



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Evelina Magnusson

Vägen runt LAS

*Om begreppet provocerad uppsägning och behovet av
lagstiftning*

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ann Numhauser-Henning

Termin för examen: HT2014

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Summary	4
Sammanfattning.....	6
Förord	8
Förkortningar.....	9
1. Inledning	10
1.1 Bakgrund	10
1.2 Syfte	11
1.3 Frågeställning	12
1.4 Metod	12
1.5 Forskningsläge.....	13
1.6 Material	13
1.7 Disposition	15
1.8 Avgränsningar	16
2. Lagstiftning.....	17
2.1 LAS.....	17
2.2 Diskrimineringslagen.....	19
2.3 Avtalslagen.....	20
2.4 Övriga lagar som kan tillämpas på området	24
3. Provocerad uppsägning: Begreppets innebörd och användning	26
3.1 Begreppet	26
3.1.1 Det rättsliga begreppet	26
3.1.2 Det vidare begreppet.....	27
3.1.3 Begreppets framväxt.....	28

3.2 Specifikt om vissa typsituationer	35
3.2.1 Hot.....	35
3.2.2 Chans att säga upp sig	37
3.2.3 Diskriminering och trakaserier	38
3.2.4 Kritik	41
3.2.5 Omplaceringar	44
3.2.6 Obekväma order	47
3.2.8 Osämja på arbetsplatsen	49
4. Andra vägar runt 7 § LAS	52
4.1 Fingerad arbetsbrist.....	52
4.2 Omplaceringar och turordningslistor.....	54
5. Då saklig grund finns	59
5.1 Saklig grund	59
5.2 Saklig grund och provocerad uppsägning.....	61
6. Analys och Slutsatser.....	64
Käll- och litteraturförteckning.....	76
Offentligt tryck.....	76
Litteratur	77
Tidskrifter.....	78
Rättsfallsförteckning	79

SUMMARY

This work discusses and investigates the concept provoked dismissal and its use in Swedish law. The essay has been limited to only discuss the Swedish law since there are no EU rules corresponding to those found in the Swedish Employment Protection Act. Since there is only very limited doctrine on the subject, the concept has been investigated using case studies. The legal cases are taken from the Labour Court's practice, since it is the Labour Court which is the highest court in Sweden regarding labor law.

The legislation that regulates provoked dismissal is mainly the Employment Protection Act (LAS), but other labor law such as the MBL may be applicable. Other laws such as the Swedish contractual law (Avtalslagen) may also be applicable to cases of provoked dismissal.

In Swedish law the concept of provoked dismissal, as it looks today, is a result of the Labour Court's practice. This practice can be traced back to 1974 and the first Employment Protection Act. The Court then refined the concept through its practice and developed a number of requisites that can be used for the assessment of cases of provoked dismissal. There are many different situations that fall under what is to be seen as a provoked dismissal. The essay discusses some typical examples and how courts have reasoned in the different cases.

There are other ways to go around the employment protection that LAS provides. One method is called mock redundancy. Mock redundancy is a technical term developed by the Labour Court's practice. Because redundancy is always seen as a legitimate reason for a dismissal employers sometimes choose to indicate redundancy as grounds for termination, even though the dismissal was for personal reasons and no real redundancy exists. The rules requiring repositioning and order of termination lists, as found in the Employment Protection Act, can also be exploited by the employer to go around the employment protection.

There are also cases where an employer chooses to provoke a dismissal even though the employer has reasonable grounds for dismissal. This may be because it is uncertain whether the reasonable grounds would hold up in a court trial. This may also be a way for the employer to speed up the process or avoid the interference of the union.

There is some discordance if we look more closely at how the AD reason in its court cases. One of the most obvious discordances , we will find if we compare the Labour Court's practices regarding reasonable grounds when it is the employer who terminates the employment compared to when it is the employee who chose to do so.

In order to overcome this discordance in practice for two situations governed by the same section I suggest that in 7 § LAS introduces a paragraph that equates provoked dismissal with a termination by the employer without reasonable grounds.

SAMMANFATTNING

Detta arbete behandlar och utreder begreppet provocerad uppsägning och dess användning i svensk rätt. Arbetet har begränsats till att endast avhandla den svenska rätten eftersom det inte finns EU-rättsliga bestämmelser som motsvarar det som finns i den svenska anställningsskyddslagen. Eftersom det endast finns mycket begränsad doktrin på området så har begreppet utretts med hjälp av rättsfallstudier. Rättsfallen är hämtade från Arbetsdomstolens praxis, då det är arbetsdomstolen som är den främsta domstol i Sverige vad gäller arbetsrättsfrågor.

Lagstiftningen som blir aktuell vad gäller provocerad uppsägning är främst Anställningsskyddslagen (LAS), men andra lagar på arbetsrättens område så som Medbestämmandelagen (MBL) kan bli tillämpliga. Även andra lagar så som Avtalslagen kan bli tillämpliga på fall av provocerad uppsägning.

I svensk rätt så är begreppet provocerad uppsägning som det ser ut i dag ett resultat av AD:s praxis. Denna praxis går att följa tillbaka till 1974 och den första anställningsskyddslagen. Domstolen har sedan genom sin praxis förfinat begreppet och framtagit en rad rekvisit som kan användas för bedömningen av fall av provocerad uppsägning. Det finns mängder av olika situationer som faller in under vad som är att se som en provocerad uppsägning. Uppsatsen tar upp några typexempel och hur domstolarna har resonerat i de olika fallen.

Det finns andra sätt att gå runt de skydd för en anställd som finns i LAS. En metod är det som kallas fingerad arbetsbrist. Fingerad arbetsbrist är en rättsteknisk term som utarbetats genom AD:s praxis. Eftersom arbetsbrist alltid ses som en skälig grund för en uppsägning så väljer arbetsgivare ibland att ange arbetsbrist som uppsägningsgrund, trots att uppsägningen beror på personliga skäl och ingen egentlig arbetsbrist föreligger. Även bestämmelserna om omplacering och turordning som finns i LAS kan utnyttjas för att gå runt anställningsskyddet.

Det finns även fall då en arbetsgivare väljer att provocera fram en uppsägning trots att arbetsgivaren har en saklig grund för uppsägning. Detta kan bero på att det är osäkert om grunden skulle hålla vid prövning i domstol. Det kan även vara ett sätt för arbetsgivaren att snabba på processen eller undgå inblandning av facket.

Det finns vissa oenigheter om vi ser närmare på hur AD resonerar i sina domskäl. En av de tydligaste oenigheterna finner vi om vi jämför AD:s praxis vad gäller saklig grund i de fall då det är arbetsgivaren som avslutar anställningen mot om det är den anställde själv som väljer att göra det.

För att komma till rätta med denna skillnad i praxis för två situationer som regleras i samma paragraf så föreslår jag att det i 7 § LAS införs ett stycke som jämställer en provocerad uppsägning med en uppsägning från arbetsgivaren utan saklig grund.

FÖRORD

Med denna uppsats så avslutar jag mina studier i juridik vid Lunds Universitet, i alla fall för denna gång. Det har varit 4,5 händelserika och spännande år och jag har lärt mig mer än jag trodde var möjligt. Under arbetet med denna uppsats har jag lärt mig hur lite jag faktisk kan och att ingen någonsin blir helt fullärd.

Jag lämnar nu min studietid med en ny ödmjukhet och respekt för juridiken och med många nya vänner som förgyller mitt liv.

Jag vill tacka min fantastiska handledare Ann Numhauser-Henning, som har get råd och stöd och låtit mig arbeta i min egen takt och på mitt eget vis.

Jag vill även tacka Daniella Swenson som under hela utbildningen ställt upp som bollplank och lyssnat på alla mina storslagna och vansinniga idéer.

Slutligen vill jag tacka min mamma som har rättat alla mina miljoner stavfel under åren som gått.

Lund, december 2014
Evelina Magnusson

FÖRKORTNINGAR

AD Arbetsdomstolen

DiskL Diskrimineringslagen

LAS Lagen om anställningsskydd

MBL Medbestämmandelagen

SkL Skadeståndslag

1. INLEDNING

Denna del av uppsatsen kommer att behandla bakgrunden till uppsatsen samt varför jag har valt just detta problemområde att skriva om. Frågeställning och syfte samt metoder och material kommer att presenteras och diskuteras. Uppsatsens disposition och avgränsningar kommer sedan att avsluta kapitlet.

1.1 BAKGRUND

Delar av den svenska lagstiftningen har som tema att skydda de som ses som en svagare part i samhället. Detta kan vara en konsument, så som i konsumentlagstiftningen, en enskild i förhållande till staten, eller som vi kommer att se i detta arbete: en anställds skydd i förhållande till en arbetsgivares intresse. Den svenska skyddslagstiftningen för just arbetstagare är stor och täcker in många av de situationer och förhållanden som råder på arbetsmarknaden. Bland dessa hittar vi Arbetsmiljölagen¹, Arbetstidslagen² och Medbestämmandelagen(MBL)³. En av de tyngsta lagarna på arbetsrättens område är Lagen om anställningsskydd⁴, i dagligt tal oftast kallad LAS. Det är i denna lag som jag har hittat det problem som jag kommer att se närmare på och diskutera i min uppsats, mer specifikt 7 § som reglerar under vilka förhållande som en arbetsgivare får säga upp en anställning samt 18 § som gäller avskedande.

Jag har innan jag började studera juridik arbetat flera år inom hotell- och restaurangbranschen. Jag var under några år även aktiv inom facket och var förtroendevald på min arbetsplats, samt fungerade som ombud för ytterligare två arbetsplatser. Under denna tid fick jag bevittna det som jag på den tiden uppfattade som ett mycket märkligt beteende från min arbetsgivare. Istället för att avsluta anställningen för de anställda som av någon anledning inte längre var önskvärda på arbetsplatsen, så lyckades mina chefer genom en rad olika påtryckningsmedel förmå de anställda att själva säga upp sig. Detta beteende uppfattade jag som inte helt korrekt och jag frågade mig själv om det var tillåtet att bete sig på detta vis. Detta vara en av anledningarna till att jag valde att börja studera juridik. Under min

¹ SFS (1977:1160) Arbetsmiljölagen.

² SFS (1982:673) Arbetstidslag.

³ SFS (1976:580) Lag om medbestämmande i arbetslivet.

⁴ SFS (1982:80) Lagen om anställningsskydd.

utbildning fick jag så veta vad det var jag hade bevittnat: provocerad uppsägning.

Det är denna företeelse som kommer att utredas i denna uppsats.

Arbetet kommer att se närmare på det juridiska begreppet provocerad uppsägning och de rättsföljder som gäller. Jag kommer även i min uppsats att se på provocerad uppsägning ur ett vidare perspektiv, så att alla de situationer som faller in under beskrivningen "arbetsgivaren förmår genom sin handling anställd att avsluta sin anställning" och då även inkludera de situationer då en arbetsgivare hade kunnat säga upp eller avskeda den anställda på sakliga grunder, men väljer denna lösning i stället. Jag tänker även titta närmare på några angränsande arbetsrättsliga problem: fingerad arbetsbrist samt kringgående av turordningslistor och omplaceringar i syfte att kringgå 7 § LAS. Slutligen kommer jag att se om det finns ett behov av lagstiftning eller om praxis på området fungerar på ett tillfredställande och rättsäkert vis.

1.2 SYFTE

Syftet är att utreda om det finns ett behov av en kodifiering av den rättsliga termen provocerad uppsägning. Uppsatsen kommer att utreda hur en provocerad uppsägning kan gå till, vilka situationer som kan falla under detta begrepp samt en vidare tolkning av begreppet. Arbetet kommer även att se på de rättsföljder som blir aktuella beroende på vilken av de olika situationerna vi befinner oss i och om domstolarnas tolkning av begreppet är enhetligt och rättsäkert. Jag kommer även att se något på varför denna "teknik" har kommit att brukas av arbetsgivarna, vilka motiven är till att arbetsgivaren väljer att provocera fram en uppsägning istället för att använda de korrekta metoderna för att avsluta en anställning. Jag vill genom denna uppsats få en helhetsbild av eventuella problemen inom området, samt kanske kunna se om det finns en möjlighet att lösa det problem som ett kringgående av en skyddslagstiftning faktiskt är.

1.3 FRÅGESTÄLLNING

I detta arbete kommer följande frågeställning att försöka besvaras:

Finns det ett behov av en kodifiering av det rättsliga verktyg som kallas "provocerad uppsägning"?

Detta kommer att ske med hjälp av följande delfrågeställningar:

- Vilka lagar reglerar idag detta fenomen? Vilka är rättsföljderna?
- Vad innefattar begreppet "provocerad uppsägning"? Vad gränsar till det och vad faller utanför?
- Hur har begreppet vuxit fram i svensk rätt?
- Hur används begreppet i svenska domstolars praxis?
- Är användningen av begreppet i domstolarna enhetlig och rättsäker? Finns klara och tydliga rekvisit kopplade till begreppet?
- Vilka orsaker kan finnas till varför en arbetsgivare väljer att provocera fram en uppsägning?

Frågorna kommer att besvaras löpande i texten samt i analysen.

1.4 METOD

I detta arbete används rättsdogmatisk metod för att rangordna de rättskällor som används under arbetes gång. Dessa rangordnas på följande vis: Lag, förarbeten, praxis och slutligen doktrin. En större vikt och ett större utrymme kommer att ges till den praxis som finns, då AD har en väl utvecklad och nyanserad rättspraxis på de områden som kommer att diskuteras i uppsatsen samt på grund av att den lagstiftning och förarbeten som berör området är något äldre.

Detta arbete består av en deskriptiv del samt en diskussionsdel. I den del av uppsatsen som är deskriptiv så har ett mera dogmatiskt framställningsätt använts då denna del främst syftar till att utreda hur rätten ser ut i dag. I denna del kommer praxis, doktrin och lagregler att vara fokus. I diskussionsdelen kommer en mer problemorienterad metod att användas, då fokus kommer att ligga inte på hur rättslägget ser ut utan varför det kan ha utvecklats på just detta vis, vilka problem som finns med hur rättslägget ser ut i dag samt om det finns ett behov av en kodifiering av begreppet provocerad uppsägning i den svenska rätten i dag. Denna del kommer att till stor del innehålla egna synpunkter och åsikter.

1.5 FORSKNINGSLÄGE

I den doktrin som jag funnit på området nämns begreppet provocerad uppsägning oftast bara mycket kort. Den mesta doktrinen refererar endast tillbaka till den praxis som finns på området och har mycket lite att säga om den utveckling som begreppet gjort eller hur det faktiskt används i dag av domstolarna. De artiklar i tidskrifter som jag funnit på området har i de flesta fall varit rena rättsfallsreferat och inte tillfört diskussionen något av egenvärde. Jag har inte funnit någon utredning om varför begreppet finns, ej heller verkar det faktum att det inte finns något direkt lagstöd för begreppet ha varit föremål för utredning. Tidigare arbeten på området har bland annat fokuserat på materiella rättsliga regler, turordning, arbetsledningsrätt och fingerad arbetsbrist. Dessa har på olika sätt tangerat mitt problemområde men inte vidare utrett detta.

Det faktum att det endast finns en mindre mängd doktrin på området kan dels bero på att det är ett mycket smalt område med begränsad tillämpning, dels bero på att begreppet inte uppfattas som ett problem av varken rättsväsendet eller forskarvärlden.

1.6 MATERIAL

Jag kommer i denna uppsats alltså främst att använda mig av litteratur- och rättsfallsstudier. Jag kommer att se på den doktrin som finns på området, den som behandlar främst 7 § i LAS och uppsägningar. Jag vet genom mina tidigare studier att det finns ett flertal fall av provocerad uppsägning som prövats i Arbetsdomstolen (AD) och kommer att använda mig av dessa. Jag kommer även att se på lagstiftningen på området och förarbeten till den samt de utredningar som har gjorts under senare tid.

I denna uppsats används främst rättsfall då begreppet som behandlas i uppsatsen har framkommit ur domstolars praxis och inte genom lagstiftning. Dessa hämtas från AD då detta är det forum där denna typ av arbetsrättsliga frågor främst prövas. De domar som tas upp och diskuteras mera ingående i uppsatsen är valda utifrån aktualitet samt hur väl de speglar den problematik som uppsatsen belyser. Domarna är valda utifrån författarens egen bedömning av vad som är viktigt och relevant.

Viss doktrin på området kommer att användas, främst för att belysa hur vissa rättsliga begrepp ska tolkas och användas. Dessa kommer att väljas

utifrån ett flertal kriterier där särskild hänsyn tas till aktualitet, författare och var de publicerats.

1.7 DISPOSITION

Uppsatsen kommer att disponeras på följande vis:

Först sker en kort genomgång av de lagar som är aktuella när vi diskuterar begreppet provocerad uppsägning. I samband med detta så kommer även en genomgång av de rättsföljder som kan bli tillämpliga enligt respektive lagrum att ske.

Sedan behandlar jag *vad* som faller in under begreppet provocerad uppsägning. Först det som faller in under det smala rättsbegreppsområdet och sedan det som faller in under en mera allmän hållen och vidare tolkning av begreppet. Detta görs främst genom litteraturstudier. Efter detta följer en genomgång av begreppets framväxt och utveckling i svensk rätt. Detta sker genom rättsfallstudier eftersom begreppet helt grundar sig på praxis.

Uppsatsen kommer sedan att se på *hur* de svenska domstolarna använder detta begrepp. Detta görs främst genom olika rättsfallsstudier. Syftet är att se närmare på hur domstolarna resonerar, var domstolarna lägger sin tyngdpunkt, om det finns skillnader beroende på vilken lag som används som utgångspunkt samt om det finns en enhetlig och rättssäker domstolspraxis.

Sedan följer en kort genomgång av de områden som gränsar till och ofta överlappar det begrepp som behandlas i uppsatsen. Detta sker genom en blandning av rättsfallstudier och litteraturstudier.

Sist så diskuteras i uppsatsen varför provocerad uppsägning används inom svensk arbetsrätt av domstolar som rättslig term. Diskussionen kommer att fokusera på de rekvisit som domstolarna har arbetat fram, om domstolarna använder dessa rekvisit på ett tydligt, klart och enhetligt vis samt om det finns ett behov av en kodifiering av begreppet i lag. Frågorna kommer att besvaras efter bästa förmåga.

Uppsatsen avslutas med de slutsatser som jag har gjort genom detta arbete.

Varje kapitel kommer att börja med en kort redogörelse för vad som kommer att behandlas i kapitlet. Detta för att göra uppsatsen lätt att manövrera i och det ska vara möjligt att snabbt se om ett kapitel innehåller den information som är av intresse utan att en djupare läsning ska vara nödvändig.

1.8 AVGRÄNSNINGAR

Detta arbete kommer att begränsas till Arbetsdomstolens praxis efter 1974. Detta eftersom det är efter detta årtal som det som i dag är provocerad uppsägning vuxit fram, främst genom införande av det anställningsskydd som fanns i 1974 år anställningsskyddslag.⁵

Jag har i detta arbete valt att inte se närmare på fingerad arbetsbrist och hur domstolarna bedömer detta. Ej heller kommer jag att djupare se på arbetsledningsrätten och turordningslistor som ett sätt att kringgå 7 § LAS. Båda dessa företeelser kommer att finnas med och tangeras i slutet av uppsatsen, men ingen mer djupgående analys kommer att ske.

Jag kommer inte heller att gå in på den EU-rättsliga aspekten i detta arbete. Dels eftersom arbetet är begränsat i form av utrymme och tid, dels eftersom det inte finns någon gemensam EU-rättslig lagstiftning på området. Det finns EU-bestämmelser på områden som rör diskriminering och arbetsmiljö men inget som motsvarar vår anställningsskyddslagstiftning.

⁵ SFS (1974:12) Lag om anställningsskydd.

2. LAGSTIFTNING

Uppsatsen kommer i detta avsnitt att se närmare på de lagar som reglerar de situationer som faller in under begreppet provocerad uppsägning. Arbetet kommer även att se närmare på de rättsföljder som kan bli tillämpliga. Detta kommer att ske främst med hjälp av lagtext, förarbeten och lagkommentarer. Varje delkapitel kommer att starta med en kort beskrivning av vilken lag som kommer att diskuteras samt dennas syfte och eventuella rättsföljder. Sedan kommer jag att se hur lagen kan användas i situationer när det rör sig om det som faller in under provocerad uppsägning.

2.1 LAS

Anställningsskyddslagen är en del av den svenska skyddslagstiftningen som finns på arbetsrättens område. Syftet med lagen är att skydda den anställda och dennas anställning. Detta görs genom att en rad krav och skyldigheter åläggs arbetsgivaren.

