
**MIA RÖNNMAR
ANN NUMHAUSER-HENNING**

Det flexibla svenska anställningsskyddet

2010-11 NR 2



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Det flexibla svenska anställningsskyddet

ANN NUMHAUSER-HENNING* & MIA RÖNNMAR**

1. Inledning

Den 17 juni 2009 meddelade Arbetsdomstolen dom i målet AD 2009:50. Målet gäller ett bolag i VVS-branschen med filialer på flera orter. Filialen i Uppsala minskades med ungefär hälften av de anställda (från 20 till 8) genom att entreprenadverksamheten lades ner och verksamheten koncentrerades till servicearbete. Samtidigt genomfördes en organisationsförändring så att Uppsalafilialen blev ett platskontor till bolagets filial i Märsta (Arlanda Rör). Bolaget hade lediga arbeten på närliggande orter att erbjuda. Två anställda, A och B, hade längre anställningstid än flera övriga arbetstagare men tackade nej till sådana omplaceringserbjudanden och blev därför senare uppsagda p.g.a. arbetsbrist. Frågan är bl.a. om bolaget varit skyldigt att lämna omplaceringserbjudandena i turordning, liksom om rättsverkningarna av att A och B tackade nej till de erbjudanden de fick.

Arbetsdomstolens majoritet, under ordförandeskap av Inga Åkerlund, ogillade arbetstagarlidans yrkanden om brott mot turordningsreglerna och reglerna om saklig grund för uppsägning. Man menade att omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen ska ske innan arbetsgivaren turordnar arbetstagarna enligt 22 § anställningsskyddslagen, samtidigt som det inte föreligger någon skyldighet för arbetsgivaren att vid sådan omplacering fördela de lediga arbetena mellan arbetstagarna i turordning. Domen var inte enhällig – arbetstagersidan, representerad av Erland Olausson och Susanna Gideonsson, anmälde skiljaktig mening.

Redan arbetstagarledamöternas skiljaktiga mening ger oss en föraning om sprängkraften i detta domslut, som – detta blir också tydligt av majoritetens skrivningar – går till själva kärnan av anställningsskyddet så som det utformats i den svenska anställningsskyddslagen. TCO:s chefsjurist Ingemar Hamskär har t.ex. mot bakgrund av just den här domen beskrivit rättsläget så, att ”arbetsgivaren tillåts i dag trixa med omplaceringar inför en arbetsbristsituation som sätter det lilla anställningsskydd som turordning ger arbetstagaren helt åt sidan”.¹

* Professor i civilrätt vid juridiska fakulteten, Lunds universitet, koordinator för det s.k. Norma Programmet.

** Docent i civilrätt vid juridiska fakulteten, Lunds universitet.

¹ Lag & Avtal, Nr 1, januari 2010.

Det råder ingen tvekan om att domen i målet AD 2009:50 är mycket illustrativ när det gäller den inneboende flexibiliteten i det svenska anställningsskyddet. Även om de ställningstaganden till rättsläget som där görs inte nödvändigtvis är nya, kontrasterar den samlade bild som framträder markant med hävdvunna föreställningar på arbetsmarknaden om det ”starka” svenska anställningsskyddet.

Här följer nu ett försök till närläsning och analys av domen i relation till anställningsskyddets utformning i övrigt och utformningen av och rättstillämpningen rörande några närliggande rättsfigurer. Det handlar inte bara om att tolka enskilda skrivningar i förarbeten och doktrin utan om att se till helheten och logiken i systemet. En central fråga är också hur detta svenska anställningsskydd ter sig i ett flexicurity-perspektiv.

2. Bilden av det svenska anställningsskyddet och något om flexicurity

Både nationellt och internationellt finns en uppfattning att svensk arbetsrätt erbjuder ett förhållandevis starkt anställningsskydd.² I den nationella debatten har det ofta handlat om att det skydd som rådande lagstiftning genom lagen (1982:80) om anställningsskydd ger kanske är alltför starkt. Det har då handlat inte minst om de s.k. turordningsreglerna.³

Anställningsskyddslagen erbjuder sålunda anställda med tillsvidareanställning skydd mot godtyckliga uppsägningar i form av krav på saklig grund för

² I sitt inflytelserika – men samtidigt mycket omdebatterade – ”stränghetsindex” på anställningsskyddets område (*OECD employment protection indicators*) rankade OECD Sverige ursprungligen (1994) som ett av de länder i världen som hade starkast anställningsskydd. 2009 (efter bl.a. 2007 års reform av de tidsbegränsade anställningarna i Sverige, men också förändringar i utarbetandet av OECD:s *employment protection indicators*, som bl.a. tar större hänsyn till kollektivavtalsreglering) bedömdes Sverige ligga på plats 21 av 30, där 1 representerar det starkaste anställningsskyddet, se exempelvis OECD, *Employment Outlook 2004*, OECD, Paris 2004 och J. Malmberg, Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter, Working Paper 2010:9, Uppsala Faculty of Law, Uppsala 2010. Se även Deakin m.fl.:s försök att utveckla ett mer nyanserat system för att utvärdera den arbetsrättsliga regleringens effekter, exempelvis S. Deakin, P. Lele och M. Siems, The evolution of labour law: Calibrating and comparing regulatory regimes, *International Labour Review*, Vol. 146, Nr 3–4, 2007, s. 133–162 och S. Deakin och P. Sarkar, Assessing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new times series data, *Industrial Relations Journal*, Vol. 39, Nr 6, 2008, s. 453–487.

³ Se bl.a. debatt i tidsskriften *Lag & Avtal*; Anders Elmér, Las – monster eller ängel?, Nr 12, 2009, Ingemar Hamskär, Las är varken monster eller ängel, Nr 1, 2010 och intervju med Sven Otto Littorin av Elisabeth Örnerborg, ”Behåll Las eller låt parterna ta det”, Nr 3, 2010.

uppsägning.⁴ Trots att lagen i många delar är semidispositiv – dvs. tillåter avvikande reglering också till arbetstagsidans nackdel om detta sker i kollektivavtalsform – är kravet på saklig grund i lagens 7 § absolut eller tvingande. Uppsägningsfallen sönderfaller i två huvudgrupper med delvis olika reglering, nämligen uppsägning p.g.a. personliga skäl respektive arbetsbrist. Uppsägning p.g.a. personliga skäl hänför sig – som framgår av beteckningen – till situationer där en uppsägning är föranledd av något som har med arbetstagarens person att göra. Det kan dock handla om vitt skilda ting såsom misskötsamhet eller bristande förmåga att utföra arbetet. De närmare kraven för att uppsägning p.g.a. personliga skäl ska anses sakligt grundad har utvecklats i Arbetsdomstolens praxis genom åren och brukar betecknas som relativt stränga. När det gäller arbetsbrist är det en annan sak. Arbetsbrist är typiskt sett att anse som saklig grund för uppsägning och arbetsgivaren har en långtgående frihet att själv avgöra när det föreligger arbetsbrist i hans/hennes verksamhet. Arbetsdomstolen företar som huvudregel inte någon överprövning av arbetsgivarens bedömning av verksamhetsbehoven i dessa sammanhang. Skyddet mot godtycklighet vid uppsägning ligger här istället bl.a. i de s.k. turordningsreglerna. Dessa regleras i 22 § anställningsskyddslagen och präglas av principen ”sist in-först ut” eller senioritetsprincipen. Den innebär att arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare arbetstid, och vid lika anställningstid har den med högst ålder företräde. Kan arbetstagaren endast efter omplacering beredas fortsatt arbete hos arbetsgivaren gäller som förutsättning för företräde enligt turordningen dock att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det arbetet. Den s.k. turordningskretsen har stor betydelse för hur dessa regler verkar. Bara de arbetstagare som berörs av en driftsinskränkning i den meningen att de ingår i den aktuella turordningskretsen får sägas upp. Både uppsägningar p.g.a. personliga skäl och uppsägningar p.g.a. arbetsbrist berörs av regeln i 7 § 2 st. anställningsskyddslagen om att en uppsägning inte är sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. En uppsägning som saknar saklig grund ska på talan av arbetstagaren förklaras ogiltig och arbetstagaren återinsättas i arbete. Talar vi om uppsägning p.g.a. arbetsbrist och felet ”bara” gäller turordningen är påföljden emellertid endast skadestånd. Här föreligger också det skyddet att arbetstagaren under en viss tid (upp till nio månader efter anställningens slut) har s.k. företrädesrätt till återanställning.

Det har funnits en uppfattning om att dessa regler innebär att en arbetstagare med längre anställningstid inte mot sin vilja ska behöva flytta till ett annat arbete bara för att en senare anställd ska kunna erbjudas ett arbete som han eller hon

⁴ Jfr bl.a. Källström och Malmberg, som lyfter fram skyddet mot godtycklig uppsägning som en grundläggande funktion i det svenska anställningsskyddet, se Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet, Inledning till den individuella arbetsrätten, 2 uppl., Iustus, Uppsala 2009 s. 130.

klarar av, dvs. att man har ett verkligt skydd i turordningen.⁵ Denna uppfattning har förstärkts av rättstillämpningen kring t.ex. arbetskyldigheten och det faktum att omplacering till arbetsuppgifter utanför anställningen är att likställa med uppsägning eller avsked.⁶

Inte minst turordningsreglerna har varit föremål för omfattande debatt genom åren och det även helt nyligen. 2001 infördes den regeln att en arbetsgivare med högst tio arbetstagare kan undanta högst två arbetstagare som enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten från turordningen.⁷ Detta har emellertid inte ansetts tillräckligt. Den 11 mars 2009 avbröt Svenskt Näringsliv förhandlingarna med LO och PTK om ett nytt huvudavtal med hänvisning bl.a. till att motparterna inte kunde tänka sig att förändra turordningsreglerna.⁸ Och, inför mandatperioden 2010–2014 är partierna inom den borgerliga alliansen oense om turordningsreglernas framtid. Kristdemokraterna vill helt slopa gränsen för hur många personer arbetsgivaren får undanta vid uppsägning medan Centerpartiet vill att gällande undantag för två personer ska gälla alla arbetsgivare oavsett storlek. Folkpartiet å sin sida vill öka undantagskretsen till 10 personer och slopa turordningsreglerna helt för företag med fler än 50 anställda. Moderaterna, slutligen, vill i princip behålla lagen oförändrad.⁹

Frågan om arbetslivets flexibilisering har ofta diskuterats i termer av spänningen mellan utrymmet för tidsbegränsade anställningar och tillsvidareanställningar och det till dessa knutna, mer utvecklade, anställningsskyddet. Det är inte detta spänningsförhållande som är fokus i denna artikel. Istället är det den inneboende flexibiliteten just i det mer utvecklade anställningsskyddet – och särskilt i arbetsbristsituationer – som är temat här.

I Atkinsons efterföljd har vi tidigare diskuterat flexibiliseringen i arbetslivet i termerna av bl.a. kvalitativ och kvantitativ flexibilitet.¹⁰ Atkinson utvecklade

⁵ Se L. Lunning och G. Toijer, *Anställningsskydd. En lagkommentar*, 10 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 648.

⁶ Se M. Rönmar, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget i Lund, Lund 2004, s. 280 ff.

⁷ 22 § 2 st. anställningsskyddslagen. Se även Ds 2000:6 och prop. 1999/2000:144. Jfr också SFS 1993:1496, senare upphävd genom SFS 1994:1685.

⁸ Se exempelvis *Lag & Avtal*, Nr 3, 2009 ävensom Svante Nycanders debattbok *Sist in först ut, LAS och den svenska modellen*, SNS Förlag, Stockholm 2010. Nycander argumenterar där för en avtalslösning av turordningsproblematiken. I avtalet skulle parterna åta sig att i varje särskilt fall väga produktionens behov mot intresset av trygghet i anställningen och tvister skulle lösas genom ett förliknings- och skiljeförfarande.

