om arbetsgivaren går med förlust eller stor vinst. Istället nöjer sig AD med att säga att de inte går in och prövar hur arbetsgivaren valt att organisera verksamheten. Praxis från EU-domstolen visar att det inte förhåller sig på samma sätt i EU-rätten. EU-domstolen väljer att göra en närmare bedömning av arbetsgivaren och dess organisation. För att uppfylla EU-rättens krav bör AD göra detsamma när det handlar om påstådd diskriminering.

Slutsatsen blir alltså att det är mycket möjligt att EU-domstolen kommit fram till att det inte fanns några stöd- och anpassningsåtgärder som var skäligen att kräva i AD 2012 nr 51. Jag kritiserar därför inte AD:s domslut. Däremot är jag kritisk till hur AD kommer fram till denna slutsats. Jag menar att min genomgång visar att det krävs en mer noggrann prövning för att kunna konstatera att arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter.

5.3 Övergripande sammanfattning

Min genomgång visar att det inte tycks råda några större tvivel om vilket skydd den svenska arbetsrätten ger funktionshindrade arbetstagare i samband med uppsägningar. Gällande diskrimineringsrätten uppfattar jag det som att det finns en del frågetecken, t.ex. angående innebörden av skäligen stöd- och anpassningsåtgärder. Att rättspraxis inte är lika tydlig när det gäller diskrimineringsförbudet är kanske inte så konstigt. Dels är den svenska rättstillämpningen beroende av vad EU-rätten kommer fram till, dels är det ett nyare rättsområde som inte varit föremål för prövning i samma utsträckning som de nationella arbetsrättsliga reglerna. Med det sagt vill jag poängtera att på många punkter tycks det stå klart på vilket sätt

diskrimineringsrätten skyddar funktionshindrade arbetstagare vid uppsägningar.

Angående samspelet mellan de rättsliga regleringarna visar min uppsats att diskrimineringsrätten tenderar att ge ett mer långtgående skydd för den funktionshindrade individen än vad arbetsrätten gör. Att så är fallet har flera olika orsaker.

Först och kanske främst erbjuder diskrimineringsrätten ett mer vidsträckt skydd genom utformningen av rekvisitet orsakssamband. Det framgår tydligt av min framställning att i fall där det finns flera skäl till uppsägningen, och något av skälen ryms inom den vida definitionen av arbetsbrist, kan diskrimineringsrättens regel om orsakssamband spela en avgörande roll.

Att EU-rättens krav på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder ger ett mer långtgående skydd än reglerna i AML är inte lika tydligt. Min genomgång av gällande rätt samt analysen av densamma ger dock skäl att tro att det förhåller sig på det viset.

I detta sammanhang bör också nämnas att diskrimineringsrättens regler om bevisbördans placering innebär ett utökat skydd för den funktionshindrade arbetstagaren. I t.ex. AD 2005 nr 32 blir det avgörande att bevisbördan övergår till arbetsgivaren när arbetstagersidan visat anledning att anta att diskriminering förekommit. Min bedömning är att det är mycket möjligt att utfallet hade blivit ett annat om det varit upp till MS-sjuka arbetstagaren att bevisa att det verkligen förelåg ett orsakssamband mellan uppsägningen och hans funktionshinder.

Att diskrimineringsrätten tycks vara mer inriktad på att skydda den enskilda arbetstagaren och bygger på en insikt om diskriminerande strukturer tycks ha betydelse. Uppsatsen visar att diskrimineringsrättens syfte och bakgrund mycket väl kan vara en bidragande orsak till att diskrimineringsförbudet ger den funktionshindrade individen ett bättre skydd.