Anställningsskyddslagen är den dominerande lagstiftningen vad gäller frågor om provocerad uppsägning. I 7 § så finner vi skyddet för en anställd att inte utsättas för godtyckliga uppsägningar. I 18 § så finns skyddet mot godtyckliga avskedanden. Det är mot bakgrund mot dessa paragrafer som begreppet provocerad uppsägning vuxit fram. En provocerad uppsägning är att jämställa med en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivarens sida. Den sakliga grunden kan vara antingen arbetsbrist eller hänförlig till personliga skäl. Arbetsbrist är ett rättstekniskt begrepp och innefattar lite förenklat alla skäl som inte är hänförliga till arbetstagaren själv.⁶ Arbetsbrist anses alltid vara en saklig grund för uppsägning.⁷ Personliga skäl kräver däremot att domstolen gör en saklighetsprövning.⁸ Denna prövning kan göras även av arbetsbristens saklighet, men detta sker endast då det finns skäl att misstänka att det egentligen är personliga skäl som ligger bakom eller att arbetsgivaren åsidosätter sina skyldigheter så som omplaceringsskyldigheten.⁹ Vidare finns det i LAS krav på skriftlighet

⁶ Se exempelvis AD 1994 nr 122 samt Per Dalekant, Anders Wiehe, KARNOV lagkommentar: LAS 7 § kommentar nr 44 2014-11-10.

⁷ AD 1993 nr 101.

⁸ Kent Källström, Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten*, 2009, s 134-142.

⁹ Se nedan om omplaceringar och turordning.

vid en uppsägning från arbetsgivaren i 8 §, en skyldighet för arbetsgivaren att uppge omständigheterna för uppsägningen på arbetstagarens begäran och i 10 § krav på att uppsägningen ska lämnas till arbetstagaren personligen. Vad gäller avskedande så finner vi liknande bestämmelser i 19-21 §§. Det finns vidare reglering av uppsägningstid och löneförmåner vid uppsägning i 12-14 §§. Då ett avskedande sker med omedelbar verkan så finns det ingen uppsägningstid. Gemensamt för dessa bestämmelser är att de reglerar arbetsgivarens skyldigheter gentemot arbetstagaren. Det finns således inga regler för hur en anställd får säga upp sin anställning, inget formkrav eller krav på saklig grund.

Grunden för begreppet provocerad uppsägning finner vi i förarbetena¹⁰ där det står att vid en uppsägning som beror på otillbörligt handlande från arbetsgivarens sida som leder till att arbetstagaren säger upp sin anställning, så ska arbetstagaren ges samma rättskydd som vid en uppsägning från arbetsgivaren utan saklig grund.

En uppsägning utan saklig grund kan få två rättsföljder som är kumulativa och till viss del oberoende av varandra, detta betyder att den anställda är fri att välja en eller båda rättsföljderna. Den ena rättsföljden är att uppsägningen är ogiltig enligt 34 § LAS första stycket. Detta innebär att en uppsägning utan saklig grund ska lämnas utan avseende och att anställningen kvarstår. Den andra rättsföljden som följer på en uppsägning utan saklig grund är skadestånd, både allmänt och ekonomiskt. Också detta grundar sig på 34 § och den rätt till lön och förmåner som finns för arbetstagaren fram till frågan om uppsägningens giltighet har prövats i domstol.¹¹ En arbetstagare kan välja att endast kräva skadestånd vid en uppsägning utan saklig grund, utan att kräva att uppsägningen ska vara ogiltig.¹² Kanske vill arbetstagaren inte längre vara kvar hos arbetsgivaren efter det som hänt.

¹⁰ Prop. 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd m.m. s 128-129.

¹¹ AD 1976 nr 111 samt Per Dalekant, Anders Wiehe, KARNOV lagkommentar: LAS 34 § kommentar nr 110 2014-11-19.

¹² AD 1982 nr 99.

2.2 DISKRIMINERINGSLAGEN

Syftet med Diskrimineringslagen är att motverka diskriminering och främja lika rättigheter.¹³ Diskrimineringslagen som den ser ut i dag ersatte den tidigare Jämställdhetslagen¹⁴ samt sex andra lagar på området.¹⁵ Genom denna lag genomfördes en rad EU-direktiv som gäller motverkande av diskriminering.¹⁶ Lagen är tillämplig bland annat på arbetslivet samt arbetstagare och arbetsgivare.

Diskrimineringslagstiftningen innehåller en rad så kallade diskrimineringsgrunder. Dessa återfinns i första kapitlets första paragraf. Det är bara diskriminering eller trakasserier som har sitt ursprung i någon av dessa grunder som är otillåten enligt denna lag, det vill säga att all diskriminering som faller utanför dessa grunder får angripas på annat vis, till exempel genom att tillämpa andra arbetsrättsliga lagar. Diskrimineringsgrunderna återspeglar i mångt och mycket de lagar som den ersatte, bland annat jämställdhetslagen, och ett stort fokus ligger på sexualitet och kön samt ras och religion som diskrimineringsgrunder. Diskrimineringslagen innehåller inte bara förbud mot diskriminering och trakasserier, utan innehåller även i sitt tredje kapitel krav på aktiva åtgärder, för att både förebygga och motverka diskriminering i arbetslivet, för en arbetsgivare. Detta innebär att en arbetsgivare inte bara är förbjuden att själv diskriminera, utan även att arbetsgivaren har en skyldighet att agera om en anställd diskrimineras eller trakasseras av en annan arbetstagare.¹⁷ Diskrimineringslagen är inte bara tillämplig på anställningen och det som sker inom den, utan även på ingåendet av anställningen och avslutandet av den. Det är alltså inte tillåtet att diskriminera den som söker ett arbete på de grunder som finns inom diskrimineringslagen, eller att diskriminera enligt dessa vid varsel och uppsägningar.

Den som bryter mot Diskrimineringslagen blir enligt lagen skyldig att betala diskrimineringsersättning enligt 5:1 första stycket. En arbetsgivare kan förutom detta även bli skadeståndsskyldig enligt 5:1 andrastycket i

¹³ SFS (2008:567) Diskrimineringslag 1:1 samt prop. 2007/08:95 s 2 och Anderz Andersson, Örjan Edström, Lars Zanderin, *Arbetsrätt*, 2009, s 143.

¹⁴ SFS (1991:433) Jämställdhetslagen.

¹⁵ SFS (1999:130), SFS (1999:132), SFS (1999:133), SFS (2001:1286), SFS (2003:307) och SFS (2006:67).

¹⁶ 2000/43/EG, 2000/78/EG och 76/207/EEG ändrat genom 2002/73/EG, 79/7/EG, 2004/113/EG, 86/613/EG upphävt genom 2010/41/EU, 2006/54/EG.

¹⁷ Gudrun Persson Härneskog, KARNOV lagkommentar: DiskL 2 :3 kommentar nr 39 2014-11-01.

form av ekonomiskt skadestånd.¹⁸ En annan rättsföljd som återfinns i diskrimineringslagen är ogiltighet av ett avtal. I 5:3 så återfinns dessa bestämmelser. Andra stycket av denna paragraf gäller uppsägning av avtal eller andra rättshandlingar. Denna bestämmelse blir tillämplig då det gäller både uppsägningar av anställda och omplaceringar.¹⁹

Diskrimineringslagen har alltså stor betydelse i arbetsrätten, och fångar även in situationer som faller utanför gränsen för LAS. Den stora nackdelen är dock att lagen bara blir tillämplig på de situationer som gäller de reglerade diskrimineringsgrunderna. Detta gör att all negativ särbehandling som beror på andra orsaker, men som är minst lika allvarlig är betydligt svårare att angripa. Som exempel kan nämnas den diskriminering som sker av överviktiga inom arbetslivet.²⁰ Nu prövas frågan i EU-domstolen om övervikt kan ses som ett funktionshinder och på detta vis kunna omfattas av diskrimineringskyddet.²¹ Att fetma kan kvalificeras som ett funktionshinder gör dock inte att även en måttlig övervikt kan räknas som ett funktionshinder. Frågan som uppstår är var gränsen ska dras, och den övervikt som faller utanför är fortfarande inte omfattad av diskrimineringslagstiftningen.

2.3 AVTALSLAGEN

Avtalslagen²² är en lag från 1915 som reglerar hur avtal sluts i Sverige. Bland annat så är det här som det framgår att avtal i Sverige bygger på löftesprincipen.²³ I denna lag finns även de så kallade "ogiltighetsgrunderna",²⁴ det vill säga de omständigheter som gör att ett avtal eller en rättshandling blir ogiltigt och ska lämnas utan hänsyn.²⁵ T.ex. så är ett avtal som sluts under hot inte giltigt mot den part som befann sig

¹⁸ Gudrun Persson Härneskog, KARNOV lagkommentar: DiskL 5 :1 kommentar nr 122 2014-11-03.

¹⁹ Gudrun Persson Härneskog, KARNOV lagkommentar: DiskL 5:3 kommentar nr 125-126 2014-11-20.

²⁰ Jens Agerström, Rickard Carlsson, Bo Ekehammar och Dan-Olof Rooth, *Svenska arbetsgivares implicita stereotyper av arabiska muslimer och överviktiga*, Socialvetenskaplig tidskrift nr 3-4, 2008, s 239-256.

²¹ C-354/13.

²² SFS 1915:218 Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

²³ Axel Adlercreutz, Lars Gorton, *Avtalsrätt 1*, 2011, s 57-58.

²⁴ SFS (1915:218) Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område Kap 3.

²⁵ Ingmar Persson, KARNOV lagkommentar: Avtalslagen kap 3 kommentar nr 41 2014-09-25 samt Axel Adlercreutz, Bernard Johann Mulder, *Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*, 2013, s 66-69.

under hot. Dock kan inte den icke hotade parten använda sig av motpartens trångmål för att ogiltigförklara avtalet. Ogiltighetsgrunderna delas in i svaga och starka ogiltighetsgrunder. De starka ogiltighetsgrunderna är de som alltid gör ett avtal ogiltigt oavsett om motparten befunnit sig i god tro eller inte. De svaga ogiltighetsgrunderna är de omständigheter som inte kan göras gällande mot motpart om denna befunnit sig i god tro och innehåller således ett ondrosrekvisit. Ogiltighetsgrunderna i Avtalslagen är på intet sätt uttömmande och fler ogiltighetsgrunder finns att hitta i speciallagar.²⁶

Denna lag blir tillämplig i arbetsrätten på flera sätt.²⁷ Ett anställningsavtal är i grunden ett avtal, som dock har en rad specialbestämmelser knutna till sig.²⁸ Dessa innebär inte att de regler som gäller för alla avtal automatiskt inte blir tillämpliga.²⁹ Ofta så kompletterar de olika lagarna varandra, då det som inte regleras i den detaljrika och specifika speciallagstiftningen, som arbetslagstiftningen är, istället regleras i den mera allmänna lagstiftningen som finns i avtalslagen.

När det gäller provocerade uppsägningar så har avtalslagen inte använts på själva anställningsavtalet utan på uppsägningsavtalen. Detta betyder att det som angrips inte skyddas genom specialregler, eftersom uppsägningsavtalet rent faktiskt inte är ett anställningsavtal och inte reglerar anställningen i sig.³⁰ Ett uppsägningsavtal kan innehålla specialvillkor för hur en uppsägning ske gå till, t.ex. arbetsbefrielse och uppsägningstider som avviker från lagen. Om tillkomsten av detta avtal faller in under de kriterier som finns under avtalslagens ogiltighetsgrunder så kan uppsägningsavtalet ogiltigförklaras, och part som är ansvarig kan i vissa fall bli skadeståndsskyldig.³¹ Detta kan liknas vid de regler som finns för en uppsägning på osaklig grund som finns i LAS, det vill säga ogiltighet av uppsägningen. Dock är det inte automatiskt så att ogiltighet av ett uppsägningsavtal leder till att själva uppsägningen är ogiltig, utan det är till stor del beroende av hur själva avtalet är utformat. Är uppsägningen att se som oberoende av uppsägningsavtalet så kan det vara så att avtalet är att se som ogiltigt, men uppsägningen fortfarande är gällande. Det finns vissa

²⁶ T.ex. SFS (1932:323) Lag om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning.

²⁷ Anderz Andersson, Örjan Edström, Lars Zanderin, *Arbetsrätt*, 2009, s 79-83.

²⁸ Per Dalekant, Anders Wiehe, KARNOV lagkommentar: LAS 4 § kommentar nr 15 2014-09-25.

²⁹ Jfr AD 1997 nr 36.

³⁰ Jfr LAS 4 § om anställningsavtal.

³¹ Skadeståndsskyldighet regleras dock inte i Avtalslagen.

ogiltighetsgrunder som får större betydelse än andra när vi ser på dem från en arbetsrättslig synvinkel.

28 § OCH 29 § TVÅNG.

"28 § Rättshandling, den någon blivit rättsstridigt tvungen att företaga, vare, där tvånget utövats genom våld å person eller genom hot, som innebär trängande fara, icke gällande mot den tvungne.

*Har tvånget utövats av annan än den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, och var denne i god tro, åligger det dock den tvungne, där han vill mot honom åberopa tvånget, att utan oskäligt uppehåll efter det tvånget upphörde giva honom meddelande därom vid äventyr, om sådant underlåtes, att rättshandlingen varder gällande."*³²

*"29 § Rättshandling, den någon utan användande av sådana tvångsmedel, som i 28 § avses, rättsstridigt tvungit en annan att företaga, vare ej gällande mot den tvungne, där den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, själv utövat tvånget eller ock insett eller bort inse, att rättshandlingen framkallats genom rättsstridigt tvång från annans sida."*³³

Att med hot om våld förmå någon att ingå ett avtal är självklart inte tillåtet.³⁴ Alla rättshandlingar som företagits under hot om våld är ogiltiga. Detta tvång är det som finns reglerad i 28 § Avtalslagen. De tvång som uppstår när någon blir hotad med något annat än direkt fysiskt våld, så som hot om att lämna ut uppgifter om otrohet eller liknande, är det lindrigare tvång som vi finner i 29 § i Avtalslagen. Det är oftast denna typ av tvång som blir gällande vad gäller avtalsrätten, till exempel genom hot om polisanmälan vid en påstådd stöld.

30 § SVEK

"30 § Där den, gent emot vilken en rättshandling företagits, framkallat densamma genom svikligt förledande eller ock insett eller bort inse, att den, som företog rättshandlingen, blivit

³² Avtalslagen § 28.

³³ Avtalslagen § 29.

³⁴ Se BrB 8:5 om råntvång och 9:4 om tvång.

svikligen förledd därtill av annan, vare rättshandlingen icke gällande mot den förledd.

Har den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, svikligen uppgivit eller förtegit omständigheter, som kunna antagas vara av betydelse för rättshandlingen, skall han anses hava därigenom framkallat densamma, såframt det ej visas, att det svikliga förfarandet icke inverkat å rättshandlingen.”³⁵

Svek som ogiltighetsgrund hittar vi i Avtalslagens 30 §. En rättshandling som blivit till efter att någon blivit svikligen förledd är inte gällande enligt denna paragraf.³⁶ Att svikligen förleda någon inom arbetsrätten kan till exempel vara att förmå någon att säga upp sig genom att påstå att arbetsbrist föreligger.³⁷

33 § I STRID MOT TRO OCH HEDER

”33 § Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap.”³⁸

Under denna paragraf faller alla de rättshandlingar som på grund av omständigheter vid rättshandlingens tillkomst, skulle strida mot tro och heder att åberopa. Denna allmänt hållna regel är till för att uppfånga alla de fall som inte faller in under någon av de andra ogiltighetsgrunderna men som ändå motsvarar ett beteende som inte är önskvärt vid avtalslut.

Rättsföljden för avtalsbrott kan bli skadestånd.³⁹ Detta innebär att om en uppsägning kan anses strida mot ett anställningsavtal eller ett kollektivavtal så kan en domstol döma ut skadestånd. Då ett avtal är ogiltigt på grund av att omständigheterna faller in under någon av de ovan nämnda ogiltighetsgrunderna så blir den rättsliga följden att själva avtalet blir ogiltigt. Detta innebär inte en automatisk rätt till skadestånd för arbetstagaren, utan denna måste kunna visa en skada till följd av

³⁵ Avtalslagen 30 §.

³⁶ AD 2000 nr 81 Där arbetsgivaren ville få ett anställningsavtal ogiltigförklarat eftersom arbetsgivaren ansåg sig ha blivit svikligen förled av den arbetsökande vid anställningen.

³⁷ Se AD 2011 nr 12.

³⁸ Avtalslagen 33 §.

³⁹ Bertil Bengtsson, KARNOV Lagkommentar SkL 1:1 kommentar nr 3 2014-11-29.

arbetsgivarens agerande. Inte heller blir uppsägningen automatisk ogiltig, endast för att uppsägningsavtalet blir ogiltigt. Dock torde det vara svårt att finna omständigheter där ogiltighetsgrunderna för ett avtal är tillämpliga men det inte finns grund att ogilla själva uppsägningen på arbetsrättsliga grunder.

2.4 ÖVRIGA LAGAR SOM KAN TILLÄMPAS PÅ OMRÅDET

Det finns förutom de uppräknade lagarna här ytterligare lagar som spelar in på arbetsrättens område vad gäller provocerade uppsägningar. Dessa kommer i detta arbete bara att nämnas mycket kort, och beskrivs inte uttömmande.

Arbetsmiljölagen.⁴⁰ Lagstiftning om arbetsmiljö, kan ha betydelse då anställd väljer att avsluta sin anställning eftersom denne anser att arbetsmiljön är osäker, eller att arbetsgivaren på andra vis bryter mot denna lagstiftning. Brott direkt mot denna lag ger fängelse eller böter.⁴¹ En sanktionsavgift kan föreskrivas av regering eller myndighet.⁴²

Arbetstidslagen.⁴³ När en arbetsgivare beordrar en anställd att arbetat enligt ett schema som strider mot denna lag, och detta leder till att den anställda väljer att avsluta sin anställning. Följderna för att bryta mot arbetstidslagen är böter eller fängelse för arbetsgivaren.⁴⁴ Även här finner vi bestämmelser om sanktionsavgifter.⁴⁵ Skadestånd kan bli tillämpligt vid frågan om en tillämpning av ett kollektivavtal.⁴⁶

Även lagar så som **Semesterlagen**⁴⁷ **Föräldraledighetslagen**⁴⁸ och **Förtroendemannalagen**⁴⁹ kan bli aktuella när det gäller fall av provocerad uppsägning.

⁴⁰ SFS (1977:1160) Arbetsmiljölagen.

⁴¹ SFS (1977:1160) Arbetsmiljölagen 8:1.

⁴² SFS (1977:1160) Arbetsmiljölagen 8:5.

⁴³ SFS (1982:673) Arbetstidslagen.

⁴⁴ SFS (1982:673) Arbetstidslagen 23 §.

⁴⁵ SFS (1982:673) Arbetstidslagen 26 §.

⁴⁶ Hans Blyme, KARNOV lagkommentar: Arbetsmiljölagen 24a § kommentar nr 50 2014-11-03.

⁴⁷ SFS (1977:480) Semesterlag.

⁴⁸ SFS (1995:584) Föräldraledighetslag.

⁴⁹ SFS (1974:358) Lag om fackliga förtroendemäns ställning på arbetsplatsen.

Det utmärkande för dessa lagar är att de lägger skyldigheter på arbetsgivaren. Bryter arbetsgivaren mot dessa skyldigheter så blir rättsföljderna fängelse, böter, sanktionsavgifter och skadestånd.

Minst lika viktigt som en eventuell direkt tillämning av de uppräknade lagarna är emellertid den betydelse de kan ha som en tolkningsbakgrund vid en talan enligt LAS. Det är bara genom att tillämpa LAS på en provocerad uppsägning som rättsföljden blir att uppsägningen är ogiltig. Därför är det av stor vikt mot vilket lagrum en uppsägning prövas om man vill få som rättsföljd att en uppsägning ska ogiltigförklaras och en anställning kvarstå.

3. PROVOCERAD UPPSÄGNING: BEGREPPETS INNEBÖRD OCH ANVÄNDNING

I detta avsnitt kommer jag att gå igenom hur begreppet provocerad uppsägning används. Först hur det snävare rättsliga begreppet definieras i doktrin och praxis, sedan vilka situationer som faller in under en vidare tolkning av begreppet. Jag kommer även att redogöra för hur praxis ser ut på området genom en rad olika typfall samt se om det går att urskilja var domstolarna lägger tyngden i sin bedömning.

3.1 BEGREPPET

I denna del så ska jag se närmare på vad som faller in under begreppet provocerad uppsägning. I denna uppsats görs en uppdelning mellan det som faller in under den något snävare rättsliga begreppet som används i domstolar och ett vidare begrepp som innefattar de situationer som inte omedelbart faller in under den rättstekniska termen provocerad uppsägning men som har stora likheter. Jag kommer i kapitlets senare del se på hur begreppet har vuxit fram genom domstolarnas praxis.

3.1.1 DET RÄTTSLIGA BEGREPPET

Med det rättsliga begreppet provocerad uppsägning menas i denna uppsats de situationer då domstolar jämställer den provocerade uppsägningen med en *uppsägning från arbetsgivaren*. AD har inom detta område en väl utvecklad praxis med kriterier som ska uppfyllas för att situationen ska falla inom det rättsliga begreppet provocerad uppsägning. En utförlig genomgång av de olika situationerna som kan innefattas av detta begrepp kommer att göras senare i detta kapitel.

