Anställningsskydd i utveckling

Niklas Selberg &
Erik Sjödin (red.)

iUSTUS

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44f4

ANSTÄLLNINGSSKYDD I UTVECKLING

Anställningsskydd i utveckling

Redaktörer
Niklas Selberg & Erik Sjödin

iUSTUS
FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2022
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-211-0
Produktion: eddy.se ab, Visby 2022
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Telefon: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Eurographic Group 2022

Förord

Problem med anknytning till anställningsskyddslagen är alltid närvarande i arbetsrättsliga sammanhang och alla arbetsrättare har anledning att fördjupa sig i dessa frågeställningar. Anställningsskyddet är både politiskt och juridiskt omstritt. Under ett par års tid, med kulmen i form av lagändringar sommaren 2022, har diskussionen om anställningsskyddet varit särskilt intensiv. Att anställningsskyddet på detta sätt alltid är närvarande i arbetsrätten kan emellertid leda till att det inte uppmärksammas i den utsträckning det förtjänar.

Inbjudan till kapitelförfattarna handlade om att de skulle uppmärksamma övergripande och principiella problem i anställningsskyddet, det vill säga sådana som kvarstår så länge som inte reglerna ändras radikalt. Med den här antologin vill vi alltså lämna bidrag till fördjupad förståelse av en bred uppsättning klassiska anställningsskyddsrättsliga problem – som kommer att kvarstå även med 2022 års LAS. Vi hoppas antologin ska vara av intresse för alla och envar – forskare och praktiker, jurister och alla andra – som kommer i kontakt med frågor om anställningsskydd.

Sedan covid-19-pandemins start har vi redaktörer bedrivit en webinarieserie i arbetsrätt med anknytning till det av Forte finansierade nationella nätverket för arbetsrättsforskare. Av diskussionerna inom ramen för webinarieserien har vi hämtat mycket kunskap och inspiration – inte minst för den här antologin. Ett antal av texterna har ventilerats på ett webinarium. Stort tack till alla deltagare i webinarieserien för att ni entusiastiskt och generöst delar med er av er kunskap och era analyser. Tack till Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning

för ekonomiskt stöd till bokens utgivning och till Iustus förlag för fint arbete med antologin. Framför allt vill vi tacka de medverkande författarna för deras intressanta bidrag och deras stora tålamod med den utdragna processen kring boken.

Lund och Stockholm, augusti 2022

Niklas Selberg och Erik Sjödin

Innehållsförteckning

Förord 5

Inledning 11

Anställningsskydd i utveckling: ständigt aktuella frågor och nya problem 11
Niklas Selberg & Erik Sjödin
1 Inledning 11
2 Antologins kapitel: ett smörgåsbord av anställningsskyddsrättsliga problem 15
3 En brytningstid för (forskning om) anställningsskyddet 19

Anställningstidens betydelse för det svenska anställningsskyddet 23
Bernard Johann Mulder & Birgitta Nyström
1 Ett reformerat anställningsskydd – betydelsen av senioritet 23
2 Senioritet vid uppsägning och uppsägningstidens längd 26
3 Anställningstidens betydelse i några andra sammanhang 35
4 Några reflektioner 38

Skäliga omplaceringserbjudanden och arbetsledningsrätten 45
Caroline Johansson
1 Inledning 45
2 Omplaceringsskyldighetens utformning 47
3 Geografisk omplacering 50

4 Arbetstidsmått och anställningsform 53
5 Omplacering vid sjukdom eller skada 57
6 Sammanfattande analys 60

Om rättsfiguren provocerad uppsägning i kränkningssituationer 65
Sabina Hellborg
1 Inledning 65
2 En prövning i flera led 67
3 Slutord 75

Anställningsskyddets betydelse som arbetsmiljökrav och arbetsmiljökravens betydelse för anställningsskyddet 77
Johan Holm
1 Inledning 77
2 Anställningsskyddslagen som genomdrivare av arbetsmiljökrav 78
3 Arbetsmiljölagens konsekvenser för anställningsskyddet 86
4 Slutsatser 88

Anställnings(o)trygghet för kvinnor med huvudduk 91
Lena Svenaeus
1 Muslimsk huvudduk – en het fråga för EU-domstolen 91
2 EU-domstolens domar om religiös klädsel 94
3 Balansen mellan kvinnornas och arbetsgivarnas rättigheter 100
4 Situationen i Sverige 106

Anställningsskydd, kompetensutveckling och sysselsättningstrygghet 111
Caroline Ferngren
1 Inledning 111
2 Rätt till kompetensutveckling enligt 1982 års LAS? 115
3 Kompetensutveckling i EU:s arbetsmarknadspolitik 118
4 Kompetensutveckling enligt ILO och FN 120
5 2022 års omställnings- och kompetensstöd 122
6 Avslutande analys 124

Den svenska modellen i en ny era 127
Petra Herzfeld Olsson
1 Inledning 127
2 Bakgrunden till LAS-reformen 130
3 Centrala utgångspunkter för lagstiftning och kollektivavtal 132
4 Hur har lagstiftare och arbetsmarknadens parter historiskt fördelat ansvaret för reglering av arbetsmarknaden? 136
5 Europeiska influenser 139
6 Den nya eran 140
7 Avslutande reflektioner 147

Det splittrade anställningsskyddet i 2022 års LAS – om effekterna av kollektivavtal om avsteg från 7 § LAS 149
Niklas Selberg & Erik Sjödin

Författarpresentationer 155

Inledning

Anställningsskydd i utveckling: ständigt aktuella frågor och nya problem

Niklas Selberg & Erik Sjödin

1 Inledning

Anställningsskyddet är en av de mest omstridda delarna av svensk arbetsrätt; reglerna är ständigt omdiskuterade, ofta utredda i statliga utredningar och kritiserade från både höger och vänster. Anställningsskyddet utgörs av en omfattande och svårfångad materia i vilken de olika beståndsdelarna hänger ihop som en komplex helhet. Anställningsskyddslagen tillämpas ständigt i arbetslivet och i domstolar, och alla som håller på med arbetsrätt måste förhålla sig till dessa regler. Nya frågor om anställningsskydd uppstår ofta i det praktiska rättslivet.

Så löd inbjudan att medverka i denna antologi som syftar till att fördjupa förståelsen för anställningsskyddet. Tiden efter inbjudan visade att iakttagelsen var riktig: diskussionens vågor har gått höga och LAS har ändrats radikalt under våren 2022. Det är fråga om både omreglering och nyreglering. Anställningsskyddet är kärnan i regleringen av förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Trots att dessa lagregler alltid varit de mest politiskt och juridiskt omstridda bland arbetsrättens regler har de i hög grad varit oförändrade under nästan 50 år – dvs. mellan 1973 och 2022. Idag är de gällande anställningsskyddsreglerna mer omfattande än någonsin, och också mer komplexa än någonsin – lärare i arbetsrätt har en svår uppgift och den som ska tillämpa reglerna måste ha överblick över ett vidsträckt rättsligt fält.

2022 års LAS genomför flera EU direktiv[1] och förfarandet vid kollektiva uppsägningar samt utrymmet för tidsbegränsade anställningar är också reglerat i EU-direktiv.[2] Anställningsskydd förekommer vidare i form av särreglering, t.ex. avseende föräldralediga (och den som begär flexibla anställningsformer)[3], visselblåsare[4], vid föreningsrättskränkning[5] och för anställda i arbetsgivarens hushåll[6] respektive sjömän[7]. Tvister om uppsägningar aktualiserar numera ofta även internationellt rättsligt material såsom t.ex. Europakonventionen.[8]

Den befintliga rättsvetenskapliga litteraturen om anställningsskydd är relativt omfångsrik.[9] Det framstår dock som om forskarna framför

[1] Se särskilt rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/1794, och Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1152 av den 20 juni 2019 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen.

[2] Direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar, prop. 1994/95:102, direktiv 1999/70 av den 28 juni om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP, bl.a. prop. 2015/16:62.

[3] 16–16 b §§ föräldraledighetslagen (1995:584), prop. 2021/22:175 och direktiv (EU) 2019/1158 av den 20 juni 2019 om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare och om upphävande av rådets direktiv 2010/18/EU (balansdirektivet).

