

De svenska turordningsreglerna i gråzonen?

En komparativ undersökning av turordningsregler i ett
diskrimineringsperspektiv

Camilla Asmussen och Jacob Antonijev Sibbesson

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HARH16

HT 2015

Handledare

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

FÖRKORTNINGAR	5
SAMMANFATTNING	6
1. INLEDNING	7
1.1. BAKGRUND.....	7
1.2. SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	8
1.3. AVGRÄNSNING.....	8
1.4. METOD.....	9
1.4.1. <i>Europeiska Unionen</i>	11
1.4.2. <i>Det svenska rättssystemet</i>	12
1.4.3. <i>Det brittiska rättssystemet</i>	12
1.4.4. <i>Det tyska rättssystemet</i>	13
1.5. DISPOSITION.....	13
2. ARBETSBRIST OCH TURORDNING I SVERIGE	14
2.1. ALLMÄNT OM DET SVENSKA ANSTÄLLNINGSSKYDDET.....	14
2.2. ARBETSBRIST OCH TURORDNING.....	14
2.2.1. <i>Begreppet arbetsbrist</i>	15
2.2.2. <i>Turordning(-surval) enligt lag</i>	16
2.2.3. <i>Turordning(-surval) enligt kollektivavtal</i>	17
2.3. DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNING.....	18
2.3.1. <i>Diskrimineringslagstiftningens påverkan på anställningsskyddet vid arbetsbrist och turordning</i>	19
2.4. DEBATT OCH KRITIK.....	20
3. ARBETSBRIST OCH TURORDNING I ENGLAND	22
3.1. ALLMÄNT OM DET BRITTISKA ANSTÄLLNINGSSKYDDET.....	22
3.2. ARBETSBRIST – KOLLEKTIVA UPPSÄGNINGAR.....	22
3.2.1. <i>Redundancy payment</i>	23
3.2.2. <i>Urval vid arbetsbristuppsägningar</i>	23
3.3. DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNING.....	24
3.3.1. <i>Diskrimineringslagstiftningens påverkan på turordningen</i>	24
4. ARBETSBRIST OCH TURORDNING I TYSKLAND	26
4.1. ALLMÄNT OM DET TYSKA ANSTÄLLNINGSSKYDDET.....	26

4.2. ARBETSBRIST - KOLLEKTIVA UPPSÄGNINGAR	26
4.2.1. Medbestämmande vid arbetsbrist	26
4.2.2. Det sociala urvalet.....	27
4.3. DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNING	29
4.3.1. Diskrimineringslagstiftningens påverkan på turordningen.....	29
5. ANALYS OCH DISKUSSION	31
5.1. KOMPARATIV TABELL	31
5.2. EN LAGSTIFTAD PRINCIP OCH FLEXIBILITET.....	31
5.3. PROPORTIONALITETSPRINCIPEN	33
5.4. DISKRIMINERING OCH RÄTTVISA	34
6. SAMMANFATTNING OCH SLUTSATS	35
ABSTRACT.....	38
7. BIBLIOGRAFI	39

Förkortningar

AD – Arbetsdomstolen

AG – Arbetsgivare

AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

AT – Arbeitstagarare

BAG - Bundesarbeitsgericht

BetrVG - Betriebsverfassungsgesetz

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

DL – Diskrimineringslagen (2008:567)

ERA - Employment Rights Act 1996

EqA - Equality Act 2010

EU – Europeiska Unionen

EWCA – England and Wales Court of Appeal

ICR – Industrial Cases Reports

IRLR – Industrial Relations Law Reports

KSchG - Kündigungsschutzgesetz

LAS – Lagen (1982:80) om Anställningsskydd

MBL – Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Prop. - Proposition

SN – Svenskt Näringsliv

SOU – Statens Offentliga Utredningar

TULR(C)A - Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992

Sammanfattning

Huvudsyftet med detta examensarbete är att utreda huruvida de svenska turordningsreglerna kan anses stå i strid med den svenska Diskrimineringslagen eller med EU-rätten. Vi har under uppsatsens gång identifierat grupper på arbetsmarknaden som vi anser befinna sig i riskgruppen för att bli utsatta för diskriminering vid tillämpningen av de svenska turordningsreglerna. Dessa grupper är bland annat yngre arbetstagare, invandrare och kvinnor. Det uttrycks i förarbetet till 1974 års anställningsskyddslag att genom möjligheten att göra avsteg från turordningsreglerna blir det därmed rättvisa. Semidispositiviteten har idag visat sig leda till en urholkning av det svenska anställningsskydd och dess funktion. Genom att göra en komparativ utredning av de svenska, tyska och brittiska bestämmelserna är det enligt oss tydligt att Sveriges arbetsmarknad hade fått en sundare utveckling om den lät sig inspireras av de andra länderna. De brittiska och tyska modellerna använder sig av flertalet kriterium som ligger till grund för vem som får lämna sin anställning vid en arbetsbristsituation till skillnad från Sverige där arbetsgivaren tvingas använda den strikta såväl som okomplicerade sist-in-först-ut-principen. Utifrån det material vi presenterar och utvecklar i vår analys och slutsats anser vi att de idag 40 år gamla svenska turordningsreglerna är i behov av en modernisering.

Nyckelord: Turordningsregler, turordning, åldersdiskriminering, diskriminering, anciennitetsprincip, semidispositivitet, sist in först ut, 22 § LAS

1. Inledning

1.1. Bakgrund

Den svenska lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) är idag över 40 år gammal.¹ Det främsta skyddet i lagstiftningen är förbudet mot godtyckliga uppsägningar då det anges i 7 § att en uppsägning måste vara saklig grundad. Saklig grund för uppsägning omfattar omständigheter som hänförs till personliga skäl eller arbetsbrist. Vad vi ämnar att undersöka är turordningsreglerna som tillämpas vid uppsägning på grund av arbetsbrist.

I Diskrimineringslagen (2008:567) (DL) samt förarbeten anges att uppsägningar från arbetsgivaren måste respektera förbudet mot all form av diskriminering. Tack vare lagstiftningen ska arbetstagarna känna sig skyddade av både anställningsskydds- och diskrimineringslagen vid arbetsbristsituationer. Lagstiftningen kring turordningsreglerna baseras på en anciennitetsprincip vilket i förlängning kan anknytas till ålder. Kan det vara så att genom lagstiftningen kan laglig diskriminering förekomma vid arbetsbristsituationer som åsidosätter arbetstagare? Har någon av lagarna företräde?

Efter att vi tagit del av de olika förslag till ändringar av LAS och den debatt som förts, i samband med kunskap om andra europeiska länders tillämpning av turordning, väcktes ett intresse och det stod klart för oss vad vi ville undersöka i vårt examensarbete. Med bakgrund i Arbetslivsdirektivet (2000/78/EG) och i en komparativ kontext vill vi därför undersöka hur Sveriges turordningsregler tillämpas i praktiken. Då turordningsreglerna i Sverige är vad som kallas semidispositiva, det vill säga att avsteg från lagreglerna kan göras genom kollektivavtal, blir rättsläget inte självklart. Anställningsskyddslagens regleringar kring turordningsregler fungerar som en motvikt till den annars stora frihet som arbetsgivaren innehar i att leda och fördela arbetet. Men i vilken utsträckning kan arbetsgivaren fatta egna beslut kring avslutande av anställningsförhållandet innan det hamnar i konflikt med den svenska diskrimineringslagstiftningen? Är svenska turordningsregler åldersdiskriminerande?

¹ Detta medräknat 1974 års anställningsskyddslag (1974:12) som omstöptes med mindre förändringar till dagens LAS (1982).

1.2. Syfte och frågeställningar

De rättsliga förhållandena, med influenser från bland annat Europeiska Unionen (EU), ser idag annorlunda ut i jämförelse med när turordningsreglerna kom till. Sverige har, som resultat av ett antal direktiv från EU, implementerat flertalet diskrimineringsgrunder som återfinns i den svenska Diskrimineringslagen. Det finns dock utrymme att tro att det föreligger en viss diskrepans mellan Diskrimineringslagen och de svenska turordningsreglerna som regleras i LAS. Exempelvis finns det tydlig lagstiftning kring åldersdiskriminering och trots detta kan ålder ligga till grund för vem som tvingas lämna sin anställning vid bestämmande av turordning. En intressant aspekt som vi önskar undersöka i denna uppsats är hur Diskrimineringslagens verkliga påverkan ser ut vid en arbetsbristsituation där turordningsreglerna från lagen om anställningsskydd har aktualiserats. Detta blir ytterligare intressant sett i ljuset av diskrimineringsgrunderna och speciellt ålder. En ytterligare intressant aspekt är den praktiska tillämpningen av turordningsreglerna. Detta då det finns möjlighet att genom kollektivavtal göra avsteg från lagreglerna. Turordningsregler, tillsammans med många andra aspekter av anställningsskyddet i lagen, har inte utsatts för några större förändringar eller uppdateringar sen lagens tillkomst vilket i sig kan anses vara intressant. Vi önskar därför utreda hur de svenska turordningsreglerna används i praktiken, hur de ser ut i dagens rättsliga utgångsläge samt hur de jämför sig internationellt.

Genom att bemöta följande frågeställningar önskar vi i denna uppsats att utreda och problematisera de svenska turordningsreglerna ur ett internationellt perspektiv: *Hur skulle de svenska turordningsreglerna kunna anses vara diskriminerande? På vilket sätt kan de svenska turordningsreglerna jämföras i en internationell kontext sett i ljuset av ett diskrimineringsperspektiv?*

1.3. Avgränsning

Förbudet mot diskriminering finns lagstiftat i många olika former på arbetsmarknaden. Som tidigare nämnt är syftet med denna uppsats att utreda och problematisera de svenska turordningsreglerna i en internationell kontext i relation till ett diskrimineringsperspektiv. Vi kommer att beröra diskrimineringsgrunderna i sin helhet men fokus kommer till största del att riktas mot diskrimineringsgrunden ålder. Att kort beskriva rättssystemen gällande turordningsregler i Tyskland och England görs i syfte att bättre kunna spegla det svenska rättssystemet. Vi önskar därför redan nu poängtera att uppsatsens huvudfokus kommer att

riktas mot Sverige och de övriga länderna, England och Tyskland, kommer endast presenteras översiktligt. Den praktiska tillämpningen av turordningsregler, i de tre berörda länder, kommer att ses över efter förmåga. I relation till det vi ämnar att beröra i uppsatsen anser vi inte att det är nödvändigt att göra en avgränsning mellan den offentliga och privata sektorn.

I samband med att turordningsregler aktualiseras blir det även aktuellt att förhandla i enlighet med lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL). I hopp om att få en djupare och mer detaljerad uppsats har vi valt att inte nämna arbetsgivarens förhandlingsskyldighet enligt lag. Genomgående i uppsatsen är att vi förutsätter att MBL-förhandlingar har skett i enlighet med lag. Vi önskar även belysa att vi är fullt medvetna om vikten av turordningskretsarna vid användandet av turordningslistorna. Då vi önskar att belysa grunder för diskriminering i relation till turordningsregler anser vi det inte nödvändigt att beskriva de olika turordningskretsarna. Inte heller omplacerings- eller återanställningsreglerna kommer nämnvärt att beröras.

1.4. Metod

Huruvida ett arbete är vetenskapligt eller inte avgörs främst av metoden. Metoden är den väg som ligger till grund för att identifiera det användbara materialet som i framtiden ska besvara den ställda rättsfrågan.² Till denna uppsats har vi valt att använda oss av rättanalytisk-, rättsdogmatisk- samt komparativ metod.