Det finns flera olika sätt att benämna denna rättsliga företeelse både i praxis och i litteraturen. Några av dessa är *framprovocerad uppsägning*⁵⁰, *framtvingat uppsägning* och *framtvingat frånträde*⁵¹. I denna uppsats kommer provocerad uppsägning att användas för att innefatta samtliga dessa uttryck.

⁵⁰ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 452-453.

⁵¹ Lars Lunning, Gudmund Toijer, 2007, *Anställningsskydd – Kommentar till anställningsskyddslagen*, s 178 och 202.

I AD 2009 nr 27 så sammanfattar domstolen vad som innefattas i begreppet. Här konstateras att det finns fall då en uppsägning från en arbetstagare kan ses som en uppsägning från arbetsgivarens sida. Domstolen konstaterar att det finns krav på att arbetsgivaren har handlat på ett sätt som strider mot god sed eller på annat vis kan ses som otillbörligt.⁵² Dock så framhåller domstolen att det inte finns krav på att en uppsägning måste ha varit det direkta syftet med arbetsgivarens handlande, utan det räcker med att en arbetsgivare ska ha insett att dennas handlande *kan* leda till att en arbetstagare väljer att säga upp sig.⁵³ En anledning till att AD väljer just denna formulering kan vara att det är svårt att bevisa vad som är det egentliga syftet med en arbetsgivares handlande. Genom denna ”snällare” formulering där kraven på bevisning blir betydligt lättare för arbetstagaren så öppnar domstolen upp för möjligheten att pröva en arbetsgivares handlande och dess konsekvenser.

För att det rättsliga begreppet provocerad uppsägning ska bli tillämpligt så krävs följande:

- Att arbetsgivarens agerande leder till att arbetstagaren väljer att säga upp sin anställning.
- Att arbetsgivaren har agerat på ett sätt som är otillbörligt eller är i strid mot god sed på arbetsmarknaden.

3.1.2 DET VIDARE BEGREPPET

Med det vidare begreppet så menar jag i denna uppsats alla de situationer när en arbetsgivares handlande påverkar den anställda på ett sådant sätt att den anställda väljer att inte fortsätta sin anställning, men som inte omedelbart kan jämföras med en uppsägning utan saklig grund. Om en arbetstagare bestrider en uppsägning så är det arbetsgivaren som har att bevisa att saklig grund för uppsägningen har funnits. Om arbetsgivaren inte kan bevisa saklig grund så ser rättsväsendet detta som en provocerad uppsägning.⁵⁴ Problem blir det då en arbetsgivare faktiskt kan bevisa att saklig grund för uppsägning föreligger. Hur väger domstolarna detta faktum mot det att ett handlande från arbetsgivarens sida som strider mot god sed

⁵² Se bland annat AD 2005 nr 30.

⁵³ Se AD 1985 nr 65 där domstolen tydligt uttalar i domskälen att det inte krävs att syftet med arbetsgivarens agerande inte måste vara att förmå den anställda att säga upp sin anställning, utan det räcker med att arbetsgivaren borde insett att det skulle kunna bli en konsekvens därav.

⁵⁴ Jfr SOU 1993:32 s 360.

på arbetsmarknaden eller som är otillbörligt normalt sett leder till att uppsägningen ses som en provocerad uppsägning och har de rättsföljder som följer på en uppsägning utan saklig grund? Motiven till varför en arbetsgivare trots en reell saklig grund ändå väljer att provocera fram en uppsägning kommer att diskuteras senare i uppsatsen så ingen närmare genomgång av dessa kommer ske här.

3.1.3 BEGREPPETS FRAMVÄXT

Som ovan beskrivits är begreppet provocerad uppsägning något som vuxit fram genom domstolarnas praxis. 1974 infördes i Sverige en lag om anställningsskydd.⁵⁵ Förarbetet till denna lag fanns i prop. 1973:129. Det är i denna proposition som vi finner det stycke som är det som oftast refereras till av de svenska domstolarna.

”Det bör emellertid observeras att det kan förekomma uppsägning som visserligen formellt görs av den anställda själv men som i realiteten har föranletts av arbetsgivaren. Arbetsgivaren kan t.ex. ha hotat med uppsägning men förklarat sig vilja ge arbetslagaren tillfälle att säga upp sig själv. Det kan också tänkas att en uppsägning från arbetstagarens sida föranletts av trakasseri från arbetsgivaren. Sådana situationer får, som utredningen har uttalat, lösas av de rättstillämpande organen med beaktande av de syften som ligger bakom lagstiftningen. Visar det sig att en arbetsgivare genom otillbörligt handlande har förmått en anställd att själv säga upp sig, är del i själva verket fråga om en situation som är helt jämförlig med den som föreligger när en arbetsgivare säger upp en arbetstagare utan saklig grund. Enligt min mening kan detta beaktas i rättstillämpningen så att arbetstagaren ges samma rättsskydd som om det hade varit fråga om en uppsägning från arbetsgivarens sida utan saklig grund.”⁵⁷

Redan 1975 använder den svenska arbetsdomstolen begreppet provocerad uppsägning i en dom. Dock använder domstolen inte själva termen provocerad uppsägning eftersom detta inte är utvecklat vid tidpunkten, men en diskussion om hur en arbetsgivare får agera i samband med att en arbetstagare väljer att säga upp sin anställning sker här för första gången.

⁵⁵ SFS (1974:12) Lag om anställningsskydd.

⁵⁷ Prop. 1973:129 s 128-129.

I AD 1975 nr 35 så ser domstolarna närmaren på rekvisitet att *arbetsgivarens agerande föranleder* att den anställda säger upp sin anställning.

En anställd hos en tillverkare av säkerhetsglas till bilrutor väljer att efter ett möte med sin arbetsgivare att säga upp sin anställning med omedelbar verkan. Arbetstagaren vägrar utföra det arbete som han blivit beordrad eftersom han anser att detta är skadligt för hans hälsa. Arbetsgivaren menar att arbetet inte skulle vara skadligt för honom eftersom det endast gällde en mycket begränsad tid. Arbetstagaren menar att han inte blivit informerad om att arbetet endast var för en begränsad tid. Domstolen gör bedömningen att det är arbetsgivarens handlande vid mötet som gör att den anställda väljer att avsluta sin anställning. Domstolen anser att omständigheterna som lede till att arbetstagaren valde att avsluta sin anställning var sådana att de stred mot de principer som ligger till grund för anställningsskyddslagen, och att uppsägningen således inte är bindande för arbetstagaren.

I denna dom så grundar arbetsdomstolen sitt beslut på de principer som anställningsskyddslagen vilar på, genom uttalanden i SOU 1973:7⁵⁸ och proposition 1973:129. Domstolen argumenterade att det är arbetsgivarens handlande som föranleder själva uppsägningen och att det är detta faktum som är det avgörande för om uppsägningen ska anses vara ogiltig. Dock ställer inte domstolen upp några speciella rekvisit för vad det är som gör att en uppsägning ska anses vara föranledd av en arbetsgivares handlande utan den argumentation som förs är förhållandevis ytlig. Det ställs inte upp några ramar för vilket agerande från en arbetsgivare som är tillåtet och inte påverkar en uppsägningens giltighet, utan frågan lämnas helt öppen. Det viktiga som framkommer i detta rättsfall är just det faktum att en uppsägning från arbetstagaren kan vara ogiltig om det är *arbetsgivarens agerande som föranleder den*. Anmärkningsvärt är att det inte bara är arbetsgivarens agerande fram till uppsägningen som tas med i bedömningen. AD tar även upp det faktum att arbetsgivaren vägrar att ta tillbaka arbetstagarens uppsägning när arbetstagaren senare ångrar sig och menar att det bidrar till helhetsbedömningen av arbetsgivarens beteende. Det faktum att arbetstagaren hade med sig ett fackligt ombud på mötet ansåg domstolen inte skulle påverka bedömningen, detta eftersom

⁵⁸ SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Anställningsskydd och vissa anställningsfrämjande åtgärder.

domstolen inte ansåg att ombudet hade varit på mötet för att tillvarata arbetstagarens intressen.

I AD 1976 nr 117 så fortsätter arbetsdomstolen att utveckla rekvisitet att arbetsgivarens agerande ska föranleda arbetstagaren uppsägning.

Två arbetstagare väljer att säga upp sina anställningar på en städfirma efter det att en annan arbetstagare blivit avskedad. Anledningarna till uppsägningen skall bland annat ha varit tvister med anledning av löneanspråk, otrivsel på arbetsplatsen samt att de anställda känt sig hotade av sin arbetsgivare. Domstolen finner inte något bevis för att arbetsgivaren har hotat de anställda. Att det är en dålig stämning på arbetsplatsen och att det finns en löneanspråkstvist är visserligen omständigheter som kan läggas arbetsgivaren till last menar domstolen, men de är inte sådana att de föranleder att en uppsägning från en arbetstagare blir ogiltig.

Här gör domstolen en annan bedömning av arbetsgivarens agerande. Domstolen anser att det är den situation som uppstår på arbetsplatsen, i samband med att en av de anställda blir avskedad och en tvist på grund av löneanspråk, som gör att de båda arbetstagarna väljer att säga upp sina anställningar. Denna situation kan arbetsgivaren lastas för. Dock anser inte domstolen att detta är tillräckligt för att ogiltigförklara uppsägningarna. Att arbetsgivaren inte på något vis agerat för att förmå de anställda att säga upp sig samt det faktum att uppsägningen skedde helt på de anställdas egna initiativ gör att domstolen anser att uppsägningen inte kan anses ha föranletts av arbetsgivarens agerande.

I AD 1975 nr 74 så tar domstolen för första gången upp det som kommer att utvecklas till rekvisitet om att en arbetsgivares agerande måste vara i strid mot god sed på arbetsmarknaden.

En anställd på ett bussbolag väljer att säga upp sin anställning efter hot från arbetsgivaren om polisanmälning. Arbetstagaren hade, efter att ha blivit kallad till ett förhör med arbetsgivaren på grund av misstänkt fusk med biljetter, av arbetsgivaren fått valet att antingen själv säga upp sin anställning eller att bli avskedad eller uppsagd av bolaget och polisanmäld. Om arbetstagaren valde att själv avsluta sin anställning skulle det även påverka utfärdande av betyg från arbetsgivaren. Domstolen anser att det är arbetsgivarens agerande som föranleder att den anställda väljer att avsluta sin anställning samt att detta agerande från arbetsgivaren är i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Uppsägningen är därför ogiltig.

I detta rättsfall tar domstolen för första gången upp det faktum att en uppsägning som föranletts av en arbetsgivare inte automatiskt är ogiltig. Precis som i AD 1974 nr 35 så ställs rekvisitet att det är arbetsgivarens agerande som föranleder uppsägningen upp. Det faktum att det är arbetsgivaren som på mötet är den part som lägger fram förslaget att arbetstagaren ska säga upp sin anställning samt att arbetsgivaren då tillhandahåller en, på förhand av arbetsgivaren upprättad, uppsägningshandling tyder på att det är arbetsgivaren som föranleder uppsägningen genom sitt agerande, och att syftet var just att förmå den anställda att säga upp sin anställning. I domskälen så ställs det även upp krav på ytterligare omständigheter för att en uppsägning från arbetstagaren ska bli ogiltig, nämligen ett krav på *hur arbetsgivaren har agerat*. Domstolen fastställer här att arbetsgivarens agerande måste vara i strid mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat vis varit otillbörligt. För att klargöra om arbetsgivarens handlande varit i strid mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat vis otillbörligt så tar domstolen fasta på om arbetsgivaren hade fog för sina misstankar mot arbetstagaren, på hur den anställda ställde sig till anklagelserna samt det faktum att arbetstagaren inte gavs tillfälle att tänka över saken eller rådgöra med ett fackligt ombud. Här lägger AD grunden för hur argumentationen, om hur ett handlande från en arbetsgivare är otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden, kommer att se ut. Dock sker detta mest som en allmän diskussion, och inga tydliga kriterier uttalas.

I AD 1977 nr 200 så utvecklar domstolen vad som menas med otillbörligt agerande och vilket agerande det är som ska bedömas.

Anställd på verkstad säger upp sin anställning efter att han har blivit tilldelad en arbetsuppgift som han på grund av ett handikapp inte anser sig kunna utföra. Vid ett möte med arbetsgivaren tar han själv upp uppsägningen och ber om en uppsägningsblankett. Domstolen gör bedömningen att den anställda är bunden av sin uppsägning.

Vad det gäller frågan om arbetsgivaren har agerat otillbörligt så delar domstolen upp sin bedömning. Först ser domstolen på om själva ordern att utföra det specifika arbetet var att anses som otillbörligt.⁵⁹ Sedan prövar domstolen om arbetsgivarens agerande i samband med mötet som ledde till att den anställda valde att avsluta sin anställning var att anses som otillbörligt. Här tar domstolen fasta på att det var den anställda själv som

⁵⁹ Se nedan 3.2.6 för mer om domstolens resonemang vad gäller tilldelandet av arbetsuppgifter.

tog upp frågan om uppsägning och bad om en uppsägningsbankett samt att han blev ombedd av arbetsgivaren att tänka över saken. Detta motsvarar några av de punkter som domstolen tog upp vid sitt beaktande av arbetsgivarens agerande i AD 1975 nr 74. Domstolen tar även upp det faktum att arbetstagaren var erfaren på arbetsmarknaden och hade tidigare varit fackligt ombud under två års tid. Detta verkar domstolen mena måste påverka hur bedömningen av hans agerande ska göras, då högre krav då kan ställas på den anställde.

I AD 1976 nr 103 så ser vi för första gången arbetsdomstolen koppla samman provocerad uppsägning med de regler som gäller för en uppsägning på saklig grund i 7 § LAS.

En hovmästare väljer att säga upp sin anställning efter ett möte med arbetsgivaren där den anställde fick valet att antingen säga upp sin anställning eller att bli uppsagd av arbetsgivaren. Uppsägningen berodde på att den anställde blivit fälld i domstol för förskingring. Om arbetstagaren själv sade upp sin anställning blev han lovad bra betyg. Den anställde bereddes ingen tid att tänka över beslutet eller att rådgöra med ett fackligt ombud. Domstolen anser att omständigheterna är sådana att arbetsgivarens agerande strider mot grunderna för anställningsskyddslagen och att uppsägningen därför är ogiltig.

I denna dom så grundar domstolen sin bedömning av arbetsgivarens agerande på huruvida arbetsgivaren genom domen om förskingring hade en saklig grund för uppsägning på grund av personliga skäl enligt § 7 LAS. Genom detta så ger domstolen intrycket att arbetsgivarens agerande hade varit *tillåtet om arbetsgivaren hade haft en saklig grund för en uppsägning*. För första gången så diskuteras här saklig grund i samband med en provocerad uppsägning. Domstolen konstaterar först att uppsägningen beror på agerande från arbetsgivaren. Sedan går domstolen vidare och ser om arbetsgivaren haft en saklig grund för en uppsägning. Först efter det att det fastställts att arbetsgivaren saknat grund för en uppsägning på grund av personliga skäl så görs en prövning av om huruvida arbetsgivarens agerande varit i strid mot tro och heder på arbetsmarknaden eller på annat sätt otillbörligt. Detta ger intrycket att ett beteende från arbetsgivaren, som ses som otillbörligt eller i strid mot god sed, om arbetsgivaren saknar saklig grund för en uppsägning, är fullt tillåtet om arbetsgivaren har grund för en uppsägning men väljer att förmå den anställda att själv säga upp sin uppsägning. Domstolen ger heller ingen utförlig argumentation om vad i arbetsgivarens agerande som leder till att uppsägningen ska vara ogiltig

mer än att det är just arbetsgivarens agerande som leder till att den anställde väljer att avsluta sin anställning.

I AD 1982 nr 99 så prövade arbetsdomstolen om även en arbetsgivares passivitet kunde ses som ett agerande från arbetsgivarens sida som förmått den anställde att säga upp sin anställning.

En lastvagnsmekaniker säger upp sin anställning efter en lång tids sjukskrivning. Arbetstagaren anser att arbetsgivaren förmått honom att lämna sin anställning genom att inga försök att bereda honom lämpligt arbete har gjorts av arbetsgivaren, i stället nekades han lediga tjänster inom företaget som han sökte. Ej heller hade arbetsgivaren verkat intresserad av att införskaffa hjälpmedel så att arbetstagaren skulle kunna utföra det arbete som arbetsgivaren valde att bereda honom. Istället menade företaget att det var bäst om arbetstagaren istället förblev sjukskriven. Domstolen gör bedömningen att arbetsgivarens brist på handlande inte kan anses strida mot god sed på arbetsmarknaden och att uppsägningen därför inte är att jämföra med en uppsägning från arbetsgivaren.

Frågan som domstolen besvarar i denna dom är huruvida en arbetsgivare kan anses ha förmått någon att lämna sin anställning genom *en brist på agerande*, alltså genom sin passivitet. Domstolen kritiserar arbetsgivarens passivitet och brist på initiativ i frågan om att skaffa tekniska hjälpmedel som hjälpt arbetstagaren att återgå till arbetet. Även det faktum att den anställde inte blev tillfrågad om de lediga lämpliga tjänster som fanns inom bolaget var något som domstolen lade arbetsgivaren till last. Domstolen betonar att denna passivitet måste anses stå i strid mot god sed på arbetsmarknaden för att uppsägningen från arbetstagaren ska kunna ses som en uppsägning från arbetsgivaren utan saklig grund.⁶⁰ Här klargör domstolen alltså att det inte bara är de tillfällen då en arbetsgivare agerar på ett sätt som får den anställde att säga upp sig som faller in under provocerad uppsägning. Då en arbetsgivare genom att förhålla sig passiv försätter en anställd i en sådan situation att arbetstagaren känner sig tvingad att avsluta sin anställning kan även det ses som en provocerad uppsägning.

⁶⁰ Se även AD 2008 nr 106, även där så diskuterar domstolen om huruvida en arbetsgivare kan ha ansetts förorsaka en uppsägning från arbetstagaren genom bristande insatser i samband med en sjukskrivning.

I AD 2010 nr 41 så prövar arbetsdomstolen om en arbetsgivare ska kunna ställas ansvarig för en tredje parts agerande, om denna tredjeparts agerande föranleder att en anställd säga upp sin anställning.

En arbetstagare väljer att säga upp sin anställning efter det att den fackliga klubben rekommenderar henne detta eftersom hon annars skulle bli uppsagd av arbetsgivaren. Arbetstagaren får från sin arbetsgivare goda rekommendationer i samband med detta. Efter uppsägningen visar det sig att uppsägningen beror på omständigheter som är personligt hänförliga till arbetstagaren själv, och inte på grund av arbetsbrist som hon trodde. Domstolen prövar här om uppsägningen är att ses som framprovocerad av arbetsgivaren. Domstolen bedömer dock att så inte är fallet eftersom det faktum att arbetstagaren inte var införstådd med de bakomliggande orsakerna till sin uppsägning inte berodde på agerande från arbetsgivarens sida utan snarare på den fackliga klubbens handlande. Det var därför inte frågan om en provocerad uppsägning i rättslig mening, och uppsägningen kunde således inte ogiltigförklaras på den grunden.

I detta domslut så ser vi tydligt att det är just arbetsgivarens agerande som är det avgörande. Att klubbens agerande kanske var i strid mot god sed på arbetsmarknaden och ledde till att arbetstagaren sade upp sin anställning kunde inte läggas arbetsgivaren till last.

I AD 2013 nr 73 för arbetsdomstolen en utförlig diskussion och klargör vad som faller in under ett tillbörligt agerande från arbetsgivarens sida.

En anställd blir kallad till möte hos sin arbetsgivare. Utgången av mötet blir att den anställda säger upp sin anställning. Domstolen utreder om arbetsgivaren genom detta möte agerat på ett sätt som kan anses otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Bara att kalla till möte om oenigheter kan inte ses som otillbörligt. Att det i kallelsen inte specificerats exakt vad mötet skulle handla om anses inte heller det som i strid mot god sed eller otillbörligt eftersom domstolen anser att den anställde på grund av tidigare möten och omständigheterna i övrigt borde ha haft insikt i vad mötet skulle kunna handla om. I kallelsen så uppmanades arbetstagaren att ta med sig ett fackligt ombud om hon så önskade, något som hon utnyttjade. Under mötet så framkom det som klart att om kvinnan inte valde att säga upp sig så ämnade arbetsgivaren gå vidare med saken samt att en polisanmälan skulle göras. Detta försatte kvinnan i en mycket pressad situation. Dock bereddes hon möjlighet att rådgöra med facket och ingen tidsgräns för uppgörelsen angavs.

Sammantaget så ansåg domstolen i detta fall inte att arbetsgivaren agerat otillbörligt.