⁹ Se Riksdag & Departement, 19/2010 s. 4. Jfr även intervju med Sven Otto Littorin av Elisabeth Örnerborg, "Behåll Las eller låt parterna ta det", Nr 3, 2010 samt Moderaternas promemoria 2010-06-04 "Trygga den svenska modellen".

¹⁰ A. Numhauser-Henning, *Arbetets flexibilisering*, I: R. Eklund m.fl. (red.), *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, Iustus, Uppsala 1993, s. 255–296 och Rönmar 2004.

tidigt modellen med det ”flexibla företaget”.¹¹ Arbetsgivarens strategi beskrivs där i relation till olika arbetskraftssegment. I centrum har vi den s.k. kärnarbetskraften och strategin kvalitativ eller funktionell flexibilitet – en varierad användning av den befintliga och tillsvidareanställda arbetsstyrkan genom flexibla organisations- och kompetensstrukturer. Nästa segment består av mer perifer arbetskraft. Här är strategin kvantitativ eller numerisk flexibilitet och den kopplas till förändringar i arbetskraftens storlek, inte minst i form av flexibla anställningar såsom tidsbegränsad anställning och deltid. I det tredje segmentet har vi den externa eller distanserade arbetskraften, dvs. bemanningsarbetstagare och andra som inte är anställda på företaget. Typiskt sett har utvecklingen antagits medföra en ökad betoning på perifer/flexibel och extern/distanserad arbetskraft.

I rättsliga termer an knyter kvalitativ flexibilitet nära till frågor om arbetsgivarens arbetsledningsrätt, arbetstagarens arbetskyldighet och omreglering av arbetskyldigheten – men också till anställningsbarhet och kompetensutveckling – medan kvantitativ flexibilitet an knyter till frågor om anställningsskyddets styrka och utformning liksom flexibla anställningar och arbetstidens längd och förläggning.

Våra tidigare studier av arbetsledningsrätt och arbetskyldighet visar att svensk rätt – också i komparativ kontext – medger ett stort utrymme för kvalitativ flexibilitet. Avgörande för detta är den vidsträckt formulerade arbetskyldigheten och arbetsgivarens i princip fria omplaceringsrätt inom dessa ramar. Anställningsskyddets utformning och styrka uppställer dock hinder för arbetsgivarens möjligheter att enkelt driva igenom en omreglering av arbetskyldigheten, och begränsar därigenom utrymmet för kvalitativ flexibilitet. Det svenska arbetsmarknadssystemet, som bygger på samförstånd och starka mekanismer för information, förhandlingar och medbestämmande, skapar vidare goda förutsättningar för implementeringen av kvalitativa flexibilitetsstrategier.¹²

Flexicurity (flexibility and security) är numera ett centralt begrepp i den EU-rättsliga diskursen. Europeiska rådet har antagit gemensamma principer för flexicurity, som sedan hanteras inom ramen för sysselsättningsstrategin och Europe 2020-strategin. Flexicurity-begreppet inrymmer flexibla och trygga anställningsavtal, effektiva aktiva arbetsmarknadsåtgärder, pålitliga och anpassningsbara system för livslångt lärande och moderna socialförsäkringssystem. Medlemsländerna kan, beroende på de skilda nationella arbetsrätts-, arbetsmarknads- och välfärdssystemen, välja olika vägar, pathways, till flexicurity. Deltids-, visstids- och bemanningsdirektiven ger också tydliga rättsliga uttryck för flexicurity.¹³

Flexicurity och flexibla och trygga anställningsavtal syftar till att minska segmenteringen på arbetsmarknaden och att minska skillnaderna mellan tillsvidare-

¹¹ Se J. Atkinson, *Manpower Strategies for Flexible Organisations*, Personnel Management, August 1994, s. 28–31.

¹² Se Rönmar 2004.

¹³ Se direktiv 97/81/EG, 99/70/EG och 2008/104/EG.

anställningar och tidsbegränsade anställningar och andra flexibla anställningar. Så handlar flexicurity delvis om en avreglering av tillsvidareanställningen och det arbetsrättsliga skydd som är knutet till denna i kombination med likabehandling av olika slags anställningar och en ”stege” av rättsligt skydd, men också om betydelsen av livslångt lärande, aktiva arbetsmarknadsåtgärder och – inte minst – anställningsbarhet. Utgångspunkten är att reell trygghet i framtiden kommer att handla, inte om befattningsskydd eller anställningsskydd i anställningen utan om anställningsbarhet på arbetsmarknaden.¹⁴

3. Domen

En första fråga som Arbetsdomstolen tar ställning till i det aktuella målet är om bolaget borde ha lämnat omplaceringserbjudandena enligt 7 § anställningsskyddslagen till arbetstagarna med hänsyn tagen till den turordning som arbetstagarna skulle ha placerats i enligt de i kollektivavtalet gällande turordningsreglerna, som arbetstagsidans hävdade. Arbetsgivarsidan, å sin sida, menade att det inte föreligger någon skyldighet för arbetsgivaren att omplacera till lediga arbeten i turordning. Det handlar alltså om hur omplaceringsskyldigheten i 7 § 2 st. anställningsskyddslagen förhåller sig till turordningsreglerna i 22 § samma lag.

Doktrinen har, på sätt som Arbetsdomstolen tämligen utförligt redovisar, framfört olika tolkningar om reglernas innebörd och sammantaget synes den rådande uppfattningen vara ”att det inte kan anses helt klarlagt hur de olika omplaceringsreglerna förhåller sig till varandra”. Det är denna oklarhet som nu ska skingras.

Arbetsdomstolen startar sitt resonemang i 7 § 2 st. anställningsskyddslagen (eller närmare bestämt i en likalydande regel i det tillämpliga kollektivavtalet) och framhåller, att sådan omplacering förutsätter att omplaceringen kan ske utan att någon annan arbetstagare friställs.¹⁵

Arbetsdomstolen konstaterar att 7 § 2 st. anställningsskyddslagen inte innehåller några regler om turordning. Det handlar i detta fall om *lediga* arbeten.

¹⁴ Se European Expert Group on Flexicurity, T. Wilthagen (rapportör), Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones, Bryssel 2007 och Europeiska kommissionen, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security, COM(2007) 359 final.

¹⁵ För valet att starta i omplaceringsregeln i 7 § görs vissa hänvisningar till förarbetena, bl.a. till prop. 1973:129 (”Först när sådana omplaceringsmöjligheter uttömts får uppsägning ske, och då med beaktande av turordningsreglerna”, s. 120 f.) och till promemorian Ds A 1981:6, som bl.a. säger att frågan om turordningskretsen kommer upp först när omplaceringsmöjligheterna är prövade (”Omplacering måste övervägas innan uppsägning får beslutas och turordning fastställas”, s. 233).

Man hänvisar här till AD 1996:144¹⁶ – där Arbetsdomstolen avvisar såväl förekomsten av någon senioritetsprincip (turordning) i sammanhanget som en rätt till likvärdig anställning ens om sådan finns – ävensom till andra domar där man lyft anställningsskyddslagens funktion att ”inte i första hand ... skapa ett långtgående befattningsskydd, utan att få till stånd en trygghet för anställningen i vidare mening, nämligen ett skydd mot friställningar”. Man fortsätter:

”Arbetsdomstolen finner mot bakgrund av det anförda, att – om saken ställs på sin spets – en arbetsgivare är skyldig [vår kurs.] att först genomföra en omplacering till andra arbeten hos sig enligt 7 § anställningsskyddslagen innan han är skyldig att turordna [vår kurs.] arbetstagarna enligt 22 § samma lag. Det kan inte anses föreligga någon skyldighet för arbetsgivaren att vid omplaceringen enligt 7 § andra stycket anställningsskyddslagen fördela de lediga arbetena mellan arbetstagarna i turordning. Arbetsgivaren torde således kunna fullgöra sin omplaceringskyldighet enligt 7 § anställningsskyddslagen med utgångspunkt från vad som, enligt hans bedömning, är bäst för den fortsatta verksamheten. Om arbetsgivaren finner att en viss arbetstagare är lämpligare än andra till vissa arbetsuppgifter, finns det alltså inte något hinder mot att arbetsgivaren i kraft av sin arbetsledningsrätt placerar ’rätt man på rätt plats’ såvida han inte agerar på ett sätt som står i strid mot god sed på arbetsmarknaden eller mot regler i diskrimineringslagstiftningen.”

I målet gavs alltså omplaceringserbjudandena enligt 7 § 2 st. före turordning, den ordning som Arbetsdomstolen också förespråkar.

Det är i målet tvistigt mellan parterna huruvida omplaceringserbjudandena till andra driftsenheter legat inom As och Bs arbetsskyldighet. Detta bestrids av arbetstagsarsidan, medan arbetsgivaren intar motsatt ståndpunkt. Frågan ställs emellertid inte på sin spets i målet eftersom detta, som Arbetsdomstolen påpekar, handlar om omplacering enligt 7 § 2 st. och ”då har arbetstagarens arbetsskyldighet enligt kollektivavtalet inte, enligt domstolens mening, ... någon avgörande betydelse vid bedömningen”.¹⁷

Arbetsdomstolen hänvisar här till tidiga skrivningar i förarbetena kring omplaceringskyldigheten enligt 7 § anställningsskyddslagen: ”har arbetstagaren utan godtagbar anledning avböjt ett erbjudet arbete torde arbetsgivaren i allmän-

¹⁶ Fallet framstår som en parallell till AD 2009:50. Det gällde uppsägningar inom Göteborgs barnomsorg av två personer med förhållandevis lång anställningstid sedan de tackat nej till skäliga omplaceringserbjudanden. Uppsägningen av en tredje person ogillades då hon inte fått något skäligt omplaceringserbjudande och det heller inte visats att omplaceringsmöjligheter saknades. Se även AD 2005:57.

¹⁷ Enligt vår mening tyder mycket på att omplaceringserbjudandena faktiskt låg inom arbetsskyldighetens ram, inte bara med hänsyn till arbetsuppgifternas innehåll och 29/29-principen och kollektivavtalets vida tillämpningsområde utan också i geografiskt hänseende. Frågan om geografisk arbetsskyldighet, arbetstagarens skyldighet att utföra arbete på annan arbetsplats eller ort, kan bli föremål för reglering i personliga anställningsavtal eller kollektivavtal. I avsaknad av särskild reglering anses gälla att arbetstagaren kan omplaceras till arbete på en annan arbetsplats på samma ort eller på en annan ort. I korthet kan arbetstagaren sägas vara skyldig att acceptera omplaceringar som ligger inom ett bekvämt pendlingsavstånd. Se J. Malmberg, Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering, Iustus, Uppsala 1997, s. 271 ff. och exempelvis AD 1983:115 och AD 1993:151.

het inte vara skyldig att lämna några ytterligare erbjudanden”. ”Om en *arbetsbristdrabbad* [vår kurs.] arbetstagare avböjer ett skäligt omplaceringserbjudande får arbetsgivaren därför normalt anses ha uppfyllt sin omplaceringsskyldighet och ha saklig grund för uppsägningen av den arbetstagaren”.¹⁸

Arbetsdomstolen säger, i samband med sin prövning av omplaceringserbjudandena till A och B, att ”någon skyldighet att *slutligt* [vår kurs.] fastställa turordning – en process som typiskt sett kan inrymma många inte helt enkla ställningstaganden – har alltså inte funnits redan i detta skede. Det förhållandet att vissa anställningar skulle finnas kvar i Uppsala bör därmed, enligt domstolens mening, inte beaktas vid bedömningen av om A och B haft rätt att avböja bolagets omplaceringserbjudanden”.