[4] 3 kap. 1–2 §§ lagen (2021:890) om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden, prop. 2020/21:193, direktiv (EU) 2019/1937 av den 23 oktober 2019 om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten.

[5] 8 § 3 st. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Jfr Leif Bylund, *Bevisbörda och bevistema. En studie av en bevisbörderegel i mål om föreningsrättskränkningar*, 1970 (diss.).

[6] 12–14 §§ lagen (1970) om arbetstid m.m. i husligt arbete.

[7] 4–19 §§ sjömanslagen (1973:282).

[8] Jfr Petra Herzfeld Olsson, Folkrätten i arbetsrätten, I: Rebecca Stern & Inger Österdahl (red.) *Folkrätten i svensk rätt*, 2012. Jfr AD 2012 nr 25 och Niklas Selberg & Erik Sjödin, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning, JT 2012–13 s. 846–877.

[9] Om anställningsskyddet i allmänhet, se bl.a. Tore Sigeman & Erik Sjödin, *Arbetsrätten. En översikt*, 8 uppl., 2022, s. 189–214, Kent Källström & Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 5 uppl., 2019,

allt fokuserat på frågor om uppsägning av verksamhetsskäl: arbetsbristdefinitionens utveckling och utformning[10], turordning vid uppsägning[11], företrädesrätt till återanställning[12] samt verksamhetsövergång.[13] Det omstridda och föränderliga utrymmet för ingående av tidsbegränsade anställningsavtal har också analyserats utförligt.[14] Arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddet har undersökts.[15] Forskningen har vidare sysselsatt sig med att beskriva och diskutera anställningsskyddet i en föränderlig arbetsmarknad och i ljuset av utvecklingstendenser såsom bolagisering[16], flexicurity[17] samt arbetsmarknadsparternas egen reglering[18] av anställningsskyddsproblem. Rättsutvecklingen inom EU har tillfört en likabehandlings- eller icke-diskrimineringsdimension till frågan om utrymmet för tidsbegränsade anställningar (och deltid) som blivit föremål för rättsvetenskaplig belysning.[19] Kraven på arbetsgivare att bedriva arbetsmiljöanpassning och rehabilitering har analyserats i relation till anställningsskydd.[20] När det kommer till uppsägning på grund av skäl hänförliga till arbetstagaren personligen är tystnaden öronbedövande – denna fråga har inte blivit föremål för någon sam-

s. 49–51, s. 120–171, Kent Källström i F. Schmidt m.fl., *Löntagarrätt*, rev. uppl. 1994 6 kap., Axel Adlercreutz & Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, 14 uppl., 2013.

[10] Mats Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*, 1999 (diss.).

[11] Catharina Calleman, *Turordning vid uppsägning*, 2000 (diss.).

[12] Carin Ulander-Wänman, *Företrädesrätt till återanställning*, 2008 (diss.).

[13] Johann Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, 2004 (diss.), Ronnie Eklund, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, 1983 (diss.).

[14] Ann Numhauser-Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, 1984 (diss.).

[15] Niklas Selberg, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*, 2017 (diss.).

[16] Ronnie Eklund, *Bolagisering – Ett mode eller måste? Arbetsrättsliga lösningsmodeller i 21 koncerner*, 1992.

[17] Carin Ulander-Wänman, *Flexicurity och utvecklingsavtalet*, IFAU-rapport 2010:19.

[18] Carin Ulander-Wänman, *Priset för flexibiliteten. En analys av anställningsvillkor för arbetstagare i kommuner och landsting*, 2014.

[19] Hanna Pettersson, *Frihet från underordning. En kritisk rättsvetenskaplig studie av diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda*, 2012 (diss.).

[20] Annamaria Westregård, *Arbetsgivarens ökade ansvar för sjuklön och rehabilitering kontra arbetstagarnas integritet – går det att förena?*, IFAU-rapport, 2008.

manhållen och djuplodande rättsvetenskaplig analys i Sverige.[21] Här finns ett viktigt fält för kommande forskning att ta sig an.

Som en följd av den expanderande diskrimineringsrätten kan ett stort antal anställningsskyddsrättsliga problem uppstå inom ramen för tillämpningen av diskrimineringsrätten. Centrala frågor om bl.a. senioritetsprincipens ställning och generationskonflikter i anslutning till uppsägning av anställningsavtal har hanterats som frågor om (ålders-)diskriminering.[22] Att stärka den äldre arbetskraftens ställning var som bekant en avgörande målsättning vid stiftandet av den första LAS – den s.k. äldrelagen[23] från 1971 – och denna problematik har fått en ny inramning av diskrimineringsrätten. Vidare har frågor om det diskrimineringsrättsliga skyddet för funktionsnedsatta arbetstagare uppkommit i anslutning till anställningsskyddet.[24] Samspelet mellan anställningsskydd och diskrimineringsrätt framstår som ett intressant och relevant område för kommande forskning (se emellertid flera av bidragen till denna antologi!).

Anställningsskyddet har under de senaste åren framstått som ett problemområde för den s.k. svenska modellen för arbetsmarknadsreglering och som oöverstigligt hinder för arbetsmarknadsparterna, som vid två tillfällen inlett förhandlingar om ett nytt huvudavtal – men tvingats avsluta förhandlingarna utan avtal, just för att enighet inte kunnat nås om anställningsskyddet.[25] 2022 bröts emellertid denna trend och parternas nyligen genomförda förslag om ändringar i LAS beskrevs av arbetsmarknadsminister Eva Nordmark som ”den största reformen på arbetsmarknaden i modern tid”.[26] Forskningen om anställningsskyddet bör därför ta nya tag och ge sig i kast med det nya regelverket. Vi menar också att behovet av vad Mats Glavå kallat *av-*

[21] Jfr för Danmark Jørgen Rønnow Bruun, *Usaglig afskidelse*, 1996.
[22] AD 2011 nr 37 och AD 2021 nr 38.
[23] Prop. 1971:107, DsIn 1971:1.
[24] AD 2015 nr 57, AD 2020 nr 58, AD 2020 nr 13, AD 2013 nr 78.
[25] Anders Kjellberg, Den svenska modellen 2020: pandemi och nytt huvudavtal, rapport från Arena Idé, september 2021. https://arenaide.se/wp-content/uploads/sites/2/2021/04/arena-ide-kjellberg-211013.pdf.
[26] https://www.lag-avtal.se/tidningen/storsta-reformen-pa-arbetsmarknaden-i-modern-tid-7016237.

mytifiering av anställningsskyddet alltjämt är stort.[27] När LAS fyllde 40 gratulerades lagen av Arbetsrättsliga föreningen med ett symposium och den föreliggande antologin är ett senkommet bidrag till firandet av LAS.[28] Även om det inte saknats heltäckande och utförligt analyserade och motiverade förslag för hur anställningsskyddet både kan förstås och förändras[29] finns behov av fortsatta analyser. Några sådana återfinns i den föreliggande antologin.

2 Antologins kapitel: ett smörgåsbord av anställningsskyddsrättsliga problem

Kapitlen i antologin lämnar bidrag till en fördjupad förståelse av flera centrala anställningsskyddsrättsliga problemställningar som kvarstår även efter 2022 års LAS.

En aspekt som präglat anställningsskyddslagen alltsedan tillkomsten 1973 och över in i 2022 års LAS är senioritetsprincipen och anställningstidens betydelse i LAS-sammanhang. Bernard Johann Mulder och Birgitta Nyström visar i sitt kapitel *Anställningstidens betydelse för det svenska anställningsskyddet* hur längden på en arbetstagares anställningstid hos en viss arbetsgivare inverkar på anställningsskyddet. Författarna framhåller inte endast senioritetsprincipen (som tillämpas bland de med tillräckliga kvalifikationer för det framtida arbetet) vid arbetsbristuppsägning, utan också hur anställningstid är en faktor som i vissa situationer ska inverka på anställningsskyddet då arbetsgivaren åberopar skäl hänförliga till arbetstagaren personligen. Sammanfattningsvis illustrerar författarna hur anställningstid är en faktor som strukturerar det svenska anställningsskyddet – också efter 2022 års ändringar i LAS.