Här för domstolen en mycket utförlig diskussion om vilket agerande från arbetsgivarens sida som kan ses som otillbörligt. Intressant att anmärka på är att denna bedömning inte är oberoende av hur den anställde har agerat. Då den anställde har verkat oförberedd och okunnig eller förhåller sig passiv så ställs högre krav på hur arbetsgivaren agerar jämfört med om arbetstagaren är väl införstådd med vad mötet handlar om och är väl förberedd, tar egna initiativ i förhandlingen eller på annat sett verkar drivande för ett avslut.

3.2 SPECIFIKT OM VISSA TYPSSITUATIONER

Gränsen mellan vad som faller in under begreppet provocerad uppsägningsrättsliga betydelse och en vidare tolkning är mycket flyttande. Eftersom provocerad uppsägning är ett rättsverktyg som skapats av domstolarna och inte alls regleras i lag, så är det ytterst domstolarna som gör bedömningen. Det går därför inte att göra en omedelbar bedömning om en situation faller in under provocerad uppsägning, utan det är en bedömningsfråga från fall till fall. Därför ska jag i nästa avsnitt göra en utförlig genomgång av svensk praxis och se om det går att se var domstolarna lägger tyngdpunkten i sin bedömning i de olika situationer som kan falla in under begreppet provocerad uppsägning

3.2.1 HOT

En av de tydligaste situationerna av provocerad uppsägning är de tillfällen då *en arbetsgivare rent faktiskt hotar en anställd till att säga upp sig*. Att hota någon att företa en handling som denna annars inte hade företagit är brottslig handling och återfinns ibland annat 4:5 Brottsbalken (BrB). I Avtalslagens 28 och 29 §§ anges hot som en av ogiltighetsgrunderna för ett avtals giltighet.⁶¹

Inom arbetsrätten är rent fysiska hot, så som knivhot eller liknande, vid uppsägning inte vanligt förekommande i domstolarna. Detta kan till del bero på att hot av denna typ behandlas straffrättsligt istället för arbetsrättsligt. Det kan även bero på att en anställd som blivit fysiskt hotad med skada väljer att inte gå vidare till domstol för att få sin sak prövad. Det

⁶¹ Mer om hot och avtal i 2.3.

verkar rimligt att antaga att en anställd som känner sig rädd för sin arbetsgivare inte har något intresse av att kvarvara i dennas anställning eller ens kräva skadestånd.

I AD 1992 nr 50 så prövar domstolen ett fall där de anställda blivit utsatta för ett faktiskt fysiskt tvång från arbetsgivaren.

Två bartendrar anställda på en restaurang blir av sin arbetsgivare anklagade för stöld. Arbetsgivaren kallar till möte med de anställda sent på natten. Vid detta möte så informerar arbetsgivaren att de två anställda har att välja på att säga upp sig själv med omedelbar verkan eller bli avskedade. Om de väljer att själva avsluta sin anställning så blir de lovade en viss del av sin månadslön. Arbetsgivaren vägrar att låta de båda anställda kontakta advokat eller facklig representant och kräver att uppgörelsen ska undertecknas innan de anställda får lämna lokalen. Domstolen anser att arbetsgivaren genom sitt agerande tvingat fram en uppsägning från de anställda, dels genom att vägra dem ett ombud av något slag samt vägran att låta dem lämna lokalen. Detta agerande är både otillbörligt och strider mot god sed på arbetsmarknaden menar domstolen. Domstolen går sedan in på om arbetsgivaren haft fog för sina påståenden om stöld och således grund för avskedande och kommer fram till att så inte är fallet.

I detta fall består de hot, som företagaren utövar mot de anställda, av att arbetsgivaren försätter arbetstagarna i en situation där de anställda känner att de inte har något val mer än att skriva på uppsägningen. Detta dels genom att mötet äger rum sent på natten och de anställda isoleras genom att vägras kontakt med varken fackligt eller juridiskt ombud, dels genom att de anställda rent fysiskt förvägras att lämna platsen förrän uppgörelsen är undertecknad. Domstolen menar att det självklart inte är tillåtet att behandla sina anställda på detta vis.

I de fall av hot inom arbetsrätten som går vidare till domstol så finns istället för hot om fysisk skada, hot om till exempel polisanmälning av påstådd stöld. Påståendet behöver inte ha någon grund i verkligheten utan kan vara helt fiktivt.⁶² Ofta trycker arbetsgivaren på hur dåligt det ser ut för den anställda om denne anklagas för stöld och hur detta kommer att påverka den anställdes liv även om den anställda inte blir fälld.

⁶² Mer om hot som har stöd i verklig fakta finns nedan i 5.1.

Det förekommer även hot av mer vag karaktär, till exempel hot om dåliga referenser och betyg, hot om att arbetsgivaren ska svärta ner den anställdes rykte i branschen och andra liknande situationer.⁶³ Dessa hot kan vara svårare för en domstol att pröva, då det är svårare att bedöma hur stor vikt en anställd respektive en arbetsgivare lägger på dem.

Vad som är ett hot för en arbetstagare kan vara helt meningslöst för en annan. Detta gör att domstolen måste bedöma varje fall enskilt utifrån hur den individuella anställda har uppfattat situationen. För att på ett pedagogiskt sätt förklara vad som i denna uppsats menas med ett hot så kan vi för enkelhetens skull säga att de situationer då en arbetsgivare ber en anställd att säga upp sig "för annars..." faller in här.

3.2.2 CHANS ATT SÄGA UPP SIG

Det finns tillfällen då en arbetsgivare lägger fram möjligheten att säga upp sig som positivt för arbetstagaren, det vill säga att *arbetsgivaren ger den anställda "en chans att säga upp sig"*. Bakgrunden till uppsägningen kan skifta stort. Det finns flera fall där chansen att säga upp sig faller samman med fall av fingerad arbetsbrist.⁶⁴ När detta är fallet så framställs en uppsägning från den anställda själv som ett bättre alternativ än en uppsägning från arbetsgivarens sida. Detta kan kombineras med "belöningar" i form av löften om bra vitsord och referenser, rekommendationer till andra anställningar och arbetsbefrielse under uppsägningstiden.

Under mitt uppdrag som fackligt ombud har jag även upplevt en annorlunda form av denna metod att påverka sina anställda från en arbetsgivare. I de fallen så rörde det sig ofta om arbetstagare som inte var helt nöjda med sin arbetssituation, oorganiserade och ofta socialt sårbara, till exempel genom att vara deltidsjukskrivna. Här bearbetade ofta arbetsgivaren den anställda genom att ofta påpeka att arbetstagaren var missnöjd med sitt nuvarande arbete och "hade det inte varit bättre för alla inblandade om den anställda hade valt att säga upp sin anställning och börja på nytt." I dessa fall lades en uppsägning fram som en möjlighet för den anställda att börja om med något som den trivdes bättre med. Även här så lockades den anställda med löften om vitsord och goda referenser. Inget sades dock om de negativa effekter som en uppsägning från

⁶³ Lars Åhnberg, s 73, jmf Prop. 1997/98:177, s 33.

⁶⁴ Se AD 2011 nr 12.

arbetstagarens sida har på bland annat rätten till A-kassa⁶⁵ och den 45 dagars karenstid som föreligger om en arbetstagare väljer att själv säga upp sin anställning jämfört med om arbetsgivaren säger upp den anställde.

Gemensamt för dessa båda scenarion är att en uppsägning framhålls som något bra och positivt för arbetstagaren, att arbetsgivaren ger den anställde en möjlighet som är bättre än arbetstagarens rådande situation. De negativa effekterna döljs och den anställde får känslan av att arbetsgivaren faktiskt gör något bra genom att erbjuda arbetstagaren "en chans att säga upp sig."

I vissa fall kan en sådan här övertalning från arbetsgivarens sida gränsa till trakasserier.

3.2.3 DISKRIMINERING OCH TRAKASSERIER

Diskriminering och trakasserier på en arbetsplats kan ske på flera olika sätt. I denna uppsats så kommer det av pedagogiska skäl ske en uppdelning av dessa med utgångspunkt i vem det är som handlar. I denna del så kommer diskriminering och trakasserier som beror på arbetsgivarens *aktiva handlande* att beröras. I 3.2.8 så kommer trakasserier och diskriminering som beror på andra arbetstagares handlande samt arbetsgivarens *passivitet* att vara fokus.

I Sverige finns en omfattande lagstiftning mot diskriminering och trakasserier av olika former. Den främsta regleringen är Diskrimineringslagen (DiskL)⁶⁶. I denna lagstiftning så finner vi ett antal diskrimineringsgrunder.⁶⁷ Det är inte tillåtet att diskriminera eller trakassera någon mot bakgrund av dessa. Det är till exempel inte tillåtet att diskriminera någon mot bakgrund av deras sexuella läggning eller religion. I lagens andra kapitels första del så finner vi den del som gäller i arbetslivet⁶⁸. Bland annat finns krav på aktiva åtgärder mot sexuella trakasserier här.⁶⁹⁷⁰

Dock finns det fall då en anställd trakasseras eller särbehandlas på grunder som inte finns uppräknade i denna lag. Dessa grunder kan vara hänförliga

⁶⁵ SFS (1997:238) Lag om arbetslöshetsförsäkring 43 b § om 45 dagars karenstid.

⁶⁶ SFS (2008:567) Diskrimineringslag.

⁶⁷ DiskL 1:1.

⁶⁸ DiskL 2: 1-4.

⁶⁹ DiskL 2:3.

⁷⁰ Mer om DiskL och diskrimineringsgrunderna i 2.2 ovan.

till den anställde som individ eller mer diffusa, som att den anställde hejar på fel fotbollslag, det som med ett mera allmänt språkbruk kallas för "vuxenmobbing". Dessa situationer faller inte in under det skydd som finns i DiskL, utan får angripas från ett rent arbetsrättsligt sätt.⁷¹

Diskriminering innebär att den anställde blir sämre behandlad eller får sämre möjligheter än sina medarbetare, det vill säga att den anställde missgynnas på något vis.⁷² Denna diskriminering kan vara allt ifrån att bli åsidosatt vid befordran, inte få möjligheter att delta i mera kvalificerade arbetsuppgifter eller att inte få en ny kontorsstol när alla andra får det. Att en anställd inte blir befordrad för att denna har presterat sämre än sina kollegor är inte diskriminering, utan det måste finnas ett element av godtycklighet för att ett handlande ska klassas som diskriminering, det vill säga att handlandet inte har en saklig grund.

I AD 1985 nr 65 så prövar domstolen huruvida syftet med en arbetsgivares agerande ska ges någon betydelse när det gäller bedömningen av provocerade uppsägningar.

En kvinnlig anställd på ett företag blir i samband med sin föräldraledighet informerad om att hon kommer att sägas upp av företaget. Företaget menar att uppsägningen beror på arbetsbrist. Företaget har redan under kvinnans föräldraledighet bedrivit förhandlingar med facket. Företaget är mycket tydligt med att det är just denna kvinna som ska bli varslad och driver frågan hårt i sin förhandling med facket. Domstolen medger att en arbetsbrist förekommer, men att de utspel som arbetsgivaren gjort med anknytning till kvinnans ledighet är det som leder till att hon väljer att avsluta sin anställning. Det direkta syftet med företagets handlande kanske inte var att förmå kvinnan att avsluta sin anställning men domstolen menar att företaget måste inse att det kunde bli följderna, eftersom de framkallade en mycket svår situation för den anställde. Handlandet är otillbörligt och strider mot god sed på arbetsmarknaden och avslutandet av anställningen är därför att ses som ett avskedande från arbetsgivarens sida.

Domstolen lägger här stor vikt på att det inte krävs att syftet, med arbetsgivarens agerande, är att framkalla en uppsägning utan att det är fullt tillräckligt att arbetsgivarens handlande framkallar en situation där den anställde anser sig inte ha något annat val.

⁷¹ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 67-69.

⁷² DiskL 1:4:1-2.

Trakasserier är när någon genom sitt handlande kränker någon annans värdighet.⁷³ För att något ska klassas som trakasserier så krävs mer än att någon bara är otrevlig. Det är inte olagligt att tycka illa om någon. För att ett beteende ska ses som trakasserier så krävs därför att det ska vara märkbara och tydliga skillnader i beteende och handlande.⁷⁴ Beteendet ska inte heller var önskvärt, och det ställs faktiskt ett visst krav på att den som blir trakasserad tydligt påpekar detta för arbetsgivaren.⁷⁵

I de fall då en arbetsgivare diskriminerar eller trakasserar en anställd så att denna slutligen känner sig tvingad att lämna sin anställning, så är detta ett tydligt fall av provocerad uppsägning. Det spelar ingen roll om arbetsgivarens syfte var att förmå den anställde att lämna sin anställning, utan här blir AD:s uttalande, om att det är fullt tillräckligt att en arbetsgivare borde ha insett att detta skulle kunna bli en konsekvens därav, relevanta.⁷⁶

I 1:4:5 DiskL så hittar vi de situationer då en arbetstagare blir diskriminerad på grund av en arbetsgivares order att så ska ske. Jag har valt att sätta denna situation här, då även om det inte är arbetsgivaren som rent faktiskt är den som diskriminerar, så sker ändå diskrimineringen som ett resultat av arbetsgivarens *aktiva* handlande.⁷⁷

I AD 1993 nr 30 så prövar domstolen ett fall då en kvinna efter en lång tids trakasserier anser sig vara tvungen att lämna sin anställning. Arbetsgivarens brist på agerande är något som diskuteras av domstolen.

En kvinnlig anställd på ett företag säger upp sin anställning på grund av sexuella trakasserier, i form av kränkande språk, tafsande och påtvingade sexuella övergrepp, från sina arbetsledare under flera år. Innan uppsägningstiden slutar så frånträder hon sin anställning. De sexuella trakasserierorna anmäls inte av kvinnan själv utan av företagets förre ägare som kvinnan anförtrott sig åt. Frågan som prövas i målet är bland annat om huruvida hennes uppsägning är att ses som en uppsägning från arbetsgivarens sida utan saklig grund, beroende på att arbetsgivaren inte har vidtagit några åtgärder mot de trakasserier som kvinnan blivit utsatt

⁷³ DiskL 1:4:3-4.

⁷⁴ Gudrun Persson Härneskog, KARNOV lagkommentar: DiskL 1:4 kommentar nr 17 2014-11-05.

⁷⁵ AD 2009 nr 4 och AD 2010 nr 21.

⁷⁶ Se ovan om AD 2009 nr 27.

⁷⁷ Jfr med 3.2.8 där diskriminering eller trakasserier är resultat av en arbetsgivares underlåtenhet att agera, alltså arbetsgivarens *passivitet*.

för. I andra hand så prövas frågan om arbetsgivaren genom sitt handlande har gett kvinnan skäl att häva sitt anställningsavtal och få skadestånd på avtalsrättsliga grunder. Domstolen uttalar tydligt vikten av att en arbetsgivare agerar så fort denna får kännedom om eventuella trakasserier. Detta för att tydliggöra att sexuella trakasserier är något som ses med stort allvar samt för att främja utredningsarbetet. Det faktum att företaget inte vidtog någon åtgärd ens när anklagelserna blivit allmänt kända på arbetsplatsen eller att saken inte berördes alls i samband med att kvinna valde att lämna in sin uppsägning anser domstolen tydligt visar att företaget inte hade någon vilja att agera mot trakasserier. AD menar att företaget måste ha insett att de genom sitt agerande satte kvinnan i en svår situation som kunde leda till att hon valde att säga upp sin anställning. På grund av detta så anser domstolen att kvinnans uppsägning ska jämföras med en uppsägning utan skälig grund från arbetsgivarens sida. Arbetsgivaren blir därför skyldig att utge skadestånd till kvinnan.

Vid tiden för detta mål fanns ingen lag mot sexuella trakasserier och krav på åtgärder mot detta så som det finns i dag, eftersom detta var innan den allmänna diskrimineringslagstiftning som nu gäller. Dock så fanns det genom praxis från AD en reglering som förbjöd en arbetsgivare att behandla sin anställda hur som helst. Det fanns även den, vid denna tidpunkt, nya jämställdhetslagen.⁷⁸ Här fanns i 6 § ett krav på att arbetsgivaren ska verka mot trakasserier på arbetsplatsen. I domskälen så påpekar AD vid flera tillfällen att det är just *bristen på agerande* från arbetsgivarens sida som är det som leder till att arbetstagaren väljer att avsluta sin anställning. Även det faktum att syftet med bristen på agerande inte måste vara att förmå den anställda att säga upp sig för att det ska vara tal om en provocerad uppsägning tas upp här. Att det inte vara den anställda själv som uppmärksammade arbetsgivaren på att de sexuella trakasserier förekom, utan att informationen kom från en annan källa, påverkade enligt domstolen inte arbetsgivarens skyldighet att utreda saken.

3.2.4 KRITIK

Rätten att kritisera anställdas prestationer och arbete ses ofta som en del av en arbetsgivares arbetsledningsrätt. Kritik och möjlighet att lämna feedback är en viktig del för att kunna förbättra och utveckla ett företags processer och därför en stor del av företagsledningens rätt. Dock får inte

⁷⁸ SFS (1991:433).

kritiken vara allt för hård eller osaklig. Den ska vara relevant, saklig, tydlig och konstruktiv. Kritik får inte vara allt för vag eller allmänt hållen. Som exempel så får en arbetsgivare inte bara meddela en anställd att denna är dålig på sitt arbete, utan måste precisera vad det är som arbetsgivaren är missnöjd med och hur arbetstagaren ska förbättra sin prestation. Den får inte heller lämnas på opassande vis. Exempel på detta är till exempel om arbetsgivaren lämnar kritiken offentligt inför andra anställda som inte berörs av den. En arbetsgivare får inte förödmjuka en anställd framför övriga arbetstagare. Ett annat exempel på opassande kritik är om arbetsgivaren kritiserar den anställda utifrån dennes person och inte dennes arbetsprestationer. Även det språk som används för att ge kritik ska vara passande. Ett hårt språk är inte förbjudet, men att skrika eller använda smädelseord är inte tillåtet.⁷⁹

När det gäller gränsen mellan vad som är för hård och obefogad kritik och vad som kan ses som trakasserier är inte alltid tydlig. Den stora skillnaden ligger här i grunden till arbetsgivarens handlande. Om en arbetsgivares beteende grundar sig på arbetstagarens arbetsprestation så ses det som kritik, och ska bedömas på de premisserna. Om arbetsgivarens beteende har sin grund i någon av de diskrimineringsgrunder som finns i DiskL så ska handlandet ses som trakasserier.⁸⁰ Om en arbetsgivares kritik grundar sig på arbetstagares person och inte på arbetsprestationer, men ändå faller utanför de grunder som finns för trakasserier i DiskL, så är det mer nära att bedöma kritiken som annan mobbing. Denna bedömning är dock beroende av vilka konsekvenser som arbetsgivarens beteende får och vilka rättföljder som önskas uppnås vid en prövning i domstol. Som vi kommer att se i del 3 och 4 så samspelar flera lagar inom arbetsrätten, och en situation kan täckas in av flera olika, helt skilda lagrum.

Om en arbetsgivare, genom alltför hård eller obefogad kritik, genom sitt handlande får en anställd att säga upp sin anställning, så kan detta ses som en provocerad uppsägning. Viktigt är här att en arbetsgivare har rätt att kritisera och till och med att bli arg på sina anställda. En arbetstagare ska kunna bli kritiserad och rättad av sin arbetsgivare utan att känna ett behov av att säga upp sig. Även här så har AD:s praxis, om att just framkalla en uppsägning inte behöver ha varit arbetsgivarens syfte, betydelse.

⁷⁹ Lars Åhnberg, *LAS handboken*, 2004, s 73.

⁸⁰ Gudrun Persson Härneskog, KARNOV lagkommentar: DiskL 1:4 kommentar nr 17 2014-11-5.

Hur domstolen gör sin bedömning av den kritik som en arbetsgivare ger sina anställda är något som diskuteras i AD 1982 nr 117.

En anställd på ett däckföretag väljer att efter att ha mottagit kritik beträffande sin arbetsprestation från sin arbetsgivare omedelbart säga upp sin anställning. Den anställde mottar på ett möte kritik beträffande sin arbetsprestation som ligger under genomsnittet för de övriga anställda, och säger då till sin arbetsgivare att han vill sluta. Arbetsgivaren ger då den anställde en uppsägningsblankett och godtar uppsägningen.

Arbetsdomstolen menar att en uppsägning från en anställd i samband med kritik från en arbetsgivare inte kan ses som den naturliga utgången, i vart fall inte om inte arbetsgivarens syfte med kritiken varit att förmå den anställde att säga upp sig. Att inte råda den anställde att tänka över saken utan snarare uppmana uppsägningen ses av domstolen som ett handlande i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Även det faktum att företaget inte försökt komma till rätta med den anställdes arbetsprestation genom en omplacering är något som domstolen anmärker på.

Domstolen lägger här inte så stor vikt på hur kritiken från arbetsgivaren rent faktiskt sett ut utan tonvikten ligger på hur den anställde reagerar på den och hur arbetsgivaren agerar när den anställde väljer att säga upp sig. Domstolen menar att en arbetsgivare som inte har för avsikt att få den anställde att säga upp sig borde reagera när så blir utgången av att arbetsgivaren givit den anställde kritik. En arbetsgivare som inte har dessa avsikter borde då råda den anställde att tänka över saken och kanske omformulera den kritik som lagts fram för den anställde.