Arbetsdomstolen fortsätter här att pröva omplaceringserbjudandenas skälighet och stannar för att desamma varit skäliga och att A och B inte haft godtagbara skäl att tacka nej till erbjudandena. Arbetsdomstolen framhåller, att de erbjudna omplaceringarna avsåg arbete av samma typ. Det var vidare fråga om konkreta och seriösa erbjudanden, arbetstagarna hade fått betänketid och fick förutsättas ha varit fullt på det klara med arbetsbristsituationen och att omplaceringserbjudandena lämnades i syfte att undvika uppsägningar. Arbetsdomstolen diskuterar också om erbjudandena hade varit godtagbara med hänsyn till arbetstagarnas personliga förhållanden, och framhåller bland annat att det rörde sig om omplaceringar till arbetsplatser i Storstockholmsområdet, att det var möjligt att dagspendla och att den ena arbetstagarens familjesituation visserligen innebar svårigheter, men att dessa inte kunde anses vara av en sådan karaktär och tyngd att omplaceringserbjudandet inte var att betrakta som skäligt.

Arbetsdomstolen avhandlar till sist frågan om turordningsbrott. Man konstaterar här att turordningsreglerna i 22 § anställningsskyddslagen är tillämpliga endast i det fall då det blir aktuellt att välja mellan olika arbetstagare, dvs. då flera arbetstagare vid en uppkommen arbetsbrist konkurrerar om de arbetstillfällena som kommer att finnas kvar hos arbetsgivaren.¹⁹ Den anställde kan inte

¹⁸ Prop. 1973:129, s. 243.

¹⁹ Arbetsdomstolen hänvisar här till AD 2005:57. En arbetstagare hade blivit uppsagd p.g.a. arbetsbrist sedan hennes tjänst dragits in. Saklig grund ansågs föreligga då arbetstagaren hade avböjt ett skäligt omplaceringserbjudande. Arbetsdomstolen fann att bestämmelserna i 22 § anställningsskyddslagen under sådant förhållande inte hade blivit tillämpliga – dessa regler är tillämpliga bara då det blir aktuellt att välja mellan olika arbetstagare som konkurrerar om de arbetstillfällena som finns kvar hos arbetsgivaren. Den anställde kan således inte avböja ett i och för sig godtagbart erbjudande om omplacering för att i stället vänta på att sådana arbetsuppgifter som han eller hon hellre vill ha blir lediga eller att få ta någon annan arbetstagares arbetsuppgifter med stöd av sin plats i turordningen. AD 2006:15 gällde en arbetstagare som hade blivit uppsagd p.g.a. arbetsbrist efter att ha avvisat ett *oskäligt* omplaceringserbjudande (från Uppsala till Åre). Under sådana förhållanden har turordningsbestämmelserna i 22 § anställningsskyddslagen blivit tillämpliga och arbetstagaren ifråga blivit uppsagd i strid med dessa då denne hade längre anställningstid än två kvarvarande arbetskamrater och samtidigt tillräckliga kvalifikationer för dessas arbetsuppgifter.

avböja ett i och för sig godtagbart erbjudande om omplacering för att i stället vänta in ett mer attraktivt erbjudande. ”Bolaget har haft andra skäligena arbeten hos sig att erbjuda när övertalighet uppstod på grund av organisationsförändringen i Uppsala. Bolaget har med hänsyn till vad som nu sagts inte haft anledning att tillämpa turordningsbestämmelserna och har därmed inte heller brutit mot dem. Den närmare innebörden av bestämmelserna saknar därför betydelse i målet”. Därmed kom det också att sakna betydelse att parterna var oense om innebörden av kollektivavtalets turordningsbestämmelser och i frågan om hur arbetstagarna rätteligen skulle ha turordnats. Här ska bara noteras, att man var ense om att A och B berördes av driftsinskränkningen, men inte om hur många andra som också gjorde det.

Det kan finnas anledning att – med Arbetsdomstolen – framhålla, att man i målet konstaterat att det egentligen inte fanns något annat alternativ för arbetstagarna – i organisatoriskt avseende – än att tillhöra ett annat driftsställe än tidigare, eftersom filialen i Uppsala till följd av organisationsförändringen skulle bli ett platskontor till driftsstället i Märsta, Arlanda Rör. Alla i Uppsala blev i denna mening ”omplacerade”. Vidare gällde att någon ”slutlig” arbetsbristuppsägning aldrig behövde komma till stånd eftersom alla gavs erbjudanden om fortsatt anställning (och konkurrens om kvarvarande arbetsuppgifter i absolut mening alltså ej förelåg). Det ingår alltså vidare i resonemanget att A och B fått skäligena erbjudanden, varit fullt på det klara med arbetsbristsituationen och om att syftet med erbjudandena var att undvika uppsägning.

4. Närmare om skyddet i 7 och 22 §§ anställningsskyddslagen

4.1 Arbetsgivarens frihet när det gäller omplacering enligt 7 §

Den bild av rättsläget som framträder, om vi först ser till arbetsgivarens frihetsgrader när det gäller omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen, är följande.

Arbetsgivaren har här en frihet att erbjuda en viss sådan omplacering till vem som helst bland de berörda arbetstagarna och behöver, som Arbetsdomstolen säger, ”inte fördela de lediga arbetena mellan arbetstagarna i turordning”.

Det är, också enligt vår mening, naturligt att arbetsgivaren har en stor frihet i dessa situationer, med hänsyn till omplaceringsskyldighetens begränsningar när vi talar om 7 § anställningsskyddslagen. Här gäller det omplacering till *ledig* befattning inom verksamheten. Redan initialt gäller att eventuellt lediga befattningar/”hål i befattningsstrukturen” förstås är en fråga om hur arbetsgivaren tidigare använt sin verksamhets- och arbetsledningsrätt, och den är ju i princip fri

och en central del av de s.k. arbetsgivarprerogativen.²⁰ Det framstår som logiskt att arbetsgivarens verksamhets- och arbetsledningsrätt då visar sig också i en frihet när det gäller i vilken ordning och till vem han erbjuder dessa omplaceringsmöjligheter som ett alternativ till en förestående uppsägning. Som Arbetsdomstolen påpekar handlar det även här – ända till dess en *slutlig* turordningslista för faktisk uppsägning föreligger – om en situation där 22 § anställningsskyddslagen ännu inte är aktuell. 1992 års arbetsrättskommitté gjorde i sitt betänkande följande uttalande om rättsläget: ”Den nuvarande ordningen innebär ... att stort utrymme ges för en arbetsgivare att genom omplaceringsåtgärder inför en driftsinskränkning blockera sådana platser som annars skulle ha kunnat få tas i anspråk av de arbetstagare, kanske med lång anställningstid, som hotas av uppsägning på grund av turordningen”.²¹ Även Calleman framhåller att arbetstagare med kortare arbetstid kan ”räddas” genom en sådan föregående omplacering till annan del av verksamheten enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen.²² Också Lunning och Toijer²³ respektive Malmberg²⁴ har nyligen uttalat sig i linje med detta.

Strängt taget borde det sagda också innebära, att om arbetsgivaren – även i ett senare/relativt sent skede – erbjuder två lediga anställningar på en annan plats i organisationen till två arbetstagare som står sämst till på en tilltänkt turordnings-

²⁰ Arbetsgivaren kan ju också nu förändra bilden genom omplaceringar av anställda i andra delar av verksamheten, även om detta möjligen kan prövas mot skälighetsrekvisitet (och som kringgående) i anslutning till en efterföljande uppsägningssituation. Jfr här AD 1996:144, där Arbetsdomstolen accepterade att en tjänst som föreståndare inom en annan del av arbetsgivarens verksamhet tillsattes med annan anställd inom samma verksamhet, dvs. utan extern rekrytering, samtidigt med en driftsinskränkning.

²¹ SOU 1993:32, s. 503 f.

²² Se C. Calleman, Turordning vid uppsägning, Skrifter från Rättsvetenskapliga institutionen vid Umeå universitet, No 2/1999, Umeå universitet, Umeå 1999, s. 129.

²³ Lunning och Toijer framhåller i anslutning till arbetsgivarens omplaceringsskyldighet och AD 2009:50 att även ”om en arbetsgivare vid omplacering på grund av arbetsbrist på sitt sätt måste respektera turordningsprinciperna, finns det alltså inte heller här någon skyldighet att låta dessa principer i detalj styra fördelningen av tillgängliga arbetstillfällen. Om en arbetsgivare finner att en viss arbetstagare är mycket skickligare eller lämpligare än andra till vissa ledigblivna arbetsuppgifter finns det inte något hinder mot att arbetsgivaren, möjligen efter en medbestämmandeförhandling, placerar ’rätt man på rätt plats’ i kraft av sin arbetsledningsrätt, förutsatt att arbetstagare med bättre plats i turordningen får andra, i och för sig skäliga omplaceringserbjudanden”, se Lunning och Toijer 2010, s. 512.

²⁴ Malmberg påpekar i anslutning till AD 2009:50 att ”En arbetsgivare kan omplacera uppsägningshotade arbetstagare till andra lediga arbeten hos sig enligt 7 § andra stycket innan han fastställer turordningen enligt 22 §. Arbetsgivaren är inte skyldig att vid omplaceringen enligt 7 § 2 st. fördela lediga arbeten utanför turordningskretsen mellan arbetstagarna i turordning, utan kan göra detta med utgångspunkt från vad som enligt arbetsgivaren är bäst för den fortsatta verksamheten. Agerandet får dock inte stå i strid med god sed på arbetsmarknaden eller med diskrimineringslagen”, se Karnov Internet, anställningsskyddslagen (1982:80) 22 §, not 79, den 24 september 2010.

lista, så skulle alltså arbetsgivaren sedan kunna säga upp den som enligt turordningslistan skulle sägas upp först i tredje hand (och alltså hade företräde enligt densamma) utan att detta stod i strid med anställningsskyddslagen.²⁵

Frågan om hur de båda omplaceringsreglerna förhåller sig till varandra behandlades alltså också av 1992 års arbetsrättskommitté i betänkandet SOU 1993:32 (jfr ovan och not 21). Där framfördes ett förslag till förändring av rättsläget så, att först när det stod klart vilka arbetstagare som [enligt turordningen, vår anm.] inte kunde beredas fortsatt anställning inom turordningskretsen skulle det bli fråga om att undersöka förekomsten av lediga befattningar i verksamheten i stort och fanns det sådana lediga befattningar skulle dessa fördelas i turordning. ”Den arbetstagare som har längst anställningstid skall då först få ta ställning till om det finns någon tjänst som han är intresserad av att få ta i anspråk.”²⁶ Utredningen menade, att ”omplaceringar i samband med arbetsbrist skall regleras uteslutande i samband med turordningsreglerna. Detta är en följd av att vi ser på samtliga omplaceringssåtgärder i en driftsinskränkningsituation såsom en del av ett regelverk om turordning och konkurrens mellan olika arbetstagare till ett otillräckligt antal befattningar hos arbetsgivaren.” ”Ett sådant synsätt leder enligt vår uppfattning till rättvisare regler och ett starkare skydd mot uppsägningar för de personer som inte kan beredas fortsatt anställning inom turordningskretsen.”²⁷ Givet den uppfattning om rättsläget som redovisats ovan (och i betänkandet, jfr not 27), skulle detta förslag – hade det genomförts – verkligen ha inneburit en avsevärd begränsning av arbetsgivarens verksamhets- och arbetsledningsrätt, i det att omplacering enligt 7 § erbjöds som ett alternativ till konkret uppsägning och då i turordning. Den föreslagna reformen genomfördes ju dock aldrig!

4.2 Arbetsgivarens frihet när det gäller omplacering enligt 22 §

22 § anställningsskyddslagen säger alltså att ”kan en arbetstagare endast efter omplacering beredas fortsatt arbete hos arbetsgivaren, gäller som förutsättning för företräde enligt turordningen att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det arbetet”. Omplacering enligt 22 § sker naturligtvis före varje uppsägning och förutsätter att turordningskretsen fastställs. Man kan inte bli uppsagd före

²⁵ Till synes annorlunda dock prop. 1974:174, s. 57 f.: ”[n]är myndigheten med tillämpning av tidigare angivna regler har gjort upp en *slutlig* [vår kurs.] lista över dem som skall anses berörda av arbetsbristen, har myndigheten att pröva möjligheterna att placera om den eller de tjänstemän som står i tur att bli uppsagda [enl. 7 §, vår anm.]. Är det bara en enda tjänst som har dragits in, gäller prövningen huruvida den tjänsteman som står sist på listan ... kan omplaceras eller inte. ... Har t.ex. två tjänster dragits in, bör omplaceringsförsöket naturligen i första hand avse den som har den näst sämsta placeringen på listan osv. i enlighet med förtursordningen till fortsatt arbete”.