[27] Mats Glavå, 30 år med anställningsskydd – och med myter. En kritisk reflektion över anställningsskyddets utveckling, I: Birgitta Nyström, Annamaria Westregård & Hans-Heinrich Vogel (red.), *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, 2015, s. 209–229.

[28] Ronnie Eklund (red.), *Arbetsrättsliga föreningen 60 år. LAS 40 år. Anföranden vid sammankomst 21 januari 2015 i Stockholm*, 2018.

[29] Mats Glavå, *Vägval för anställningsskyddet*, 2018, Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.

Ett viktigt tema handlar om hur LAS har konsekvenser för kringliggande lagstiftning. Anställningsskyddet samspelar med diskrimineringsrätten respektive med den offentligrättsliga arbetsmiljörätten. Sabina Hellborg visar i sitt kapitel *Om rättsfiguren provocerad uppsägning i kränkningssituationer* hur anställningsskyddslagen medger en civilrättslig prövning och fastställande av ansvar för kränkande särbehandling i arbetslivet i situationer där diskrimineringsrätten inte är tillämplig. Inom ramen för tvister om en arbetstagare provocerats av arbetsgivaren att lämna anställningen kan ansvar för kränkningar indirekt utkrävas. Egenuppsägningar kräver ju inte sakliga skäl och därför måste det finnas en möjlighet att under vissa förutsättningar tillskriva arbetstagarens uppsägning till arbetsgivaren. Med stöd av en praxisgenomgång fördjupar författaren vår förståelse av LAS betydelse för hantering av det idag växande problemet med mobbing i arbetslivet. Johan Holm visar i sitt kapitel *Anställningsskyddets betydelse som arbetsmiljökrav och arbetsmiljökravens betydelse för anställningsskyddet* hur den vertikala offentligrättsliga arbetsmiljörätten samspelar med det horisontella civilrättsliga anställningsskyddet. Frågan om arbetsgivaren uppfyllt sitt arbetsmiljöansvar väcks ofta i tvister om uppsägning av anställningsavtal. Dessutom kan bristande arbetsmiljöåtgärder från arbetsgivarens sida uppfattas som att arbetsgivaren orsakat en arbetstagares uppsägning och att denna alltså ska prövas med tillämpning av anställningsskyddslagen. De arbetsmiljörättsliga kraven på arbetsgivaren innebär vidare att underbemanning kan vara otillåten med tillämpning av arbetsmiljörätten, och en implikation är därför att uppsägningar av anställningsavtal som har sin grund i verksamhetsrelaterade aspekter – arbetsbristuppsägningar, för att tala med LAS – kan prövas med stöd av arbetsmiljörätten.

En viktig fråga handlar om hur LAS ska verka inte endast i en förändrad rättslig kontext, utan också i en förändrad verklighet. Både rätten och samhället har ju varit stadda i konstant förändring sedan 1973, medan huvuddragen i LAS varit oförändrade. Nya frågor ställs således till anställningsskyddet. Lena Svenaeus kapitel *Anställnings(o)trygghet för kvinnor med huvudduk* analyserar samspelet mellan anställningstrygghet och diskrimineringsrätt såvitt det uttrycks i EU-domstolens praxis kring det alltmer utbredda fenomenet neutralitetspolicy. I denna skärningspunkt står skydd för religionsfrihet och rätt till skydd mot

diskriminering mot arbetsgivares näringsfrihet, eller, med annat ord, arbetsledningsrätten. Svenaeus visar att ett alltför lättvindigt accepterande av arbetsgivares neutralitetspolicies leder till avsevärda risker för inte endast ett urgröpt anställningsskydd utan också för diskriminering. Kapitlets analyser fördjupas av att de utförs inte endast med stöd av den gängse juridiska metoden som används för att beskriva rätten, utan också med stöd av kritisk diskursanalys som har ett annat fokus på språkanvändning med syfte att visa hur makt utövas i en viss social praktik.

Arbetsmarknadsparterna har under 2022 diskuterat LAS och förhandlat fram ändringsförslag som lagstiftaren genomfört.[30] Det finns ett behov av bakgrundskunskap om de aspekter av LAS som parterna omstöpt och dessutom finns anledning att låta konceptet anställningsskydd gå i dialog med det nya sysselsättningsskyddet för att på så sätt överbrygga gamla och nya (2022 års) LAS. Caroline Johansson diskuterar i sitt kapitel *Skäliga omplaceringserbjudanden och arbetsledningsrätten* en hittills underbetonad aspekt av anställningsskyddet. Arbetsdomstolens tillämpning av kriteriet skäligt i relation till omplacering står i fokus för kapitlet. En rad faktorer beaktas i skälighetsbedömningen, såsom avstånd mellan hem och arbetsplats, arbetstagarens ålder, arbetstidsmått och anställningsform och orsaken till uppsägningen. Det är alltså fråga om en svårtillämpbar regel. 2022 års reformer av LAS har visat att arbetsgivarsidan varit så missbelåten med omplaceringsregeln att de valt att prioritera denna regel i förhandlingarna med arbetstagarsidan. I parternas samlade kompromiss har man nu infört det nya rättsläget att som huvudregel ska endast krävas ett omplaceringsförsök från arbetsgivarens sida.[31] Men; hur stor förändring innebär egentligen parternas nya regel? Johansson visar i alla händelser

[30] Niklas Selberg, Lagstiftningsläran och anställningsskyddet. Något om att ändra en generalklausul tillika avvägningsnorm, JT 2021–22 s. 891–918, Niklas Selberg & Erik Sjödin, 2020-talets modernisering av anställningstryggheten: Gränserna mellan politik och kollektiva förhandlingar förskjuts och partsöverenskommelser blir lag, Arbetsmarknad och arbetsliv, årg. 28, 2022, s. 69–83. Carin Ulander-Wänman, The social partners as actors in new labour law legislation in Sweden, European Labour Law Journal, vol. 13, iss. 2, 2022, s. 292–304. Jfr Petra Herzfeld Olssons kapitel i föreliggande antologi.

[31] Se nu gällande 7 § 2 st. LAS och prop. 2021/22:176 s. 90 ff.

hur den situationsbundna tillämpningen av en generalklausul som ska skydda arbetstagarna samspelar med den övergripande arbetsledningsrätten som ligger i arbetsgivarens hand. Caroline Ferngren för i sitt kapitel *Anställningsskydd, kompetensutveckling och sysselsättningstrygghet* en principiellt hållen diskussion om hur flexicurity, omställning, satsningar på humankapital och sysselsättningstrygghet förhåller sig på ett idémässigt plan till det välkända klassiska civilrättsliga anställningsskyddet som till 2022 präglat LAS och varit direkt tillämpligt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Nu ska i stället system för uppdaterade kunskaper, rätt till rådgivning och vägledning och kompetensutveckling skapa en sysselsättningstrygghet som kan mäta sig med den trygghet som anställningsskyddet tidigare levererade. Genom att väcka frågor om riskfördelningen mellan parterna på arbetsmarknaden fördjupar Ferngren vår förståelse av konceptet kompetensutveckling i ljuset av den internationella, inte minst EU-rättsliga, arbetsrättsliga utvecklingen. Efter en genomgång av rätten till kompetensutveckling enligt den nedärvda LAS diskuteras 2022 års förändringar av lagen ur ett kritiskt maktperspektiv.