AD 1991 nr 33 handlar även det om hur en arbetsgivare får kritisera sin anställde. Här lägger domstolen sin fokus på hur arbetsgivaren agerar efter det att den anställde mottagit kritiken.

En anställd hos kommunen säger upp sig efter att ha mottagit kritik på ett möte med arbetsgivaren. Kritiken ska ha varit både om hennes arbetsprestation och av det personliga slaget. Direkt efter kritiken så säger den anställde att hon vill säga upp sin anställning, men får då rådet av arbetsgivaren att fundera på saken. Arbetstagaren återkommer dagen efter med en skriftlig uppsägning. Domstolen gör bedömningen att det inte är frågan om en provocerad uppsägning eftersom arbetsgivarens agerande inte kan anses vara otillbörligt eller i strid mot god sed.

Domstolen lägger precis som i föregående fall inte den största vikten på innehållet i kritiken som framfördes. Det är istället arbetsgivarens

agerande i samband med att den anställde uttrycker sin vilja att säga upp sin anställning som är det avgörande för bedömningen om arbetsgivaren har agerat otillbörligt eller i strid mot god sed. Dock påpekar domstolen att kritik av det personliga slaget är olämplig.

De fall av kritik mot en anställd som jag själv upplevt som har lett till en uppsägning har ofta varit sammankopplade med en ändring till mindre kvalificerade arbetsuppgifter eller en omplacering av den anställde.

3.2.5 OMLACERINGAR

Bestämmelserna om omplacering finner vi i bland annat i 7 § i LAS. Detta talar för bestämmelsens syfte att fungera som ett skydd för de anställda mot uppsägning. Dock kan omplaceringar av anställda användas på det motsatta viset och istället fungera som ett verktyg för att underminera de anställdas skydd och kringgå lagstiftningen.

Omplaceringar av en anställd ligger inom en arbetsgivares rätt att leda och fördela arbetet.⁸¹ Dock har inte en arbetsgivare en obegränsad rätt att omplacera en arbetstagare. Ofta talas det om att en ny placering måste falla inom de anställdas arbetsskyldighet, annars är det att se som ett avskedande från den gamla anställningen och en nyanställning istället för en omplacering. Detta togs bland annat upp i det så kallade "bastubadarmålet"⁸² då domstolen tog upp frågan om en omplacering faktisk kunde ses som en uppsägning i strid mot 7 § LAS.

AD kom fram till att så var fallet men då krävdes det mer än att den anställde endast fick mindre kvalificerade arbetsuppgifter. Domstolen uttrycker att den anställde måste ansetts ha särskilt kvalificerade arbetsuppgifter och att den anställde genom omplaceringen skulle ha fråntagits dessa på ett vis som gick att jämföra med att ha blivit fråntagen en tjänst för att en omplacering skulle kunna ses som en uppsägning. I AD 1981 nr 6 så underströk domstolen att det var bara i särskilt ingripande fall som en domstol kunde gå in och pröva en omplacering och se om den går att jämföra med en uppsägning.⁸³ Domstolen understryker även här att det endast är omplaceringar som grundar sig på personliga skäl som är

⁸¹ Denna rätt tillkom arbetsgivaren genom den så kallade "Decemberkompromissen", där rätten att anställa, avskeda och leda arbete för arbetsgivare samt rätten för arbetstagare att organisera sig, det vill säga företagsledningsrätten mot föreningsrätten grundades. Dessa rättigheter har senare preciserats genom lagar och AD:s praxis.

⁸² AD 1978 nr 89.

⁸³ Mer om omplaceringar i samband med arbetsbrist och turordningslistor nedan i 4.2.

möjliga för domstolen att pröva. Den typ av omplacering som kan ses som en provocerad uppsägning, skiljer sig från en omplacering som är att se som en osaklig uppsägning. Detta i den meningen att *syftet* med omplaceringen är att få den anställda att säga upp sig, och inte enbart att omplacera arbetstagaren till andra uppgifter. Detta krav på syfte finns inte när domstolen prövar om en omplacering är att jämställa med en uppsägning, då det är omplaceringen och ändringen av arbete för arbetstagaren som är fokus för prövningen. Detta kan precis som i ovanstående fall ske genom att ge den anställda andra sämre kvalificerade arbetsuppgifter. Dock krävs det inte någon faktisk ändring av arbetsuppgifterna för att en omplacering ska kunna ses som en provocerad uppsägning. Det kan också ske genom att förflytta den anställda till en annan ort eller lokal. Ändrade arbetstider kan även det vara något som används i detta syfte. Så länge de ändringar som görs faller inom den anställdas arbetskyldighet och anställning så finns det mycket begränsade möjligheter för en arbetstagare att vägra en omplacering.⁸⁴ En omplacering som leder till längre och svårare pendlingstider är inte ogiltig endast för att den försvårar livet för arbetstagaren. Ej heller ändrade arbetstider som faller inom ramen för anställningen är ogiltiga. Det spelar ingen roll om den anställda kanske är en ensamstående förälder som genom ändringen får svårt att klara av saker som att hämta och lämna barn på dagis eller skola. Det finns ingen skyldighet för en arbetsgivare att planera arbetet för att underlätta för de anställda att organisera sitt privatliv. Endast de faktum att en anställd får en mycket lång pendlingsväg är inte tillräcklig anledning för en domstol att pröva en omplacering, speciellt inte om arbetsgivaren kan visa att det fanns en saklig motivering till detta, antingen rent organisatoriskt eller företagsekonomiskt. En omplacering som sker enbart för att försvåra den anställdas förhållande i syfte att få arbetstagaren att säga upp sin anställning är dock inte tillåten. Detta förfarandesätt ses som en provocerad uppsägning.⁸⁵ Det finns dock stora svårigheter att bevisa att en omplacering sker enbart i syfte att förmå en anställd att säga upp sig.

I AD 1978 nr 89, det kända "Bastubadarmålet", lägger domstolen grunderna för när en omplacering är att se som en uppsägning på grund av personliga skäl.

⁸⁴ Kent Källström, Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten*, 2009, s 188-191.

⁸⁵ Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – kommentarer till anställningsskyddslagen*, 2002, s 245.

En anställd på en pappersmassfabrik blir omplacerad från sin position efter att han har badat bastu under arbetstid. Detta var enligt den anställda något som var vanligt förekommande på arbetsplatsen. Arbetsgivaren menade att arbetstagaren genom att lämna sin post väsentligt åsidosatt sina åtagande. Omplaceringen innebär enligt arbetstagaren mindre kvalificerade arbetsuppgifter. I domen så tar AD först upp frågan om hans omplacering kan ses som ett avskedande i LAS mening. Domstolen kommer fram till att så inte är fallet. För att en omplacering ska ses som ett avskedande eller uppsägning så krävs enligt domskälen att den anställda innehar en särskild anställning, som han lämnat i och med uppsägningen. Då den anställda tillhör ett LO förbund så prövar domstolen saken om en särskild anställning mot om han kan anses inneha särskilda arbetsuppgifter som kräver vissa yrkeskvalifikationer. Domstolen ser också på om den nya placeringen faller inom den individuella arbetskyldigheten respektive den kollektivavtalsmässiga arbetskyldigheten. AD kommer fram till att omplaceringen inte kan ses som en uppsägning. Sedan prövas om omplaceringen kan ses som ett försök till att få den anställda att själv lämna sin anställning, alltså en provocerad uppsägning. Dock anser inte domstolen att arbetsgivaren har agerat i syfte att den anställda ska lämna sin anställning. Vidare så prövar AD frågan om företaget haft saklig grund för omplaceringen. Vad gäller denna fråga så finns det dock skiljaktiga meningar om hurvida domstolen har rätt att pröva frågan om varför en omplacering gjorts, så länge omplaceringen faller inom arbetskyldigheten.

Det viktiga i detta mål är de uttalanden domstolen gör om att vissa ingripande omplaceringar, som kan likställas med en uppsägning, ska kunna prövas rättsligt i domstol, trots att omplaceringar av tradition ligger inom arbetsledningsrätten. När detta mål avgjordes så var LAS en ny och oprövad lag, och rätten att pröva en omplacering hämtade domstolen i förarbetena till denna lag. Det tas ofta upp att målet gäller omplaceringar på grund av skäl som är hänförliga till den enskilda arbetstagaren personligen, och att omplaceringen måste få betydande konsekvenser för denna.⁸⁶

I AD 1981 nr 6 så prövas en omplacering som arbetsgivaren gör på grund av samarbetssvårigheter mellan anställda. Här förtydligar och fastställer domstolen de uttalanden som gjordes i AD 1978 nr 89.

⁸⁶ AD 1981 nr 6.

En arbetsgivare omplacerar två anställda från en produktionsavdelning till två olika lageravdelningar. Som anledning till omplaceringen angav företaget bland annat att de båda arbetstagarna hade trakasserat några av sina arbetskamrater, det vill säga att det var samarbetssvårigheter mellan arbetstagare som föranledde omplaceringen. De anställda som omplacerades såg omplaceringen som en bestraffning och menade att denna omplacering var så ingripande att den kunde prövas i domstol med stöd av LAS. Domstolen tar i domskälen upp att det är möjligt för en domstol att pröva om en omplacering som grundar sig på så kallade personliga skäl med hänvisning till AD 1978 nr 89 ska ses som en uppsägning. Dock påpekar domstolen att denna rätt för en domstol att pröva en omplacering är mycket begränsad. I domskälen så menar domstolen att omplaceringen inte kan anses ha haft betydande konsekvenser för de anställda då de inte har fått mindre kvalificerade arbetsuppgifter, sämre lön och hade i huvudsak samma arbetstider som tidigare. Ej heller anser domstolen att syftet med omplaceringen har varit annat än att få ett slut på de samarbetssvårigheter som förelåg.

I denna dom så framhåller AD tydligt att möjligheten att rättsligt pröva en omplacering i domstol är begränsad. AD 1978 nr 89 innebar ingen obegränsad rätt att pröva omplaceringar, utan dessa ska falla under arbetsledningsrätten utom i speciella undantagsfall. LAS är det lagrum som sådana särskilt ingripande omplaceringar ska prövas mot, men detta kräver att de kan jämföras med ett avskedande enligt 18 § eller en uppsägning enligt 7 §, alternativt att syftet med omplaceringen är att förmå en anställd att säga upp sig på ett vis som strider mot dessa paragrafer. Om inte omplaceringen faller in under dessa mycket begränsande omständigheter så finns inget utrymme för en domstol att pröva frågan.

3.2.6 OBEKVÄMA ORDER

Något som ligger nära både kritik och omplacering, i den mening att det är svårt att veta var gränsen för vad som är okej beteende och vad som inte är det, är de fall då en arbetsgivare ger en anställd order som den anställda inte är bekväm med att utföra. Som anställd så har du en skyldighet att utföra det arbete som du blivit anställd av arbetsgivare för att utföra. Detta är en av grunderna i anställningsavtalet: arbete mot lön.⁸⁷

⁸⁷ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 582-583.

En arbetstagare som vägrar att utföra det arbete som denna blivit tilldelad av sin arbetsgivare kan bli uppsagd på grund av arbetsvägran.⁸⁸ Dock har en arbetstagare rätt att vägra att utföra arbete om den anställde har en befogad grund att vägra. En befogad grund kan vara till exempel att arbetet som arbetstagaren ska utföra innebär en fara för dennas hälsa och liv. Ett annat grundat skäl kan vara att det arbete som arbetstagaren ska utföra är olagligt. Om en arbetstagare har befogade skäl att arbetsvägra så kan inte denna arbetsvägran vara grund för en uppsägning.

Den situation då en arbetstagare får order att utföra ett arbete som rent sakligt faller in under dennas arbetskyldighet, som inte är farligt för dennes hälsa eller som är otillåtet av andra skäl, men som ändå uppfattas av den anställda som obekvämt, obehagligt eller på andra vis innebär att den anställde känner sig illa till mods kan falla in under provocerad uppsägning. Detta om den anställde tycker att arbetet är så pass obehagligt att utföra att denna väljer att säga upp sig och arbetsgivaren inser eller borde ha insett att detta kunde bli konsekvenserna av att beordra den anställde att utför just detta arbete. Exempel kan till exempel vara när en anställd på ett badhus får i uppgift att städa omklädningsrum och duschrum för det motsatta könet under tiden verksamheten är igång. Rent faktiskt är detta något som ingår i arbetskyldigheten, det är varken olagligt eller farligt, men kan för just denna specifika arbetstagare vara så pass obehagligt att den anställde väljer att säga upp sin anställning.

Här får en avvägning göras mot vad som en arbetsgivare rimligen har rätt att förvänta sig av sin anställda, om det finns ett annat sätt att utföra arbetet som kanske inte upplevs som lika obehagligt eller om det går att omfördela arbetsuppgifter inom företaget.

AD 1977 nr 200 behandlar ett fall då en anställd väljer att sluta sin anställning då han fått order som han inte anser sig kunna utföra.

En anställd väljer att säga upp sin anställning på ett pappersbruk efter att han blivit beordrad att utföra ett arbete som han på grund av ett handikapp inte anser sig kunna utföra bra. Den anställda väljer att säga upp sin anställning i samband med det möte där han blir informerad om sina nya arbetsuppgifter, utan att pröva att utföra dem. Arbetsgivaren godtar uppsägningen direkt. Domstolen anser att det faktum att den anställda inte är villig att ens på prov testa att utföra arbetet som han blivit

⁸⁸ Urban Runhammar, Peter Stare, *Handbok i arbetsrätt*, 1995, s 85.

tilldelad, samt att inget tyder på att han, i de fall han inte klarar av arbetet, inte skulle bli tilldelad andra arbetsuppgifter, gör att ordern att utföra det specifika arbetet inte kan ses som otillbörlig eller i strid mot god sed. Detta gör att uppsägningen inte är att betrakta som en uppsägning från arbetsgivaren.

Här ser domstolen både till den anställdas *faktiska förmåga* att utföra arbetet och till den anställdas *vilja* att utföra arbetet. Att mannen inte var helt förhindrad att utföra arbetet på grund av sitt handikapp, utan att handikappet mera påverkade hans förmåga att utföra arbetet bra eller enkelt var av stor vikt, troligtvis hade utgången varit annorlunda om företaget beordrat mannen att utföra arbete som han varit totalt oförmögen att utföra. Domstolen lägger även vikt vid det faktum att inget tyder på att det inte var uteslutet från arbetsgivarens sida att bereda den anställde annat arbete i fall denna inte hade klarat av det arbete som han blivit tilldelad.

3.2.8 OSÄMJA PÅ ARBETSPLATSEN

Trakasserier på arbetsplatsen som sker mellan anställda faller under arbetsgivarens ansvar även om det inte är arbetsgivaren som rent faktisk trakasserar arbetstagaren. Det är en arbetsgivares skyldighet att motverka och bekämpa trakasserier och diskriminering på arbetsplatsen.⁸⁹ Det finns utförlig reglering på området om vad som krävs av arbetsgivaren i form av förebyggande arbete och åtgärdsplaner.⁹⁰ Diskriminering och trakasserier som arbetsgivare har kännedom om men väljer att inte agera emot kan ses som en del av en provocerad uppsägning om arbetsgivarens brist på agerande leder till att den anställda som trakasseras väljer att säga upp sig på grund av trakasserier.⁹¹

Samarbetssvårigheter på en arbetsplats kan vara mellan en arbetstagare och dennes arbetsgivare eller mellan två arbetstagare. Om företaget är mycket litet eller om svårigheterna är omfattande så kan samarbetssvårigheter vara en grund för uppsägning.⁹² Samarbetssvårighet med en arbetsgivare kan gränsa mot både arbetsvägran⁹³ och

⁸⁹ DiskL 2:3.

⁹⁰ DiskL 3:1-13.

⁹¹ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 724-725.

⁹² Urban Runhammar, Peter Stare, *Handbok i arbetsrätt*, 1995, s 84-85 samt Prop. 1981/82:71 s 65-66.

⁹³ Se 3.2.6.

trakasserier⁹⁴. Om samarbetsvårigheterna finns mellan två anställda så har en arbetsgivare en skyldighet att försöka motverka och lösa dessa. I de fall en arbetsgivare förhåller sig passiv och underlåter att agera mot samarbetsvårigheter så kan detta ses som en provocerad uppsägning, om samarbetsvårigheterna leder till att en av de anställda väljer att lämna sin anställning. Även här så får AD:s uttalande om att det inte krävs direkt handlande från arbetsgivaren för att det ska kunna vara frågan om provocerad uppsägning, utan passivitet inför omständigheter som leder till en uppsägning från arbetstagaren räcker, betydelse. Det faktum att det inte heller krävs ett direkt syfte vad gäller passivitet, utan det är tillräckligt att arbetsgivaren borde insett att en uppsägning skulle kunna bli en konsekvens av passiviteten gör att det kan bli frågan om en provocerad uppsägning i dessa fall.

I AD 2005 nr 63 prövar domstolen ett fall av sexuella trakasserier och om arbetsgivarens brist på agerande i samband med att arbetstagaren väljer att säga upp sig kan ses som klandervärt.

En kvinnlig militär väljer att avsluta sin tjänstgöring i Kosovo efter att hon anser sig ha blivit utsatt för sexuella trakasserier. Trakasserierna bestod bland annat av ett kränkande och sexuellt språk hos en grupp som hon var gruppchef över. Frågan som prövades i domstol var om försvaret hade agerat på ett vis som ledde till att kvinnan valde att avsluta sin tjänstgöring. Domstolen anser inte att försvaret har agerat felaktigt, eftersom det inte framgått för försvaret att kvinnan känt sig sexuellt trakasserad, utan det som har utretts av försvaret har varit samarbetsvårigheter och kvinnans lämplighet som gruppchef. Att kvinnans begäran om entledigande inte ledde till någon närmare utredning av de sexuella trakasserierna är inte heller de ett klandervärt handlande från försvarets sida. Detta eftersom de påstådda trakasserierna inte var kända av försvaret vid tiden för kvinnas uppsägning samt att kvinnan själv angav andra skäl till sitt val.

I detta fall anser domstolen att det faktum att arbetsgivaren inte hade någon insikt i att arbetstagaren ansåg sig vara sexuellt trakasserad vara avgörande för om arbetsgivarens handlande ska anses vara i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Att arbetsgivaren inte hade försökt utreda eller motverka trakasserierna bedöms alltså mot om arbetsgivare hade insikt i att den anställda ansett sig utsatt för trakasserier. Om ingen insikt funnits

⁹⁴Se 3.2.3.

så kan inte arbetsgivarens passivitet hållas mot denna. Dock krävs det inte att den anställde själv måste göra arbetsgivaren uppmärksam på trakasserierna, utan det är av mindre betydelse hur en arbetsgivare får reda på detta.⁹⁵

AD 1981 nr 6 som diskuterats ovan kort är aktuellt även här, eftersom det var påstådd osämja på arbetsplatsen som föranledde omplaceringarna.

Efter att det framkommit att två anställda, genom sitt agerande mot övriga anställda på arbetsplatsen, har negativt påverkat stämningen och arbetsklimatet, samt aktivt motverkat att andra anställda sökte att förbättra arbetet och främja företaget, så valde arbetsgivaren att omplacera dessa två anställda.⁹⁶

Domstolen ansåg här att arbetsgivaren agerat riktigt och försökt att på bästa vis lösa de problem som fanns på arbetsplatsen. Det faktum att många anställda vid olika tidpunkter påtalat osämjan, men att ingen av dessa framträdde i domstolen tillmätte domstolen ingen större betydelse, då domstolen menade att rädsla för vad som skulle ske på arbetsplatsen efter domslut kunde påverka vilja att framträda.

⁹⁵ Se ovan AD 1993 nr 30.

⁹⁶ Se ovan för mer om AD 1981 nr 6.

4. ANDRA VÄGAR RUNT 7 § LAS

Det finns många vägar för en arbetsgivare att gå runt LAS och åsidosätta det skydd för saklig uppsägning som finns där. I denna del så tas två av dessa andra alternativ upp. Dessa gränsar på många vis till den provocerade uppsägningen. Det finns flera fall då en kombination av dessa har använts av en arbetsgivare för att åstadkomma en uppsägning som strider mot motiven till den svenska anställningsskyddslagstiftningen.⁹⁷

4.1 FINGERAD ARBETSBRIST

Fingerad arbetsbrist är ett begrepp som har utarbetats av AD genom praxis. Fingerad arbetsbrist är de fall då en arbetsgivare väljer att säga upp en anställd på grund av arbetsbrist, trots att någon egentlig arbetsbrist inte förekommer. Vid uppsägning på grund av arbetsbrist så görs det inte en prövning av sakligheten av uppsägningen, detta eftersom arbetsbrist nästan alltid ses som en saklig grund.⁹⁸ Arbetsbrist som rättsteknisk term innefattar alla de fall då en uppsägning beror på andra förhållande än de som faller in under personlig förhållanden i 7 § LAS.⁹⁹ I normala fall så är det inte domstolens sak att gå in och pröva sakligheten av arbetsbrist som uppsägningsgrund då detta faller in under arbetsgivarens rätt att leda och organisera arbetet.¹⁰⁰ AD framhöll bland annat i AD 1994 nr 107 att de fall som föreligger av företagsekonomisk eller organisatorisk orsak faller in under denna rätt. Denna arbetsbrist kan vara en generell arbetsbrist, eller bara påverka vissa specifika personer, uppgifter eller tjänster. Anledningen till arbetsbristen kan vara allt ifrån nedgång i produktion till att arbetsgivaren väljer att lägga ut delar av verksamheten på entreprenad.¹⁰¹

⁹⁷ Jfr AD 1986 nr 78 där en kombination av fingerad arbetsbrist och provocerad uppsägning användes för att förmå en anställd att skriva på ett uppsägningsavtal.