Vid insamlandet av information har vi främst använt oss av rättsanalytisk³ och rättsdogmatisk metod.⁴ Rättsanalytisk metod syftar till att använda ett bredare spektrum av källor för att på så sätt kunna analysera hur rätten ska tolkas och tillämpas. Den rättsanalytiska metoden är ett mycket förekommande metodval vid skrivande som berör arbetsrätt.⁵ Detta eftersom att arbetsrätten ofta involverar etiska koder och icke legala (ofta interna) regler och koder för att fastställa hur en sakfråga ska lösas. Dessutom kan metoden användas för att föra en mer fri diskussion då metoden kan involvera bland annat inofficiell rätt såväl som utländsk rätt. Den rättsdogmatiska metoden, som ämnar att fastställa den gällande rätten (*lex lata*)⁶, är egentligen

² Sandgren, Claes, 2015, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, s. 39.

³ Sandgren, 2015, ss. 45-47.

⁴ Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, 2013, *Juridisk Metodlära*, Första upplagan, Studentlitteratur: Lund, ss. 21-44.

⁵ Sandgren, 2015, ss. 46-47.

⁶ Sandgren, 2015, s. 43.

ett steg i den rättsanalytiska metoden. Med hjälp av bland annat lagtext, förarbeten och praxis önskar vi ta fram material för att utreda och besvara de ställda rättsfrågorna. Rättsdogmatisk metod har till uppgift att beskriva gällande rätt och systematisera den. Genom att systematisera rätten kan vi urskilja samband, likheter samt principer och på så sätt få en beskrivning av hur de två sidorna är nära förbundna. Koherens spelar en viktig roll i uppgiften att systematisera eftersom rättsområden och regler ska bilda ett sammanhängande system.⁷ Mer konkret kan rättsdogmatisk metod beskrivas som ett tillvägagångssätt för att finna svar i rättskällor.⁸ Vid användandet av rättsdogmatisk metod begränsas antalet brukade källor som alla är relevanta för en analys. Dessa källor är lag och förarbeten, där även EU-rättslig material tillhör, samt prejudikat och doktrin. Viktigt vid en analys är att kunna utläsa rättskällans auktoritet, detta sker i empiriska vetenskaper.⁹

Då vi valt att se över turordningsreglerna i Tyskland och England kommer vi även använda oss av en komparativ metod.¹⁰ Vi anser att metodvalet ger oss ett större spelrum gällande argumentuppbyggnad. Genom en jämförelse mellan den engelska, tyska och svenska rätten (*de lege lata*)¹¹ kommer vi presentera och analysera de svenska turordningsreglerna i en internationell kontext. Att jämföra liknande rättsproblem med andra samt se till lösningarna i ett annat land ökar förståelsen av den inhemska lösningen såväl som det leder till nya tillvägagångssätt. Syftet med en komparativ jämförelse är i förlängningen att förstå det svenska systemet bättre, exempelvis används utländsk erfarenhet för att förstå eller lösa nya rättsliga problem i det egna landet. Vi har valt att använda oss av ett komparativt moment då vi anser att det är värdefullt med utländska erfarenheter. Dock kan en komparativ metod medföra vissa svårigheter. Språk, rättstillämpning och rättskällevärdering är exempel på områden som kan bli problematiskt vid en komparativ jämförelse. Då ingen av oss har några fördjupade kunskaper i det tyska språket kan detta komma att bli utmanande. Vi kommer dessutom att presentera annat material för att undersöka hur det svenska användandet av turordningsregler kan jämföras med brittiskt såväl som tyskt. Bland annat önskar vi undersöka eventuella aspekter kring diskriminering vid användandet av anciennitetsprincipen, alltså sist-in-först-principen, såväl som vid andra turordningsmodeller. Vi kommer även undersöka hur

⁷ Sandgren, 2015, s. 43.

⁸ Korling & Zamboni, 2013, ss. 21-24.

⁹ Sandgren, 2015, ss. 43-44.

¹⁰ Bogdan, Michael, 2003, Komparativ Rättskunskap, Andra upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, ss. 17-75.

¹¹ Lundberg, Konrad - Schüldt, Johan - Rother-Schirren, Theddo - Lagerstedt, Anders - Calleman, Catharina - Nordell, Per Jonas - Persson, Annina H - Radetzki, Marcus - Zila, Josef., 2013, *Juridik – Civilrätt, Straffrätt, Processrätt*, Andra upplagan, Sanoma Utbildning: Stockholm, s. 47.

turordningen i respektive land används i praktiken. Vid utförande av en komparativ jämförelse är det som nämnt ovan viktigt att minnas att utländska rättssystem kan vara olika det svenska i dess grund. Detta kan innebära bl.a. annorlunda skattning av rättskällor.

Eftersom ämnet är aktuellt och politiskt debatterat vill vi utvidga valet av källor. Vi anser det vara angeläget att följa diskussioner så som debattinlägg, statistik och publiceringar i tidningar som även sträcker sig utanför rättskällorna. Valet att utvidga källorna tror vi kan bidra med en förbättrad diskussion och analys.

1.4.1. Europeiska Unionen

Europeiska Unionen består av 28 medlemsländer där bland annat Sverige, Tyskland och Storbritannien är anslutna.¹² I samband med skapandet av Lissabonfördraget framträdde idag en enhetlig EU-rätt där även EU-domstolen fått en mer omfattande roll. Som medlem i EU är landets domstol och myndighet förpliktad att tillämpa EU-rätten. Grundprincipen om att gemenskapsrätten har företräde i förhållande till nationell rätt gäller även om den nationella lagstiftningen kommit till vid senare tillfälle. De grundläggande rättskällorna, primärrätten, finns främst i EU- och FEUF-fördragen. Primärrätten och rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal samt allmänna rättsprinciper är rättskällor som är bindande vilket innebär att rättstillämparen har en skyldighet att följa dessa.¹³ Rådet och kommissionen ansvarar för rättsakter som förordningar, direktiv, beslut och rekommendationer. Speciellt för arbetsrätten kan även resolutioner och skrivelser nämnas.¹⁴ Medlemsländerna har dessutom kommit överens om en framtidsvision, kallad Europa 2020, som innefattar flertalet mål gällande bland annat arbetsmarknaden.¹⁵ Medlemsländerna förväntas sträva efter en modern och konkurrensmässig arbetsmarknad baserad på flexicurity-modellen. Modellen förespråkar en hög grad av flexibilitet och rörelse på arbetsmarknaden och ett socialt skyddsnät vid arbetslöshet.¹⁶ Relevant för vår uppsats är främst Arbetslivsdirektivet.

¹² Nyström, Birgitta, 2011, *EU och arbetsrätten*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, s. 22.

¹³ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), 2011, *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, ss. 39-40.

¹⁴ Nyström, 2011, ss. 32-34.

¹⁵ KOM(2010) 2020 slutlig - *En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*.

¹⁶ M Andersen, Torben & Svarer, Michael, 2006, *Flexicurity – den danska arbetsmodellen i Svenska strukturproblem kontra dansk dynamik*, Olshov, Anders (red.), ØresundsInstitutet: Malmö, s. 25.

1.4.2. Det svenska rättssystemet

Det svenska rättssystemet tillhör den nordiska modellen.¹⁷ Den nordiska modellen karaktäriseras av att ansvaret ska överlämnas till arbetsmarknadsparterna själva och staten ska därmed blanda sig så lite som möjligt.¹⁸ För ett par år sedan uttalade sig Europadomstolen om att de svenska kollektivavtalen bör väga lika tungt som lagstiftningen.¹⁹ Den svenska arbetsrätten är indelad i två områden - kollektiv och individuell arbetsrätt. Lag, avtal, förarbeten, praxis och allmänna principer reglerar anställningsförhållandet på arbetsmarknaden.²⁰ Det svenska kollektivavtalet är normerande vilket innebär att de görs gällande för alla anställda oavsett om de är organiserade eller inte.²¹ Cirka 70 procent av alla arbetstagare är fackligt anslutna. Genom kollektivavtal kan avvikelser göras från delar av lagstiftningen, detta kallas semidispositivitet.²²

1.4.3. Det brittiska rättssystemet

England tillhör den anglosaxiska rättsfamiljen, även kallad common law-rättsfamiljen. Common law-systemet är främst uppbyggt på rättsbildning genom domstolsväsendet snarare än skriftlig lag.²³ Praxis är alltså basen i rättsbildningen vilket i förlängning kan bidra till att rättssystemet kan hållas mer flytande och uppdaterat.²⁴ Skriftlig lag ska hur som helst inte ses som komplementär. Den skriftliga lagen har företräde i förhållande till praxis men tolkas ofta restriktivt. Det brittiska rättssystemet använder sig traditionellt sett inte av förarbeten.²⁵ Sedan 1980-talet har den brittiska staten infört lagar som begränsar fackföreningarnas influens på arbetsmarknaden. Detta tillsammans med det faktum att brittiska kollektivavtal inte är bindande i sig själva gör att fackföreningarnas ställning på arbetsmarknaden kan anses vara relativt svag.²⁶

¹⁷ Bogdan, 2003, s. 87.

¹⁸ Nyström, 2011, s. 59.

¹⁹ *Wretlund v Sweden*, app. no. 46210/99 [2004] ECHR.

²⁰ Adlercreutz, Axel, 2004, *Svensk arbetsrätt*, Tolfte upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, s. 111.

²¹ 27 § MBL. Se också Lundberg et al., 2013, ss. 44-48.

²² 2 § LAS.

²³ Nyström, 2011, s. 58.

²⁴ Tapani Klami, Hannu, 1984, *Om rättsdogmatisk forskning – en introduktion*, Meddelanden Ser. A: 195, Åbo Akademi: Åbo, s. 26.

²⁵ Se till exempel Bogdan, 2003, ss. 113-114 och Tapani Klami, 1984, s. 26.

²⁶ Nyström, 2011, ss. 58-59.

1.4.4. Det tyska rättssystemet

Tyskland tillhör den kontinentaleuropeiska rättsfamiljen. Den tyska rätten är övervägande EU-konform, då mycket av EU-rätten bygger på kontinentaleuropeiska traditioner och värden. Liksom Frankrike har sin Napoleonkod har Tyskland sin BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vilket är Tysklands civilrättsliga lag som trädde i kraft 1 januari år 1900.²⁷ Detta vittnar om att Tyskland är ett civilrättsligt land. Tyskland främsta rättskälla är skriftlig lag. Inom arbetsrätten anses rättspraxis vara extra värdefullt då det fyller flera av de hål som finns i lagen²⁸, men prejudikaten är inte bindande. En annan viktig rättskälla inom den tyska rätten är lagkommentarer som är många och omfattande. I Tyskland används lagförarbeten oftast inte som rättskällor.²⁹

Den tyska arbetsrätten skiljer på individuell- och kollektiv arbetsrätt. Det individuella rätten styr anställningsförhållandet medan den kollektiva rätten styr förhållandet mellan de kollektiva parterna, alltså arbetsgivare, arbetsgivarorganisationer, företagsråd samt fackföreningar. Tyska rättskällor samt dess tyngd är: grundlag (*Grundgesetz*) och skriftlig lag, kollektivavtal, individuellt anställningsavtal, generella anställningsvillkor, sedvana, likabehandlingsprincipen och sist men inte minst fylls allt detta ut av rättspraxis.³⁰

1.5. Disposition

Uppsatsen är disponerad på så vis att vi inledningsvis presenterar den rättsliga bakgrunden för det valde ämnet. Våra tankegångar uttrycks kring den svenska anställningsskyddslagen i relation till uppsägningar som grundas i arbetsbrist. Detta för att sedan komma att beröra de svenska turordningsreglerna i ett diskrimineringsperspektiv. Vidare presenteras valet av metoder följt av en kort beskrivning av rättssystemet i berörda länder, detta för att stärka valet av metoder. I kapitel två till och med kapitel fyra återfinns det deskriptiva materialet. I kapitel två presenteras ett djupgående material om det svenska rättssystemet gällande anställningsskyddslagen, reglering kring turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Kapitlet avslutas med en beskrivning av diskrimineringslagstiftningens påverkan på anställningsskyddet vid arbetsbrist och turordning. Upplägget för den deskriptiva delen är

²⁷ Bogdan, 2003, ss. 162-166.

²⁸ Kirchner, Jens - Kremp, Pascal R - Magotsch, Michael (eds.), 2010, *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Första upplagan, Springer: Berlin, ss. 1-2.