²⁶ SOU 1993:32, s. 504.

²⁷ Ibid. På s. 449 skriver man vidare (om det aktuella rättsläget, vår anm.) att ”[i]nnan arbetsgivaren vidtar en uppsägning på grund av arbetsbrist är han skyldig att först försöka placera om arbetstagaren”. Då går man till 7 § LAS. Omplacering ska ta sikte på alla driftsenheter. ”När det därefter gäller turordningsreglerna stadgas i 22 §...” Nu gäller att en arbetstagare med längre anställningstid kan göra anspråk på en omplacering till en plats inom driftsenheten som innehas av en arbetstagare med kortare anställningstid.” Vidare, s. 489–90, regeln om omplacering i 22 § är ”utslagsgivande i den konkurrens som uppstår mellan arbetstagarna om de kvarvarande anställningarna inom enheten”.

sämre turordnad (utan att redan ha ”straffat ut sig” genom att avböja ett skäligt omplaceringserbjudande enligt Arbetsdomstolens resonemang i bl.a. AD 2009:50) om man har tillräckliga kvalifikationer för något kvarvarande arbete inom turordningen – här gäller ju nämligen att man också kan ”tränga ut” en arbetstagare med sämre plats i turordningen. Däremot är man inte garanterad att få ett visst omplaceringserbjudande bland flera som man klarar. Inte heller är man garanterad att få behålla sina arbetsuppgifter bara därför att man inte kommer ifråga för uppsägning enligt turordningen. Arbetsgivaren har alltså omfattande frihetsgrader även här, men frågan är *hur* omfattande dessa är.

I princip handlar den aktuella domen inte om denna situation – övertaligheten löstes utan uppsägningar (grundade på annat än avvisande av skäligt omplaceringserbjudande). Men Arbetsdomstolens avgörande är svårt att bedöma i en bredare normativ kontext utan att också denna fråga beaktas.

Frågan är om turordningen är avsedd att i första hand garantera arbete inom turordningskretsen. Eller kan det handla om vilket skäligt omplaceringserbjudande som helst? Man kan nog läsa Arbetsdomstolens skrivningar i domen så att det är det senare som gäller. *Företräde* enligt turordningen skulle alltså även enligt 22 § anställningsskyddslagen ”bara” handla om att inte bli uppsagd – om att över huvud beredas fortsatt anställning. Och, om man tackar nej till ett skäligt arbete man klarar kan man alltså bli uppsagd.

Den mest utrerade läsningen av Arbetsdomstolens dom är att man drar alla omplaceringserbjudanden över en kam enligt ungefär följande resonemang. Anställningsskyddslagen ger inget befattningsskydd. Inte ens rättigheter enligt turordning handlar om befattningsskydd fastän grunden för turordningen är knuten till den egna driftsenheten/verksamheten. Enligt anställningsskyddslagens logik kan arbetsuppgifterna inom turordningskretsen vara av många olika slag – den grundläggande enheten är driftsstället. Bara om kollektivavtal gäller (vilket ofta är fallet, vår anm.) sker turordningen för varje avtalsområde för sig. För att behålla sitt företräde enligt turordningen (och därmed undvika uppsägning/friställning) krävs visserligen att man har tillräckliga kvalifikationer, men arbetsgivaren har en frihet att fördela kvarvarande arbetstillfällen som han/hon vill mellan olika turordnade så länge de bara får (skäliga) omplaceringserbjudanden för vilka de har tillräckliga kvalifikationer. Att även ett skäligt omplaceringserbjudande utanför turordningskretsen i princip är jämförbart är logiskt. Varför skulle det i princip vara bättre med ett – kanske mindre kvalificerat – arbete inom turordningskretsen än omplacering till ett mer jämförbart arbete på annat håll. En viss plats i turordningen kan då ersättas med ett skäligt omplaceringserbjudande vilket som helst inom arbetsgivarens verksamhet! Den av arbetsbrist berörda arbetstagaren har också rätt att få ett sådant skäligt omplaceringserbjudande framför sämre turordnade kollegor, som också berörs av arbetsbristen förutsatt att han eller hon har tillräckliga kvalifikationer för kvarvarande arbete. Det sist-

nämnda gäller emellertid endast för arbete inom turordningskretsen och i förhållande till arbetstagare som faktiskt berörs av den ”slutliga” turordningslistan.²⁸

Här kan man fundera litet kring betydelsen av att lagens turordningsregler är semidispositiva. Typiskt sett minskar detta naturligtvis förutsebarheten i den enskilda arbetstagarens anställningsskydd i dessa situationer ytterligare. Det gäller framförallt s.k. avtalsturlistor, dvs. en framförhandlad turordning i en konkret uppsägningssituation. Kollektivavtal som innefattar materiella regler som avviker från anställningsskyddslagens regler, t.ex. om turordningskretsen, kan se olika ut. Många gånger handlar det om att begränsa turordningskretsen på visst sätt – särskilt framträdande i TurA-S. Detta får ju betydelse för hur många anställda som ”berörs” av arbetsbristen. Ju snävare turordningskrets ju färre berörs. Detta kan eventuellt uppfattas så att parterna har sett till den konkreta befattningen – bara arbetstagare med mer eller mindre likvärdiga arbetsuppgifter ska beröras av en viss driftsinskränkning. Lagens regler om en rätt för fackföreningen att begära gemensam turordning för flera driftsställen på samma ort pekar emellertid i en annan riktning – det handlar ytterst om att skydda ”sysselsättningen” för dem med längre anställningstid genom att turordningskretsen omfattar fler.

Knäckfrågan visar sig här alltså vara den närmare innebörden av omplaceringsregeln i 22 § anställningsskyddslagen. Det står av domen klart, att den ”allmänna uppfattningen på arbetsmarknaden”, ”att en arbetstagare med längre anställningstid inte mot sin vilja skall behöva flytta till ett annat arbete bara för att en senare anställd skall kunna erbjudas ett arbete som han eller hon klarar av”,²⁹ genom den aktuella domen entydigt har kommit på skam. Det kan i själva verket – om vi också tar hänsyn till innebörden av 7 § 2 st. anställningsskyddslagen enligt ovan – handla om vilken ”skälig” omplacering som helst såväl inom som utom turordningen.

Man kan enligt vår mening ifrågasätta om detta är den rimligaste tolkningen av anställningsskyddets innebörd. Det vi tänker på här är framförallt rättsverkningarna av ett avböjande av ett tidigt (och skäligt) omplaceringserbjudande utanför turordningskretsen. Enligt Arbetsdomstolens rättstillämpning leder ett sådant avböjande alltså till att saklig grund för uppsägning föreligger.

Denna utformning av anställningsskyddet bygger på en i grunden ”oskön” konstruktion – en konstruktion av arbetsbristbegreppet i två dimensioner. En förutsättning för att ett avvisande av ett i och för sig skäligt omplaceringserbjudande till annat arbete hos arbetsgivaren ska kunna ligga till grund för uppsägning verkar utifrån Arbetsdomstolens skrivningar vara att det stått klart ”att erbjudandena lämnats i syfte att undvika uppsägningar” – dvs. att det handlar om en potentiell arbetsbristsituation. Samtidigt gäller att turordningsreglerna i 22 § är tillämpliga endast i det fall då flera arbetstagare vid en *uppkommen* arbetsbrist konkurrerar om de arbetstillfällena som kommer att finnas kvar hos arbetsgivaren (inom turordningen, vår anm.).

²⁸ Jfr här Calleman 1999, s. 128: ”... medan omplacering enligt 22 § bara behöver ske inom turordningskretsen”. Jfr också Lunning och Tojer 2010, s. 639: ”Rör det sig om en total avveckling av en driftsenhet (eller av naturaförmåner) förlorar turordningsreglerna sin betydelse.”

²⁹ Se Lunning och Tojer 2010, s. 648.

Frågan är om det inte hade varit rimligare att ge det anställningsskydd turordningsreglerna innebär ett mera påtagligt innehåll, nämligen så att *turordningen verkligen ger företräde till arbete inom turordningskretsen i den mån sådant kvarstår efter driftsinskränkningen* (och förutsatt att tillräckliga kvalifikationer föreligger). Man respekterar då arbetsgivarens verksamhets- och arbetsledningsrätt vid omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen. Samtidigt ger man som sagt anställningsskyddet vid arbetsbrist ett reellt innehåll genom att låta berörda arbetstagare ha en rätt till faktiskt företräde till kvarvarande arbete inom turordningskretsen oavsett föregående omplaceringserbjudanden till andra delar av verksamheten. Den arbetstagare som tackat nej till ett sådant omplaceringserbjudande tar ändå vissa risker – såväl med hänsyn till kravet på tillräckliga kvalifikationer som exempelvis möjliga avtalsurlistor, etc. – och har också, som utretts ovan, begränsade möjligheter att påverka de erbjudanden inom turordningskretsen som arbetsgivaren kan komma ett ge. I en situation som den i det aktuella rättsfallet kan man emellertid inte bortse i från att en sådan rätt att behålla sin plats i turordningen samtidigt skulle kunna innebära att arbetsgivaren tvingades att säga upp en annan sämre turordnad arbetstagare trots att det kanske annars inte hade behövts! Den anställde som är äldre i tjänst kan ju ha varit kvalificerad för fler arbetsuppgifter än den sämre turordnade. (Den av oss förespråkade lösningen kan sägas ligga i linje med Olaussons och Gideonssons skiljaktiga mening.)³⁰

4.3 Ordningen mellan omplacering enligt 7 och 22 §§

Vad är då kontentan av ovanstående? Jo, huruvida omplacering enligt 7 § 2 st. sker före eller efter *turordning* framstår, i den situation vi här behandlar och så som rättsläget beskrivits, egentligen som ointressant så länge vi faktiskt talar om skäligen omplaceringserbjudanden. Det är en fråga för arbetsgivaren och handlar ytterst om hur denne hanterar verksamhets- och arbetsledningsrätten.³¹

³⁰ Man kan också laborera med tanken att företrädesrätten enligt 22 § anställningsskyddslagen inte bara gällde företräde till arbete inom turordningskretsen utan också i förhållande till *arbetstagare* inom densamma. Detta skulle stämma med det tidigare berörda uttalandet i prop. 1974:174. Samtidigt måste erkännas, att en sådan ordning ger problem med gränsdragningen mellan sådan ”fri” omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen som beskrivits ovan och en senare – efter turordning – kompletterande omplaceringsprövning.

³¹ Det kan i praktiken säkert ofta diskuteras om en sådan föregående omplacering egentligen sker enligt 7 § anställningsskyddslagen. Det är rimligt att ett arbetsgivarstrategiskt överslag behöver göras innan man går in i en arbetsbristsituation – behöver någon alls sägas upp eller finns det tillräckligt med luft i verksamheten – och att arbetsgivaren redan i detta läge företar vissa omplaceringar. I de fall vi här behandlar aktualiseras emellertid omplaceringarna – får man anta – i princip först sedan primära förhandlingar om en förestående driftsinskränkning faktiskt inletts.

I förarbetena har man på något ställe laborerat med skillnaden mellan en *preliminär* turordning och en *slutgiltig* turordningslista avseende turordning för uppsägning.³² Vid en hårdtagning av dessa termer måste en omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen nästan per definition ske *före* slutlig turordning, precis som Arbetsdomstolen också kommit fram till. *Slutlig* turordning enligt 22 § sker för uppsägning! Vidare, att (sakligt grundad) *uppsägning* inte kan ske före det att omplacering enligt 7 § har prövats är uppenbart. Strängt taget så måste all omplacering enligt 7 § ske före uppsägning samtidigt som det alltså inte spelar någon roll om den sker före eller efter turordning i en mer pragmatisk mening.