⁹⁸ Bo Bylund, Anders Elmér, Lars Viklund, Toivo Öhman, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, s 146- 150, 2011 samt DsA 1981:6 s 30 och Prop. 1981/82:71 s 64-65 där det uttryckligen står att arbetsbrist är en saklig grund för uppsägning.

⁹⁹ Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – kommentarer till anställningsskyddslagen*, s 387 ff, 2002. jfr AD 1993 nr 101 samt AD 2001 nr 107.

¹⁰⁰ Jfr AD 1994 nr 140 samt AD 2000 nr 31, samt Mats Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, s 576-577, 1999.

¹⁰¹ Bo Bylund, Anders Elmér, Lars Viklund, Toivo Öhman, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, s 147, 2011.

Dock kan arbetsbrist som grund i vissa fall prövas av domstolen.¹⁰² Detta gäller exempelvis de fall då en arbetsgivare väljer att säga upp personal utan att en ordentlig prövning av arbetsbristen har gjorts och uppsägningarna sker mest för att arbetsgivaren vill vara på den säkra sida för att gardera sig mot en eventuell nedgång trots att denna ännu inte skett.¹⁰³

I fall av fingerad arbetsbrist så anger en arbetsgivare att orsaken för en uppsägning är arbetsbrist, medan den egentliga orsaken för att uppsägningen sker är personliga skäl.¹⁰⁴ För att en arbetstagare ska få möjlighet att angripa skälighet av sin uppsägning även i detta fall har domstolarna utarbetat en praxis som gör detta möjligt. Eftersom det kan vara mycket svårt för en arbetstagare att bevisa att det är personliga skäl som är grunden för en uppsägning och inte arbetsbrist så har AD uttalat att det inte behöver ske en fullständig bevisning. Det är fullt tillräckligt att arbetstagare bevisar att det är sannolikt att uppsägningen sker på grund av personliga skäl. Bevisbördan går då över på arbetsgivare, och det faller på denna att bevisa att orsaken till uppsägningen är just arbetsbrist.

I det fall det både föreligger en arbetsbrist och personliga skäl så är det arbetsbristen som väger tyngst, det vill säga att uppsägningen blir sakligt grundad. Detta gäller även om huvudskälet för uppsägningen var grundat på personliga skäl snarare än arbetsbrist. Arbetsbrist som uppsägningsgrund "slår ut" personliga skäl, så länge arbetsbristen är verklig och går att bevisa.¹⁰⁵

I de fall då arbetsbristen bara gäller en enstaka person så är möjligheten att pröva sakligheten av uppsägningen något större än om det är en

¹⁰² AD 2006 nr 92 Här gör domstolen en kortfattad genomgång av vad som gäller vid prövning av arbetsbrist, dock inte fingerad arbetsbrist.

¹⁰³ Jfr AD 1984 nr 19 då lärare sades upp i juni för att senare återanställas vid starten av det nya läsåret. Domstolen prövade här om det var frågan om en uppsägning "för säkerhets skull", men kom fram till att så inte var fallet.

¹⁰⁴ Se AD 1977 nr 64 där domstolen tydligt uttalar att om en arbetsgivare anger arbetsbrist som grund för en uppsägning men den verkliga orsaken är personliga skäl, så ska uppsägningen prövas i domstol mot den verkliga orsaken. I fallet så kom domstolen fram till att en arbetsbrist faktiskt förelåg och att uppsägningen därför varit sakligt grundad.

¹⁰⁵ Jfr AD 1995 nr 149 där både personliga skäl och arbetsbrist som uppsägningsgrund gick att bevisa. AD bedömde uppsägningen som sakligt grundad, eftersom den kunde motiveras med arbetsbrist. Även i AD 1994 nr 140 så förelåg både arbetsbrist och personliga skäl och arbetsbristen fick företräde.

arbetsbrist som omfattar hela organisationen.¹⁰⁶ I dessa fall sker en mera nyanserad prövning av skäligheten och arbetsbristen.¹⁰⁷

Som synes så ligger den fingerade arbetsbristen mycket nära den provocerade uppsägningen om vi ser på de båda fallen som ett redskap att kringgå det skydd för arbetstagaren mot osakliga uppsägningar som finns i 7 § LAS.

I AD 2011 nr 12 så prövas giltigheten av ett uppsägningsavtal mot bakgrund av 30 § Avtalslagen. Arbetstagaren blev förledd att tro att det förelåg en arbetsbrist.

En kvinna som jobbar på ett mediabolag väljer att säga upp sin anställning på bolaget mot ett avgångsvederlag på nio månadslöner. Detta efter att hon av bolaget informerats om att det förelåg en arbetsbrist och att hon annars skulle bli uppsagd på grund av denna, fast utan avgångsvederlag. Domstolen fastslår emellertid att det inte har funnit någon reell arbetsbrist vid det aktuella tillfället, eftersom företaget kort efter kvinnans uppsägning nyanställde tre personer. Domstolen menar att arbetsbristen varit fingerad för att förmå kvinnan att acceptera uppgörelsen och säga upp sin anställning. I detta mål ogillas uppsägningen dock inte på de grunder som finns i LAS och jämförs inte med en uppsägning från arbetsgivaren på osaklig grund, utan det är istället själva uppsägningsavtalet som ogillas på avtalsrättsliga grunder. Domstolen anser att kvinnan genom den påstådda arbetsbristen blivit svikligen förledd av bolaget och därför ingått avtalet på oriktiga grunder. Avtalet blir därför ogiltigt enligt 30 § Avtalslagen.¹⁰⁸

4.2 OMLACERINGAR OCH TURORDNINGSLISTOR

En annan väg för en arbetsgivare att kringgå 7 § LAS är de regler om turordning och omplacering som finns i samma lag. Dessa kombinerade med det faktum att arbetsbrist alltid anses vara en saklig grund ger en arbetsgivare stor möjlighet att skraddarsy vem av de anställda som blir uppsagda vid arbetsbrist.

¹⁰⁶ Bo Bylund, Anders Elmér, Lars Viklund, Toivo Öhman, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, 2011, s 152.

¹⁰⁷ Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – kommentarer till anställningsskyddslagen*, 2002, s 388 samt AD 1976 nr 26 där AD ansåg att det var befogat med en annorlunda bedömning på grund av att det rörde sig om ett enstaka fall av arbetsbrist i motsats till om bedömningen hade gällt flera arbetstagare.

¹⁰⁸ Se ovan 2.3 om 30 § Avtalslagen.

I 22 § i LAS så finns den bestämmelse som reglerar den så kallade turordningen vid uppsägningar på grund av arbetsbrist. Turordningsreglerna är mer kända för den vanliga arbetstagaren som "sist in – först ut". Detta eftersom de svenska turordningsreglerna bygger helt på hur länge individen har varit anställd på företaget, den anställdes ålder och andra faktorer såsom personliga prestationer är inte relevanta för vem som blir uppsagd vid arbetsbrist. Dessa regler blir tillämpliga då det är flera arbetstagare som berörs av arbetsbristen. Om det istället rör sig om en specifik tjänst eller arbetsuppgift som inte längre behövs inom företaget så är inte turordningsreglerna tillämpliga.¹⁰⁹

Här finns speciella undantag för småföretagare med mindre än tio anställda, som innebär att en arbetsgivare då får undanta två anställda från turordningslista om dessa är viktiga för företaget. Det finns vidare speciella regler för arbetstagare med nersatt arbetsförmåga i 23 § och speciella regler för förtroendevalda i 8 § Förtroendemannalagen.

22 § i LAS kombineras med 25 § i samma lag som ger företrädesrätt till de som blivit uppsagda enligt turordningslistan. Detta innebär att de som blivit uppsagda på grund av arbetsbrist enligt 7 § och enligt turordningslistan i 22 § har en företrädesrätt till återanställning på företaget framför nyanställningar. Denna företrädesrätt följer även den turordningslista och gäller i nio månader. Detta för att arbetsgivare inte ska kunna säga upp personal på grund av arbetsbrist för att sedan omedelbart nyanställa.¹¹⁰ Erbjudande till återanställning måste vara sådant att arbetstagare rimligen kan förväntas acceptera, det vill säga arbetsgivaren får inte ge arbetstagaren ett skambud i syfte att få denna att tacka nej till en återanställning.¹¹¹

Dock finns det inget som hindrar en arbetsgivare från att säga upp personal på grund av arbetsbrist, för att sedan hyra in personal från ett bemanningsföretag under tiden som rätten till återanställning föreligger. Domstolen kan dock pröva om detta sker endast som ett sätt att kringgå reglerna om återanställning vilket inte är tillåtet. Men kan arbetsgivaren

¹⁰⁹ Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – kommentarer till anställningsskyddslagen*, s 497, 2002.

¹¹⁰ Per Dalekant, Anders Wiehe, KARNOV lagkommentar: LAS 4 § kommentar nr 86 2014-10-30.

¹¹¹ Per Dalekant, Anders Wiehe, KARNOV lagkommentar: LAS 4 § kommentar nr 86 2014-10-30.

motivera sitt handlande på företagsekonomiska grunder så är det fullt tillåtet.¹¹²

Omplacering finns i arbetsrätten både som en skyldighet och en rättighet för arbetsgivaren. Det är en arbetsgivares *skyldighet* att pröva att omplacera en anställd inom företaget innan denna blir uppsagd eller avskedad.¹¹³ Detta är en del av en arbetstagares anställningsskydd.¹¹⁴ Rätten för en arbetsgivare att omplacera en anställd faller under arbetsgivarens rätt att leda och organisera arbetet. Detta ger dock inte en arbetsgivare obegränsad rätt att omplacera sina anställda hur de vill, utan den nya placeringen måste falla under de anställdas arbetskyldighet.¹¹⁵ Denna princip gäller vid omplaceringar i samband med uppsägningar på grund av arbetsbrist och återanställningar. En arbetstagare har rätt att tacka nej till en omplacering som ligger alltför långt ifrån dennes arbetskyldighet eller som strider mot god sed eller som är alltför godtycklig utan att detta ska påverka dennes rätt till en återanställning eller rätt att vara fortsatt anställd i företaget. Vid omplacering enligt 7 § LAS så har en arbetsgivare däremot rätt att omplacera en arbetstagare utanför dennes arbetskyldighet. Detta eftersom alternativet är att bli uppsagd. Rätt till återanställning finns inte i 7 § LAS.

I det mycket berömda "bastubadarmålet"¹¹⁶ så prövade AD om en omplacering av en anställd, på grund av personliga skäl, till andra mindre kvalificerade arbetsuppgifter kunde ses som ett avslutande av anställningen i LAS mening. För att en omplacering ska kunna ses som en uppsägning krävs dock att den anställde har innehaft en "särskild ställning".¹¹⁷

Om omplaceringen har skett med det särskilda syftet att förmå en anställd att säga upp sig så kan detta ses som en provocerad uppsägning.¹¹⁸ Dock påpekar AD vid flera tillfällen att det är bara särskilt ingripande

¹¹² AD 2007 nr 72 där ett företag efter att ha sagt upp personal på grund av arbetsbrist, istället för återanställning valde att ta in personal från ett bemanningsföretag vid arbetstoppar.

¹¹³ AD 2000 nr 69 sammanfattar domstolen regler om arbetsgivarens skyldighet att före en uppsägning utreda möjligheterna för den anställda att omplaceras inom företaget.

¹¹⁴ 7 § LAS andra stycket samt Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – kommentarer till anställningsskyddslagen*, 2002, s 271.

¹¹⁵ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 481-482.

¹¹⁶ AD 1978 nr 89.

¹¹⁷ För vidare om Bastubadarmålet se ovan.

¹¹⁸ Se ovan 3.2.5 om omplaceringar i syfte att provocera fram en uppsägning från arbetstagaren.

omplaceringar som kan bli föremål för en prövning, och att en arbetsgivares rätt att organisera arbetet på så vis som denne ser bäst fortfarande är huvudregeln.¹¹⁹

Genom att kombinera sin rätt att omplacera arbetstagare och turordningsreglerna så kan en arbetsgivare enkelt påverka vem som blir uppsagd vid arbetsbrist. Arbetsgivare kan, innan varsel sker av de anställda, ändra tjänstebeskrivningar och placera om personal och på så vis enkelt kringgå det skyddssyfte som finns i LAS krav på saklig grund för en uppsägning. Det enda som krävs är att arbetsgivare omplacerar den personal som de vill ha kvar på företaget till en del av verksamheten som inte kommer att beröras av arbetsbristen och skraddarsy deras arbetsbeskrivning så specifikt att det bara är just den personen som uppfyller kraven. Sedan flyttas de anställda som arbetsgivaren av olika skäl inte längre ser som önskvärda inom företaget till den del av verksamheten som kommer att påverkas av arbetsbristen. Omplaceringen kommer inte att kunna prövas av en domstol om den faller inom den anställdes arbetskyldighet och inte är för skild från den anställdes tidigare arbetsuppgifter.¹²⁰ Sedan kan arbetsgivaren varsla de anställda som nu befinner sig inom den del av verksamheten som berörs av arbetsbristen utan att hindras av 7 § LAS, då arbetsbrist som ovan nämnts ses som en saklig grund. Då en stor omplacering av personal redan skett innan varslat så kan omplacering av personal inom företaget förmodligen inte ske och arbetsgivare har inga förhinder att säga upp på grund av arbetsbrist. Då alla omplaceringar har skett innan varslingen och inom de gränser som finns för arbetsgivarens rätt att organisera arbetet så går dessa inte att angripa i domstol. Eftersom arbetsbristen är verklig och uppsägningarna går att motivera rent företagsekonomiskt så kan inte heller detta prövas av domstol. Slutresultatet blir att arbetsgivaren i samband med en verklig arbetsbrist har kunnat skraddarsy vilka av de anställda som blir kvar på företaget och kringgått både 7 § och 22 § i LAS, helt utan att bryta mot några bestämmelser och på ett vis som är väldigt svårt att angripa i en domstol. Kanske kan handlandet prövas om det finns skäl att misstänka en fingerad arbetsbrist.¹²¹

¹¹⁹ Se bland annat AD 1981 nr 6 där det understryks att det är ingripande undantagsfall som får prövas av domstolarna samt AD 1993 nr 101 där rätten för en arbetsgivare att besluta om nedskärningar och fördelning av arbetsuppgifter kommenteras.

¹²⁰ Se ovan nämnda AD 1978 nr 89 och AD 1981 nr 6 om gränser för arbetsledningsrätt, i form av omplaceringar, för arbetsgivare och när en domstol kan gå in och pröva denna rätt att leda och fördela arbetet.

¹²¹ Se ovan 4.1 om fingerad arbetsbrist.

Tillsammans så ger alltså turordningsreglerna och omplaceringsrätten en arbetsgivare möjligheten att kringgå det skydd för en arbetstagare som finns i 7 § LAS.

I AD 2011 nr 30 så tar arbetsdomstolen upp sambandet mellan omplacering enligt 7 § LAS och turordning enligt 22 § LAS samt deras inbördes ordning.

I samband med nedläggning av verksamhet så väljer ett företag att omplacera vissa anställda till annan ort. Detta utan hänsyn till anställningstiden. Denna omplacering skedde innan varsel på grund av nedläggning gavs. De anställda som var kvar på den gamla arbetsplatsen var de som varslades. Frågan som väcktes i domstol var om arbetsgivaren har rätt att omplacera anställda utan hänsyn till anställningstid samband med nedläggningar och framtida arbetsbrist. AD ger här de olika omplaceringsmöjligheterna en rangordning när de i domskälen säger att turordningsreglerna och omplacering enligt 22 § LAS blir tillämplig först när möjligheterna enligt 7 § LAS uttömts. Dock påpekar domstolen att detta inte får användas som ett instrument för att kringgå skyddssyftet med LAS, utan det måste finnas företagsekonomiska grunder till omplaceringarna. Dock finns det skiljaktiga meningar i domen som menar att detta synsätt öppnar upp för ett kringgående av anställningsskyddet.

Här uppmärksammar domstolen att det är möjligt att på detta vis kringgå LAS. Dock krävs det för att det ska gå att ifrågasätta omplaceringar i samband med arbetsbrist att det är tydligt att dessa sker i syfte att enbart kringgå LAS. Finns det ett företagsekonomiskt syfte med omplaceringarna så får detta syfte företräde. Detta återspeglar domstolarnas syn på företagets rättigheter att planera och leda sitt arbete på bästa vis som även syns när domstolarna ger arbetsbrist företräde framför personliga skäl om båda föreligger som grund för uppsägning. Det är tydligt att domstolen ger företräde till företagsekonomiska skäl framför skyddet för de anställda om dessa finns som grund till ett företags agerande.¹²²

¹²² Ann Numhauser-Henning och Mia Rönnmar, *Det flexibla svenska anställningsskyddet*, Juridisk tidskrift nr 2 2010/2011, s 408-410.

5. DÅ SAKLIG GRUND FINNS

Det finns situationer då en arbetsgivare *har en saklig grund för uppsägning* eller avskedande men ändå väljer att påverka den anställda så att denna säger upp sig själv. Det kan finnas många skäl för detta. Huruvida arbetsgivaren har en saklig grund för en uppsägning eller inte är något som i stor mån påverkar domstolarnas bedömning i frågan om situationen är att bedöma som en provocerad uppsägning eller inte.

5.1 SAKLIG GRUND

När en arbetstagare stjälar från sin arbetsgivare så har arbetsgivaren i allmänhet rätt att säga upp eller i vissa fall avskeda den anställda.¹²³ Om arbetstagaren erkänner sitt brott så kan en arbetsgivare omedelbart avsluta anställningen på lämpligt vis. Om den anställde däremot nekar till brott så har inte arbetsgivaren samma rätt att säga upp den anställde. I stället så ska polisanmälan ske, anmälan ska utredas och saken gå till domstol. Arbetsgivaren har inte en saklig grund att säga upp arbetstagaren förrän en fällande dom vunnit laga kraft.¹²⁴ Då det ofta tar tid för polis att utreda en stöldanmälan och det ofta finns en väntetid innan saken prövas i domstol kan det dröja mycket lång tid innan en arbetsgivare har saklig grund att avsluta en anställning på grund av att arbetstagaren stulit. Under denna tid så jobbar den anställde kvar på företaget. Om den anställde istället frias i domstol så har arbetsgivaren inte längre någon saklig grund för en uppsägning. Det är inte ovanligt att i fall av hot för att förmå en anställd att säga upp sin anställning att det finns ett verkligt brott i grunden. Dock väljer arbetsgivaren här att i stället för att gå rätt väg och pröva saken i en domstol, erbjuda arbetstagaren en form av uppgörelse. Ofta innebär denna typ av uppgörelse att den anställde slutar sin anställning direkt mot att ingen polisanmälan görs. Jag har även personligen kommit i kontakt med fall då det förutom att, den anställde säger upp sig mot att saken inte polisanmäls, även förekommit avtal om en from av skadestånd, då den anställde förpliktigar sig att betala tillbaka det som stulits. Den mest omfattande variant av detta jag uppmärksammat var ett kontrakt på 40 000 som skulle betalas tillbaka under en period av 4 år.

¹²³ Se AD 2010 nr 18, samt Kent Källström, Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten*, 2009, s 157-158.

¹²⁴ Urban Runhammar, Peter Stare, *Handbok i arbetsrätt*, 1995, s 84-85.

Det vill säga att i fyra år efter att den anställda slutat sin anställning, så betalade arbetstagaren tillbaka ca 10 000 om året till sin före detta arbetsgivare. Det finns inga liknande fall som prövats i domstolar och jag kan bara antaga att detta beror på att de anställda genom att gå med på att betala tillbaka det som de stulit känner att de erkänner sin skuld och inte vill få saken prövad i en domstol på grund av rädsla för att då bli fälld och få det stigma som en brottsdom innebär. Det är vanligt att arbetsgivare i samband med en anställning begär utdrag ur polisregister, och en fällande dom kan då allvarligt påverka arbetstagarens framtida möjligheter till anställning.