²⁹ Bogdan, 2003, ss. 169-171.

³⁰ Kirchner et al., 2010, ss. 2, 29.

genomgående även vid presentationen av England och Tyskland. Dock med undantag från beskrivning av turordningsregler då det engelska och tyska rättssystemet avviker från de svenska bestämmelserna. Vi redogör därför vad vi anser vara motsvarande för respektive land. I kapitel fem presenteras en analys som grundar sig i det deskriptiva materialet. Avslutningsvis ämnar vi i kapitel sex att presentera en kort sammanfattning där vi även försöker besvara vår frågeställning på bästa möjliga sätt.

2. Arbetsbrist och turordning i Sverige

2.1. Allmänt om det svenska anställningsskyddet

LAS är, som tidigare nämnt, idag över 40 år gammal. Det har nyligen hållits mycket diskussioner mellan arbetsmarknadens parter och i media kring en modernisering av LAS. Vi återkommer till detta i avsnitt 2.4.

LAS reglerar tillsammans med kollektivavtal hur de individuella anställningsavtalen kan utformas, när uppsägningar kan träda i kraft och hur de ska gå till. Den kollektiva arbetsrätten, medbestämmandet, finns reglerat i MBL. Där återfinns bestämmelser kring förhandling, utformning för kollektivavtal och föreningsrätt.³¹ Det finns dessutom flertalet lagar som ytterligare påverkar anställningsskyddet. Exempel på dessa är Diskrimineringslagen och lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen. Diskrimineringslagen är inte avsedd att reglera anställningsskyddet i sig, utan är till för att förebygga diskriminering i allmänhet.³² I kapitel 2 och 3 i DL finns dock flertalet bestämmelser som riktar sig specifikt till arbetslivet.

2.2. Arbetsbrist och turordning

De regler som föreskrivs i 7 § gällande saklig grund vid uppsägning samt i 22 § gällande turordning vid uppsägning i arbetsbristsituationer, kvarstod oförändrande vid övergången från 1974 års anställningsskyddslag³³ till 1982 års anställningsskyddslag. Innan 1974 års anställningsskyddslag hanterades turordningen vid förhandling och avsåg då att tillgodose arbetsgivarens kompetensbehov i första hand och anställningstid samt försörjningsbörd i

³¹ Se exempelvis 7, 10-12 och 23 §§ LAS.

³² 1 kap. 1 § DL.

³³ Se proposition 1981/82:71, s. 56.

andra hand. Det ansågs att den praktiska tillämpningen av turordning skulle reformeras vid införandet av en anställningsskyddslag och att turordningsreglerna skulle ämna att skydda vissa grupper av arbetstagare. I första hand ämnades att skydda äldre arbetstagare som skulle uppleva svårigheter att bereda sig nytt arbete. Det ansågs då att sist-in-först-ut-principen (anciennitet) var alltför vedertagen för att förbise vid ett lagstiftande om turordning. Därav blev anställningstiden och inte den reella åldern hos arbetstagaren den objektiva grunden i lagen. Lagstiftaren insåg dock att en tvingande turordningslag inte skulle vara effektiv eller anpassningsbar till mångfalden av situationer samt de företag som avsåg att tillämpas på. En lösning som uttrycktes var möjligheten att anpassa turordningsreglerna genom att kunna förändra dem via kollektivavtal.³⁴ Denna möjlighet finns kvar även idag.³⁵ I propositionen (prop.) till 1974 års anställningsskyddslag diskuteras rättvisan i turordningsreglerna. Lagstiftaren uttalar att ett rättvist resultat inte kan uppnås i varje enskilt fall och vill av den anledningen tillåta avtalsparterna att genom kollektivavtal avvika från lagens regler. Därav kom turordningsreglernas dispositivitet.³⁶ Lagstiftaren ville också ha en enkel och okomplicerad lagregel för att bedömningarna av korrekt tillämpad turordning med enkelhet skulle kunna göras.³⁷

2.2.1. Begreppet arbetsbrist

Reell arbetsbrist är normalt saklig grund för uppsägning. Arbetsbrist innebär inte endast avsaknad av arbetsuppgifter, vilket medför övertalighet, utan kan även grundas i andra ekonomiska och organisatoriska eller därmed jämförliga skäl. Om arbetsgivaren exempelvis avser att lägga ner delar av sin verksamhet uppstår arbetsbrist för arbetstagarna på den berörda delen av verksamheten.³⁸ Enligt lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder (Främjandelagen) finns en skyldighet att meddela arbetsförmedlingen vid driftinskränkningar som berör minst 5 arbetstagare eller minst 20 arbetstagare inom en period av 90 dagar.³⁹ Enligt 2 § Främjandelagen ska detta meddelas minst 2-6 månader innan driftinskränkningen görs gällande beroende på hur många arbetstagare driftinskränkningen berör.

³⁴ Prop. 1981/82:71, s. 56 f. Se även Glavå, Mats, 2011, *Arbetsrätt*, Andra upplagan, Studentlitteratur: Lund, ss. 37-43 och Nycander, Svante, 2008, *Makten över arbetsmarknaden*, Andra upplagan, SNS Förlag: Stockholm, ss. 260-262.

³⁵ 2 § 3 st. LAS.

³⁶ Prop. 1973:129, s. 160.

³⁷ Prop. 1973:129, s. 327.

³⁸ Öman, Sören, 2013, *Lagen om anställningsskydd - En kommentar*, Första upplagan, Karnov Group: Stockholm, ss. 61-62.

³⁹ Se 1 § Främjandelagen.

Arbetsgivare behöver vid uppsägning utreda alternativ till uppsägning. Det finns i Sverige en sista-utvägs-princip som görs gällande vid uppsägningar. Exempelvis ska arbetsgivaren överväga omplacering enligt 7 § 2 st. LAS. Detta ska göras även vid arbetsbristsituationer. Vid arbetsbrist behöver arbetsgivaren å andra sidan inte överväga omreglering av anställningar, det vill säga behålla personalen med sänkt lön.⁴⁰

2.2.2. Turordning(-surval) enligt lag

Turordningsreglerna blir aktuella vid en uppsägning som grundar sig i arbetsbrist enligt 7 § LAS. Enligt 22 § ska arbetstagarna delas in i så kallade turordningskretsar. Varje turordningskrets får därefter sin egna turordningslista. Vid indelning in i turordningskretsar ska hänsyn först tas till driftsenheten. Driftsenheten är den fysiska, såväl som sett till geografiska placeringen av, arbetsplatsen.⁴¹ Vidare delas arbetstagarna in i kollektivavtalsområden som styrs av arbetsuppgifter och befattningar. Exempelvis tillhör arbetare och tjänstemän som arbetar i samma byggnad två olika turordningskretsar.⁴² Det finns dock en möjlighet för arbetstagarorganisationen att begära att driftsinskränkningen ska omfatta alla driftsenheter som arbetsgivaren har på orten.⁴³

Arbetsgivare med högst 10 anställda får oberoende av antalet turordningskretsar undanta högst två nyckelpersoner från att stå med i turordningslistan.⁴⁴ Arbetstagare som fyllt 67 år ska dock undantas från turordningslistan då dessa ska sägas upp i första hand. Vidare ska sammansättningen av en turordningslista bortse från arbetstagare som är undantagna från LAS enligt 1 §. Arbetsgivaren ska i största mån undanta arbetstagare som enligt 23 § LAS beretts särskild sysselsättning på grund av nedsatt arbetsförmåga. I övrigt ska alla arbetstagare stå med på turordningslistan, oberoende av anställningsform och sysselsättningsgrad.⁴⁵ Även lediga arbetstagare ska tas med på turordningslistan.⁴⁶ Turordningslistan ska alltså rangordnas efter arbetstagarens sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Här tillämpas sist-in-först-ut-principen. Vid lika anställningstid avgör uppnådd levnadsålder arbetstagarens plats i

⁴⁰ Öman, 2013, ss. 61-62.

⁴¹ Prop. 1973:129, s. 260. Det finns omfattande praxis gällande både driftsenhet och ort. Se exempelvis AD 1993 nr 99, AD 2006 nr 15 och AD 2011 nr 30.

⁴² Öman, 2013, ss. 116-117.

⁴³ För utveckling kring detta se exempelvis AD 2011 nr 30.

⁴⁴ Se 22 § 2 st. LAS.

⁴⁵ Öman, 2013, ss. 117-118, 121.

⁴⁶ AD 1996 nr 48, AD 1984 nr 19.

turordningslistan, där äldre arbetstagare har företräde till fortsatt anställning. Detta för att skydda mer utsatta arbetstagare.⁴⁷

2.2.3. Turordning(-surval) enligt kollektivavtal

Det får, som tidigare nämnts, enligt 2 § LAS göras avvikelser från turordningsreglerna genom kollektivavtal. Enligt Glavå är sådana avvikelser vanligt förekommande.⁴⁸ Avvikelserna kan vara av materiell natur eller innehålla kompetensregler. Materiella bestämmelser kan innebära regleringar kring exempelvis indelningen i turordningskretsar. Parterna kan också, genom ett lokalt kollektivavtal, i ett enskilt fall komma överens om turordningen. Detta kallas för en avtalsturlista.⁴⁹ Nycander diskuterar Omställningsavtalet 1994 mellan SAF (Svenska Arbetsgivareföreningen, idag Svenskt Näringsliv (SN)) och PTK (Privattjänstemannakartellen) som han anser har varit mönsterbildande för dagens användande av kollektivavtal för att göra avvikelser från 22 § LAS. I omställningsavtalet framgick det att om företagets personal- och kompetensbehov inte kunde tillgodoses genom tillämpning av lagens turordningsregler skulle avsteg göras från lagen och ett urval skulle göras i syfte att tillgodose företagets behov.^{50, 51}

I AD 1995 nr 108 fastställs att LAS dispositivitet inte får medföra att avsteg tas från lagregler i dess helhet. I AD 2004 nr 52 framgår dock att det inte finns några särskilda begränsningar i övrigt gällande avtalsfriheten kring LAS. AD anger en utgångspunkt där parterna har extensiva ramar gällande kollektivavtalsreglerade turordningsregler. Detta stämmer överens med Callemans uppfattning.⁵² Avtalsturlistorna får heller inte vara diskriminerande eller strida mot god sed på arbetsmarknaden då det medför ogiltighet.⁵³

⁴⁷ Öman, 2013, s. 121.

⁴⁸ Glavå, 2011, s. 548.

⁴⁹ Calleman, Catharina, 2000, *Turordning vid uppsägning*, Första upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, ss. 232-233.

⁵⁰ Nycander, Svante, 2010, *Sist in först ut – LAS och den svenska modellen*, Första upplagan, SNS Förlag: Stockholm, ss. 53-55.

⁵¹ På det statliga området finns ett speciellt avtal från 1984: Avtal om turordning för arbetstagare hos staten (TurA-S). I TurA-S 3 §, som avviker från 22 § 3 st. LAS i turordningskretsarnas utseende, stipulerar att turordningen ska omfatta arbetstagare med i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter på den avsedda myndigheten. Detta medför avsevärt snävare turordningskretsar. Se Calleman, 2000, ss. 239, 245. Möjligheten att snäva av turordningskretsarna baserat på arbetsuppgifter har vid tidigare tillfällen uppmärksammats då man misstänkt att arbetsgivaren har uteslutit arbetstagare från turordningskretsen som han avser behålla. Se vidare AD 1993 nr 220.

⁵² Calleman, 2000, s. 281 ff.

⁵³ AD 1983 nr 107.