Arbetsdomstolen har alltså rätt i att arbetsgivaren är skyldig att företa omplaceringar enligt 7 § *innan* han är skyldig att göra turordningen – sådan senare skyldighet föreligger ju först inför konkreta uppsägningar.

5. Några andra närliggande rättsfigurer

Konsekvensen av det ovan beskrivna synsättet är att arbetsgivaren i en hotande uppsägningssituation har en i det närmaste total verksamhets- och arbetsledningsrätt. Hur stämmer detta med rättstillämpningen kring arbetstagarens arbetsskyldighet i övrigt? När anses arbetsgivaren genom en omplacering ha skiljt någon från anställningen utan saklig grund, och när är omplacering ett alternativ till uppsägning som inte kan avvisas? Vilka krav ställs på arbetsgivarens omplaceringsutredning, och vad ligger i begreppet skäligt omplaceringserbjudande? Hur dras gränsen mot fingerad arbetsbrist och personliga skäl, om omplaceringserbjudandet bara rör någon enstaka individ med god position i en tilltänkt turordning, och hur är det med rättsfiguren provocerad uppsägning? Och, slutligen, hur samspekar anställningsskyddet med diskrimineringslagstiftningen?

5.1 Arbetsskyldighetens gränser

Den rättsliga utgångspunkten är att arbetstagaren är skyldig att utföra det arbete som han eller hon har åtagit sig. Det närmare innehållet i arbetsskyldigheten bestäms sedan ofta (särskilt för arbetare) av den s.k. 29-29-principen, som knyter arbetsskyldigheten till kollektivavtalets vida tillämpningsområde, eller (för tjänstemän och offentliganställda) till befattningsbeskrivningar och en något

³² Se prop. 1974:174, s. 52: ”Tilläggas kan att det under handläggningen av ett uppsägningsärende ofta torde vara praktiskt att en preliminär förteckning upprättas som arbetsunderlag för myndighetens slutliga avgörande i fråga om turordning för uppsägningen. När jag i det följande talar om turordningslistan, avser jag inte sådana preliminära förteckningar eller andra arbetspapper.”

snävare uppfattning om arbetskyldigheten som närmast knuten till tjänsten.³³ Arbetsgivarens omplaceringsrätt sammanfaller i princip med arbetstagarens arbetskyldighet. Så länge arbetsgivaren håller sig inom arbetskyldighetens ram har arbetstagaren lydnadsplikt, och är skyldig att utföra alla tilldelade arbetsuppgifter och lyda arbetsgivarens order. Arbetsgivaren har som huvudregel s.k. tolkningsföreträde i arbetskyldighetstvister.³⁴ Ett brott mot lydnadsplikten utgör arbetsvägran, och kan leda till sanktioner (exempelvis skadestånd) och till och med utgöra saklig grund för uppsägning.³⁵ Här blir naturligtvis reglerna om fackligt tolkningsföreträde i 34 § medbestämmandelagen också av stor betydelse.

Arbetsdomstolen uttalade i AD 1991:114, där ett landsting beslutat att omplacera en ambulanssjukvårdare till arbete som vaktmästare, att:

”Uttrycket omplacering används i olika sammanhang och har inte någon given rättslig betydelse. En omplacering utgörs ibland av en arbetsledningsåtgärd genom vilken en arbetstagare inom ramen för en bestående anställning tilldelas nya arbetsuppgifter. En såsom omplacering betecknad åtgärd kan emellertid innebära sådana förändringar av anställningsförhållandena att arbetstagaren i realiteten skiljs från en anställning även om han samtidigt får en annan anställning (jfr AD 1983 nr 105 och nr 174 och AD 1985 nr 6). Åtgärder av detta senare slag kan arbetsgivaren inte företa ensidigt på annat sätt än genom uppsägning enligt anställningsskyddslagen. Åtgärder av detta slag måste naturligtvis kunna angripas med stöd av anställningsskyddslagen även om de inte betecknats som uppsägning utan som omplacering (AD 1978 nr 161).”

Arbetsdomstolen fann att omplaceringen gick utanför arbetskyldighetens ram, och att omplaceringen därför skulle jämföras med ett skiljande från anställningen. Enligt Arbetsdomstolen kunde det inte anses ha berott på arbetstagaren att han inte innehade den kompetens som landstinget krävde av honom, och saklig grund för uppsägning p.g.a. personliga skäl förelåg därför inte.³⁶

Enligt fast rättspraxis likställs alltså en omplacering som går utöver arbetskyldighetens ram med ett skiljande från anställningen – och arbetsgivaren behöver i princip arbetstagarens samtycke för att kunna vidta en sådan omplacering. Men, om arbetsgivaren kan visa saklig grund för uppsägning enligt 7 § anställningsskyddslagen har han eller hon möjlighet att omplacera arbetstagaren i strid med arbetskyldigheten. Exempelvis skulle Arbetsdomstolen troligen finna att arbetsgivaren hade saklig grund för att skilja arbetstagaren från anställningen, förutsatt att orsaken till omplaceringen var bristande arbetsprestationer, arbetsgivaren hade varnat arbetstagaren och gett anvisningar och råd, och arbets-

³³ Se AD 1929:29 och Rönmar 2004, s. 147 ff.

³⁴ Se exempelvis Eklund i Schmidt m.fl., *Facklig arbetsrätt*, 4 rev. uppl. 1997, Juristförlaget, Stockholm 1997, s. 212 f.

³⁵ Se prop. 1973:129, s. 124, Lunning och Toijer 2010, s. 370 ff. och exempelvis AD 1975:42, AD 1997:103 och AD 2003:50.

³⁶ Se även AD 1978:161, AD 1983:105, AD 1983:174, AD 1985:6, AD 1993:19, AD 1994:137, AD 1995:133, AD 1996:13, AD 1998:39, AD 1999:48, AD 2002:134, AD 2003:20, AD 2003:76 och AD 2008:63. Jfr också Malmberg 1997, s. 248 och Rönmar 2004, s. 280 ff.

tagaren i princip fick likvärdigt arbete samt inte tvingades vidkännas några större lönesänkningar.³⁷

I de mål som Arbetsdomstolen har haft att pröva utifrån dessa utgångspunkter har omplaceringen regelmässigt haft sin grund i personliga skäl. Det går därför inte att uttala sig närmare om den bedömning som skulle bli aktuell i motsvarande arbetsbristsituationer och man kan inte heller med säkerhet dra några direkta slutsatser om turordningsreglernas betydelse i dessa sammanhang.³⁸ Arbetsdomstolens rättstillämpning rörande arbetskyldighet och omplacering utanför arbetskyldighetens ram har emellertid i de fall där detta har behandlats gett intryck av att anställningsskyddet i dessa situationer är reellt. Omplaceringar utanför arbetskyldighetens ram ska prövas mot anställningsskyddslagen och kravet på saklig grund och arbetsgivarens arbetsledningsrätt begränsas. Anställningsskyddet framstår som närmast skenbart om arbetsgivaren enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen kan omplacera arbetstagaren utanför arbetskyldighetens ram, och arbetstagarens avvisande av ett sådant skäligt omplaceringserbjudande i sig utgör saklig grund för uppsägning.

5.2 Omplaceringsutredning och skäligt omplaceringserbjudande

En uppsägning är alltså enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen aldrig sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. Arbetsgivaren är skyldig att göra en noggrann omplacerings-

³⁷ Se exempelvis AD 1978:161. Även om arbetsgivaren i och för sig kan anses ha haft saklig grund för sitt omplaceringsbeslut, så är det vidare troligt att arbetsgivaren har brutit mot en rad bestämmelser i anställningsskyddslagen rörande varsel och överläggning etc.

³⁸ Märk här emellertid Thornfallet, AD 1993:61, som rörde omreglering av anställningsvillkor p.g.a. arbetsbrist. Bolaget önskade avveckla en bilförmån och erbjöd därför de anställda ett engångsbelopp mot att dessa avstod från bilförmånen. Ett mindre antal anställda accepterade erbjudandet. De arbetstagare som hade avvisat erbjudandet sades upp eller skulle komma att sägas upp med erbjudande om återanställning utan bilförmån. Arbetsdomstolen uttalade här att man "kan ställa sig frågan vilken betydelse kravet i 7 § första stycket anställningsskyddslagen att en uppsägning skall vara sakligt grundad har för en uppsägning som på detta sätt endast syftar till omreglering av anställningsvillkoren och som inte beror på omständigheter som hänför sig till arbetstagaren personligen. Svaret är att denna regel principiellt inte har något reellt innehåll i en sådan situation. Det står arbetsgivaren i princip fritt att genom uppsägning frigöra sig från anställningsavtalets innehåll och erbjuda ny anställning på ändrade villkor. Alternativet skulle vara att det lades i domstolens händer att avgöra vad som utgör skäliga anställningsförmåner. Detta är en lösning som inte är accepterad i svensk arbetsrätt". Men, samtidigt framhöll Arbetsdomstolen att skyddet för arbetstagarna i dessa situationer bestod i arbetsgivarens skyldighet att iaktta anställningsskyddslagens regler om *turordning*, företrädesrätt till återanställning och förhandling m.m. Uppsägningarna i Thornfallet ansågs sakligt grundade, men, märk väl, så som målet hanterades sattes här inte turordningsreglerna ur spel på den grunden att arbetstagarna hade avvisat skäliga omplacerings-/omregleringserbjudanden enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen.

utredning. Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet är vidsträckt, och omfattar i princip hela verksamheten. Arbetsgivaren anses emellertid inte vara skyldig att inrätta eller skapa några nya tjänster – eller att friställa någon annan arbetstagare för att kunna fullgöra sin omplaceringsskyldighet. För att en omplacering ska bli aktuell krävs också att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet.³⁹ Redan i förarbetena till den första anställningsskyddslagen framhölls att:

”När det gäller arbetsgivarens skyldighet att försöka omplacera arbetstagare, vare sig det är påkallat på grund av den anställdes personliga förhållanden eller på grund av arbetsbrist, är det naturligt att omplaceringsskyldigheten i första hand avser sysselsättning på samma arbetsplats eller inom samma företagsenhet som den där arbetstagaren tidigare var sysselsatt. Detta innebär att arbetsgivaren till att börja med bör undersöka möjligheterna att omplacera arbetstagaren inom ramen för anställningen. Visar sig detta vara omöjligt, anser jag emellertid, liksom utredningen, att arbetsgivaren bör söka erbjuda arbetstagaren annan anställning hos sig.”⁴⁰

Arbetsdomstolen har i sin rättspraxis följt och utvecklat dessa riktlinjer.⁴¹ Omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen är knuten till ett skälighetskrav, och kan exempelvis bortfalla om flera omplaceringar redan har gjorts utan resultat eller om arbetstagaren har varit grovt misskötsam.⁴² Att omplaceringsskyldigheten inte omfattar någon skyldighet att inrätta eller skapa några nya tjänster framgår tydligt av AD 1997:98. Frågan gällde här uppsägning p.g.a. arbetsbrist och möjligt turordningsbrott. Arbetstagsidans gjorde gällande att arbetsgivaren borde ha sagt upp en annan arbetstagare, och att dennes arbetsuppgifter, som den uppsagde ostridigt inte hade kvalifikationer för, skulle delas upp på två andra arbetstagare, som enligt arbetstagsidans mening hade kvalifikationer för varsin del av dessa arbetsuppgifter. Enligt Arbetsdomstolen skulle inrättandet av nya befattningar ”gå utöver den omplaceringsskyldighet som enligt anställningsskyddslagen åvilar arbetsgivaren. Ett annat ställningstagande skulle innebära inte bara en inskränkning i arbetsgivarens i arbetsledningsrätten ingående rätt att organisera verksamheten på det sätt han finner lämpligt utan också att arbetsgivarens beslut i arbetsledningsfrågor skulle kunna komma att prövas av domstol. Konsekvenserna av ett sådant ställningstagande kan knappast överblickas”.