Under arbetet (2020–2022) med denna antologi ändrades LAS alltså på ett genomgripande sätt. Det finns därför behov av att analysera formerna och de politiska och rättsliga processer som ledde fram till det nya anställningsskyddet. Efter att lagändringarna kommit på plats måste nya analyser av det materiella rättsläget till, och många nya intressanta forskningsfrågor gör sig påminda. Petra Herzfeld Olsson beskriver i sitt kapitel *Den svenska modellen i en ny era* hur 2022 års ändringar i anställningsskyddet tillkommit på ett sätt som avviker från hur hittillsvarande lagändringar på detta område tillkommit. Arbetsmarknadsparterna och staten spelar numera andra roller i framtagande av reglering av den svenska arbetsmarknaden. Herzfeld Olsson skildrar den långdragna politiska process som lett fram till de nya reglerna om anställningsskydd. Framställningen visar på hur gränserna mellan den klassiska formen för autonom partsreglering av arbetsmarknaden – kollektivavtalet – och politikernas ansvar och instrument – lagstiftning – förskjuts i det nya svenska arbetsrättsliga landskapet. Inom EU förekommer så kallad social dialog som uppvisar vissa likheter med processerna kring 2022 års LAS. Den svenska arbetsrätten har, menar författaren, trätt in i en ny era. Det blir alltså viktigt att undersöka

vilka av de gamla nedärvda sanningarna som alltjämt är giltiga, och på vilka punkter avgörande förändringar inträtt. Niklas Selberg och Erik Sjödin visar i sitt korta kapitel *Det splittrade anställningsskyddet i 2022 års LAS – om effekterna av kollektivavtal om avsteg från 7 § LAS* vilka följderna blir för arbetsmarknadens vidkommande av det nya semidispositiva (på huvudorganisationsnivå) anställningsskyddet. I princip kommer arbetstagarna på den svenska arbetsmarknaden att fördela sig i fyra olika grupper eller kategorier som följer olika regler såvitt gäller anställningsskydd. Frågan författarna ställer sig är: kommer förutsägbarheten verkligen att öka i anställningsskyddet i och med 2022 års LAS?

3 En brytningstid för (forskning om) anställningsskyddet

Lagstiftningen på det område föreliggande antologi analyserar – lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) – har ändrats (våren 2022) radikalt i nära anslutning till att den kommer ut. Det sätt på vilket anställningsskyddslagen ändrats presenterar nya frågor för arbetslivsforskning i allmänhet och forskning om anställningstrygghet i synnerhet, och fältet förändras därmed.

Nu när processerna kring utvecklandet av den nya LAS är avslutade kan vi konstatera att den svenska arbetsmarknadsregleringen i allmänhet och anställningsskyddet i synnerhet blivit föremål för oerhörda förskjutningar. Numera förekommer så kallad *förhandlad lagstiftning*[32] i arbetsrätten och rollfördelningen mellan arbetsmarknadens parter och lagstiftaren har förändrats.[33] LAS bygger inte längre på antaganden om anställningstrygghet framför allt genom anställningsskydd utan genom sysselsättningstrygghet. Skiftet är från regler som skyddar arbetstagaren i relationen med arbetsgivaren, till regler som stärker arbetstagarens ställning på arbetsmarknaden – och därigenom och indirekt också i relation till arbetsgivaren. Idag ansluter sig inte bara ar-

[32] Niklas Selberg, Lagstiftningsläran och anställningsskyddet. Något om att ändra en generalklausul tillika avvägningsnorm, JT 2021–22 s. 891–918.

[33] Niklas Selberg & Erik Sjödin, 2020-talets modernisering av anställningstryggheten: Gränserna mellan politik och kollektiva förhandlingar förskjuts och partsöverenskommelser blir lag, Arbetsmarknad och arbetsliv, årg. 28, 2022, s. 69–83.

betsgivarföreträdare och politiker av olika färg utan också tongivande röster på arbetstagarsidan till tankegången att arbetstagarna skyddas bäst genom förstärkta investeringar i deras individuella humankapital.[34] Utbildning, omställning och anställningsbarhet (employability) är nyckelord för dagens sysselsättningstrygghet. Vi menar emellertid att de kollektiva maktresurserna (fackföreningarnas styrka, arbetslöshetsnivån, institutionella maktresurser såsom lagstiftning och välfärd och humankapital) alltjämt är viktiga för att både förstå arbetsmarknadens funktionssätt och att reglera den. Arbetslivsforskningen befinner sig i och med nya LAS i alla händelser i en ny kontext och många antaganden och analyser måste omprövas och/eller göras om.

Anställningsskyddets rötter i skyddet för föreningsrätten är en underbetonad men viktig del i både historieskrivningen och framtidsspaningarna om LAS. Hur förverkligar vi på allvar en rätt och möjlighet att bilda fackföreningar på en arbetsmarknad utan långvariga arbetsrelationer och anställningstrygghet? Här kan rättsvetenskapen lämna bidrag.

På EU-nivå pågår en rättsutveckling som syftar till att skapa någon form av skydd för vissa uppdragstagares avtal. Härvidlag kan nämnas plattformsförordningen 2019/1150 som i vissa fall föreskriver skyldighet att informera om skäl för beslut, varselperioder och klagomålsfunktioner i arbetsavtal i kommersiella förhållanden. Även förslaget till direktiv om bättre arbetsvillkor för plattformsarbete föreskriver att plattformen måste informera inte endast arbetstagare, utan även äkta egenföretagare om skälen för att dennes konto begränsas eller avslutas. Dessutom har äkta egenföretagare rätt till mänsklig omprövning av automatiserade beslut att säga upp avtal.[35] Anställningsskydd har således i viss mening börjat diskuteras i relation till arbete som utförs av andra än arbetstagare. Om detta kommer att förverkligas inom EU-rätten får framtiden utvisa. Även om svensk arbetsrätt haft en tredje kategori arbetspresterande – de s.k. jämställda uppdragstagarna – har

[34] Jfr Caroline Ferngren & Niklas Selberg, Anställningsavtalet ger rätt till kompetensutveckling, Dagens Arena, 2022-04-01; https://www.dagensarena.se/essa/anstallningsavtalet-ger-ratt-till-kompetensutveckling/.

[35] COM(2021) 762 final, Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om bättre arbetsvillkor för plattformsarbete, direktivförslagets art. 6, art. 8, art. 10.

denna aldrig omfattats av anställningsskydd, annat än i form av skydd för föreningsrätten.[36]

I framtiden är det ju meningen att reglerna kring anställningen i högre grad ska skräddarsys för att spegla olika gruppers behov av motåtgärder mot just den typ av problem som de upplever. Eftersom fackföreningarna och arbetsgivarna numera bär ett större (gemensamt, rentav) ansvar för hur arbetsrättens materiella innehåll är utformat, kan de tänkas bli mindre benägna att själva rikta kritik mot fenomen på arbetsmarknaden. Forskningen får därmed en mer central roll i att identifiera och diskutera missförhållanden i arbetslivet. Det ökande inslaget av avtalsfrihet (semi-dispositivitet på huvudorganisationsnivå) i anställningsskyddet innebär att det blir viktigare att forska om arbetsmarknadsparterna som normerare av arbetsmarknaden.

Rättsvetenskapliga analyser om LAS framstår som mer påkallade än någonsin. Sannolikt är det parlamentariska läget en bidragande orsak till att parterna tagit eller fått en ny och viktigare roll i lagstiftningsarbetet. Denna den största förändringen någonsin av LAS har välkomnats av en majoritet av de svenska riksdagspartierna.[37] Det är tydligt att Trygghetsöverenskommelsen medfört en form av borgfred mellan riksdagens partier, som omfattar åtminstone de frågor som regleras i anställningsskyddslagen. Tiden får utvisa hur länge denna borgfred står sig, och vilken form initiativ till ändringar i det som de privata arbetsmarknadsparterna skapat kommer att ta sig. När lagstiftningen kommit till på ett nytt sätt kan det krävas nya strategier för de som vill åstadkomma förändringar i reglerna. En fortsatt angelägen uppgift för den (arbets)rättsvetenskapliga forskningen kommer att vara att följa hur Arbetsdomstolens rättstillämpning tar sig an den reviderade anställningsskyddslagen och det nya huvudavtalet.

Dessutom agerar för närvarande EU i stor utsträckning i arbetsrätten. Det finns ett behov av ytterligare forskningsbaserad kunskap om hur lagstiftningen på arbetsmarknaden utvecklas och om vem som har inflytande över detta – härvidlag är det av avgörande betydelse att besinna att dessa processer idag inte är begränsade till enskilda na-

[36] 1 § 2 st. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.
[37] Se Arbetsmarknadsutskottets betänkande, 2021/22:AU 12.

tionalstater.[38] Europeiseringen (EU) av anställningsskyddet och EU-stadgans och mänskliga rättigheters inverkan på anställningsskyddet väntar på att bli föremål för rättsvetenskapliga analyser.