2.3. Diskrimineringslagstiftning

Enligt Arbetslivsdirektivet ska medlemsstaterna arbeta mot att bekämpa all form av diskriminering i arbetslivet. Syftet med direktivet är att medlemsstaterna ska upprätta en allmän ram för att principen om likabehandling ska kunna genomföras och upprätthållas. Tack vare regeringens utredning (SOU 2006:22) lade regeringen fram en proposition till en gemensam diskrimineringslag, prop. 2007/08:95. Propositionen antogs av riksdagen och 1 Januari 2009 trädde en ny, samlad, Diskrimineringslag i kraft.⁵⁴

I 1 kap. 5 § DL definieras diskrimineringsgrunderna med undantag "*religion eller annan trosuppfattning*". Diskrimineringslagen syftar till att, som tidigare nämnt, främja lika rättigheter oavsett: kön, könsöverskridande identitet, etnisk tillhörighet, religion, funktionshinder, sexuell läggning och ålder.⁵⁵ Begreppet diskriminering omfattar två typer: direkt och indirekt diskriminering. Direkt diskriminering innebär "*att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med ..*"⁵⁶ Direkt diskriminering grundar sig alltså på tre kriterium som alla måste uppfyllas för att en handling ska anses vara direkt diskriminerad enligt lag: missgynnande, jämförbar situation och slutligen ett orsakssamband.⁵⁷ Indirekt diskriminering innebär "*att någon missgynnas genom tillämpningen av en bestämmelse, ett kriterium eller förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst (...) såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet*".⁵⁸ De kriterier som ska beaktas vid bedömningen om någon blivit indirekt diskriminerad är: om personen har missgynnats, genom en jämförelse av den som påstås ha blivit missgynnad med andra personer, genom en intresseavvägning av det syfte som uppställts för tillämpningen av "*en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfarande*".⁵⁹

⁵⁴ Göransson Gabinus, Håkan - Slorach, Martina - Flemström, Stefan - del Sante, Naiti., 2013, *Diskrimineringslagen*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, s.22.

⁵⁵ 1 kap. 5 § DL.

⁵⁶ Vår kurs. 1 kap. 4 § DL.

⁵⁷ Göransson Gabinus et al., 2013, s. 43.

⁵⁸ Vår kurs. 1 kap. 4 § p. 4 DL.

⁵⁹ Göransson Gabinus et al., 2013, s. 50.

2.3.1. Diskrimineringslagstiftningens påverkan på anställningsskyddet vid arbetsbrist och turordning

I 3 § 2 st. LAS föreskrevs tidigare att arbetstagare över 45 års ålder fick tillgodoräkna sig extra anställningstid. År 2007 togs bestämmelsen bort⁶⁰ då det ansågs att den kunde ses som ålderdiskriminerande till nackdel för yngre arbetstagare.⁶¹ I förarbetena till DL saknas vägledning kring lagföreträde mellan DL och LAS.⁶² I förarbetena till den första jämställdhetslagen⁶³ framgår å andra sidan en sådan diskussion: "*I den utsträckning andra arbetstagarintressen har stöd i lag är det inte avsett att jämställdhetslagens regler skall ha företräde. (...) När en annan arbetsrättslig lags regler ger direkta anvisningar om hur en viss avvägningsfråga skall avgöras, gäller de anvisningarna utan att jämställdhetslagens regler ingriper däri.*"⁶⁴ Det kan således utläsas att en regel som innefattar en tydlig procedur (jmf 22 § LAS) har företräde. Inträdet i EU och införande av omfattande diskrimineringslagstiftning har sedan 1979 förändrat förutsättningarna för detta cirka 35 år gamla uttalande. Om detta företräde bör gälla även i avvägning mellan dagens diskrimineringslag och anställningsskyddslagstiftning är därför otydligt.

Ett exempel från arbetslivet där förbudet mot åldersdiskriminering kom att tillämpas är i AD 2011 nr 37. Fallet handlar om 25 uppsägningar som gjorts på grund av arbetsbrist. I en överenskommelse, som gjorts av de lokala avtalsparterna, anges att vid övertalighet ska de pensionsberättigade vara de första att bli uppsagda med anledning att de har sin försörjning tryggad. De huvudsakliga frågor i fallet är dels om uppsägningarna strider mot förbudet mot åldersdiskriminering samt om de anställda utsatts för åldersdiskriminering då de även undantagits från företrädesrätten till återanställning genom den lokala överenskommelsen. Arbetstagarna sades upp genom sammanställningen av en avtalsturlista. Domstolen bedömde avtalsturlistan som direkt diskriminerande. Domstolen använder då exempelvis AD 1983 nr 107 som vägledning. Domstolen kommer också fram till att frångandet av företrädesrätten genom avtal var i strid med diskrimineringslagen.

⁶⁰ Ändringen gjordes med lag (2007:389).

⁶¹ Prop. 2006/07:111, s. 46.

⁶² Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, *Anställningsskydd – en lagkommentar*, Tionde upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm, s. 635.

⁶³ Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan män och kvinnor i arbetslivet.

⁶⁴ Vår kurs. Prop. 1978/79:175, s. 112.

I en rapport diskuterar Calleman Diskrimineringslagstiftningens påverkan på turordningsregler. Callemans tolkning är att tillämpningen av lagturordningen inte kan angripas med förbudet av diskriminering. Detta menar hon beror på att intresset av lagtillämpning anses väga tyngre jämfört med intresset att förhindra diskriminering. Anciennitets- såväl som ålderskriteriet i svensk turordning bör diskuteras med bakgrund i Arbetslivsdirektivet då dessa skulle kunna strida mot likabehandlingsprincipen. Calleman uttrycker att: "*Unga människor missgynnas både av kriteriet lång anställningstid och av de bestämmelser om ålderstillägg som finns i lagen om anställningsskydd.*"⁶⁵ Vi är medvetna om att åldertilläggsbestämmelsen togs bort år 2007, men faktum kvarstår att lagturordningen inte genomgått någon större förändring sedan tillkomsten i 1974 års anställningsskyddslag och att ålder alltså kan få en, i vart fall, indirekt inverkan på utfallet av turordningen.

I Arbetslivsdirektivet föreskrivs att befogad särbehandling på grund av ålder får förekomma.⁶⁶ I SOU 2006:22 anges att arbetstagare med högre ålder har företräde till återanställning då det finns ett intresse att främja äldre arbetstagare till att fortsätta i sin anställning.⁶⁷ Skyddet för de äldre arbetstagarna anges också vara en godtagen princip som länge har varit erkänd av och inom svensk sysselsättningspolitik. De yngre arbetstagarnas intresse får därmed ge vika för intresset att skydda äldre arbetstagare till företrädesrätt till återanställning.⁶⁸ Utredningens avvägning såväl som ställningstagande kring åldersgruppernas intresse bör vara lika aktuell för turordningsreglerna och anciennitetsprincipen däri.

2.4. Debatt och kritik

I propositionen till Diskrimineringslagen diskuteras kort behovet av undantag från ålderdiskrimineringsförbudet. Svenskt Näringsliv är en av de intressenter som inte delar förslagsförfattarnas uppfattning. SN anför att ungdomsarbetslösheten har ökat och att de äldres behov av skydd (jmf vad ovan sagts om syftet med bl.a. turordningsreglerna) inte är lika självklart på dagens arbetsmarknad. Dessutom uttrycker föreningen tveksamhet gentemot dagens användande av turordningen, då specifikt en oönskad minskad rörlighet på marknaden

⁶⁵ Vår kurs. Calleman, Catharina, 2003, *Invandrarna, skyddet för anställningen och diskrimineringslagstiftningen*, Rapport 2003:4, IFAU: Uppsala, ss. 56-58.

⁶⁶ Arbetslivsdirektivet kap. 1 art. 6. Bestämmelsen återfinns även i svensk lagstiftning, se 2 kap. 2 § DL.

⁶⁷ Syftet med turordningsreglerna beskrivs i 1974 års anställningsskyddslags proposition vara att skydda äldre arbetstagare, se prop. 1973:129, ss. 69-71.

⁶⁸ SOU 2006:22, ss. 427 f, 434.

försvårar för ungdomar att stanna såväl som etablera sig på arbetsmarknaden. Därför anser SN att ett sådant undantag, i linje med direktivet, inte kan anses vara motiverat av ett berättigat mål sett till hur arbetsmarknadens klimat ser ut idag.⁶⁹ Liknande argument förs i en motion från 2011.⁷⁰

Flertalet förslag beskrivs vidare i en artikel i DN. Exempelvis har det förslagits en kvalifikationstid på 2 år innan arbetstagaren har ett fullgott skydd mot godtyckliga uppsägningar. I artikeln sägs att: "*I realiteten gäller inte "sist in först ut". Vem som får stanna avgörs av kompetensen. Därför hoppas vi med de här samtalen kunna uppnå bättre utbildningsmöjligheter för dem som jobbat länge, både för dem som sägs upp och dem som är kvar i företagen.*"^{71, 72, 73}

Liberalerna framför i en artikel i SvD flertalet argument kring turordningsreglernas utlösningseffekt. Bland annat anses unga och invandrare åsidosättas. "*Flera studier visar att lagar om strikt anställningsskydd minskar sysselsättningsgraden för ungdomar, kvinnor och invandrare. (...) Principen sist-in-först-ut gör också att unga personer med specialistkompetens och den senaste utbildningen tvingas gå, vilket påverkar såväl företagets konkurrenskraft som tilltron till att utbildning lönar sig. (...) Att turordningsreglerna minskar rörligheten så att fast anställda tvekar att byta arbete för att inte hamna sist på las-listan försvårar ytterligare för andra att ta sig in på arbetsmarknaden.*"⁷⁴ Rönmar och Numhauser-Henning framför att utgångspunkten i en reell trygghet i framtiden inte kommer att ligga i ett befattnings- eller anställningsskydd i anställningen utan om anställningsbarhet på arbetsmarknaden.⁷⁵

⁶⁹ Prop. 2007/08:95, s. 183.

⁷⁰ Motion 2011/12:A269.

⁷¹ Vår kurs. Tove Nandorf, *LO-fack beredda att lätta på las*, DN, 14 oktober 2015.

⁷² Angående en turordningsmodell baserad på kompetens istället för se Elisabeth Örnerborg, *Nytt förslag ändrar hela arbetsrätten*, Lag & Avtal, 27 augusti 2015.

⁷³ Diskussion angående urholkning av LAS och myten om det starka svenska anställningsskyddet knutet till OECDs presentation av anställningsskyddsundersökningen se Dan Holke, Annett Olofsson, Annika Ewerblad, *En myt att Sverige har ett starkt anställningsskydd*, SvD, 3 juli 2013.

⁷⁴ Vår kurs. Agneta Berliner, Adam Cwejman, Anna Steele Karlström, Gunilla Gustafsson, Pär Gustavsson, *Las slår mot de svagaste*, SvD, 19 november 2009.

⁷⁵ Rönmar, Mia & Numhauser-Henning, Ann, *Det flexibla svenska anställningsskyddet*, Juridisk Tidskrift, 2010-11 Nr. 2, 382-411, s. 387. Detta sammanfaller med målen i Europa 2020 och går i linje med en flexicurity-modell.