När det gäller kraven på arbetsgivarens omplaceringsutredning framgår alltså av Arbetsdomstolens fasta rättspraxis att arbetsgivaren ska göra en noggrann utredning av omplaceringsfrågan och ta tillvara de möjligheter till omplacering som kan finnas. Om en arbetsgivare underlåter att göra en omplaceringsutredning eller om det finns oklarhet om en omplacering har kunnat ske så anses normalt

³⁹ Se Lunning och Toijer 2010, s. 496 ff.

⁴⁰ Se prop. 1973:129, s. 121 f.

⁴¹ Se exempelvis AD 1978:161, AD 1988:32, AD 1994:1, AD 1996:149, AD 1999:24 och AD 2006:110.

⁴² Se prop. 1973:129, s. 243 och AD 2004:56.

omplaceringsskyldigheten inte vara fullgjord.⁴³ Arbetsgivaren måste utreda vilka lediga befattningar som kan finnas hos arbetsgivaren, liksom de berörda arbetstagarnas kvalifikationer för de lediga befattningarna. Det finns emellertid vissa undantag från – eller lättnader i – kravet på omplaceringsutredning. Exempelvis bortfaller kravet på omplaceringsutredning om det kan visas att arbetstagaren inte skulle ha accepterat ett visst arbete om han eller hon hade erbjudits det.⁴⁴ Av AD 2004:56 framgår också att en omplaceringsutredning inte ovillkorligen måste genomföras. Om det inte är skäligt att kräva att arbetsgivaren ska försöka omplacera arbetstagaren (exempelvis p.g.a. grov misskötsamhet) saknar en omplaceringsutredning helt betydelse.⁴⁵ Vid större driftsinskränkningar accepterar Arbetsdomstolen vidare en mer översiktlig omplaceringsutredning. I AD 1996:149, där en kommun sade upp ett stort antal hemspråklärare på grund av arbetsbrist, uttalade Arbetsdomstolen att ”utredningsarbetets planering och bedrivande av praktiska skäl kan komma att påverkas av att många arbetstagare är berörda. ... I en sådan situation kan man skäligen inte kräva att det omfattande planeringsarbetet skall belastas med noggranna individuella undersökningar för varje särskild arbetstagare”. Arbetsdomstolen har inte gett några närmare riktlinjer för vilka lättnader som kan medges i dessa fall. Omständigheterna i det enskilda fallet blir avgörande. Arbetsdomstolen betonar dock att det är viktigt att utredningen genomförs på ett sådant sätt att existerande omplaceringsskyldigheter tas till vara.

Begreppet skäligt omplaceringserbjudande – som alltså har visat sig vara centralt – är tidigare mycket sparsamt behandlat, särskilt i anslutning till arbetsbristuppsägningar. I AD 2009:50 uttalade Arbetsdomstolen att ett ”omplaceringserbjudande till annat arbete hos arbetsgivaren i en arbetsbristsituation kan anses skäligt även om det medför förändringar eller försämringar för arbetstagaren genom att det ligger på en annan ort än det tidigare arbetet eller att det innebär en inkomstminskning. Att det i det enskilda fallet kan finnas gränser för vad som kan anses godtagbart i fråga om t.ex. avstånd till det nya arbetet framgår av AD 2006 nr 15”.⁴⁶

Möjligen kan en viss parallell dras till företrädesrätten till återanställning i 25 § anställningsskyddslagen och rättstillämpningen rörande begreppet skäligt återanställningserbjudande. Enligt 27 § 3 st. anställningsskyddslagen förfaller företrädesrätten om arbetstagaren avvisar ett erbjudande om återanställning som han eller hon skäligen borde ha godtagit. I förarbetena till anställningsskyddslagen framhålls att när det gäller vilka arbetsuppgifter som en arbetstagare skäligen bör godta så kan ledning bl.a. hämtas i regler om villkoren för stöd vid arbetslöshet. Det handlar bl.a. om huruvida skä-

⁴³ Se exempelvis AD 1984:19, AD 1984:26, AD 1988:32, AD 1999:24, AD 2002:75 och AD 2003:14.

⁴⁴ Se AD 2002:75, AD 2000:76 och AD 1980:133. Jfr AD 1988:32 där en arbetstagares ”oin-tresse” av att flytta inte fritog arbetsgivaren från skyldigheten att komma med ett konkret omplaceringserbjudande som ett alternativ till förestående uppsägning.

⁴⁵ Se AD 2005:85.

⁴⁶ Jfr AD 2006:15 och not 19 ovan ävensom AD 2005:57.

lig hänsyn har tagits till arbetstagarens yrkesvana och förutsättningar för arbetet liksom till andra personliga förhållanden.⁴⁷ Företrädesrätten är inte begränsad till samma anställningsform eller arbetstidsmätt som tidigare. Företrädesrätten ger inte heller rätt till en viss anställning eller bästa möjliga anställning.⁴⁸ Lunning och Toijer framhåller att en arbetstagare alltså inte kan ”avvisa ett i och för sig godtagbart erbjudande för att istället göra anspråk på andra, aktuella och väntade, ’bättre’ anställningar”.⁴⁹ Här måste man dock komma ihåg att företrädesrätten ju först aktualiseras när man faktiskt redan har förlorat sin anställning, varför begreppet skäligt återanställningserbjudande rimligen måste ges en vidare innebörd än begreppet skäligt omplaceringserbjudande.

Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet i en uppkommen uppsägningssituation är alltså nära kopplad till frågan om arbetstagarens arbetskyldighet. Ett omplaceringserbjudande från arbetsgivaren som står i strid med den nuvarande arbetskyldigheten kräver i princip arbetstagarens samtycke.^{50, 51} Vidare, riktlinjerna i förarbetena och rättspraxis om att arbetsgivarens omplaceringsskyldighet enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen i första hand ska avse samma anställning och arbetsplats, och att först därefter omplacering till annan anställning kan bli aktuell, mister ju delvis sin mening om skäliga omplaceringserbjudanden kan göras så snart arbetsbrist hotar och till vilka arbetstagare som helst inom driftsenheten (utan att de som individer konkret hotas av uppsägning). Skäliga omplaceringserbjudanden kan gå utöver arbetskyldighetens ram och prövningen av huruvida ett omplaceringserbjudande är skäligt tar närmast sikte på arbetstagarens personliga förhållanden.

Avgörande för rättsverkningarna av att tacka nej till ett omplaceringserbjudande (utanför arbetskyldighetens ram) blir alltså ytterst om detta är ett led i ett uppsägningsförfarande eller inte – och om det i övrigt föreligger saklig grund (i arbetsbristsituationen då endast, om arbetsbristen berör driftsstället).

5.3 Fingerad arbetsbrist

Arbetsbrist definieras som alla de uppsägningsskäl som inte hänför sig till arbetstagaren personligen, och omfattar ekonomiska, organisatoriska eller andra

⁴⁷ Se prop. 1973:129, s. 168.

⁴⁸ Se Lunning och Toijer 2010, s. 678, C. Ulander-Wänman, Företrädesrätt till återanställning, Iustus, Uppsala 2008, s. 234 f. och AD 2000:26 och AD 2007:27.

⁴⁹ Se Lunning och Toijer 2010, s. 696.

⁵⁰ Se prop. 1973:129, s. 121 ff., Ds 2002:56, s. 153, och Glavå 2001, s. 306 ff. Se även AD 1978:161.

⁵¹ Jfr Calleman som framhåller att ett ”argument för att en turordning enligt 22 § anställningsskyddslagen skall upprättas först, är att en arbetstagare mot sin vilja kan omplaceras till ett arbete utanför sin arbetskyldighet, endast om uppsägning är alternativet. För att arbetsgivaren skall kunna veta om uppsägning är alternativet, dvs. kunna veta vem som är uppsägningshotad krävs i sin tur att han har upprättat en turordning”, se Calleman 1999, s. 128 f. (Här tycks dock Callemans uttalande alltför långtgående givet utgången i AD 2009:50 – det krävs inte att den berörda arbetstagaren är uppsägningshotad på annat sätt än att han eller hon *ingår* i den aktuella turordningskretsen.)

i praktiken sägas klassificera endast uppsägningar som uteslutande hänför sig till arbetstagaren personligen som uppsägningar p.g.a. personliga skäl.

Om arbetsgivaren alltså genomför en större driftsinskränkning som involverar omplacering och möjliga uppsägningar av fler än en eller ett fåtal arbetstagare, som i AD 2009:50, är det svårt för arbetstagaren att hävda fingerad arbetsbrist, även om ett långtgående omplaceringserbjudande bara rör någon enstaka arbetstagare med god position i en tilltänkt turordning. (Vi har sett att arbetstagarens personliga förhållanden emellertid i viss begränsad mån kan beaktas inom ramen för bedömningen huruvida omplaceringserbjudandet är skäligt.) En arbetsgivare som alltså utnyttjar den möjlighet till omplacering som ges av arbetsledningsrätten i kombination med omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen hindras i liten utsträckning av principen om fingerad arbetsbrist.

5.4 Provocerad uppsägning

En omplacering kan, liksom andra ageranden från arbetsgivarens sida, angripas enligt principen om provocerad uppsägning. Arbetstagaren kan, exempelvis då omplaceringen får ingripande verkningar och vidtas på ett kränkande eller trakasserande sätt, hävda att arbetsgivaren genom sitt omplaceringsbeslut har försökt förmå arbetstagaren att lämna anställningen, och därigenom agerat otillbörligt eller i strid med god sed på arbetsmarknaden. Enligt Arbetsdomstolen krävs det inte att arbetsgivaren direkt haft syftet att förmå arbetstagaren att lämna sin anställning. Det anses tillräckligt att arbetsgivaren har insett att han genom sitt handlande har framkallat en svår situation för arbetstagaren och därmed en risk för att arbetstagaren ska finna för gott att lämna sin anställning.⁵⁷ Arbetsgivarens agerande kan också angripas redan innan en uppsägning faktiskt har skett, men då enligt grunderna för anställningsskyddslagen.⁵⁸ Principen om provocerad uppsägning möjliggör alltså en prövning av arbetsgivarens omplacering gentemot anställningsskyddslagens krav på saklig grund för uppsägning p.g.a. personliga skäl. Om det, som i AD 2009:50, handlar om en omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen i samband med en driftsinskränkning och i syfte att undvika uppsägning är det svårt att hävda att omplaceringen vidtas på ett kränkande eller trakasserande sätt för att förmå arbetstagaren att lämna anställningen. Och, detta gäller även om det rör sig om en enstaka arbetstagare

⁵⁷ En dylik provocerad uppsägning som (formellt) görs av arbetstagaren, likställs med en osaklig uppsägning på grund av personliga skäl från arbetsgivarens sida, och kan ogiltigförklaras och berättiga arbetstagaren till allmänt och ekonomiskt skadestånd, se 34 och 38 §§ anställningsskyddslagen.

⁵⁸ Se prop. 1973:129, s. 128 f., Ds 2002:56, s. 352 och AD 1978:89, AD 2001:29, AD 2005:30, AD 2006:114 och AD 2010:41.

med god position i en tilltänkt turordning. I ett sådant fall kan dock reglerna om diskriminering komma in i bilden.

5.5 Diskriminering och god sed

Till sist, god sed på arbetsmarknaden och diskrimineringslagstiftningen sätter ytterst gränser för arbetsledningsrätten, säger Arbetsdomstolen i det aktuella målet.