Det finns således skillnader mellan arbets- och diskrimineringsrätten vid uppsägningar av funktionshindrade arbetstagare. Som jag redogjort för ovan tycks detta medföra en del problem i rättstillämpningen. Sverige har genom sitt medlemskap i EU förbundit sig att följa de regler som ställs upp inom EU-rätten. Eftersom diskrimineringsrätten bygger på EU-rätt bör den svenska rättstillämpningen givetvis stämma överens med unionsrätten. Min slutsats är därför att den svenska rättstillämpningen i högre utsträckning måste ta hänsyn till diskrimineringsrätten och dess grundläggande principer. I och med medlemskapet i EU går det inte att tillmäta nationella arbetsrättsliga principer så stor betydelse som AD tycks göra i vissa fall. Jag menar inte att de arbetsrättsliga principerna helt spelat ut sin roll. Det min uppsats visar är att i fall där både regler om anställningsskydd och diskrimineringsförbud aktualiseras måste hänsyn tas till båda regelverken för att hitta ett fungerande samspel dem emellan.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

Propositioner

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

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

Prop 1990/91:140 Arbetsmiljö och rehabilitering.

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

Prop. 1999/2000:144 Undantag från turordningen.

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

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

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

Prop. 2005/06:38 Trygghet, respekt och ansvar – om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

Prop. 2005/06:207 Skäliga stöd- och anpassningsåtgärder för arbetstagare med funktionshinder.

Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering.

Statens offentliga utredningar

SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Anställningsskydd och vissa anställningsfrämjande åtgärder.

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

SOU 2002:43 Ett utvidgat skydd mot diskriminering.

SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.

Övrigt

Bet. 1998/99:AU8 Vissa arbetsrättsliga frågor.

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

Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv.

Europeiska unionens rättsakter

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Rådets direktiv 89/391/EEG v den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet.

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

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 9 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

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

Rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.

Litteratur

Abrahamsson, Olle, EU-medlemskapets influenser på dömandet, *Svensk Juristtidning*, 1999, s. 833-845.

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

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

Burri, Susanne och Prechal, Sacha, Comparative approaches to gender equality and non-discrimination within Europe, I: Schiek och Chege (red.), *European Union Non-Discrimination Law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge-Cavendish, London, 2009, s. 215 – 247.

Bylund, Bo, Elmér, Anders, Viklund, Lars och Öhman, Toivo, *Anställningsskyddslagen: med kommentar*, 11:e uppl., Nordstedts, Stockholm, 2011.

Calleman, Chatarina, *Turordning vid uppsägning*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2000.

Davies, A.C.L., *EU Labour Law*, Elgar, Cheltenham, 2012.

Edström, Örjan, *Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapsamhället*, Iustus, Uppsala, 2001.

Ellis, Evelyn och Watson, Philippa, *EU Anti-Discrimination Law*, 2:a uppl., Oxford University Press, Oxford, 2012.

Fahlbeck, Reinhold & Mulder, Bernard Johann, *Labour and employment law in Sweden*, Juristförlaget, Lund, 2009.

Fransson, Susanne och Norberg, Per, *Att lagstifta om diskriminering*, SNS Förlag, Stockholm, 2007.

Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Gabinus Göransson, Håkan, Slorach, Martina, Flemström, Stefan och del Sante, Naiti, *Diskrimineringslagen*, 2:a uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund: en alternativrealistisk arbetsrättslig studie*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 1999.

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

Gullberg, Hans och Rundqvist, Karl-Ingvar, *Arbetsmiljölagen: i lydelse den 1 januari 2013: kommentarer och författningar*, 16:e uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2009.

Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2005.

Inghammar, Andreas, Diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder, I: Numhauser-Henning (utg.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget, Lund, 2000, s. 185 – 218.

Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad – med rätt till arbete? : en komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget, Lund, 2007.

Iseskog, Tommy, *Uppsägning av personliga skäl*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Iseskog, Tommy, *Uppsägning vid arbetsbrist*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2009.

Källström, Kent och Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, 3:e uppl., Iustus, Uppsala, 2013.

Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, 2:a uppl., Iustus, Uppsala, 2003.

Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd: en lagkommentar*, 10:e uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Malmberg, Jonas, Arbetsrätten efter EU-inträdet, *Svensk Juristtidning*, 2011, s. 430 – 439.

Malmberg, Jonas, Bevisning i diskrimineringstvister, *Juridisk Tidskrift*, 2001-02, s. 808 - 814.

Mulder, Bernard Johann, Grundrättigheter som en del av arbetsrättslig reglering, I: Nyström, Edström och Malmberg (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*, Liber, Malmö, 2012, s. 33 – 46.

Nielsen, Ruth, *EU Labour Law*, 2:a uppl., DJØF Publishing, Köpenhamn, 2013.