En annan situation då en arbetsgivare faktiskt har en saklig grund att säga upp en anställd, men väljer att utöva påtryckning för att förmå arbetstagaren att själv säga upp sin anställning, är vid reella fall av arbetsbrist. I denna situation så erbjuds ofta den anställda att själv säga upp sig istället för att bli uppsagd av arbetsgivaren. För att själv säga upp sin anställning så kan den anställda bli lovad arbetsbefrielse under uppsägningstiden, bonuslön och andra ekonomiska förmåner. Arbetsgivaren köper alltså ut den anställda. Genom att agera på detta vis kringgår en arbetsgivare den varselplikt och överläggningskyldighet som finns i 29 § LAS och 11 § MBL.¹²⁵ Genom dessa bestämmelser ställs krav på en arbetsgivare att kunna motivera uppsägningar, redovisa de omplaceringsförsök som gjorts och framställa en eventuell turordningslista. Detta för att facket ska kunna granska att de beslut som gjorts har varit riktiga, kontrollera turordningslistor och eventuellt förhandla med arbetsgivaren om alternativa lösningar.¹²⁶ Denna process ställer krav på en arbetsgivare och kan ta förhållandevis lång tid att genomföra.¹²⁷ Om en anställd istället väljer att själv avsluta sin anställning så finns det ingen motsvarande bestämmelse som kräver att den fackliga organisationen ska vara inblandad i processen. Även rätten till återanställning är något som är kopplat till bestämmelserna som gäller då en arbetstagare blir uppsagd på grund av arbetsbrist. Den anställda har då under en viss tid rätt att bli återanställd om arbetsgivaren skulle ha behov av att anställa på nytt.¹²⁸

¹²⁵ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 569-570.

¹²⁶ Folke Schmidt, Anders Victorin m.fl., *Facklig arbetsrätt*, 1989, 125-145.

¹²⁷ Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, s 571-572.

¹²⁸ Axel Adlercreutz, *Svensk Arbetsrätt*, 1997, s 129-131.

5.2 SAKLIG GRUND OCH PROVOCERAD UPPSÄGNING

När det gäller de fall då en arbetsgivare provocerar arbetstagaren att säga upp sin anställning även fast arbetsgivaren kanske haft en saklig grund att säga upp den anställda så ser vi att domstolarna går in och gör en prövning om saklig grund för uppsägning förelegat. Detta görs oftast av domstolen som ett led i prövningen av om arbetsgivaren har agerat otillbörligt. Om det finns tydliga indikationer på att en anställd hade kunnat bli uppsagd på saklig grund av arbetsgivaren påverkar detta domstolens bedömning. Ett hot från arbetsgivare om uppsägning anses inte vara otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden om det finns en faktisk saklig grund för en uppsägning från arbetsgivaren. I flera av de fall som nämnts ovan så går domstolarna in och prövar om arbetsgivaren haft fog för påstående om stölder som lett till att en anställd sagt upp sin anställning.¹²⁹ På samma vis har även påstående om arbetsbrist prövats i mål om provocerad uppsägning.¹³⁰

AD 1976 nr 103 är ett fall som tydligt belyser att domstolen i sin prövning av arbetsgivarens agerande tar hänsyn till om de omständigheter som talar för att arbetsgivaren skulle kunna säga upp arbetstagaren på en saklig grund.

En hovmästare väljer att säga upp sin anställning efter ett möte med arbetsgivaren där den anställda fick valet att antingen säga upp sin anställning eller att bli uppsagd av arbetsgivaren. Uppsägningen berodde på att den anställde blivit fälld i domstol för förskingring. Om arbetstagaren själv sade upp sin anställning blev han lovad bra betyg. Den anställde bereddes ingen tid att tänka över beslutet eller att rådgöra med ett fackligt ombud. Domstolen anser att omständigheterna är sådana att arbetsgivarens agerande strider mot grunderna för anställningsskyddslagen och att uppsägningen därför är ogiltig.

I detta fall prövar domstolen först om uppsägningen är föranledd av arbetsgivaren. Efter att domstolen konstaterar att så är fallet, gör domstolen vad jag kan se ingen egentlig prövning av om arbetsgivaren har agerat otillbörligt eller på annat vis i strid mot god sed på

¹²⁹ Se ovan AD 1975 nr 74.

¹³⁰ Se ovan AD 2011 nr 12.

arbetsmarknaden. I stället så går domstolen direkt till en prövning av om en saklig grund för uppsägningen har förekommit. Då domen, som arbetsgivaren anger som saklig grund för uppsägningen, är preskriberad enligt 7 § LAS tredje stycket, vilket gör att arbetsgivaren är förhindrad att hänvisa till domen som saklig grund. Enligt den dåvarande lydelsen av paragrafen så fick inte arbetsgivaren grunda sin uppsägning på omständigheter som han känt till mer än en månad innan uppsägningen. Detta betyder att det faktum att arbetsgivaren inte sade upp den anställde inte bereddes någon nämnvärd betydelse i detta fall. I stället för att jämföra en provocerad uppsägning med en uppsägning från arbetsgivaren utan saklig grund, så jämför domstolen den provocerade uppsägningen med en uppsägning från arbetsgivare och gör sedan en bedömning av om en saklig grund för denna uppsägning förelåg. Detta är dock en av de tidigare prövningarna av provocerad uppsägning i AD och det rättsliga begreppet provocerad uppsägning var vid denna tid långt ifrån färdigutvecklat.

Arbetsdomstolen prövar i AD 2001nr 29 om arbetsgivarens agerande kan vara att anses som otillbörligt mot 7 § LAS och kravet på saklig grund för en uppsägning.

En kvinna anställd vid SJ anklagas av företaget för att ha använt sitt företagskort för privata inköp, av bland annat tågresor, utan att redovisa detta på ett korrekt vis. Företaget kallar henne till ett möte för att diskutera saken. Vid detta möte så säger företagsrepresentanten att kvinnan har att välja på att självmant lämna sin anställning eller att bli avskedad och polisanmäld. Kvinnan väljer då att omedelbart avsluta sin anställning. Domstolen väljer att bedöma detta som ett avskedande från arbetsgivaren. Detta dels på grund av att företaget innan mötet inte företagit en ordentlig utredning och inte verkat vara intresserad av att lyssna på kvinnans version av händelserna, dels på grund av att det innan mötet inte funnits något som tytt på att kvinnan ville sluta sin anställning, och att uppsägningen därför berodde på vad som skett under mötet.

Domstolen går in på om huruvida företaget faktiskt haft en laga grund att avskeda kvinnan på, det vill säga om de hade kunnat avskeda henne på grund av de oriktigheter som hade framkommit i den utredning som hade gjorts. Detta ger intrycket av att arbetsgivarens agerande kanske inte hade ansetts vara otillbörligt om det fanns skäl att tro att en saklig grund för en uppsägning funnits. Domstolen kommer dock fram till att de uppgifter som framkommit i företagets alltför ytliga utredning inte är tillräckliga.

Domstolen påpekar att en grundlig och riktigt utförd utredning kanske hade gjort att domstolen gjort en annorlunda bedömning. Här ser vi att bara det faktum att en uppsägning från arbetstagarens sida är att ses som en uppsägning från arbetsgivarens sida, så innebär inte detta att uppsägningen automatiskt blir ogiltig. Kravet på en saklig grund för bedömningen av uppsägningens riktighet är samma krav som finns i 7 § LAS, och bedömningen av om grunden är saklig följer i stort samma bedömning. En stor skillnad är dock att det för att en arbetsgivare ska ha anses ha en saklig grund för en uppsägning enligt 7 § LAS så finns det ett krav på en fällande dom. Detta strikta krav verkar inte återfinnas när det är frågan om en provocerad uppsägning. Med hänsyn till fallet ovan så ger domstolen i sina domskäl intrycket av att det hade räckt med att företaget gjort en fullständig utredning av saken för att domstolen skulle ha gjort en annan bedömning av arbetsgivarens handlande och bedömt uppsägningen som giltig. Detta skulle innebära att en arbetsgivare som har bevis för att en anställd begått brott i sin anställning inte behöver vänta på en fällande dom för att kunna avsluta den anställdes uppsägning om arbetsgivaren istället väljer att provocera fram en uppsägning från arbetstagaren.

6. ANALYS OCH SLUTSATSER

I denna del ska de frågor som ställdes inledningsvis besvaras efter bästa förmåga. Dispositionen av analysen kommer att följa både frågeställningsordningen och den övriga uppsatsen. Frågorna kommer att besvaras i den löpande texten. I slutet av kapitlet så kommer en kort sammanfattning av de slutsatser som jag dragit att ske.

BEGREPPET

Det *rättsliga begreppet provocerad uppsägning* som i dag används av domstolarna i arbetsrättsliga tvister har sin grund i den lagstiftning som skedde under 1970-talet i Sverige. Bland annat så infördes vid denna tid den första lagen om anställningsskydd, den som kom att kallas för LAS. Denna beteckning följde sedan med lagen när den på tidigt 1980-tal ersattes med en ny anställningsskyddslag. Denna lag är, med vissa ändringar, gällande än i dag. Lagen har till syfte att skydda arbetstagaren och dennas rätt till en trygg och säker anställning. Detta sker genom att lagen sätter upp krav på arbetsgivaren. Dessa reglerar bland annat hur en anställning sker, vilka typer av anställningsformer som finns och för denna uppsats det viktigaste: *hur en anställning får avslutas*.

LAS reglerar hur en arbetsgivare får avsluta en anställning, antingen genom en uppsägning eller genom ett avskedande. Det krävs att en arbetsgivare har *saklig grund* för att avsluta anställningen. Dessa skiljer sig lite beroende på om det rör sig om en uppsägning eller ett avskedande. Uppsägning kan ske på grund av arbetsbrist eller personliga skäl, medan ett avskedande alltid beror på personliga skäl. *Arbetsbrist* är i dagens arbetsrätt en rättsteknisk term och omfattar allt som inte är personliga skäl. Arbetsbristen kan bero på att det sker en nedgång i företaget och att det blir en minskad vinst eller kanske rent av en förlust. Dock är en nedgång inget krav för att det ska gå att avsluta en anställning på grund av arbetsbrist. Även ett företag som går med vinst och har goda marginaler kan vilja öka dessa genom att omstrukturera, eller kanske nya tekniska innovationer gör att en viss del av personalstyrkan inte längre har någon arbetsuppgift. Dessa företagsekonomiska skäl är enligt förarbetena till LAS inget som ska utredas av domstolarna, utan det står företagen fritt att själva bestämma hur de vill bedriva sin verksamhet. Ett undantag är om det finns skäl att misstänka att en påstådd arbetsbrist bara är en täckmantel för att avsluta en anställning på grund av skäl som egentligen

är hänförliga till den anställdas personliga förhållande. Detta är det fenomen som kallas fingerad arbetsbrist.

Ett annat sätt att komma runt skyddslagstiftningen för avslutande av anställning är genom att *förmå den anställda att själv avsluta sin anställning*. Till skillnad för vad som gäller då det är en arbetsgivare som avslutar en anställning så finns det inga motsvarande krav när en arbetstagare väljer att avsluta sin anställning. Det finns inga krav på skriftlighet eller att den anställde måste ange varför denna väljer att avsluta sin anställning. Detta kan tyckas som om det föreligger en stor ojämlikhet i förhållandet skyldigheter och skydd för arbetsgivare och arbetstagare. Arbetsgivaren har många skyldigheter och inga rättigheter, medan arbetstagaren åtnjuter stort skydd men betydligt mindre skyldigheter i en uppsägnings situation. Detta är dock ett medvetet ställningstagande från lagstiftarens sida. Arbetstagaren ses som en svagare part i förhållande till arbetsgivaren, och har ett stort skyddsvärde. Kanske beror det även på att ett tvång för den anställde att arbeta samt krav för hur denna ska få lämna sin anställning känns som om det ligger mycket nära gränsen för tvångsarbete. Dock gör denna typ av lagstiftning det möjligt för en arbetsgivare att på ett enkelt sätt åsidosätta lagstiftningen så som den ser ut i 7 § LAS genom att med hjälp av olika påtryckningsmetoder förmå en anställd, som arbetsgivaren inte längre vill ha kvar på arbetsplatsen, att själv avsluta sin anställning. På detta vis så kringgås inte bara kraven på saklig grund, för avslutande av anställning som finns i LAS, utan arbetsgivaren kringgår även de fackliga organisationerna genom att gå runt förhandlingar enligt MBL. Redan i förarbetena till den första LAS så påpekades detta och det uttalades att det självklart inte var tillåtet att på detta vis kringgå de skyddsvärden som var grunden till LAS. Dock valde de som författade lagen att inte skriva in detta i lagtexten utan det lämnades till domstolarna och deras praxis att närmare utreda hur arbetstagaren i de fall de provocerats till att lämna sin anställning ändå skulle åtnjuta *samma skydd som de som blivit uppsagda av sin arbetsgivare*.

Domstolarna valde att genomföra detta genom att göra en uppsägning som framprovocerats av en arbetsgivare möjlig att ogiltigförklara. Dock är detta något som den anställde måste yrka på och inget som sker automatiskt. Detta är något som inte ter sig nämnvärt oväntat, om man beaktar att den anställde kanske inte vill arbeta kvar hos en arbetsgivare, som betett sig så illa mot den anställde att arbetstagaren känt sig tvungen att lämna sin anställning. Arbetstagaren har även rätt till ekonomisk ersättning i form av

skadestånd. Detta krav är betydligt vanligare att hitta i yrkandena i de ärenden som tagits upp i arbetsdomstolens praxis.

REKVISITEN

I de första fallen som prövades av AD efter införandet av den första LAS så är domskälen ganska vaga och mycket allmänt hållna vad gäller vad som räknas som att en arbetsgivare har förmått en anställd att lämna sin anställning. Domstolen hänvisar tillbaka till förarbetena och framhäver att det inte är tillåtet att kringgå lagen och dess skyddssyften genom att agera på ett sätt som gör att en arbetstagare själv säger upp sin anställning. Dock ställs det inte upp några närmare rekvisit för vad som krävs för att det ska anses som att en arbetsgivare förmått en anställd att lämna sin anställning.

Mycket snart började dock arbetsdomstolen i sina domar att ställa upp de grunder som slutligen avgör det som vi i dag menar med en provocerad uppsägning. Först så klargör AD att det krävs mer än att arbetsgivarens agerande har lett till att den anställde säger upp sin anställning.

Arbetsgivarens agerande ska ha varit otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Kravet på otillbörlighet stämmer väl överens med de uttalandena som finns i förarbetena till LAS. Uttrycket "strid mot god sed på arbetsmarknaden" ligger mycket nära 33 § Avtalslagen som säger att ett avtal som slutits där omständigheterna vid dess tillkomst gör att det skulle strida mot tro och heder att åberopa avtalet är ogiltigt. En anställning är i grunden ett avtal, förvisso ett mycket speciellt sådant, men ändå ett avtal.

Arbetsdomstolen utarbetar genom sin praxis fler omständigheter som kan användas vid bedömningen för om en arbetsgivare har agerat otillbörligt eller i strid mot god sed. Om en arbetsgivare har gett den anställde tid och möjlighet att fundera igenom uppsägningen, i samband med att arbetstagaren informerar arbetsgivaren om denna, är en omständighet som beaktas vid domstolarnas bedömning av arbetsgivarens agerande. Om uppsägningen sker i samband med ett möte så spelar *tidpunkten för mötet* in samt *vilka som deltog*. Det är till exempel stor skillnad på om mötet sker mellan en arbetsgivare och en arbetstagare under normala arbetstider, eller om mötet sker sent på natten och med flera deltagare som representerar arbetsgivaren medan arbetstagaren är ensam. Möten som sker på ojämn grund anser domstolen är att se som otillbörliga då de lämnar arbetstagaren i en situation där denna lätt kan känna sig tvingad att säga upp sin anställning för att undkomma det obehag som

mötessituationen innebär. Även det faktum om huruvida arbetstagaren *har beretts någon möjlighet att rådgöra med ett ombud*, juridiskt eller fackligt, är något som domstolen tar upp i sin bedömning av arbetsgivarens agerande. Här grundar domstolen sin bedömning inte bara på om den anställda har beretts möjlighet att rådgöra med ombud, utan även på om arbetstagaren faktiskt fått den hjälp och de stöd av ombudet som arbetstagaren har rätt till. I till exempel AD 1975 nr 35 så finns vid mötet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren ett fackligt ombud med, dock så räknades detta ombud inte eftersom han enligt domstolen inte kunde sägas företräda den specifika arbetstagarens intressen.

Domstolen grundar även sin bedömning av arbetsgivarens agerande på *vad syftet med arbetsgivarens agerande varit*, om arbetsgivarens handlande var specifikt ämnat att förmå den anställde att lämna sin anställning. I denna bedömning så ser domstolen ofta på hur en arbetsgivare har agerat efter att den anställde sagt upp sin anställning. Om den anställde i snar anslutning till sin uppsägning har velat ta tillbaka uppsägningen, men detta vägras av arbetsgivaren, så har detta av domstolen ansetts tyda på att arbetsgivaren hade som syfte med sitt agerande att den anställde skulle lämna sin anställning. Andra indikationer på att arbetsgivarens syfte varit att frammana en uppsägning kan vara om arbetsgivaren, i samband med uppsägningen, förser arbetstagaren med på förhand, av arbetsgivaren, uppgjorda uppsägningshandlingar. Detta menar domstolen är ett mycket tydligt bevis på att arbetsgivarens syfte var att förmå den anställde att säga upp sin anställning. Dock så är detta endast en indikation på att arbetsgivarens agerande kan vara att anses som otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Som ovan i uppsatsen framkommit så kan en arbetsgivare anses ha föranlett, att en anställd har sagt upp sin anställning, även om arbetsgivarens handlande inte haft som specifikt syfte att förmå den anställde till detta.

Passivitet från en arbetsgivare kan även det anses vara otillbörligt handlande, om det finns en skyldighet för arbetsgivaren att faktiskt agera. Detta är till exempel fallet vid trakasserier och diskriminering, då det finns en lagstadgad skyldighet för arbetsgivaren att agera för att motverka och förebygga. Att då arbetsgivaren förhåller sig passiv kan ses som ett agerande i strid mot god sed på arbetsmarknaden.

Vad som menas med att en *arbetstagarers uppsägning ska ha föranletts av arbetsgivarens agerande* har blivit prövat och utrett av arbetsdomstolen. Precis som vad gäller bedömningen för om ett agerande från arbetsgivaren

ska anses vara otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden, så har domstolen utarbetat omständigheter som indikerar på att en uppsägning från den anställda har föranletts av arbetsgivaren. Det som domstolen lägger stor tonvikt på i denna bedömning är på *vems initiativ en uppsägning sker*. Även här tas på förhand uppgjorda uppsägningshandlingar upp som en tydlig indikation. Vem som tar upp uppsägning som ett alternativ under ett möte eller annan förhandling räknas även det in i bedömningen av om arbetsgivaren har föranlett uppsägningen genom sitt agerande. Omständigheter som om den anställde tidigare gett uttryck för en vilja att avsluta sin anställning eller hur svårt/lätt det är för arbetstagaren att få ett nytt arbete tas med i bedömningen som görs av domstolen.

I arbetsdomstolens bedömning läggs ingen vikt vid vem som är arbetsgivaren. Oavsett om det är ett stort och gammalt företag med hundratal anställda, eller om det är ett litet nystartat företag så verkar domstolen göra sin bedömning av arbetsgivarens handlingar på samma vis. Däremot så finns det en markant skillnad i hur domstolen bedömer arbetsgivarens handlingar i förhållande till vem som är arbetstagare. Även arbetstagarens eget handlande gentemot arbetsgivaren bedöms olika beroende på vem arbetstagaren är, medan det är av mindre betydelse vem arbetsgivaren är. På en arbetstagare som är äldre och har jobbat länge på företaget ställer domstolen högre krav än vad domstolen ställer på en ung och oerfaren arbetstagare. En äldre arbetstagare förväntas ha mer koll på sina rättigheter än en yngre, och inte agera lika snabbt och oförsiktigt. Har en anställd varit fackligt organiserad och aktiv så ställs ytterligare krav på hur denna ska agera. Att domstolarna väljer att beakta vem arbetstagaren är vid sin bedömning av dennes agerande kan göra att en anställd får mindre rättsligt skydd mot en arbetsgivares agerande trots att han rent rättsligt befinner sig i samma situation som någon som är yngre.