Redan i propositionen till den ursprungliga anställningsskyddslagen 1973 berördes – i samband med turordningsreglernas semidispositivitet – att ”en överenskommelse om turordning som endast går ut på att slå ut andra organisationers medlemmar eller oorganiserade arbetstagare från arbetsplatsen måste anses rättsstridig” och man hänvisade här dels till det lagfästa skyddet för föreningsrätten, dels till att det skulle stå i strid med de syften som ligger bakom den aktuella lagstiftningen.⁵⁹ I samband med återinförandet av rätten för arbetsgivaren att undanta två arbetstagare från turordningen lyftes det faktum att en arbetsgivares beslut, också i detta sammanhang, kan prövas rättsligt i de fall beslutet står i strid med diskrimineringslagstiftningen eller liknande regler så som god sed på arbetsmarknaden, men även föräldraledighetslagstiftningen.⁶⁰

Arbetsdomstolen har också, i samband med att uppsägningar faktiskt ägt rum, prövat såväl avtalsurlistor som arbetsgivarens ensidiga uppsägningar med avvikelser från lagens turordningsregler mot sådana överväganden. Skyddet mot just föreningsrättskränkning är i mycket utformat som en parallell till skydd mot diskriminering. Innan ett regelrätt förbud mot diskriminering p.g.a. etnicitet förelåg, bedömdes vidare i rättsfallet AD 1983:107 negativ särbehandling av finsktalande personal i en avtalsurlista så att den stod i strid med god sed på arbetsmarknaden eller eljest var otillbörlig. AD 2005:32 gällde huruvida en MS-sjuk man sagts upp under omständigheter som var diskriminerande p.g.a. funktionshinder. Sedan mannen ansågs ha gjort sannolikt att det faktum att just han sades upp p.g.a. arbetsbrist var hans sjukdom/funktionshinder gick bevisbördan över på arbetsgivaren. Denne åberopade undantagsregeln i 22 § anställningsskyddslagen. Här konkurrerar diskrimineringsförbudet på ett för vårt sammanhang intressant sätt med den handlingsfrihet som anställningsskyddslagen in-

⁵⁹ Se prop. 1973:129 s. 233 f.

⁶⁰ Se prop. 1999/2000:144 s. 12 f. Enligt regeringens förslag skulle frågan huruvida de undantagna arbetstagarna var av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten kunna prövas enligt anställningsskyddslagen. Detta ändrades under riksdagsbehandlingen genom att undantaget istället gjordes till en fråga om ”arbetsgivarens bedömning”. – Förslaget hade utformats på riksdagens anmodan, rskr. 1998/99:179. Redan i samband därmed hade Arbetsmarknadsutskottet uttalat att undantaget inte skulle kunna utnyttjas ”på ett sätt som står i strid med jämställdhetslagens regler mot könsdiskriminering, förbud mot diskriminering enligt annan lagstiftning, föreningsrätten eller liknande”, bet. 1998/99AU8.

rymmer. Arbetsdomstolen ”såg här igenom” arbetsgivarens frihet att göra sin bedömning – det krävs, säger domstolen, att arbetsgivaren själv verkligen har uppfattningen att de undantagna är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten och friheten kan inte användas för otillbörliga och diskriminerande syften. Det bör enligt Arbetsdomstolen inte ”vara möjligt för arbetsgivaren att under täckmantel av undantagsregeln missgynna en arbetstagare om detta sker på grund av en faktor som åtnjuter särskilt skydd genom ett rättsligt förbud mot diskriminering. Arbetsgivarens handlande kommer då i alla händelser att strida mot den tillämpliga lagen om förbud mot diskriminering.” Arbetsgivaren lyckades inte här styrka att uppsägningen helt saknade samband med funktionshindret. Det är dock intressant att notera, att arbetsgivarens handlande främst bedöms utifrån diskrimineringslagen, inte anställningsskyddslagen som sådan, trots att domstolen talar i termer av en ”diskriminerande uppsägning”.⁶¹

I fall som de berörda har Arbetsdomstolen ofta, genom att klassificera uppsägningen så som gjord av personliga skäl eller i övrigt icke sakligt grundad p.g.a. ett åsidosättande av omplaceringskravet i 7 § 2 st. anställningsskyddslagen, kunnat ogiltigförklara den eller de angripna uppsägningarna. I AD 1977:215, som gällde uppsägning av fyra arbetstagare i strid med turordningen, gjorde Arbetsdomstolen vissa uttalanden av allmän räckvidd för den situationen. ”Arbetsgivaren kan tänkas frångå turordningen med hänsyn till sådana personliga moment som normalt brukar diskuteras i turordningssammanhang, t.ex. kvalifikationer för arbetsuppgifter som kan bli aktuella efter omplacering. Gör arbetsgivaren en missbedömning i en sådan situation framstår överträdelsen av anställningsskyddslagen som ett turordningsbrott. Endast skadestånd kan då bli följden av uppsägningen. Arbetsgivaren kan också tänkas frångå turordningen och säga upp viss arbetstagare på grund av dennes föreningstillhörighet. I ett sådant fall föreligger en föreningsrättskränkning. Uppsägningen är inte sakligt grundad och kan ogiltigförklaras. På samma sätt bör ogiltigförklaring kunna ske, om avsteget från turordningen sker på grund av andra personliga skäl än sådana som normalt beaktas i turordningssammanhang. Ett annat betraktelsesätt än det nu anförda skulle innebära att en arbetstagare i en arbetsbristsituation, som på grund av turordningsreglerna egentligen inte berör honom, skulle ha ett mer inskränkt skydd mot uppsägning utan saklig grund än som eljest tillkommer

⁶¹ Jfr Arbetsdomstolens uttalande: ”Även om en arbetsgivares åtgärder med åberopande av undantagsregeln i 22 § anställningsskyddslagen inte kan prövas rättsligt i den meningen att handlandet inte kan anses strida mot just denna lag”. Jfr även AD 2002:102, som gällde arbetsgivarens beslut att inte låta en provanställning övergå i tillsvidareanställning i förhållande till en arbetstagare som utsatts för sexuella trakasserier. Domstolen uttalar här att en sådan prövning inte kan ske med stöd av anställningsskyddslagen – som inte medger rättslig överprövning av ett sådant beslut – utan måste ske på annan grund, ”t.ex. att det finns ett föreningskränkande syfte bakom beslutet”. Jfr också Lunning och Toijer 2010, s. 640 f., som särskilt påpekar att prop. 1999/00:144 hänvisar till förarbetena till 1979 års jämställdhetslag, enligt vilka anställningsskyddslagen alltid går före vid en rättslig intressekollision, se prop. 1978/79:175 s. 116 f.

honom.”⁶² – Även diskrimineringslagens påföljdsregel innefattar ogiltighet av en rättsstridig uppsägning⁶³ liksom rätt till s.k. diskrimineringsersättning.⁶⁴ Samtidigt står det klart att s.k. allmänt skadestånd – i brist på lagstöd – inte kan utgå när ett rättshandlande ”bara” strider mot god sed på arbetsmarknaden.⁶⁵

Flera av de aspekter av handlingsfrihet för arbetsgivaren som står i centrum här rör inte uppsägning utan ”arbetsbristrelaterade” omplaceringar. (När det gäller särskilt ingripande omplaceringar, i princip jämförliga med uppsägningar, av personliga skäl sätts de rättsliga ramarna av Bastubadarprincipen. Här krävs regelrätta sakliga/godtagbara – och därmed naturligtvis icke diskriminerande – skäl.⁶⁶) I propositionen om undantag i turordningen görs det generella uttalandet, i samband med omplacering enligt 22 § anställningsskyddslagen, att arbetsgivarens beslut kan underkännas rättsligt om det framstår som ett försök till kringgående av lag eller avtal eller om det strider mot god sed på arbetsmarknaden.^{67, 68, 69} (Det är numera klarlagt⁷⁰ att diskrimineringsförbuden i Diskrimineringslagen (2008:567) gäller alla typer av arbetsgivarbeslut, låt vara att diskriminering förutsätter att det handlar om mer än bagatellartade skillnader i behandling.⁷¹)

Det står alltså sammanfattningsvis klart, att arbetsgivarens principiella frihet vid omplaceringar – vare sig vi talar om 7 § 2 st. anställningsskyddslagen eller 22 § – enligt själva anställningsskyddslagen står i en komplicerad och ännu täm-

⁶² Jfr AD 1988:32. Fallet gällde en facklig förtroendeman. Arbetsbrist ansågs föreligga, men då omplaceringskravet i 7 § 2 st. inte hade uppfyllts saknades saklig grund och uppsägningen kunde ogiltigförklaras.

⁶³ 5 kap. 3 § Diskrimineringslagen.

⁶⁴ 5 kap. 1 § Diskrimineringslagen. Diskrimineringsersättning kan sägas ersätta allmänt skadestånd i diskrimineringsmål.

⁶⁵ Jfr Lunning och Toijer 2010, s. 767 med där anförda rättsfall.

⁶⁶ Jfr AD 1978:89. Bastubadarprincipen medför alltså att en arbetsgivare som vidtar en särskilt ingripande omplacering – med hänsyn till arbetsuppgifter, anställningsförmåner och anställningsförhållandet i övrigt – på grund av personliga skäl måste kunna visa godtagbara skäl, trots att omplaceringen ligger inom arbetskyldighetens ram. Bastubadarprincipen utgör en allmän rättsgrundsats och en dold klausul i kollektivavtalet, och har getts en relativt restriktiv tolkning i Arbetsdomstolens tämligen omfattande rättspraxis på området. Se även exempelvis AD 1982:29, AD 1993:34, AD 2002:134 och AD 2003:76.

⁶⁷ Prop. 1999/2000:144 s. 7. Uttalande verkar främst ta sikte på rekvisitet tillräckliga kvalifikationer.

⁶⁸ Jfr även AD 2003:55, där arbetsgivarens beslut att inte förnya en tidsbegränsad anställning prövades mot förbudet mot etnisk diskriminering.

⁶⁹ Arbetsgivarens arbetsledningsbeslut står i strid med god sed på arbetsmarknaden om beslutet är diskriminerande eller otillbörligt eller om arbetsgivaren handlar utifrån slumpmässiga eller ovidkommande syften eller på ett sätt som är rättsstridigt eller strider mot allmän moral, se exempelvis AD 1983:46.

⁷⁰ Själva lagstiftningstekniken är dock inte nödvändigtvis särskilt klagörande. 2 kap. 1 § Diskrimineringslagen förbjuder således ”diskriminering” utan att närmare ange vare sig diskrimineringstyp, diskrimineringsgrund eller åtgärdsdrag.

⁷¹ Se prop. 2007/08:95 s. 498.

ligen utforskad relation till diskrimineringslagens numera mångfacetterade förbud.⁷² Samtidigt framgår att med en så omfattande handlingsfrihet för arbetsgivaren så är just skyddet mot diskriminering vid en ingripande omplacering med sin bakgrund i arbetsbrist snart sagt det enda arbetstagaren har att falla tillbaka på.

6. Avslutande analys

Huruvida omplacering enligt 7 § 2 st. anställningsskyddslagen sker före eller efter turordning spelar, som Arbetsdomstolen definierat rättsläget, alltså egentligen ingen roll, så länge den faktiskt sker.⁷³ Den springande punkten är istället vad turordningsreglerna – inklusive omplaceringsregeln – i 22 § egentligen innebär. Och vad det har för konsekvenser att tacka nej till ett omplaceringserbjudande, som i och för sig kan framstå som skäligt, i ett tidigt skede. Det är svaret på dessa frågor som avgör vad skyddet mot uppsägningar i arbetsbristsituationer är värt.

Anställningsskyddet vid arbetsbrist skulle enligt ovanstående i princip begränsas till (1) att man bara kan drabbas om man berörs av den aktuella driftsinskränkningen och (2) att turordningen innebär att man inte kan sägas upp framför sämre turordnad så länge man har tillräckliga kvalifikationer för kvarvarande arbete inom turordningen, samtidigt som (3) platsen i turordningen kan ersättas med ett skäligt omplaceringserbjudande vilket som helst (och – nästan – när som helst). Man har inte rätt att vänta på sin tur – dvs. att kräva att arbetsgivaren i första hand omplacerar dem med sämre plats i turordningen. Ett visst skydd (4) ligger emellertid naturligtvis också i prövningen av vad som är ett skäligt omplaceringserbjudande.