3. Arbetsbrist och turordning i England

3.1. Allmänt om det brittiska anställningsskyddet

Det engelska anställningsskyddet regleras i Employment Rights Act 1996 (ERA 1996) som skyddar arbetstagare från ogiltiga uppsägningar oavsett om det rör sig om individuell eller kollektiv uppsägning. Den kollektiva arbetsrätten regleras i Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (TULR(C)A 1992). Där återfinns bestämmelser kring informationskyldighet, utformning för kollektivavtal och föreningsrätt.⁷⁶ Utöver detta finns även en antidiskrimineringslag med rötter i EU-direktiv. Equality Act 2010 (EqA 2010) är inte avsedd att reglera antidiskriminering på arbetsmarknaden i detalj men innehåller specifika provisioner som berör arbetslivet.⁷⁷ För att åtnjuta anställningsskyddet i sin helhet krävs enligt lagen en kvalifikationsperiod av sammanhängande anställning på två år.⁷⁸

3.2. Arbetsbrist – Kollektiva uppsägningar

För att en uppsägning ska förklaras giltig måste den baseras på någon av de fem rättvisa grunderna, varav en är arbetsbrist.⁷⁹ I ERA 1996 anges tre definitioner då arbetsbrist kan uppstå: det finns inte längre behov för en specifik tjänst, arbetsplatsen försvinner och arbetsgivaren skär ner på personal då nuvarande antalet arbetstagare inte är nödvändig för att utföra arbetet.⁸⁰ Definitionen av arbetsbristuppsägningar är enligt TULR(C)A 1992 aningen bredare jämförelsevis med den i ERA. Där anges att alla uppsägningar som inte kan förknippas till en individ personligen är uppsägningar på grund av arbetsbrist.⁸¹

Arbetsgivaren är skyldig att i samband med uppsägningar, som berör 20 arbetstagare eller mer inom en period av 90 dagar eller mindre, rådgöra uppsägningarna med en lämplig representant från arbetstagarna som kommer påverkas av uppsägningarna, detta enligt TULR(C)A 1992 s. 188(1). "Lämpliga representanter" är inte begränsat till medlemmar från en facklig organisation eller på den arbetsplats som är fackligt engagerade.⁸² Denna konsultation syftar till att undvika

⁷⁶ Se exempelvis Part 1, som innehåller regleringar kring fackföreningar, eller Part 4 som innehåller bl.a. förhandlingsrätt.

⁷⁷ Jmfr exempelvis EqA 2010 s. 17 och s. 18, som båda berör diskrimineringsgrunden graviditet men skiljer på arbetsfallet och "icke-arbetsfallet".

⁷⁸ ERA s. 108(1).

⁷⁹ ERA s. 98(2)(c).

⁸⁰ ERA s. 139(1).

⁸¹ TULR(C)A 1992 s. 195(1).

⁸² TULR(C)A 1992 s. 188(1B).

uppsägningarna, minska antalet uppsägningar och begränsa konsekvenserna av uppsägningarna.⁸³ Dessutom ska arbetsgivaren notifiera offentliga myndigheter om arbetsbristuppsägningarna.⁸⁴

3.2.1. Redundancy payment

Vid uppsägning på grund av arbetsbrist i England har arbetstagaren rätt till ett avgångsvederlag (*redundancy payment*).⁸⁵ För att ha rätt till avgångsvederlag ska den berörda arbetstagaren haft en sammanhängande anställningstid av minst två år.⁸⁶ Vid uträkningen av den ekonomiska kompensationen tar arbetsgivaren hänsyn till tre faktorer; ålder, lön per vecka och anciennitet.⁸⁷

3.2.2. Urval vid arbetsbristuppsägningar

Arbetsgivaren beslutar utifrån företagsekonomiska perspektiv när det föreligger arbetsbrist. Likaså beslutar arbetsgivaren vilka personer som på grund av situationen ska sägas upp.⁸⁸ Begränsande för arbetsgivarens arbetsledningsrätt i denna situation är kravet på skälighet (*fairness*).⁸⁹ Det finns ingen lagstiftning som styr hur urvalet för arbetsbristuppsägningarna ska göras. Urvalet baseras istället på en eller flera av följande grunder: arbetsgivarens beslut, anställningskontraktet, kollektivavtal genom hänvisning i det enskilda anställningskontraktet eller sedvänja genom hänvisning i det enskilda anställningsavtalet.⁹⁰ Kriterierna för urvalet ska hur som helst vara objektiva och konsistenta. Kriterier såsom kompetens, närvaro vid arbetet och fallenhet för arbetet anses av ACAS vara skäligen.⁹¹

⁸³ TULR(C)A 1992 s. 188(2).

⁸⁴ TULR(C)A 1992 s. 193.

⁸⁵ ERA 1996 s. 135(1).

⁸⁶ ERA 1996 s. 155.

⁸⁷ ERA 1996 s. 162.

⁸⁸ Deakin, Simon & Morris, Gillian S, 2012, *Labour Law*, Sjätte upplagan, Hart Publishing: Oxford, s. 415-422. Se också Inghammar, Andreas, 2007, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund Nr 162, Juristförlaget i Lund: Lund, s. 169.

⁸⁹ Inghammar, 2007, s. 170. Se också ERA 1996 s. 98.

⁹⁰ Inghammar, 2007, s. 172.

⁹¹ ACAS, *Selection criteria for redundancy and avoiding redundancies*. ACAS står för The Advisory, Conciliation and Arbitration Service och är statlig institution avsedd att förbättra arbetsmarknadsrelationer. Anföranden från ACAS kan ha rättskällevikt, då speciellt deras "Codes of practice". För vidare information om ACAS, se Deakin & Morris, 2012, ss. 95-100.

3.3. Diskrimineringslagstiftning

Arbetslivsdirektivet medförde provisioner relaterade till bland annat religion, handikapp och åldersdiskriminering. EqA 2010 är ett samlat resultat av äldre såväl som de nya lagar och grunder med ursprung i Arbetslivsdirektivet.⁹² Diskrimineringslagen syftar till att motverka diskriminering som grundar sig i; ålder, funktionsnedsättning, könsbyte, äktenskap och registrerat partnerskap, graviditet och moderskap, etnicitet, religion, kön och sexuell läggning.⁹³ Det finns två typer av diskriminering; direkt och indirekt. Direkt diskriminering uppstår om en arbetstagare behandlas sämre än vad någon annan i en jämförbar situation hade gjorts förutsatt att diskrimineringen grundas i någon av de tidigare nämnda diskrimineringsgrunderna.⁹⁴ Indirekt diskriminering uppstår om en person genom tillämpning av en bestämmelse eller ett kriterium gentemot en annan medför diskriminering i relation till diskrimineringsgrunderna.⁹⁵

3.3.1. Diskrimineringslagstiftningens påverkan på turordningen

Vid uppsägning på grund av arbetsbrist är arbetsgivaren skyldig att tillämpa kriterier som inte medför ett diskriminerande urval då kriterierna teoretiskt kan ha en diskriminerande effekt. I ERA 1996 s. 105 stipuleras att en arbetsbristuppsägning kan komma att förklaras ogiltig om uppsägningen baserats på ogiltiga och orättvisa kriterier.⁹⁶

I *Rolls-Royce Plc v Unite the Union*⁹⁷ diskuteras användandet av ett anciennitetskriterium för urval i en arbetsbristsituation. I enlighet med de kollektivavtal som tillämpas ges "poäng" för varje arbetat år hos arbetsgivaren. Desto mer poäng den anställde har desto mindre chans har den berörde blir uppsagd vid en arbetsbristsituation. I fallet framgår en frågeställning som domstolen ska besvara: Är intjänande av tjänstetid som kriterium för arbetsbristurval en proportionerlig åtgärd för att uppnå ett berättigat mål inom ramen av åldersdiskrimineringslagstiftningen?⁹⁸ Anciennitetskriteriet användes hur som helst i samband med andra kriterier och den samlade poängen blev alltså avgörande. Domstolen fastslår att ett

⁹² Deakin & Morris, 2012, ss. 601-602.

⁹³ EqA 2010 s. 4.

⁹⁴ EqA 2010 s. 13(1).

⁹⁵ EqA 2010 s. 19(1).

⁹⁶ van Kempen, Maarten - Patmore, Lisa - Ryley, Michael - von Steinau-Steinrück, Dr. Robert., 2008, *Redundancy law in Europe*, Första upplagan, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn, s. 261.

⁹⁷ [2009] EWCA Civ 387.

⁹⁸ Här åsyftas det berättigade mål som framgår som undantag från anti-diskrimineringsprincipen i Arbetslivsdirektivet, som också integrerats i brittisk lagstiftning. Frågeställningen framgår i [2009] EWCA Civ 387, [8].

tjänstetidsbaserat urvalskriterium är olagligt om det används som ensamt kriterium, men i sammanvägning med andra kriterium kan tjänstetid utgöra ett legitimt urvalskriterium. Domstolen fastslår i och med detta att en renodlad anciennitetsprincip vid turordning inte utgör en proportionerlig åtgärd för att uppnå det berättigade mål som framgår i åldersdiskrimineringslagstiftningen. Detta klingar väl med vad som framgår på brittiska regeringens hemsida: “*If your employer uses ‘last in, first out’, make sure it’s not discrimination, eg if it means only young people are made redundant.*”⁹⁹ Värt att märka är dock att åldersdiskriminering kan rättfärdigas om åldersdiskrimineringen exempelvis kan härledas till ett legitimt användande av en anciennitetsprincip.¹⁰⁰

I *Clarke v Eley (IMI) Kynoch Ltd*¹⁰¹ fann domstolen att den tillämpade principen, att säga upp deltidsanställda innan några heltidsanställda sades upp, resulterade i indirekt könsdiskriminering då majoriteten av deltidsanställda var kvinnor. Arbetsgivaren misslyckades också med att rättfärdiga uppsägningarna. I fallet diskuterade även domstolen könsdiskriminerande aspekter i samband med en turordning baserad på anciennitet. Då kvinnor i England ofta bryter anställningskontinuitet på grund av barnafödande och så vidare, är det högre chans att kvinnor hamnar långt ner i en turordningslista baserad på en anciennitetsprincip.

Det finns uppsägningsgrunder som är automatiskt ogiltiga (*automatically unfair reasons*). Ett automatiskt orättvist urval vid en arbetsbristsituation kunde förr te sig i två olika former: arbetstagarens utnyttjande av föreningsfrihet eller om urvalet stred mot en överenskommen eller sedvanlig procedur. Den sistnämnda ogiltighetsgrunden, som bland annat avser anciennitetsprincipen, upphävdes år 1994.¹⁰² Den förstnämnda ogiltighetsgrunden existerar fortfarande och har idag utvidgats och omfattar flertalet andra grunder som anses vara automatiskt ogiltiga.¹⁰³ Oavsett hur urvalet görs, vilka kriterium som tillämpas eller hur det tillämpades och utföll praktiskt kan det på dessa grunder mätas i skälighet enligt s. 98(4) i ERA 1996.¹⁰⁴

⁹⁹ Vår kurs. Gov, 2015, *Redundancy: your rights*, Government Digital Service.

¹⁰⁰ EqA 2010, Sch. 9, para 10. Detta kan röra även redundancy payments, se EqA 2010, Sch. 9, para 13.

¹⁰¹ [1983] ICR 165.

¹⁰² Deakin & Morris, 2012, s. 576.

¹⁰³ Deakin & Morris, 2012, s. 510-511. En uppsägning baserat på automatiskt ogiltiga grunder kräver inte uppfyllt kvalifikationsperiod för anställningsskydd, se ERA 1996 s. 108(3).

¹⁰⁴ Se även diskussion av Millett LJ i *British Aerospace plc v Green* [1995] IRLR 433, 437.

4. Arbetsbrist och turordning i Tyskland

4.1. Allmänt om det tyska anställningsskyddet

Det tyska anställningsskyddet regleras i civilkoden BGB samt lagen som skyddar mot ogiltiga uppsägningar, Kündigungsschutzgesetz (KSchG). För att skyddas av bestämmelserna i KSchG krävs en anställningstid på minst sex månader samt att det finns minst tio anställda inom verksamheten. Företagsrådets¹⁰⁵ rätt till medbestämmande och information regleras i Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Det tyska diskrimineringskyddet finns i en samlad anti-diskrimineringslag - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

4.2. Arbetsbrist - Kollektiva uppsägningar

En uppsägning i Tyskland ska vara socialt berättigad enligt § 1 KSchG. Bestämmelserna för kollektiva uppsägningar regleras bland annat i § 17 KSchG. Där anges exempelvis att vid tillfällen där uppsägning av personal uppnår ett visst antal inom 30 dagar åligger skyldighet gentemot arbetsgivaren att meddela statlig myndighet (*Agentur für Arbeit*) innan uppsägningarna delas ut. Det är storleken på verksamheten som avgör hur regeln agerar, exempelvis måste besked lämnas om verksamheten har minst 20 anställda och max 60 anställda och minst fem personer ska lämna sin anställning.¹⁰⁶ Efter att meddelande har lämnats får uppsägningarna inte utdelas förrän en månad har passerat, dock har Agentur für Arbeit befogenhet att förlänga perioden till två månader om det uppstår problem i samband med uppsägningen.¹⁰⁷ I § 1 Abs. 3 KSchG anges att arbetsgivaren är skyldig att respektera fyra sociala kriterier vid urvalet av uppsägningar. Om det sociala urvalet (*Sozialauswahl*) inte respekteras är uppsägning inte heller giltig.