Numhauser-Henning, Ann, *Arbetshandikappad, med rätt till arbete?*, Nordstedt, Stockholm, 1988.

Numhauser-Henning, Ann, Introduktion, I: Numhauser-Henning (utg.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget, Lund, 2000, s. 13 – 34.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4:e uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Nyström, Birgitta, Europeiseringen av den svenska arbetsrätten, I: Nyström, Edström och Malmberg (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*, Liber, Malmö, 2012, s. 9 – 32.

Rönmmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget, Lund, 2004.

Rönmmar, Mia, Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar, *Juridisk Tidskrift*, 2006-07, s. 630 – 645.

Rönmmar, Mia och Numhauser-Henning, Ann, Det flexibla svenska anställningsskyddet, *Juridisk Tidskrift*, 2010 – 2011, s. 382 – 411.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2007.

Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap?, I: Sjöberg och Wahlgren (red.), *Festskrift till Peter Seipel*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2006, s. 527-552.

Sigeman, Tore och Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, 6:e uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Ulander-Wänman, Carin, Flexicurity, LAS och normativa krocker, I: Nyström, Edström och Malmberg (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*, Liber, Malmö, 2012, s. 105 – 118.

Waddington, Lisa, When it is Reasonable for Europeans to Be Confused: Understanding When a Disability Accommodation is "Reasonable" from a Comparative Perspective, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2008, s. 317-340.

Elektroniska källor

Blyme, Hans, *Arbetsmiljölagen* (1 juli 2013), Karnov.

Persson Härneskog, Gudrun, *Diskrimineringslagen* (1 juli 2013), Karnov.

Weihe, Anders och Dalekant, Per, *Lagen om anställningsskydd* (1 oktober 2013), Karnov.

Rättsfallsförteckning

Allmänna domstolar

NJA 2006 s. 170

Arbetsdomstolen

AD 1975 nr 38
AD 1976 nr 26
AD 1977 nr 64
AD 1978 nr 139
AD 1979 nr 67
AD 1980 nr 133
AD 1983 nr 107
AD 1984 nr 144
AD 1985 nr 79
AD 1986 nr 58
AD 1986 nr 158
AD 1987 nr 34
AD 1987 nr 164
AD 1988 nr 32
AD 1991 nr 27
AD 1993 nr 42
AD 1993 nr 61
AD 1993 nr 96
AD 1994 nr 122
AD 1995 nr 2
AD 1995 nr 149
AD 1996 nr 5
AD 1996 nr 42
AD 1997 nr 121
AD 1998 nr 13
AD 1999 nr 10
AD 2000 nr 18
AD 2000 nr 31
AD 2000 nr 35
AD 2001 nr 76
AD 2001 nr 92
AD 2002 nr 32
AD 2002 nr 128
AD 2003 nr 29
AD 2003 nr 47
AD 2003 nr 55
AD 2003 nr 58

AD 2003 nr 73
AD 2003 nr 76
AD 2005 nr 21
AD 2005 nr 32
AD 2005 nr 53
AD 2006 nr 57
AD 2006 nr 68
AD 2006 nr 83
AD 2006 nr 97
AD 2007 nr 12
AD 2011 nr 22
AD 2011 nr 25
AD 2011 nr 41
AD 2012 nr 11
AD 2012 nr 51
AD 2013 nr 78

Europeiska unionens domstol

Mål 6/64 *Flamino Costa mot E.N.E.L.*, dom av den 15 juli 1964.

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

Mål 148/78 *Pubblico Ministero mot Tullio Ratti*, dom av den 5 april 1979.

Mål 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Danfoss*, dom av den 17 oktober 1989.

Mål C-177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV- Centrum) Plus*, dom av den 8 november 1990.

Mål C-91/92 *Paola Faccini Dori mot Recreb Srl*, dom av den 14 juli 1994.

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

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

Mål C-381/99 *Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen postsparkasse AG*, dom av den 26 juni 2001.

Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA*, dom av den 11 juni 2006.

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

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

De förenade målen C-335/11 *HK Danmark mot Dansk Almennyttigt Boligselskab* och C-337/11 *HK Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening*, dom av den 11 april 2013.