Sammanfattningsvis presenteras i den föreliggande antologin ett antal intressanta och viktiga analyser av anställningsskydd som också kan fungera som avstamp för ytterligare forskning om ett numera föränderligt och växande rättsområde.

[38] Niklas Selberg & Erik Sjödin, Den polycentriska arbetsrätten: Arbetsmarknad och arbetsrätt på 2010-talet, I: Niklas Selberg & Erik Sjödin (red.), *Lavalgenerationen. 2010-talets avhandlingar i arbetsrätt*, 2019, s. 13–46.

Anställningstidens betydelse för det svenska anställningsskyddet

Bernard Johann Mulder & Birgitta Nyström

1 Ett reformerat anställningsskydd – betydelsen av senioritet

Anställningstidens längd hos en viss arbetsgivare, senioriteten, kan vara av betydelse för den enskildes anställningsskydd i vissa situationer.[1] Mest känd och omdebatterad i svensk rätt är anställningstidens betydelse vid uppsägningar i samband med driftsinskränkningar, det vill säga principen om ”sist in, först ut”.[2] När flera arbetstagare ska sägas upp på grund av arbetsbrist, ska deras plats i turordningen bestämmas. Huvudregeln är att arbetstagare med längre anställningstid har företräde till fortsatt arbete framför arbetstagare med kortare anställningstid.

Frågan om senioritet var högaktuell i den under sommaren 2022 avgjorda konflikten mellan SAS och pilotföreningarna efter att SAS bildat nya bolag i vilka de på grund av coronapandemin driftsinskränkningsuppsagda piloterna (åter)anställdes utan att få tillgodoräkna sig tidigare

[1] Källström tar upp senioritetsprincipen som en av arbetsrättens allmänna läror (i alla fall på anställningsskyddets område), se Källström, K. & Malmberg, J., Anställningsförhållandet, 5 uppl. 2019, s. 73 f.

[2] Se för en kritisk röst Nycander, S., Makten över arbetsmarknaden: ett perspektiv på Sveriges 1900-tal, 3 uppl. 2017.

> anställningstid i SAS-koncernen. Den frågan berör frågan om arbets- och företagsledning och tolkning av vad som överenskommits i det särskilda fallet och behandlas inte närmare här.

Nyligen har frågor om turordning aktualiserats i flera olika sammanhang. En statlig utredning SOU 2020:30 En moderniserad arbetsrätt presenterades i juni 2020. Utredningen var ett resultat av det så kallade januariavtalet mellan Socialdemokraterna, Centerpartiet, Liberalerna och Miljöpartiet, en överenskommelse i 73 punkter träffad i januari 2019 i samband med regeringsbildningen efter riksdagsvalet i september 2018. Enligt avtalet ska ”Arbetsrätten moderniseras och anpassas efter dagens arbetsmarknad…”, vilket bland annat ska ske genom utökade undantag från turordningsreglerna. I januariavtalet anges också att, om arbetsmarknadens parter kan enas om regler som innebär ökad flexibilitet, ska i stället regeringen ge förslag till lagändringar i linje med parternas överenskommelse. En sådan överenskommelse gjordes genom ett *Huvudavtal om trygghet, omställning och anställningsskydd* mellan Svenskt Näringsliv och PTK i december 2020.[3] I sista stund drog sig LO ur. Senare anslöt sig LO-förbunden Kommunalarbetareförbundet och IF Metall samt TCO-förbundet Vision till det nya Huvudavtalet.[4] Slutligen anslöt sig även LO.[5] Utöver överenskommelsen om vad som ska gälla mellan avtalsparterna innehåller Huvudavtalet också en bilagd principöverenskommelse där parterna är ense om att gentemot staten driva vissa krav på ändrad lagstiftning. Vad parterna kommit överens om ska ersätta de förslag som lades fram i SOU 2020:30. Huvudavtalets ikraftträdande var beroende av om och hur lagstiftning genomfördes på berörda områden.

I juni 2021 presenterades tre departementspromemorior med olika lagförslag för att uppfylla de reformer som arbetsmarknadsparterna

[3] https://www.svensktnaringsliv.se/sakomraden/arbetsratt/huvudavtal-om-trygghet-omstallning-och-anstallningsskydd_1150942.html.

[4] https://www.svensktnaringsliv.se/sakomraden/arbetsratt/historisk-uppgorelse-om-las-kommunal-och-if-metall-ansluter-till_1162718.html.

[5] https://www.svensktnaringsliv.se/pressrum/svenskt-naringsliv-och-lo-overens-om-omstallning-och-huvudavtal_1176645.html.

önskade.[6] I Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden föreslogs vissa ändringar i lagen om anställningsskydd (LAS), bland annat när det gäller turordningsreglerna. I regeringens proposition 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden vidarefördes dessa förslag om ändringar. De föreslagna reglerna antogs av riksdagen den 8 juni 2022 och trädde i kraft den 30 juni 2022 och ska tillämpas från och med den 1 oktober 2022.[7] *Huvudavtal om trygghet, omställning och anställningsskydd* undertecknades av representanter för LO, PTK och Svenskt Näringsliv i Saltsjöbaden den 22 juni 2022. Även på den kommunala och statliga sektorn har justeringar gjorts i samband med förändringarna i LAS.[8] De berörs inte närmare här.

Vi har tidigare intresserat oss för turordningsreglerna vid uppsägning och avser att här göra en genomgång av arbetsrättsliga regler där senioritet spelar roll. Vi kommer att diskutera de värden och de motiv som ligger bakom beaktandet av senioritet. Vi kommer också att diskutera om den svenska regleringen särskilt utmärker sig, eller om senioritet spelar roll även i andra länders regelsystem, och vidare om det kan finnas anledning att omvärdera vikten av senioritet. Denna uppsats färdigställdes ursprungligen i samband med att Ds 2021:17 lades fram sommaren 2021. Härefter har lagändringar införts i juni 2022 huvudsakligen i linje med departementspromemorian. Vi har kompletterat med detta i efterhand och en viss övervikt för innehållet i promemorian finns kvar. Möjligen kan framställningssättet tjäna till att illustrera den säregna lagstiftningstekniken i detta fall: önskemål

[6] Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd, Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt och Ds 2021:18 Omställningsstudiestöd, samtliga med undertiteln ”för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden”.

[7] SFS 2022:835–848.

[8] Se SKR cirkulär 22:12 1 april 2022 (https://skr.se/download/18.140c498717fc1e452433ecfd/1652791664103/Cirkul%C3%A4r%2022_12%20%C3%84ndringar%20i%20LAS%20och%20Allm%C3%A4nna%20best%C3%A4mmelser%20den%201%20oktober%202022.pdf) resp. Överenskommelse om flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på den statliga sektorn mellan Arbetsgivarverket och Saco-S, OFR/S,P,O samt Seko den 27 juni 2022 (https://www.arbetsgivarverket.se/avtal--skrifter/avtal/overenskommelse-om-flexibilitet-omstallningsformaga-och-trygghet-inom-statlig-sektor/?acceptCookies=true).

och utarbetade texter från arbetsmarknadens parter som tjänat som underlag till departementspromemorian och därefter till proposition och lagstiftning.

2 Senioritet vid uppsägning och uppsägningstidens längd

2.1 Bakgrund

Senioritet har betydelse för arbetstagarens uppsägningstid då anställningsavtalet upplöses på arbetsgivarens initiativ. I den så kallade äldrelagstiftningen från 1971 genomfördes regler om anställningstrygghet för arbetstagare över 45 år. Dessa regler vidarefördes i den allmänna anställningsskyddslagen 1974 och 1982 och kom att avse alla arbetstagare oavsett ålder. Reglerna beaktade anställningstidens längd framför arbetstagarens kvalifikationer, och man frångick därmed vad som hade föreskrivits i 1938 års huvudavtal.[9] Det förstärkta anställningsskydd för arbetstagare som fyllt 45 i det att arbetstagaren kunde få tillgodoräkna sig anställningstid efter 45 år fyllda dubbelt upp försvann efter halvårsskiftet 2007.[10] Anställningstidens längd är det kriterium som avgör arbetstagarnas placering i den ordning uppsägningar ska ske i en arbetsbristsituation. Hur länge någon varit anställd är även en av flera omständigheter att beakta vid uppsägning på grund av personliga skäl.