När det gäller (1) – för att drabbas måste man vara berörd av den aktuella driftsinskränkningen – är det naturligtvis en viktig utgångspunkt ur flexibiliseringsperspektiv att här bestämmer i princip arbetsgivaren. Det är alltså denne som avgör var i verksamheten arbetsbrist uppkommer och när – först (långt!) därefter kommer reglerna om turordning in i bilden. Arbetsgivaren har därför viss frihet att i samband med omplaceringar manipulera även ramförutsättningen – föreligger ännu en arbetsbristsituation? Vidare är ju lagens regler om turordningskrets semidispositiva och parterna har en stor frihet när det gäller den närmare gränsdragningen, vilket gör att skyddet av turordningsreglerna ur den enskilde arbetstagarens synvinkel kan te sig tämligen schimärt. Ser vi det ur arbetsgivarens synvinkel är ju emellertid detta beroende av lagens regler respek-

⁷² Jfr Lunning och Toijer 2010, s. 651.

⁷³ Och vi bortser då ifrån det synsättet att turordning enligt 22 § anställningsskyddslagen per definition *alltid* sker efter alternativ omplacering!

tive utgången av fackliga förhandlingar naturligtvis en viktig begränsning när han eller hon väl har bestämt sig för en viss driftsinskränkning.

Turordningsreglerna innebär vidare (2) ett skydd mot faktisk uppsägning före sämre turordnade kollegor som kvarstår vid en slutlig turordning för uppsägning förutsatt att jag har tillräckliga kvalifikationer för åtminstone de inom turordningskretsen kvarvarande arbetsuppgifter som dessa skulle ha utfört, hade de inte sagts upp. (Detta gäller dock bara förutsatt att jag inte redan tackat nej till ett skäligen omplaceringserbjudande – se vidare nedan under 3.)

Samtidigt innebär rättsläget alltså (3) att jag i en situation med hotande driftsinskränkningar har ett ytterst begränsat skydd mot förändrade anställningsförhållanden. Långvarig anställning (och hög ålder) skyddar inte mot att arbetsgivaren kan finna det lämpligt att ge just en viss arbetstagare ett erbjudande om omplacering – och det gäller vare sig erbjudandet sker inom eller utom anställningen/arbetskyldigheten och inom eller utom turordningskretsen. Turordningen skyddar först när uppsägningen faktiskt realiserats och att tacka nej till ett skäligen omplaceringserbjudande vilket som helst sätter anställningsskyddet ur spel. Som minoriteten framhållit innebär detta att en arbetstagare med lång anställning, som erbjuds en omplacering, ibland kan tyckas få ett sämre skydd än den arbetstagare, som inte får ett sådant erbjudande.

Kravet på ett ”skäligen” omplaceringserbjudande (4) kan naturligtvis innebära ett reellt skydd (närmast då som hänsynstagande till vissa av arbetstagarens personliga förhållanden). En ”riktig” uppsägningssituation i form av arbetsbrist uppfattas emellertid alltså som något väsensskilt från ”skiljande från anställning” i betydelsen arbetsledning utanför anställningens/arbetskyldighetens ramar. Är det bara en enskild individ eller några få som berörs av driftsinskränkningen kan kravet på skälighet få en mer individualiserad och reell innebörd (och då kan också principerna om fingerad arbetsbrist och provocerad uppsägning tänkas spela in). Handlar det däremot om stora förändringar är arbetsgivarens frihet omfattande.

Det är alltså ingen tvekan om att i den situationen att några uppsägningar aldrig behöver komma till stånd, utan arbetsgivaren kan lösa ”övertaligheten” inom verksamheten, har han eller hon en i princip obegränsad frihet att företa omplaceringar i verksamheten, inom och utom arbetskyldigheten. Gränsen går först vid diskriminering och andra beslut i strid med god sed. Principerna om fingerad arbetsbrist och provocerad arbetsbrist uppställer vid större omorganisationer och driftsinskränkningar i princip inte några hinder för arbetsgivarens verksamhets- och arbetsledningsrätt. Med tanke på arbetsgivarens omfattande frihetsgrader enligt anställningsskyddslagen kan det i framtiden förväntas bli ett väsentligt ”starkare tryck” i arbetstvister just mot diskrimineringsförbuden och god sed – som ett sätt att angripa arbetsbristrelaterade omplaceringar och uppsägningar med tydlig personlig koppling.

Slutsatsen är, att arbetsgivarprerogativen är starkare än man i allmänhet föreställt sig sedan anställningsskyddslagens tillkomst och skyddet mot ”godtyck-

liga” uppsägningar mindre. Slutsatsen är ju, att en arbetstagare, så snart arbetsgivaren identifierat en ”arbetsbristsituation”, har anledning att acceptera omplaceringserbjudanden ”ut ur det blå” och att ett avböjande av ett skäligt sådant erbjudande leder till att man går miste om anställningsskyddet (i form av en viss turordning och sin plats i turordningen). Detta innebär att anställningsskyddet och turordningsreglerna underordnas verksamhets- och arbetsledningsrätten så länge inga faktiska friställningar kommer till stånd. Detta begränsar också den enskilda arbetstagarens anställningsskydd på ett sätt som står i bjärt kontrast med turordningsreglerna som idé och även med uppfattningen om 7 § 2 st. anställningsskyddslagen som ett ”extra skydd för anställningen”.⁷⁴ Det underminerar också anställningsskyddets funktion som ett skydd mot godtyckliga uppsägningar.⁷⁵ Därmed har reglerna getts en tolkning som kan sägas komma i konflikt med syftet hos flera grundläggande bestämmelser.

Det faktum att lagen – redan enligt tidiga uttalanden i förarbetena och som tydligast reflekteras i företrädesrättens till återanställning begränsningar – inte syftar till något befattningsskydd utan primärt ska skydda mot friställningar, är grundbulten i anställningsskyddet och dess tillkortakommanden så som de beskrivits här.⁷⁶

Ser vi till flexibiliseringsproblematiken så är en grundläggande utgångspunkt anställningsavtalets typiska långsiktighet och den oförutsebarhet eller, om man så vill, det inneboende behov av flexibilitet som följer därav. Tryggade ”yttre” villkor behöver balanseras av stor ”inre” flexibilitet. Arbetsdomstolens rättstillämpning av anställningsskyddet i arbetsbristsituationer är ett tydligt uttryck för detta synsätt. Arbetsdomstolens tolkning av anställningsskyddet i arbetsbristsituationer som begränsat till ett skydd mot friställning – och inte för befattning – kan samtidigt också sägas vara ett tydligt uttryck för flexicurity och ligger helt i linje med tankarna om anställningsbarhet som den framtida kärnan i anställningsskyddet.⁷⁷ Även om anställningsskyddet vid arbetsbristsituationer inte re-

⁷⁴ Jfr prop. 1973:129 s. 122.

⁷⁵ Jfr här Källström och Malmberg som framhåller att vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist fungerar främst turordningsreglerna som ett skydd mot godtycke, se Källström och Malmberg 2009, s. 131.

⁷⁶ Detta grundläggande synsätt återspeglas också i det faktum att anställningsskyddet vid just turordningsbrott och i arbetsbristsituationer begränsats till skadestånd och inte leder till ogiltigförklaring – se prop. 1973:129, s. 183 f. Som motiv härför lyfts de problem en annan lösning skulle kunna innebära för genomförandet av driftsinskränkingen som sådan liksom processuella komplikationer relaterade till samordning av flera turordningstvister. Man pekar också på ”mindre tillfredsställande konsekvenser för den arbetstagare som egentligen borde ha sagts upp men som stått kvar i anställningen under hela den tid som tvisten pågått” och på återanställningsrätten. Vi drar slutsatsen att blir det fel får det räcka med ekonomisk ersättning – någon måste ändå bli friställd! – en logik som stämmer väl med uppfattningen om anställningsskyddet som ytterst ett skydd mot friställning, här från en mer kollektiv utgångspunkt.

⁷⁷ Se vidare exvis A. Numhauser-Henning, Flexible qualification – a Key to Labour Law?, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 17, nr 1, 2001, s. 101–116.

formerats lagstiftningsvägen – och det därmed inte är fråga om någon lagstiftad och medveten avreglering av anställningsskyddet i tillsvidareanställningen i flexicurity strategins efterföljd – visar alltså vår analys att anställningsskyddet i tillsvidareanställningen här är klart begränsat.

Det finns egentligen redan som utgångspunkt ett principiellt ganska omfattande utrymme för kvantitativ flexibilitet i Sverige, i betydelsen arbetsgivarens möjligheter att anpassa arbetskraftens storlek till verksamhetens skiftande behov och faktisk säga upp arbetstagare p.g.a. arbetsbrist. Arbetsgivaren styr över driftsinskränkningen och avgör hur många som måste sägas upp och i vilka delar av verksamheten, samtidigt som arbetsbrist alltid utgör saklig grund för uppsägning.

Detta utrymme för kvantitativ flexibilitet i arbetsbristsituationer visar sig alltså nu vara större än man länge föreställt sig genom att turordningsreglerna inte ger något skydd mot också långtgående omplaceringar i dessa situationer. Härigenom relaterar arbetsbristuppsägningar också till kvalitativ flexibilitet, i betydelsen arbetsgivarens möjligheter att i takt med verksamhetens förändrade behov kunna använda arbetstagarna till skiftande arbetsuppgifter. Den kvalitativa flexibiliteten tar sig här uttryck i utövandet av arbetsledningsrätten och tillämpningen av omplaceringsskyldigheten och turordningsreglerna i anställningsskyddslagen för att kunna placera rätt person på rätt plats. Analysen ovan har visat att arbetsgivarens frihetsgrader här är omfattande och att inte bara de svenska reglerna i anställningen utan också det svenska anställningsskyddet medger ett omfattande utrymme för kvalitativ flexibilitet. Tidigare slutsatser om ett omfattande utrymme för kvalitativ flexibilitet i svensk rätt bekräftas alltså.⁷⁸

Arbetsgivarens stora frihet i arbetsbristsituationer ter sig därför ur flexibileringsynpunkt närmast som ett slags ”borderline case” mellan kvalitativa och kvantitativa strategier. En närmast obegränsad frihet i användningen av den befintliga arbetskraften kan snabbt glida över i en kvantitativ uppsägningsstrategi, skulle arbetsgivaren stöta på patrull i sin arbetsledning.

Arbetsdomstolens resonemang och tillämpning av anställningsskyddsreglerna vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist i AD 2009:50 kan vidare sägas bidra till en ytterligare ”uppluckring” av gränsen mellan arbetsbrist och personliga skäl. Vi har i andra sammanhang ifrågasatt just denna dikotomi, som traditionellt präglar anställningsskyddet.⁷⁹ I svensk rätt tillämpas två, i stor utsträckning separata, regelsystem beroende på om uppsägningen har sin grund i arbetsbrist eller personliga skäl, och det skydd arbetstagaren erbjuds skiljer sig också åt. Medan en arbetstagare som är praktiskt taget oförmögen att utföra sitt arbete måste sägas upp på grund av personliga skäl, och därigenom kan förlita sig på det skydd som arbetsgivarens vidsträckta skyldigheter att informera, varna och

⁷⁸ Se Rönmar 2004, s. 343 ff.

⁷⁹ Se bl.a. M. Rönmar, Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 17, Nr 1, 2001, s. 117–138 och Numhauser-Henning 2001.

utbilda erbjuder, löper en annan arbetstagare (också med lång anställningstid och trogen tjänst) stor risk att i en arbetsbristsituation anses sakna tillräckliga kvalifikationer – eller att erbjudas en långtgående (om än skälig) omplacering trots en god position i en tilltänkt turordning.

Slutligen, mycket tyder på att skyddet för enskilda arbetstagare framöver främst står att finna i diskrimineringslagstiftningen. Diskrimineringskyddet framstår alltså – även på anställningsskyddets område – som ett alltmer framträdande mönster i arbetsrätten.

Välkommen att kommentera detta bidrag på JT-forum på Juridisk Tidskrifts hemsida, www.jt.se.