4.2.1. Medbestämmande vid arbetsbrist

Företagsråden har omfattande befogenheter inom den tyska arbetsrätten.¹⁰⁸ Av den anledningen är det av stor vikt att ge en kort beskrivning av företagsråden för att få ökad förståelse för den tyska arbetsrätten. BetrVG erhåller möjligheten till företagsråd (*Betriebsrat*)

¹⁰⁵ Företagsråd är en företagsnära tripartite-institution som besitter medbestämmande och inflytande på företagsfrågor (jmf lokala fackföreningar). För vidare information gällande företagsråd se avsnitt 4.2.1 samt fördjupande i Weiss, Manfred & Schmidt, Marlene, 2008, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Fjärde upplagan, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn, ss. 222-247.

¹⁰⁶ § 17 Abs. 1 S 1 KSchG.

¹⁰⁷ § 18 KSchG.

¹⁰⁸ Weiss & Schmidt, 2008, s. 36.

vars uppgift är att behandla medbestämmanderätt i samband med ledningsbeslut som rör personal, sociala och operativa frågor.¹⁰⁹ Företagsrådet har en allmän rätt till information (*Allgemeiner Unterrichtsanspruch*) och medbestämmanderättigheter (*Mitbestimmungsrechte*) gällande sociala, personliga och ekonomiska frågor. Arbetsgivare och företagsråd har befogenhet att ingå avtal (*Betriebsvereinbarungen*) gällande arbetsvillkor, dessa är då bindande för arbetsgivaren och samtliga anställda i verksamheten. Brott mot rätten till delaktighet i företagsråd och information kan leda till ogiltighet och förlust i domstol.¹¹⁰ Om en arbetsgivare ämnar att säga upp personal åligger en skyldighet att konsultera detta med företagsrådet.¹¹¹ Arbetsgivaren ska lämna all form av information som kan vara relevant för deras bedömning om huruvida uppsägningen kan anses vara giltig eller ej. Om detta inte fullgörs så förklaras uppsägning automatisk ogiltig.¹¹² Företagsrådet involveras vid många olika tillfällen på arbetsplatsen. Om arbetsgivaren exempelvis önskar att införa förbud mot förtäring av alkohol¹¹³ är denne skyldig att innan införandet av reglerna, få samtycke från företagsrådet.¹¹⁴

4.2.2. Det sociala urvalet

Den mest förekommande förändring av verksamheten är reducering eller nedläggning av en betydande del i verksamheten. Förändring av verksamheten anses vara av betydelse endast om minst fem procent av verksamhetens anställda påverkas, detta enligt arbetsdomstolarna. Arbetsgivaren måste då utforma en socialplan (*Sozialplan*) i samråd med företagsrådet.¹¹⁵ Då en arbetsgivare önskar att säga upp personal på grund av verksamhetsskäl medföljer en skyldighet att göra ett socialt urval bland de jämförbara anställda.¹¹⁶ Arbetsgivaren samlar in socialdata som sedan ligger till grund för vem som får lämna sin anställning. De obligatoriska kriterierna vid det sociala urvalet är: ålder (*Lebensalter*), anciennitet (*Betriebszugehörigkeit*), försörjningsböroda (*Unterhalts Verpflichtungen*) och allvarlig funktionsnedsättning

¹⁰⁹ Kirchner et al., 2010, s. 13.

¹¹⁰ Kirchner et al., 2010, s. 14.

¹¹¹ § 102 Abs. 1 BetrVG.

¹¹² Weiss & Schmidt, 2008, s. 130.

¹¹³ Weiss & Schmidt, 2008, s. 92.

¹¹⁴ § 87 Abs. 1 S 1 BetrVG.

¹¹⁵ Kirchner et al., 2010, s. 14.

¹¹⁶ Numhauser-Henning, Ann & Rönmar, Mia, 2015, *Age Discrimination and Labour Law*, Vol. 47, Wolters Kluwer: Alphen aan den Rijn. s. 207.

(*Schwerbehinderung*).¹¹⁷ Det finns vid sammanställningen av en socialplan möjlighet att dela in arbetstagarerna i åldersgrupper, detta för att bibehålla en balanserad personalstruktur.¹¹⁸

En arbetstagare med högre ålder är mer skyddad mot uppsägningar i jämförelse med en yngre. Detta motiveras med att de som tillhör den yngre generationen har lättare att anpassa sig till arbetsmarknaden.¹¹⁹ Vid en översikt av praxis kan det utläsas att anciennitet anses vara ett av de viktigaste kriterierna som ska respekteras vid det sociala urvalet. Vid beräkning av anställningsperioden tas det endast hänsyn till en oavbruten sysselsättning.¹²⁰ Skyddet mot uppsägning blir starkare ju längre anställningstid arbetstagaren har.¹²¹ Kriteriet försörjningsbörda innebär att hänsyn ska tas till arbetstagarens skyldigheter rent ekonomiskt, gentemot familjen.¹²² Syftet med detta kriteriet är att få en ökad förståelse av vikten i anställningen i relation till familjens ekonomiska situation. Bestämmelser kring funktionshindrade regleras i *Sozialgesetzbuch*.¹²³ En arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga får endast sägas upp efter att alla andra alternativ till uppsägningen har utretts.

Arbetsgivaren är skyldig att göra en övervägning och se över om det finns jämförbara anställda vars arbete kan utföras av den som hotas av uppsägning. Syftet är då för arbetsgivaren att utreda vem av de berörda som är i störst behov av ett socialt skydd. Arbetsgivaren har stor frihet gällande besluttagande att minska personalstyrkan om de grundas på ekonomiska eller övriga interna omständigheter. Arbetsgivaren får avvika från skyldigheten gällande det sociala urvalet förutsatt att det finns ett legitimt intresse som kan härledas till verksamheten. Dock är detta ovanligt i praktiken då det är svårt för arbetsgivaren att ge en giltig förklaring till aktuella intresset.¹²⁴

¹¹⁷ Se § 1 Abs. 3 KSchG.

¹¹⁸ § 1 Abs. 3 S 2 KSchG.

¹¹⁹ Müller-Glöge, Dr. Rudi - Preis, Dr. Ulrich - Schmidt, Ingrid, 2013, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Trettande upplagan, Verlag C.H. Beck: München, s. 2167.

¹²⁰ Müller-Glöge et al., 2013, s. 774.

¹²¹ Müller-Glöge et al., 2013, s. 2167.

¹²² Preis, Dr. Ulrich, 2009, *Arbeitsrecht*, Tredje upplagan, Verlag Dr. Otto Schmidt: Köln, s. 774.

¹²³ Müller-Glöge et al., 2013, s. 2168.

¹²⁴ Kirchner et al., 2010, ss. 7-8.

4.3. Diskrimineringslagstiftning

Arbetstagare har ett grundläggande diskrimineringskydd i ett anställningsförhållande enligt den likabehandlingsprincipen (*Gleichbehandlungsgrundsatz*) som är en av de grundläggande rättsprinciperna i tysk arbetsrätt. Den lagstiftade kodifieringen av likabehandling återfinns i AGG som erhåller skydd mot diskriminering i bland annat arbetslivet.¹²⁵ AGG är ett resultat av flertalet direktiv, bland annat Arbetslivsdirektivet, från EU.¹²⁶ Definitionen av diskriminering återfinns i § 3 Abs. 1 respektive Abs. 2 AGG där lagen skiljer på direkt och indirekt diskriminering. Definitionen av direkt och indirekt diskriminering är direkta kopior från direktiven.¹²⁷ AGG föreskriver åtta diskrimineringsgrunder: ras eller etniskt ursprung, religion eller livsåskådning, kön, funktionshinder, ålder och sexuell identitet.¹²⁸

4.3.1. Diskrimineringslagstiftningens påverkan på turordningen

Som nämnt tidigare finnes den lagreglerade turordningen och det obligatoriska sociala urvalet i § 1 Abs. 3 KSchG. Anciennitetskriteriet har som tidigare nämnt, högst värde vid ett lagreglerat urval.¹²⁹ I den tyska rättsordningen specificera vissa lagregler genom kollektivavtal. I § 1 Abs. 4 KSchG föreskrivs att det genom kollektivavtal eller i ett lokalt avtal mellan arbetsgivare och företagsrådet kan bestämmas hur de obligatoriska kriterierna (från § 1 Abs. 3 KSchG) ska förhålla sig till varandra. Sådana avtal kan dock inte konstrueras för den enskilda situationen.¹³⁰

Ett avtal som avviker från lagen på så vis att något eller några av de fyra obligatoriska kriterierna inte används eller tillämpas på ett alltför ojämnt vis är att betrakta som "grovt felaktigt".¹³¹ Lagstiftat i § 1 Abs. 3 KSchG finns även en kompetensklausul som medger undantag från det sociala urvalet. Den ger arbetsgivaren rätten att relaterat till verksamheten och på så sätt få behålla arbetstagare trots det sociala urvalet. BAG har uttalat att den fortsatta anställningen av en viss arbetstagare kan anses nödvändig.¹³²

¹²⁵ Kirchner et al., 2010, s. 115.

¹²⁶ Kirchner et al., 2010, s. 99.

¹²⁷ Weiss & Schmidt, 2008, s. 80.

¹²⁸ Kirchner et al., 2010, ss. 100-101.

¹²⁹ Se bl.a. BAG 18.10.1984 KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 34 och BAG 18.1.1990 EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr 28.

¹³⁰ Jmfr med svenska avtalsurlistor. Detta är alltså inom ramen för § 1 Abs. 4 KSchG. Se Gotthardt, Michael, *Tidsbegränsade anställningar och uppsägning på grund av arbetsbrist i Tyskland och Sverige*, Juridisk Tidskrift, 2000/01 Nr. 2, 281-303, s. 301.

¹³¹ BT-Drs. 14/45, s. 23. § 1 Abs. 3 KSchG kan på så vis anses tvingande även för avtalsparter.

¹³² BAG 24.3.1983 Nr 21, 18.10.1984 Nr 33, 25.4.1985 Nr 35 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung. Även ekonomiska aspekter såsom en arbetstagares kundkontakter kan utgöra skäl att behålla en arbetstagare, se Gotthardt, 2000/01, s. 300.

Tyskland har haft flertalet mål rörande Arbetslivsdirektivet och åldersdiskriminering upptagna i EU-domstolen. Ett märkvärt exempel på detta är *Mangold*¹³³ där domstolen bedömde en tysk lagstiftning som åldersdiskriminerande. I målet görs en proportionalitetsbedömning med bakgrund i Arbetslivsdirektivets formulering kring berättigade mål.¹³⁴ Det ansågs att lagstiftningen som diskuterades i fallet inte var en proportionerlig åtgärd för att uppnå det uttalade målet. *Mangold* och flertalet efterföljande mål har medfört en generell åtstramning av medlemsländernas tidigare breda möjlighet till allmänna bedömningar av vad som utgör legitima mål inom social- och arbetsmarknadspolitiken.¹³⁵

¹³³ Mål C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdinger Helm*.

¹³⁴ Artikel 6.1 i Arbetslivsdirektivet.

¹³⁵ Se exempelvis mål C-555/07 *Seda Kücüdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, mål C-411/05 *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* och Mål C-388/07 *The Queen, på begäran av The incorporated trustees of the national council for ageing (Age concern England) v. Secretary of state for business, enterprise and regulatory reform*.