2.2 Uppsägningstidens längd

Med ökad anställningstid hos arbetsgivaren blir uppsägningstiden längre. Uppsägningstiden enligt 11 § LAS sträcker sig från en månad vid anställning kortare än två år, till sex månader vid anställningstid över tio år.

Anställningstiden har ingen relevans för det fall arbetsgivaren önskar avsluta anställningen på grund av viss uppnådd ålder hos arbetstagaren. En arbetstagare har visserligen rätt att kvarstå i anställningen till 69 år från 1 januari 2023, men kan därefter sägas upp av arbets-

[9] Se Adlercreutz, A. & Mulder, B. J., Svensk arbetsrätt, 2013, s. 223.

[10] Se prop. 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning, m.m., s. 40 f., 46.

givaren, 32 a och 33 §§ LAS.[11] Regleringen innebär att arbetsgivaren kan säga upp anställningen när arbetstagaren uppnått den aktuella åldern. Reglerna i 7 § LAS om saklig grund gäller således inte för arbetstagare som uppnått 69 år. Inte heller gäller reglerna om företrädesrätt om anställningen fortsätter efter det att arbetstagaren fyllt 69 år, 33 b § LAS. Regler om konvertering till tillsvidareanställning gäller inte heller för arbetstagare som fyllt 69 år, 33 d § LAS.

Genom kollektivavtal kan avvikelse göras från 11 § LAS och det är vanligt att man avtalar om längre uppsägningstider i kollektivavtal när uppsägning sker på grund av arbetsbrist. Det finns dessutom ofta kompletterande omställningsavtal vid arbetsbrist. Dessa innehåller regler som ger stöd för den uppsagde att finna nytt arbete, ofta med någon form av inkomstförstärkning som tillfälligtvis förstärkt a-kasseersättning eller som löneskillnadstillägg om det nya arbetet medför lägre lön.

Att uppsägningstidens längd ökar med anställningens längd är vanligt förekommande också i andra länder.[12]

2.3 Prioriteringsordning i samband med arbetsbrist

I svensk arbetsrätt spelar senioritet en stor roll när det gäller att upprätta turordningslistor vid uppsägningar på grund av arbetsbrist. Redan under 1930-talet förekom det i kollektivavtal utanför SAF-området regler om att anställningstiden hos arbetsgivaren hade betydelse i arbetsbristsituationer.[13] Anställningstiden var dock bara en omständighet att beakta och fordrade enligt Arbetsdomstolen stöd i kollektivavtal.[14] Genom Saltsjöbadsavtalet mellan LO och SAF träffat 1938

[11] Anställningsskyddet förlängdes den 1 januari 2020 från 67 år till 68 år, och förlängs till 69 år den 1 januari 2023. Se närmare prop. 2018/19:91 Anställningsskyddet förlängs tills arbetstagaren fyllt 69 år. SFS 2019:528–529, 2022:835–836. För villkor om avgångsskyldighet i individuellt avtal eller kollektivavtal finns särskilda övergångsregler.

[12] T.ex. enligt § 2 i den danska funktionærloven och § 15-3 i den norska arbeidsmiljøloven.

[13] Calleman, C., *Turordning vid uppsägning*, 2000, s. 54 ff.; Glavå, M., *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, innehåller exempel på olika kollektivavtalslösningar, se s. 171 ff. för kollektivavtal före 1938 och s. 218 ff. för kollektivavtal efter 1938.

[14] AD 1933 nr 50.

introducerades en särskild ordning för uppsägningar. Vid arbetsbrist skulle främst arbetstagarens arbetsförmåga och lämplighet beaktas, i andra hand beaktades försörjningsbörda och anställningstidens längd. När en generell anställningsskyddslagstiftning infördes i Sverige 1974 kom den att innehålla en regel om sist in, först ut vid uppsägningar på grund av arbetsbrist. Regeln återfinns numera i 22 § i 1982 års LAS. Denna senioritetsregel har från arbetsgivarföreträdare hela tiden uppfattats som stelbent, hämmande för företagens verksamhet att anpassa sig till förändringar och begränsande för möjligheterna att behålla kompetent arbetskraft. Den har också kritiserats från politiska företrädare, från framför allt den borgerliga sidan, för att den försvårar för företag att nyrekrytera och minskar möjligheterna för ungdomar och utrikes födda att bli anställda. En minskad rörlighet på arbetsmarknaden har också framhållits som en negativ konsekvens av senioritet. Från arbetstagarsidan har turordningsbestämmelserna lyfts fram som en av de viktigaste reglerna i den svenska arbetsrätten och av stor betydelse för den enskilde arbetstagarens trygghet och skydd mot arbetsgivarens godtycke.[15]

Regeln i 22 § LAS innebär att turordningen bestäms med utgångspunkt i varje arbetstagares sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid. Vid lika anställningstid ger högre ålder företräde i turordningen. En turordning bestäms för varje driftsenhet för sig och, om arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal, för varje avtalsområde.[16]

22 § LAS är semidispositiv, 2 § tredje stycket LAS. Det är därför möjligt att genom kollektivavtal komma överens om en annan turordning. Ett lokalt avtal om turordning, en så kallad avtalsturlista, ska godkännas av den centrala arbetstagarorganisationen om det inte redan gäller kollektivavtal i andra frågor som slutits eller godkänts av den centrala organisationen. Många centrala kollektivavtal innehåller riktlinjer för vilka kriterier som ska användas när man lokalt gör en

[15] Se exv. Nyström, B. & Svensson, O., Hur bör anställningsskyddet regleras?, i Festskrift till Rolf Dotevall, 2020, s. 586 ff.

[16] Se om driftsenhet AD 1993 nr 99 och AD 2006 nr 15, och om avtalsområde AD 2004 nr 39 och AD 2014 nr 42.

turordningslista.[17] Det förefaller finnas stor variation mellan olika delar av arbetsmarknaden och olika fackföreningars villighet att genom turordningsavtal frångå den strikta princip som anges i 22 § LAS.[18] Möjligheten att frångå turordningen enligt 22 § LAS kan ge den fackliga organisationen en viss förstärkt förhandlingsposition i samband med driftsinskränkningar.

År 2001 infördes en regel om att en arbetsgivare som har högst tio anställda, innan turordningen görs, får undanta högst två arbetstagare som arbetsgivaren anser är viktig för den fortsatta verksamheten.[19] I SOU 2020:30 föreslogs att arbetsgivaren ska kunna undanta fem arbetstagare innan turordningen påbörjas och att detta ska kunna ske i alla företag oavsett storlek. I parternas överenskommelse om nytt Huvudavtal har man i den bilagda principöverenskommelsen ett krav på att undantaget för två arbetstagare i 22 § LAS ska ersättas av att en arbetsgivare, oavsett antalet anställda i förtaget, ska få undanta högst tre anställda innan turordningen upprättas. Inom staten har parterna i stället kommit överens om en karens om sex månader.[20] I själva Huvudavtalet har parterna kommit överens om vissa principer som ska tillämpas rörande turordningsavtal. Om avtal om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist inte kan träffas, har parterna enats om att arbetsgivaren vid berörd driftsenhet och avtalsområde får undanta tre arbetstagare som har företräde till fortsatt anställning. En arbetsgivare med endast en driftsenhet kan välja att undanta totalt fyra arbetstagare för samtliga avtalsområden. En alternativ regel är att arbetsgivaren får undanta 15 procent av de anställda som slutligen får avsluta sin anställning på grund av arbetsbristen, innan lagturlistan fastställs. Detta undantag får omfatta högst tio procent av de anställda vid berörd driftsenhet, alternativt driftsenheter, per avtalsområde. Hu-

[17] För arbetstagare hos staten gäller ett särskilt turordningsavtal, TurA-S, från 1984. I stället för 22 § tredje stycket LAS gäller enligt avtalet att turordning vid uppsägning ska omfatta arbetstagare med i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter.