Slutligen så har domstolarnas praxis klargjort att en *provocerad uppsägning ska jämföras med en uppsägning utan saklig grund, och således få samma rättsföljder som en sådan*. Detta innebär att uppsägningen kan ogiltigförklaras och att arbetstagaren är berättigad till skadestånd. I vissa fall så kan även den fackliga organisationen vara berättigad till skadestånd. Om vi ser på några av de tidigare fallen i arbetsdomstolens praxis så ser vi att det inte från början varit självklart att en provocerad uppsägning skulle jämföras med en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivaren. Om vi ser till AD 1976 nr 103 så ser vi att domstolen här jämför arbetstagarens framprovocerade uppsägningar med en uppsägning från

arbetsgivaren. Sedan gör domstolen en prövning av sakligheten av denna uppsägning på samma vis som hade gällt om det var arbetsgivaren som sagt upp arbetstagaren från början. Även i senare praxis så sker ibland något som liknar en saklighetsprövning, när domstolen bedömer hur arbetsgivaren har agerat. Som ovan har utretts så ger detta intrycket att en provocerad uppsägning kanske inte alltid kommer att bedömas som en uppsägning utan saklig grund av en domstol. Enligt min uppfattning går emot nästan all litteratur på området som jag läst. Den mesta litteraturen som jag läst uppfattar jag har definierat en provocerad uppsägning som om begreppet varit självklart och att jämföra den med en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivaren skedde utan närmare prövning. Det verkar även vara detta synsätt som LAS förarbeten ger uttryck för. *Det vill säga en provocerad uppsägning är en uppsägning från arbetstagaren som föranletts av att arbetsgivaren har agerat på ett vis som är otillbörligt eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden, och ska jämföras med en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivaren.*

Dock verkar det inte vara fullt så enkelt att definiera en provocerad uppsägning och dess rättsföljder. Ett agerande från arbetsgivaren som i ena fallet klart är otillbörligt kan vara fullt tillåtet i ett annat fall, och även om en uppsägning är klart framprovocerad av en arbetsgivare så betyder inte detta automatiskt att den är osaklig eller ogiltig. Så trots att det på ytan verkar som om provocerad uppsägning är ett klart och tydligt begrepp med självklara rättsföljder, så ser det annorlunda ut om vi läser djupare i hur domstolen faktiskt resonerat i de enskilda fallen. Det faktum att domstolarnas praxis än så länge är förhållandevis enhetlig vad gäller de rekvisit som utarbetas inom ramen för vad som är en provocerad uppsägning, gör inte de avvikelser som finns mindre betydelsefulla. Och det faktum att det finns vissa skillnader i bedömningen av vad som utgör en saklig grund jämfört med andra närliggande rättstekniska begrepp är något som också bör beaktas.

VARFÖR ANVÄNDER EN ARBETSGIVARE EN PROVOCERAD UPPSÄGNING?

Det finns flera olika orsaker till detta. Den mest självklara är nog den då en arbetsgivare inte längre önskar ha kvar en arbetstagare i sin anställning men saknar en saklig grund för att säga upp den anställda. Orsakerna till varför en arbetsgivare inte längre vill ha kvar en arbetstagare kan vara allt ifrån personliga motsättningar till att arbetstagaren brister i produktivitet. Dock kan dessa omständigheter vara sådana att de faller utanför de krav som ställs för uppsägning på saklig grund i 7 § LAS. Detta är även den situationen som jag tror är orsaken till de uttalandena som finns i propositionen till LAS. Att en arbetsgivare ska kunna kringgå kraven på en saklig grund, enbart genom att handla på ett sådant vis, att en arbetstagare känner sig tvungen att sluta, ska självklart inte vara tillåtet. Detta eftersom det då hade varit väldigt enkelt för en arbetsgivare att åsidosätta det skydd för arbetstagaren som finns i LAS och de skyddsvärden och grunder som lagstiftningen bygger på. Dock så ser vi i min utredning att detta inte är den enda orsaken till att en arbetsgivare väljer att provocera fram en uppsägning. Ibland så har arbetsgivaren en saklig grund för uppsägning men väljer ändå att provocera fram en uppsägning från arbetstagaren.

Orsakerna till detta kan vara många. Som ovan nämnts så är en uppsägning enligt 7 § LAS en förhållandevis omständlig affär. Det finns krav på att facket ska vara med och förhandla, krav på omplaceringar, åtgärdsplaner och rehabilitering. Uppsägning enligt 7 § LAS ska vara den sista utvägen då alla andra möjligheter uttömts. Detta ställer självklart stora krav på en arbetsgivare och kräver både tid och resurser, speciellt om arbetsgivaren egentligen inte önskar ha kvar den anställda. Det finns inga liknande bestämmelser för de fall då en anställd själv avslutar sin anställning. Det finns ej heller formkrav eller krav på att den anställde ska ange grunderna till sin uppsägning. Detta gör att en uppsägning av en arbetstagare av arbetstagaren själv är betydligt snabbare och mindre resurskrävande. Att den fackliga förhandlingsrätten på detta vis kringgås gör att det fackliga inflytandet på arbetsmarknaden långsamt urholkas, *detta då inte bara LAS på detta viset åsidosätts utan även andra arbetsrättsliga bestämmelser, så som MBL.*

Att på detta vis kringgå 7 § LAS kan även påverka andra rättigheter som återfinns i samma lag. I det fall att en uppsägning har sin sakliga grund i arbetsbrist så blir *de regler om turordning och rätt till återanställning* som finns i LAS tillämpliga. Dessa blir dock bara tillämpliga i de fall då det är

arbetsgivaren som avslutar anställningen. Då en anställd själv avslutar sin anställning så finns ingen rätt till återanställning. Detta kan spela roll om en arbetsgivare har en riktig arbetsbrist och mot bakgrund av detta förmår en anställd att säga upp sin anställning. Vid ett eventuellt behov av mer arbetskraft på arbetsplatsen så är arbetsgivaren nu fri att nyanställa utan hänsyn till den förra arbetstagaren. Om arbetstagaren i stället blivit uppsagd av arbetsgivaren så hade arbetstagaren haft en förtur till en anställning.

En annan orsak kan vara den skillnad som finns i *kraven på saklig grund* som påpekats ovan. Kraven för en saklig grund för att en arbetsgivare ska kunna avsluta en anställning vid brott av en arbetstagare motsvaras inte av de krav som ställs då den anställde provoceras att själv avsluta sin anställning. En rättegång är något som ofta tar tid och utgången är aldrig självklar. Att en arbetsgivare som misstänker en anställd för brott därför väljer att ställa den anställde inför valet att själv säga upp sin anställning eller bli polisanmäld ter sig därför inte särskilt anmärkningsvärt. Att på detta vis snabbt lösa saken kan vara till båda parter fördel. Något som dock är klart anmärkningsvärt är hur domstolen bedömer saken då en arbetstagare bestrider uppsägningen. Om en arbetstagare bestrider en uppsägning från arbetsgivaren på grund av arbetstagarens påstådda brott mot arbetsgivaren så kräver domstolen en fällande dom för att uppsägningen ska vara giltig. Om det däremot är den anställde som själv valt att lämna sin anställning efter att ha blivit konfronterad av sin arbetsgivare med misstankar om brott, så verkar domstolen gör bedömningen att det räcker med att arbetsgivaren haft fog för sina misstankar för att uppsägningen ska vara giltig. Varför det finns en sådan motsägning i domstolens praxis vet jag inte. Det kan vara så att domstolarna anser att arbetstagaren genom att välja att säga upp sin anställning har medgivit skuld i frågan. Dock så tycker inte jag att det går att jämföra ett erkännande av skuld med att en arbetstagare väljer att lämna sin anställning. En arbetstagare befinner sig i sådan beroendeställning mot arbetsgivaren att alla arbetstagarens handlingar måste ses emot ljuset av detta, och en under hot påskriven uppsägning kan därför inte ses som ett erkännande. En utredning gjord av en arbetsgivare för att fylla arbetsgivarens syfte kan inte på något vis jämföras med en oberoende utredning gjord av en åklagare. Domstolar borde inte grunda sin bedömning på en privat utredning. Arbetsdomstolens uppgift är inte heller att döma i brottmål och domstolen borde därför inte heller uttala sig om skulden av något som inte blivit föremål för prövning i en

allmändomstol. Att domstolen på detta vis gör sin bedömning på vad domstolen tror skulle bli utgången i en rättegång, grundat på en ensidig utredning, kan inte på något vis anses vara rättsäkert.

Orsakerna till att en arbetsgivare väljer att provocera fram en uppsägning från en arbetstagare kan alltså vara många. Allt ifrån att arbetsgivaren inte på laglig väg kan avsluta anställningen på grund av kraven på saklig grund till att arbetsgivaren undviker att avsluta uppsägningen lagligt för att detta anses vara för krångligt och tidskrävande. Oavsett orsaken så är ett kringgående av en lag en synnerligen allvarlig företeelse.

FINNS DET ETT BEHOV AV EN KODIFIERING AV BEGREPPET PROVOCERAD UPPSÄGNING I LAG?

Svaret beror på var vi lägger vår utgångspunkt. Om vi väljer att utgå ifrån ett snävt begrepp och ser enbart till detta oberoende av praxis på mycket närliggande områden eller om vi ser på hela arbetsrätten och hur begreppet förhåller sig till detta.

Praxis på området har, precis som det föreslogs i propositionen gjort en tydlig utveckling av begreppet provocerad uppsägning. Det har av arbetsdomstolen utarbetats klara och tydliga rekvisit som måste vara uppfyllda för begreppets tillämplighet och användning. Rekvisit så som att en arbetsgivare måste ha föranlett en uppsägning genom sitt agerande, och att detta agerande måste vara att anse som otillbörligt. Domstolen har även utarbetat en praxis vad gäller rättsföljden för de fall då något är att bedöma som en provocerad uppsägning, genom att jämföra en provocerad uppsägning med en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivarens sida, med rättsföljden ogiltighet. Om vi bara ser mycket snävt på begreppet så verkar användningen av detta vara enhetligt och lika fall bedömas lika.

Problemen syns först då vi breddar vårt synfält och jämför arbetsdomstolens argumentation vad gäller fall av provocerad uppsägning med andra närliggande områden. Då blir en viss skillnad i innebörden av grundläggande rättsliga begrepp tydlig. Att det finns viss skillnad från domslut till domslut är inte ovanligt, men om vi granska tillräckligt många fall och börjar urskilja ett mönster så finns skäl att undersöka saken djupare. I detta fall så uppfattade jag en viss skillnad i den argumentation som fördes runt kraven på saklig grund då det är en arbetsgivare som säger upp anställningen jämfört med den argumentation om saklig grund som förs då en anställd säger upp anställningen.

Jag upptäckte även en viss oenighet vad gäller att jämställa en provocerad uppsägning rakt av med en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivaren. I vissa fall så verkar domstolen i stället ha jämställt en provocerad uppsägning med en uppsägning av arbetsgivaren för att sedan separat pröva om arbetsgivaren haft en saklig grund. Det betyder att domstolen ibland gör bedömningen, att ett otillbörligt agerande från arbetsgivaren automatiskt betyder att en provocerad uppsägning blir ogiltig utan att domstolen prövar saklig grund, medan domstolen i andra fall menar att ett otillbörligt agerande från en arbetsgivaren gör att uppsägningen ska bedömas som en uppsägning från arbetsgivaren, och därefter ska en prövning om saklig grund göras. Det vill säga att domstolen i fall då arbetsgivaren bedöms ha agerat otillbörligt, i samband med att den anställda säger upp sig, ibland gör en prövning om arbetsgivaren haft sen saklig grund för uppsägningen, och i andra fall gör domstolen inte denna prövning.

Frågan om kodifiering beror även på vilket som anses vara huvudproblemet och vilka effekter vi vill att lagen ska få.

Är arbetsgivarnas beteende, att förmå de anställda att själv säga upp sin anställning i stället för att gå "rätt väg" som sak som bör förhindras? Då borde frågan om arbetsgivaren haft saklig grund för en uppsägning inte beröras av en domstol när det gäller fall av provocerad uppsägning. Att arbetsgivaren betar sig på ett sätt som är otillbörligt och i strid mot god sed ska inte kunna ursäktas med att arbetsgivaren haft en grund för en uppsägning. Enligt detta synsätt så ska bedömningen av arbetsgivarens beteende ske oberoende av vad arbetstagaren har gjort för att föranleda det. Detta eftersom att om arbetsgivaren har en skälig grund att avsluta anställningen, då bör använda sig av den. Domstolen ska då bedöma alla fall av provocerad uppsägning som ogiltiga, oavsett om de är jämförliga med en uppsägning utan saklig grund eller inte.

Problemet blir här då en arbetsgivare faktiskt haft en saklig grund för en uppsägning. Låt oss säga att arbetsgivaren haft en saklig grund för uppsägning, till exempel att den anställde hotar och misshandlar andra på arbetsplatsen. För att kunna säga upp den anställde så krävs förutom saklig grund även förhandlingar med fackförbund, åtgärdsplaner om omplaceringsutredningar. Under tiden detta sker så kanske de andra anställda finner situationen mycket obehaglig och arbetsgivaren beslutar sig för att skynda på processen genom att förmå arbetstagaren att själv säga upp sin anställning. När sedan arbetstagaren väljer att få sin sak

prövad i domstol så bedömer domstolen saken som en provocerad uppsägning och ogiltigförklarar uppsägningen. Arbetsgivaren försöker nu säga upp den anställda enligt 7 § LAS. Dock har det sedan händelsen förflutit så pass mycket tid att arbetsgivaren inte längre har rätt att åberopa den som grund för en uppsägning enligt LAS.

Om vi istället väljer att lägga vårt fokus på att det är just *kringgåendet av kravet på saklig grund som är huvudproblemet* så blir arbetsgivarens agerande i samband med uppsägningen av mindre vikt. I stället läggs fokus på om arbetsgivaren haft fog för sitt agerande, om arbetsgivaren hade en saklig grund för att säga upp den anställda enligt LAS. Domstolen jämför då en provocerad uppsägning från arbetstagaren med en uppsägning från arbetsgivaren och gör en prövning om saklig grund på samma vis som görs för en uppsägning enligt 7 § LAS.

Även här finns dock brister. Att lägga fokus på om arbetsgivaren haft en saklig grund för en uppsägning och helt bortse ifrån hur arbetsgivaren agerat lämnar fältet öppet för arbetsgivare att agera hur som helst i samband med uppsägningar, utan att riskera att det påverkar giltigheten av uppsägningen i sig. Detta synsätt medför också att den fackliga förhandlingsrätten helt åsidosätts.

Behovet av en kodifiering beror på vilket problem vi vill lösa och hur vi vill lösa det. Jag tycker att den praxis som i dag finns inom provocerad uppsägning i det stora hela är enhetlig och rättsäker. Dock finns vissa frågetecken som rör frågan om saklig grund och bedömningen av denna. *Att genom lagstiftning lösa dessa oenigheter torde bli svårt eftersom de inte har sitt ursprung i lagtext utan i skillnaden mellan praxis och praxis.*

Jag tror dock att ett införande av det som i dag av de flesta anses vara självklart vad gäller provocerad uppsägning inte skulle skada rättsutvecklingen, utan istället tydliggöra de gemensamma ramar som gäller. Att i 7 § i LAS inför ett stycke gällande provocerad uppsägning skulle tydligt peka mot att de kriterier som gäller för en saklig grund enligt övriga 7 § även gäller vid frågor om provocerad uppsägning. Det vill säga att domstolen, när de prövar frågan om saklig grund vid fall av provocerad uppsägning, ska göra det på samma premisser som när en arbetsgivares uppsägning prövas mot 7 § LAS. Viktigt är dock att en eventuell kodifiering inte går emot den väl utvecklade praxis som finns. Istället bör den kodifiera den på ett sätt som gör det möjligt att även i fortsättningen kunna hänvisa tillbaka till den äldre rättspraxis som finns för vägledning. Inte heller

behöver den då innefatta alla de olika omständigheter som domstolarna tar med i sin bedömning. Utan i stället lämna en stor del kvar för domstolarna att uttolka och tillämpa i de enskilda fallen.

Mitt förslag är att 7 § LAS får följande tillägg:

”En uppsägning från arbetstagarens sida är att anse som en uppsägning från arbetsgivarens sida utan saklig grund, då uppsägningen är föranledd av arbetsgivarens handlande eller underlåtenhet och detta är att anse som otillbörligt eller på annat vis i strid mot god sed på arbetsmarknaden.”

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

OFFENTLIGT TRYCK

76/207/EEG (ändrat genom 2002/73/EG) Rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i frågan om tillgången till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

79/7/EG Rådets direktiv om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i frågan om socialtrygghet

(86/613/EG upphävt genom)2010/41/EU Rådets direktiv om tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män som är egenföretagare

2000/43/EG, Rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniskt ursprung

2000/78/EG Rådets direktiv om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet

2004/113/EG Rådets direktiv om genomförande om likabehandling av kvinnor och män vad gäller tillgången till och tillhandahållandet av varor och tjänster

2006/54/EG Rådet direktiv om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet

SFS (1915:218) Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

SFS (1972:207) Skadeståndslag

SFS 1974:12 Lag om anställningsskydd

SFS (1976:580) Lag om medbestämmande i arbetslivet

SFS (1977:1160) Arbetsmiljölagen

SFS (1982:80) Lagen om anställningsskydd

SFS (1982:673) Arbetstidslag

SFS (1999:130) Lagen om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning

SFS (1999:132) Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder

SFS (1999:133) Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning

SFS (2001:1286) Lagen om likabehandling av studenter i högskolan

SFS (2003:307) Lagen om förbud mot diskriminering

SFS (2006:67) Lagen om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever

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

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

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

DsA 1981:6

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

SOU 1993:32 Ny anställningsskyddslag.

LITTERATUR

Axel Adlercreutz, Bernard Johann Mulder, *Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*, 2013, Nordstedts juridik, Vällingby, upplaga 13:1, ISBN 978-91-20623-3

Axel Adlercreutz, Lars Gorton, *Avtalsrätt 1*, 2011, Juristförlaget i Lund, Ungern, upplaga 13:1, ISBN 978-91-544-0553-4

Axel Adlercreutz, *Svensk Arbetsrätt*, 1997, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 10:1, ISBN 91-39-00292-6

Anderz Andersson, Örjan Edström, Lars Zanderin, *Arbetsrätt*, 2009, Liber AB, Malmö, Upplaga 4:1, ISBN 978-91-47-09060-0

Bo Bylund, Anders Elmér, Lars Viklund, Toivo Öhman,
Anställningsskyddslagen med kommentar, 2011. Nordstedts, Falu, upplaga
11, ISBN 978-91-1-303278-8

Mats Glavå, *Arbetsbrist och kravet på skalg grund*, 1999, Nordstedts
juridik, Stockholm, upplaga 1:1, ISBN 91-39-00509-7

Mats Glavå, *Arbetsrätt*, 2011, Studentlitteratur, Lund, Upplaga 2:1, ISBN
978-91-44-03369-3

Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – kommentar till
anställningsskyddslagen*, 2002. Nordstedts juridik, Stockholm, upplaga 8,
ISBN 91-38-92352-1

Lars Lunning, Gudmund Toijer, *Anställningsskydd – Kommentar till
anställningsskyddslagen*, 2007, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga
9:2, ISBN 91-39-10735-3

Kent Källström, Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet – inledning till
den individuella arbetsrätten*, 2009, Iustus Förlag, Uppsala, upplaga 2, ISBN
978-91-7678-717-5

Urban Runhammar, Peter Stare, *Handbok i arbetsrätt*, 1995, Fritezes
Förlag, Stockholm, upplaga 10:1, ISBN 91-38-92488-9

Folke Schmidt och Anders Victorin med Ronnie Eklund, Håkan Göransson,
Carl Hemström, Kent Källström, Tore Sigeman, *Facklig arbetsrätt*, 1989,
Juristförlaget, Stockholm, reviderad upplaga, ISBN 91-7598-351-6

Lars Åhnberg, *LAS handboken*, 2004, Lars Åhnberg AB, Södertälje, upplaga
4, ISBN 91-89076-20-6

TIDSKRIFTER

Jens Agerström, Rickard Carlsson, Bo Ekehammar och Dan-Olof Rooth,
*Svenska arbetsgivares implicita stereotyper av arabiska muslimer och
överviktiga* Socialvetenskaplig tidskrift nr 3-4, 2008, s 239-256 ISSN 1104-
1420

Ann Numhauser-Henning och Mia Rönmar, *Det flexibla svenska
anställningsskyddet*, Juridisk tidskrift nr 2 2010/2011, s 382-410

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

AD 1975 nr 35

AD 1975 nr 74

AD 1976 nr 26

AD 1976 nr 103

AD 1976 nr 111

AD 1976 nr 117

AD 1977 nr 64

AD 1977 nr 200

AD 1978 nr 89

AD 1981 nr 6

AD 1982 nr 99

AD 1982 nr 117

AD 1984 nr 19

AD 1985 nr 65

AD 1986 nr 78

AD 1991 nr 33

AD 1992 nr 50

AD 1993 nr 30

AD 1993 nr 101

AD 1994 nr 122

AD 1994 nr 140

AD 1995 nr 149

AD 1997 nr 36

AD 2000 nr 31
AD 2000 nr 69
AD 2000 nr 81
AD 2001nr 29
AD 2001 nr 107
AD 2005 nr 30
AD 2005 nr 63
AD 2006 nr 92
AD 2007 nr 72
AD 2008 nr 106
AD 2009 nr 4
AD 2009 nr 27
AD 2010 nr 18
AD 2010 nr 21
AD 2010 nr 41
AD 2011 nr 12
AD 2011 nr 30
AD 2013 nr 73