5. Analys och diskussion

5.1. Komparativ tabell

	<i>Sverige</i>	<i>England</i>	<i>Tyskland</i>
<i>Laglig uppsägningsgrund Arbetsbristsituation</i>	Saklig grund. Ekonomiska och organisatoriska skäl.	Fairness. Förändrat behov, nedläggning, övertalighet.	Socialt rättfärdigad. Ekonomiska eller organisatoriska skäl, interna eller externa.
<i>Lagstiftad urvalsprocess</i>	Anciennitet och ålder.	Ingen. Urvalsprocessen bestäms av AG men kan utmanas i domstol.	Sozialauswahl. Fyra obligatoriska kriterier.
<i>Dispositivitet</i>	Turordning kan regleras i materiell form i kollektiv- eller lokala avtal. Urval och avtalslista kan bestämmas i det enskilda fallet.	Materiella bestämmelser kan finnas i kollektivavtal.	Materiella bestämmelser kan finnas i kollektiv- eller lokala avtal. Kan inte bestämmas i det enskilda fallet.
<i>Undantag från urvalsprocessen</i>	Småföretag med mindre än 10 anställda kan undanta max 2 arbetstagare från turordningen.	Automatically unfair reasons.	Kompetensklausul gör att AG kan undanta AT från Sozialauswahl om de är nödvändiga för verksamhetens framtid. Dessutom kan det göras en åldergruppindelning med hänsynstagande till personalstruktur. Företag med mindre än 10 anställda omfattar inte av KSchG ö.h.t.

5.2. En lagstiftad princip och flexibilitet

En sammanvägning av flertalet kriterier bör enligt oss kunna anses vara mer rättfärdigt jämfört med tillämpningen av en hårdragen anciennitetsprincip i enlighet med svensk lagtillämpning. En sammanvägning av flertalet kriterium görs i Tyskland såväl som England. Det svenska principen är okomplicerad och innehåller tydliga instruktioner som underlättar för arbetsgivaren och ger arbetstagaren viss säkerhet speciellt kring det förväntade utfallet vid en eventuell arbetsbristsituation. Vad vi ställer oss kritiska till är bland annat avsaknaden av respekt gentemot arbetsgivarens kompetensbehov. Detta har svenska lagstiftare löst genom att införa semidispositivitet av lagregeln i 22 § LAS. Intressant är dock att vid avsteg från

lagregeln försvinner arbetstagarnas förväntade anställningsskydd, speciellt det skydd för äldre som anciennitetsprincipen innefattar. Möjligheten att nästintill helt frångå lagens syfte medför enligt oss ett självklart ifrågasättande av berättigandet av den lagreglerade turordning som idag finns i Sverige. I jämförelse med den tyska modellen, där de fyra lagstadgade kriterierna är obligatoriska även om parterna ställer upp provisioner i kollektivavtal vilket leder till ett mer kvarstående förväntat anställningsskydd för arbetstagarna, kan den svenska modellen således ses som urholkande. Vidare kan här diskuteras att den tyska regleringen är komplicerad eller till och med rättsosäker. Dock använder sig Tyskland av en kompetensklausul som är relativt lättanvänd. Även England använder sig av ett sammanslaget poängsystem. Trots avsaknaden av en lagstiftad skyddsprincip är det brittiska skyddet starkt tack vare möjligheten att kontrollera utfallet av turordningen gentemot både diskriminerings- och anställningsskyddsrisken.

En turordningsmodell mer lik den tyska och brittiska bör således medföra en flexibel lösning på den ändå relativt problematiska situation som uppstår i samband med uppsägningar på grund av arbetsbrist i Sverige. Exempel på detta är den tyska modellens sammanvägning av sociala aspekter i kombination med den lättanvända kompetensklausul. Även möjligheten att kunna dela in personalen i åldersgrupper är intressant. Att behålla en åldersdifferentierad personalstyrka bör ligga i arbetsgivarens intresse av såväl kompetens- och moraliska skäl. Arbetsgivaren bör i vår mening på så vis kunna nå lösningar som tillgodoser både verksamhetens behov och upplevs som skälig i arbetstagarperspektivet.

Mycket av den kritik som framförts, i media och i politiska debatter, mot svenska turordningsregler handlar om en utlösningseffekt. Unga, invandrare och kvinnor blir på grund av anciennitetsprincipens befattningsskydd utsatta för begränsningar gällande inträde i arbetslivet såväl som möjligheten att stanna kvar där. Däremot sitter vita medelålders män mycket bekvämt i sina varma mellancheffsstolar. EU tillsammans med medlemsländerna har utformat mål för framtidens arbetsmarknad. Målen innefattar ett högt mått av flexibilitet och det talas om en flexicurity-modell. Som Rönmar och Numhauser-Henning beskrev det kommer framtidens trygghet inte att ligga i befattnings- eller anställningsskydd utan i anställningsbarhet. Den svenska anciennitetsprincipen, som kan medföra en motvilja att byta arbete, går enligt oss emot dessa mål.

5.3. Proportionalitetsprincipen

I en EU-rättslig kontext diskuteras ofta en proportionalitetsprincip. EU-domstolen gör proportionalitetsbedömningar, överväganden, om en åtgärd eller reglering står i proportion till det mål eller syfte åtgärden har. I exempelvis *Mangold* (och i diverse andra EU-mål, se exempelvis *Kücüdeveci*) görs sådana bedömningar i ljuset av Arbetslivsdirektivet, specifikt på grunden åldersdiskriminering. En liknande bedömning görs även i det brittiska målet *Rolls-Royce Plc v Unite the Union*. Hur EU-domstolen hade bedömt frågan som ställs i det brittiska målet (se avsnitt 3.3.1) går inte att uttala sig om men en proportionalitetsbedömning hade antagligen genomförts.

Den svenska anciennitetsprincipen har inte utsatts för någon liknande utredning eller bedömning. Det framgår i förarbeten att principen ansågs så etablerad att den därför skulle bli lagstadgad. Vid införandet av mer omfattande diskrimineringslagstiftning framgår det återigen, i förarbetena, att en högre ålder ska ge förmåner och att det inte ska likställas med diskriminering. Det är för oss en självklarhet att intjänade förmåner såsom exempelvis pension ska kunna obehindrat av diskrimineringslagstiftning vara knutet till ålder. Men är en generell princip på arbetsmarknaden där anciennitet och därmed i förlängning ålder ger företräde till arbete verkligen befogad? Det framgår i Arbetslivsdirektivet att särbehandling baserat på ålder får ske om särbehandlingen har ett legitimt syfte. Vi anser det legitimt och berättigat att vilja skydda äldre arbetstagare – men är den strikta anciennitetsprincipen i lagtillämpning proportionerlig?

Det hade i vår mening varit mycket intressant om en sådan fråga ställdes till EU-domstolen. Med start i *Mangold* och fortsättning i andra EU-mål som berört Arbetslivsdirektivet och diskriminering har kraven på berättigade mål blivit strängare. Vi tror att EU-domstolen hade varit kritiska till den svensk strikta lagstiftade principen. Kanske hade domstolen sagt att anciennitet inte ska användas som ensamt kriterium, kanske hade de bedömt att utfallet av turordningen lättare ska kunna bedömas i ljuset av åldersdiskrimineringslagstiftningen. Det är här lätt att se till den brittiska modellen, där anciennitet som kriterium alltså kan användas i kombination med andra kriterium såvida utfallet inte blir åldersdiskriminerande. Hur en svensk lösning hade kunnat se ut är svårt att uttala sig om men vi tror att EU-domstolen i slutändan hade bedömt att Sveriges turordningsregler inte hade ansetts proportionerliga till de syften och mål de avser att uppfylla.

5.4. Diskriminering och rättvisa

Vi anser att det kan utläsas ett företräde i de två krockande principerna, diskriminerings- och anställningsskydd, vid tillämpningen av turordningsreglerna. Som arbetstagare förefaller det svårt att utmana en konstaterad turordning och att hävda en förekomst av diskriminering. Detta förefaller svårt även i en partsavtalad turordning. En partsavtalad turordning kan, som vi sett i praxis, endast utmanas då den strider mot god sed vilket sammanfaller i det fall diskriminering föreligger. Avtalsturlistor har i två av de fall vi presenterat blivit bedömda som diskriminerande. I det brittiska fallet *Clarke v Eley* dömer domstolen att utfallet utgör könsdiskriminering. Frågan är om det hade varit möjligt att göra en liknande bedömning i Sverige? Hade svensk domstol ansett att en bestämmelse som leder till att merparten av de uppsagda är kvinnor utgör könsdiskriminering? Det bör i så fall kunna sägas att en turordning som leder till att merparten unga sägs upp utgör åldersdiskriminering. Är den vedertagna anciennitetsprincipen korrekt bara för att den funnits i lag i över 40 år? Vi anser att dagens diskrimineringskydd bör kunna påverka denna vedertagna princip såtillvida att en utredning av en modernisering av LAS kan möjliggöras.

Liberalerna liksom Calleman argumenterar för turordningsreglernas utlösningseffekt. Det befattningsskydd som den svenska anciennitetsprincipen erbjuder, medför en åsidosättning av invandrare, kvinnor och yngre arbetstagare. Det påpekas att modern kunskap, unga med utbildning, sorteras ut vilket i förlängning påverkar de svenska företagens konkurrenskraft. Svenskt Näringsliv kritiserade i diskrimineringslagens förarbete behovet av turordningsreglernas åldreskydd sett till dagens arbetsmarknad. Vi är benägna att instämma med att turordningsreglerna kan medföra åsidosättande tendenser. Vad vi vill påpeka är att den svenska anciennitetsprincipen skapar en systematisk diskriminering som tack vare ”tradition” på arbetsmarknaden ignoreras och normaliseras som en etablerad norm vid arbetsbristsituationer. Kvinnor arbetar ofta i mindre utsträckning jämfört med män, detta trots Sveriges jämställdhetspolitik. Dessutom har kvinnor ofta fler avbrott i arbetstiden vilken kan härledas till tradition såsom barnuppfostran och kvinnans ställning i hushållet. Liknande gäller för invandrare som, liksom unga, inte erbjudits möjlighet att etablera sig på arbetsmarknaden. Med detta menas självfallet inte att en arbetsgivare som säger upp en arbetstagare med invandrarbakgrund gör detta av rasistiska skäl. Vad vi ämnar att kritisera är de problem den lagstiftade anciennitetsprincipen medför.

Det uttrycktes i förarbetet till 1974 års anställningsskyddslag att turordningsreglerna inte kan vara rättvisa i alla situationer. Ordet rättvisa är svårdefinierat och det finns ingen allmän korrekt definition av ordet. Vi har därför valt att tolka rättvisa endast i det sammanhang som uttrycks i förarbetet. I relation till turordningsreglerna och vad som uttrycks i förarbetet uppfattar vi ordet rättvisa som en handling som bör följa det avsedda syftet. Det vill säga skydda arbetstagare genom att ta hänsyn till anciennitet och ålder. Det uttrycktes i förarbetet att det ska finnas möjlighet att anpassa turordningsreglerna och ”sätta dem ur spel” genom ett centralt kollektivavtal. Detta har idag visat sig urholka det anställningsskydd som lagen syftar till att uppfylla. Vid användande av avtalsturlistor är kompetens det ledande kriteriet sett till hur arbetsmarknaden ser ut idag. Lagstiftaren talar också om att det bör finnas en slags inbakad rättvisa om lagregeln innehar en hög grad av rättssäkerhet. Av den anledningen uttrycker förarbetet att turordningsreglerna ska vara okomplicerade för att det inte ska finnas tvetydigheter kring en person vid bedömning om denna får fortsatt arbete i samband med en arbetsbristsituation. Kan det vara så att lagstiftaren valde den lättaste lösningen? Är det rimligt att unga arbetstagare blir uppsagda för att det anses okomplicerat? För att återkoppla till vad som sägs i förarbetet – kan det i ljuset av vad vi presenterat verkligen anses rättvist att följa anciennitetsprincipen som ett ensamt kriterium?