[18] Se bl.a. Uddén Sonnegård, E., *Hur flexibelt är anställningsskyddet i kollektivavtal*? Ratio, Rapportserie nr 6 2018; Rudberg, S., & Ingelskog, J., *Faktiska konsekvenser av turordningsreglerna i LAS och avtal*. En rapport av Svenskt Näringsliv och LO, 2011.

[19] Prop. 1999/2000:144 Undantag från turordningen.

[20] Se 9 § Överenskommelse om flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på den statliga sektorn.

vudavtalet innehåller också riktlinjer för de lokala parterna vid fastställande av en avtalsturlista. Både för LO- och PTK-området betonas att urvalet ska göras så att verksamhetens behov av kompetens prioriteras.

I Ds 2021:17, som avsåg att i lagstiftning genomföra de reformer som parterna önskade, föreslogs en utökad möjlighet för arbetsgivare att göra undantag från turordningen. I prop. 2021/22:176 återkom detta förslag och enligt den nya lydelsen av 22 § LAS som trädde i kraft 30 juni 2022 gäller att alla arbetsgivare, oavsett storlek, ska har rätt att undanta högst tre arbetstagare som enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten. Jämfört med den tidigare regleringen har således undantagsmöjligheten utökats med en arbetstagare och gjorts generellt tillämplig för alla arbetsgivare, både dem med få och dem med många anställda. Nya undantag får göras först efter tre månader efter att den första uppsägningen skett, 22 § andra stycket LAS. Det är liksom tidigare möjligt att göra avvikelser från turordningen genom kollektivavtal.

Oss veterligt har inget annat land en så kategorisk regel om senioritet i lag likt den svenska 22 § LAS. När man studerar senioritetsregeln i 22 § LAS är det dock viktigt att notera inte bara möjligheten att sluta kollektivavtal om turordningen, utan också kravet på tillräckliga kvalifikationer i bestämmelsens fjärde stycke. Om en arbetstagare endast kan beredas fortsatt arbete hos arbetsgivaren efter omplacering måste arbetstagaren ha tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet.[21] Det är arbetsgivaren som i kraft av sin arbetsledningsrätt bestämmer vilka kvalifikationer som fordras i dennes verksamhet.

Det förekommer i andra länder att senioritet beaktas vid uppsägningar i enlighet med kollektivavtal eller rättspraxis.[22] I norsk rätt, exempelvis, finns ingen lagstadgad regel om senioritet vid uppsägningar. Anställningstiden är endast en av flera faktorer som beaktas i turordningen, men betydelsen av senioritet varierar och kan bero på om arbetsgivaren är kollektivavtalsbunden eller inte. I de stora huvudavtalen mellan arbetsmarknadens organisationer är senioritet (*ansiennitet*)

[21] Se t.ex. AD 1999 nr 133, AD 2005 nr 75, AD 2013 nr 11 och AD 2016 nr 15.

[22] En jämförelse mellan svensk, norsk och tysk rätt görs i Nyström, B., Mulder, B. J. & Schlachter M., Seniority in a comparative perspective, *Arbeidsrett* Vol. 17 Nr 2 2020 s. 114–151.

reglerad, se exempelvis huvudavtalet mellan LO och NHO (Næringslivets hovedorganisasjon).[23] Men anställningstid enligt den regeln är mer att anse som en, om än betydelsefull, faktor av flera som ska beaktas vid den helhetsbedömning som ska göras av vem eller vilka av arbetstagarna som ska få stanna kvar respektive sägas upp. I en verksamhet som inte är bunden av något kollektivavtal med regler om senioritet, finns inget uttryckligt rättsligt stöd för att tillmäta anställningstidens längd någon särskild vikt vid urvalet av arbetstagare som ska sägas upp. Senioritet är således ett kriterium som måste beaktas i en uppsägningssituation hos en kollektivavtalsbunden verksamhet, men endast en av flera faktorer att ta hänsyn till hos en utanförstående arbetsgivare och en sådan arbetsgivare kan välja att helt bortse från anställningstidens längd.[24] Under senare år har betydelsen av anställningstidens längd vid uppsägningar och senioritetsreglerna i huvudavtalen varit föremål för flera rättsliga processer, men någon bestämd rättsregel om senioritetens betydelse kan inte utläsas av denna rättspraxis.[25] Urvalskriterierna är inte heller i övrigt bestämda i norsk lagstiftning, utan bedömningen av om en uppsägning är saklig grundar sig på en intresseavvägning mellan verksamhetens behov och de olägenheter uppsägningen medför för den enskilda arbetstagaren, jfr arbeidsmiljøloven § 15-7.[26] Av rättspraxis framgår det emellertid att urvalet i hög grad grundar sig på senioritet och arbetstagarens kvalifikationer, men att också särskilt arbetstagarens ålder och sociala hänsyn tas med i helhetsbedömningen.[27] Att anställningstiden har betydelse, men endast som en omständighet tillsammans med andra, förekommer också till exempel i tysk och dansk arbetsrätt.

[23] Hovedavtalen LO–NHO 2022–2025. Regler om senioritet (*ansiennitet*) finns i § 8-2 Hovedavtalen LO–NHO.

[24] Jfr Norges Høyesteretts domar i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) och HR-2019-424-A (Skanska).

[25] Se t.ex. Arbeidsrettens dom i AR-2018-18 (NRK) samt Norges Høyesteretts domar i HR-2019-424-A (Skanska) och HR-2019-1986 (Telenor).

[26] Jfr HR-2017-561-A (Posten II) och HR-2019-928-A (Skanska).

[27] Jfr Johansen, A. S. & Stueland, E. (red.), Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis, 3. utg. 2021, s. 872–892, och Fougner, J., Holo, L., Sundet, T. L. & Thorkildsen, T. (red.), Arbeidsmiljøloven. Lovkommentar, 3. utg. 2018 s. 914.

En turordning som bygger på anställningstid kan anses vara åldersdiskriminerande. Typiskt sett gynnas äldre på de yngres bekostnad av en regel om senioritet. I propositionen till den svenska diskrimineringslagen anges att intresset av att främja äldre arbetstagares möjlighet att behålla en anställning är en viktig princip i svensk sysselsättningspolitik och yngre arbetstagares intressen bör även fortsättningsvis få vika för intresset att ge äldre företräde.[28] I tysk arbetsrätt är frågan om åldersdiskriminering i samband med uppsägningar en aktuell fråga. I vissa kollektivavtal finns ett uppsägningsskydd för arbetstagare som nått en viss ålder eller anställningstid och då detta prövas i domstolar måste visas att sådana kollektivavtal inte innehåller några diskriminerande åldersrelaterade regler. Kollektivavtalsparterna anses enligt tysk rätt ha ett vidsträckt utrymme vid bedömningen om det finns sakliga skäl för att inte behandla anställda med olika åldrar lika.[29]

2.4 Bedömning vid uppsägningar av personliga skäl

I svensk arbetsrätt kan anställningstidens längd vara en av flera omständigheter som kan beaktas vid bedömningen av om saklig grund för uppsägning av personliga skäl enligt 7 § LAS föreligger. Redan i förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag anges att ”Det ligger i sakens natur att den som varit anställd mycket kort tid inte kan göra anspråk på samma mått av anställningstrygghet som den som har flerårig verksamhet hos arbetsgivaren bakom sig”.[30] I AD 2012 nr 79 hade arbetstagaren uppträtt högst olämpligt vilket medfört att arbetsgivarens förtroende för honom skadats. Arbetsdomstolen betonade i målet att vid bedömningen av saklig grund för uppsägning är inte den enskilda händelsen i sig helt avgörande, utan en prognos om arbetstagarens lämplighet för fortsatt arbete ska göras. Med hänsyn bland annat till att arbetstagaren hade 26 års anmärkningsfri anställning så förelåg inte saklig grund. I AD 2008 nr 2 hade en resemontör på utlandsuppdrag varit frihetsberövad i femton dagar då han i strid

[28] Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s. 183.