6. Sammanfattning och slutsats

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att den svenska lagregeln framstår som strikt och okomplicerad i jämförelse med den brittiska och den tyska regleringen. Det är vid ett korrekt användande av lagregeln svårt att göra fel i Sverige. Det finns dock en möjlighet att genom kollektivavtal göra avsevärda avsteg från lagen. Den brittiska modellen är mer fri och grundar sig i arbetsgivarens prerogativ. Arbetsgivaren behöver dock ta hänsyn till flertalet kriterier för att få ett skäligt resultat som inte är diskriminerande. Den tyska modellen stipulerar fyra obligatoriska kriterier, som genom kollektivavtal kan viktas olika vid tillämpning, men som annars ska socialt rättfärdiga uppsägningarna. Medbestämmande är betydande främst för den svenska modellen, men är även viktigt i den tyska modellen. Den brittiska modellen involverar inte mycket medbestämmande och om ett kollektivavtal ska tillämpas på turordningen behöver detta hänvisas till i det individuella anställningsavtalet. Genomgående för de tre länderna är den EU-rättsligt grundade diskrimineringslagstiftningen. Denna förbjuder genom bl.a. Arbetslivsdirektivet all form av diskriminering i arbetslivet. Undantag får göras gällande åldersdiskriminering för berättigade mål inom social- och arbetsmarknadspolitiken. Hur

länderna har tolkat och motiverat användandet av en anciennitetsprincip vid arbetsbristsituationer skiljer sig åt men anciennitet förekommer som turordningskriterium i alla tre länderna.

Det finns i vår mening anledning att vidare utreda huruvida den svenska turordningsprincipen, sist-in-först-ut, är proportionerlig till sitt syfte. Dagens arbetsmarknad är väldigt olik den arbetsmarknad som rådde för 40 år sedan och det hade av den anledning ansetts rimligt att modernisera en 40 år gammal lag genom att anpassa den till dagens arbetsmarknad. Som vi har nämnt ovan anser vi lagregeln innehålla en, sett till diskrimineringslagstiftning och EU-rätt, systematiskt diskriminerande verkan. Främst unga, men också kvinnor och invandrare, riskerar att bli åsidosatta på grund av en lagregel som trots allt ses som en norm. Därtill kan tilläggas att den praktiska tillämpningen av turordningsreglerna ser annorlunda ut och allt som oftast ser till kompetensen hos arbetstagarna. Vi ställer oss därmed frågande till det faktum att turordningsreglerna finns kvar i den utformning de innehar idag. Det framgår i förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag att turordningsreglerna ska se till att uppfylla ett visst mått av rättvisa. Det kan i vår mening inte ses som att lagregeln uppfyller detta, utan att den snarare kan anses som bekväm och okomplicerad.

I en internationell kontext är den svenska turordningen aningen enkelspårig. Både den brittiska och den tyska regleringen uppmanar, om inte kräver, till en sammanvägning av flertalet kriterier. Vi anser att den brittiska såväl som den tyska tillämpningen av EUs likabehandlingsprincip i vart fall borde anses sundare än den svenska tolkningen av densamme. Som nämnt ovan diskuterar förarbetet rättvisa i relation till turordning. I vår mening blir det mer rättvist då det tas hänsyn till ett bredare spektrum av faktorer. Möjligheten till dispositivitet av turordningsreglerna åsidosätter anställningsskyddet i nästintill dess helhet i Sverige. Detta förefaller enligt oss inte vara ett problem i varken England eller Tyskland. Speciellt den tyska modellen, med sina fyra obligatoriska kriterium kombinerat med möjligheten att vikta dem genom kollektivavtal och flexibiliteten i kompetensklausulen såväl som möjligheten att dela in personalen i åldersgrupper, framstår mycket intressant och flexibelt såväl som måttligt komplicerat. Vi anser att Sverige skulle tjäna på att se till hur andra länder har löst turordningsregleringar. Vi ser stora möjligheter till att en modell influerad av både England och Tyskland skulle vara gångbar i Sverige. Sammanfattningsvis anser vi att det finns anledning att vidare undersöka de svenska turordningsreglerna och det skulle vara mycket intressant om de exempelvis hade utsatts för en proportionalitetsbedömning i EU-domstolen.

En reflektion som uppstod då vi undersökte ämnet är om enkelheten i det svenska systemet medför konkurrensmässiga problem? Skulle ett internationellt företag välja att lägga ner verksamheten i Sverige över exempelvis England och Tyskland?

Abstract

The main aim of this thesis is to investigate whether the Swedish priority rules may be in breach of the Swedish Discrimination Act or EU law. During the thesis we have identified groups in the labour market that we believe are at risk for discriminatory treatment. These groups include younger workers, immigrants and women. It is expressed in the preparatory work for the 1974 Employment Act that the possibility to deviate from the priority rules also enforces the fairness of the priority rules. This semi-optionality has been shown to lead to an erosion of the Swedish employment protection and its functioning in today's labour market. By making a comparative study it's in our opinion clear that the Swedish labour market would have a healthy development by glancing at the British and German models. Both models take into consideration multiple criteria when deciding who should leave their employment in a situation of redundancy, unlike the Swedish model where the employer is forced to use the strict as well as simple last-in-first-out principle. Based on the material we present and further discuss in the analysis, we believe that the today 40 years old Swedish priority rules are in need of modernization.

7. Bibliografi

Offentligt tryck

Sverige

Motion 2011/12:A269

Proposition 2007/08:95

Proposition 2006/07:111

Proposition 1981/82:71

Proposition 1978/79:175

Proposition 1973:129

SOU 2006:22

Tyskland

BT-Drucksache 14/45

Europeiska Unionen

Arbetslivsdirektivet (2000/78/EG)

KOM(2010) 2020 slutlig – *En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*

Litteratur:

Adlercreutz, Axel, 2004, *Svensk arbetsrätt*, Tolfte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm.

Bogdan, Michael, 2003, *Komparativ rättskunskap*, Andra upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm.

Calleman, Catharina, 2003, *Invandrarna, skyddet för anställningen och diskrimineringslagstiftningen*, Rapport 2003:4, IFAU: Uppsala.

Calleman, Catharina, 2000, *Turordning vid uppsägning*, Första upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm.

Deakin, Simon & Morris, Gillian S, 2012, *Labour Law*, Sjätte upplagan, Hart Publishing: Oxford.

Glavå, Mats, 2011, *Arbetsrätt*, Andra upplagan, Studentlitteratur: Lund.

Gotthardt, Michael, *Tidsbegränsade anställningar och uppsägning på grund av arbetsbrist i Tyskland och Sverige*, Juridisk Tidskrift, 2000/01 Nr 2, 281-303.

Göransson Gabinus, Håkan – Slorach, Martina - Flemström, Stefan - del Sante, Naiti, 2013, *Diskrimineringslagen*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm

Hettne, Jögren & Otken Eriksson, Ida (red.), 2011, *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Andra upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm.

Inghammar, Andreas, 2007, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund Nr 162, Juristförlaget i Lund: Lund.

Kirchner, Jens - Kremp, Pascal R - Magotsch, Michael (eds.), 2010, *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Första upplagan, Springer: Berlin.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, 2013, *Juridisk Metodlära*, Första upplagan, Studentlitteratur: Lund.

Lundberg, Konrad - Schüldt, Johan - Rother-Schirren, Theddo - Lagerstedt, Anders - Calleman, Catharina - Nordell, Per Jonas - Persson, Annina H - Radetzki, Marcus - Zila, Josef, 2013, *Juridik – Civilrätt, Straffrätt, Processrätt*, Andra upplagan, Sanoma Utbildning: Stockholm.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, 2010, *Anställningsskydd - en lagkommentar*, Tionde upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm.

M Andersen, Torben & Svarer, Michael, 2006, *Flexicurity – den danska arbetsmodellen i Svenska strukturproblem kontra dansk dynamik*, Olshov, Anders (red.), Øresunds instituttet: Malmö.

Müller-Glöge, Dr. Rudi - Preis, Dr. Ulrich - Schmidt, Ingrid, 2013, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Trettonde upplagan, Verlag C.H. Beck: München.

Numhauser-Henning, Ann & Rönmar, Mia, 2015, *Age Discrimination and Labour Law*, Vol 47, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn.

Nycander, Svante, 2010, *Sist in först ut – LAS och den svenska modellen*, Första upplagan, SNS Förlag: Stockholm.

Nycander, Svante, 2008, *Makten över arbetsmarknaden*, Andra upplagan, SNS Förlag: Stockholm.

Nyström, Birgitta, 2011, *EU och arbetsrätten*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm.

Preis, Dr. Ulrich, 2009, *Arbeitsrecht*, Tredje upplagan, Verlag Dr. Otto Schmidt: Köln.

Rönmar, Mia & Numhauser-Henning, Ann, *Det flexibla svenska anställningsskyddet*, Juridisk Tidskrift, 2010-11 Nr 2, 382-411.

Sandgren, Claes, 2015, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik: Stockholm.

Tapani Klami, Hannu, 1984, *Om rättsdogmatisk forskning – en introduktion*, Meddelanden Ser. A:195, Åbo Akademi: Åbo.

van Kempen, Maarten - Patmore, Lisa - Ryley, Michael - von Steinau-Steinrück, Dr. Robert, 2008, *Redundancy law in Europe*, Första upplagan, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn.

Weiss, Manfred & Schmidt, Marlene, 2008, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Fjärde upplagan, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn.

Öman, Sören, 2013, *Lagen om anställningsskydd - En kommentar*, Första upplagan, Karnov Group: Stockholm.

Rättsfallsförteckning

Sverige

AD 2011 nr 37

AD 2011 nr 30

AD 2006 nr 15

AD 2004 nr 52

AD 1996 nr 48

AD 1995 nr 108

AD 1993 nr 220

AD 1993 nr 99

AD 1984 nr 19

AD 1983 nr 107

England

Rolls-Royce Plc v Unite the Union, [2009] EWCA Civ 387

British Aerospace Plc v Green [1995] IRLR 433, 437

Clarke v Eley (IMI) Kynoch Ltd, [1983] ICR 165

Tyskland

BAG 18.1.1990 EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr 28

BAG 25.4.1985 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 35

BAG 18.10.1984 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 34

BAG 18.10.1984 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 33

BAG 24.3.1983 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 21

Europeiska unionen och Europadomstolen för mänskliga rättigheter

Wretlund v Sweden, app. no. 46210/99 [2004] ECHR

Mål C-555/07 *Seda Kücüdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*

Mål C-388/07 *The Queen, på begäran av The incorporated trustees of the national council for ageing (Age concern England) v. Secretary of state for business, enterprise and regulatory reform*

Mål C-411/05 *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*

Mål C-144/04 *Mangold v. Rüdinger Helm*

Internetkällor

ACAS, *Selection criteria for redundancy and avoiding redundancies*, <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=4255>, hämtat 24/11-15.

Agneta Berliner, Adam Cwejman, Anna Steele Karlström, Gunilla Gustafsson, Pär Gustavsson, *Las slår mot de svagaste*, SvD, 19 november 2009, <http://www.svd.se/las-slar-mot-de-svagaste>, hämtad 18/11-15.

Dan Holke, Annett Olofsson, Annika Ewerblad, *En myt att Sverige har ett starkt anställningsskydd*, SvD, 3 juli 2013, <http://www.svd.se/en-myt-att-sverige-har-ett-starkt-anstallningsskydd>, hämtat 18/11-15.

Elisabeth Örnerborg, *Nytt förslag ändrar hela arbetsrätten*, Lag & Avtal, 27 augusti 2015, <http://www.lag-avtal.se/tidningen/article3924269.ece>, hämtad 18/11-15.

Gov, 2015, *Redundancy: your rights*, Government Digital Service. <https://www.gov.uk/redundant-your-rights/being-selected-for-redundancy>, hämtad 25/11-15.

Tove Nandorf, *LO-fack beredda att lätta på las*, DN, 14 oktober 2015, <http://www.dn.se/ekonomi/lo-fack-beredda-att-latta-pa-las/>, hämtad 18/11-15.