[29] Nyström, Mulder & Schlachter, s. 149.

[30] Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd m.m., s. 124; prop. 1981/82:71 s. 65. Se även Lunning, L. & Toijer, G., *Anställningsskydd. En lagkommentar*, 11 uppl. 2016 s. 345–347.

med landets lagstiftning köpt sexuella tjänster. Arbetsdomstolen hänvisade till att arbetstagaren varit anställd under 33 år med väl vitsordad tjänstgöring och att han, inte minst med hänsyn till sin ålder, fick antas riskera att ställas utanför arbetsmarknaden om han förlorade sitt arbete. Saklig grund för uppsägning förelåg inte.

Anställningstidens längd har mindre betydelse vid avskedande, något som framgår redan av förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag där det anges att det i avskedandesituationer normalt bör sakna betydelse om arbetstagaren har längre eller kortare anställningstid.[31] I AD 1998 nr 25 hade en posttjänsteman med över 30 års anställningstid tillgripit 60 kr. Arbetsdomstolen uttalade att hennes långa och skötsamma anställningstid talade för henne, men att sådana omständigheter hade begränsad betydelse i ett fall som detta. Domstolen fann att saklig grund för avskedande förelåg.[32] I AD 2009 nr 22 hade en arbetstagare hos en kommun, som i anslutning till arbetet och en bilfärd varit alkoholpåverkad, blivit avskedad. Arbetsdomstolen påpekade att, till skillnad från vad som gäller vid prövningen om saklig grund för uppsägning föreligger, vägs arbetstagarens personliga omständigheter inte in vid bedömningen om laga skäl för avskedande är uppfyllt. Personliga förhållanden kan endast undantagsvis ha en sådan tyngd. Att arbetstagaren hade 44 års tidigare prickfri anställning kunde inte ges någon betydelse.

I litteraturen dras slutsatsen att anställningstidens längd med åren fått en allt mer undanskymd roll i Arbetsdomstolens praxis.[33] Parterna i det nya Huvudavtalet har dock känt behov av att tydliggöra att anställningstidens längd fortsättningsvis inte ska ha betydelse vid bedömningen av sakliga skäl. Parterna har i Huvudavtalet enats om att det är viktigt att kunna förutse vad som krävs för att det ska finnas sakliga skäl för en uppsägning när det gäller brott rörande förpliktelserna enligt anställningsavtalet, det vill säga vad som vanligen benämns saklig grund av personliga skäl. Parterna vill att 7 § första och andra stycket LAS ska bli dispositiva så att de kan ersättas av deras överenskommelse

[31] Se prop. 1973:129 s. 255.

[32] Se även AD 1998 nr 3 med likartade omständigheter och likartad utgång.

[33] Lunning & Toijer (2016) s. 346; jfr Källström & Malmberg Anställningsförhållandet s. 147.

(eller andra kvalificerade kollektivavtal). Parterna avser att reglerna ska tillämpas utifrån hittillsvarande praxis, men avvägningar som innefattar arbetstagarens personliga intresse av att behålla anställningen eller prognoser om hur den anställde kommer att i framtiden uppfylla sitt anställningsavtal ”är inte till gagn för en förutsebar rättstillämpning och ska således inte göras”[34] (jfr nyss nämnda AD 2008 nr 2 och AD 2012 nr 79).

Avtalet innehåller också preciseringar av sakliga skäl i vissa avseenden: bristande prestationer, samarbetssvårigheter, arbets- och ordervägran, olovlig frånvaro och sena ankomster, brott på arbetsplatsen, missbruk. När det gäller arbets- och ordervägran bör ”normalt sett bortses från om arbetstagaren har en lång anställningstid utan tidigare misskötsamhet”.[35] Beträffande brott på arbetsplatsen anges i avtalet att utgångspunkter är att detta är avskedandegrund eller sakliga skäl för uppsägning. ”Detta gäller oavsett om den anställde har lång anmärkningsfri anställningstid.”[36] Även i den bilaga till Huvudavtalet som avser parternas önskade krav på lagändringar återkommer förändringarna beträffande 7 § LAS. Parterna önskade således att bestämmelsen skulle bli dispositiv och att vad som är sakliga skäl för uppsägning skulle preciseras samt att arbetstagarens intresse av att behålla anställningen och prognoser om framtiden inte skulle göras vid bedömningen.

I Ds 2021:17, som avsåg att i lagstiftning genomföra de reformer som parterna i Huvudavtalet önskade, föreslogs en ändrad lydelse av 7 § första stycket i LAS så att ”saklig grund” ersattes av ”grunda sig på sakliga skäl. Sakliga skäl kan vara arbetsbrist eller förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen.” Enligt förslaget ska avvikelse från 7 § första stycket kunna göras genom kollektivavtal där huvudorganisation (enligt definitionen i 6 § tredje stycket MBL) är part på arbetstagarsidan.[37] När det gäller vad som ska avses vara sakliga skäl hänvisar departementspromemorian till avtalsparternas förklarande text och någon närmare utveckling och precisering görs inte i pro-

[34] Kap. 3 § 2 fjärde stycket i Huvudavtalet.
[35] Kap. 3 § 5 första stycket.
[36] Kap. 3 § 5 fjärde stycket.
[37] Ds 2021:17 s. 73 ff.

memorian.[38] I prop. 2021/22:176 utvecklas något vad som kan vara sakliga skäl och här understryks nödvändigheten av förutsebarhet när det gäller uppsägningar av personliga skäl.[39] Här anges bl.a.: ”Det bör liksom i dag kunna bortses från omständigheter som exempelvis lång anställningstid vid bedömningen om det föreligger sakliga skäl för uppsägning med anledning av misskötsamhet om arbetsgivaren tidigare har klargjort för arbetstagaren att återupprepad misskötsamhet kan leda till uppsägning.”[40]

Den nya lydelsen av första stycket i 7 § LAS som trädde i kraft den 30 juni 2022 följer förslaget i Ds 2021:17 och enligt den nya 2 c § LAS kan avvikelser från 7 § första stycket när det gäller vad som ska anses utgöra sakliga skäl göras i kollektivavtal som på arbetstagarsidan slutits av en sådan sammanslutning av centrala arbetstagarorganisationer som aves i 6 § tredje stycket MBL. Regeln om saklig grund för uppsägning var tidigare en av de få tvingande reglerna i LAS, men har nu kommit att bli semidispositiv.

3 Anställningstidens betydelse i några andra sammanhang

Upprättandet av en turordning beroende på anställningstid förekommer också i andra situationer än vid uppsägning. Det förekommer vidare att olika former av förmåner för arbetstagaren inträder först efter en viss anställningstid.

Om flera arbetstagare har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § ska denna erbjudas i turordning (26 §). Företrädesrätt till högre sysselsättningsgrad, 25 a § LAS, sker också med utgångspunkt i arbetstagarens sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Vid lika lång anställningstid ger i båda fallen enligt 26 § högre ålder företräde.

I det nya Huvudavtalet har parterna kommit överens om att samma urvalskriterier som ska gälla vid upprättandet av en avtalsturlista ska tillämpas om parterna med avvikelse från anställningsskyddslagen blir

[38] Ds 2021:17 s. 71 ff. och s. 183 ff.
[39] Prop. 2021/22:176 s. 85 ff. och 446.
[40] Prop. 2021/22:176 s. 87.

eniga om en turordning för återanställning, det vill säga att behovet av kompetens framhålls.

Företrädesrätt till återanställning för den som blivit uppsagd på grund av arbetsbrist eller för tidsbegränsat anställda som på grund av arbetsbrist inte fått fortsatt anställning fordrades före halvårsskiftet 2022 anställning hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren, eller för säsongsanställda sex månader under de senaste två åren. En allmän visstidsanställning övergick i en tillsvidareanställning efter en sammanlagd anställning om mer än två år under en femårsperiod enligt den tidigare lydelsen av 5 a § LAS. I den principöverenskommelse som parterna i det nya Huvudavtalet drev mot staten för att få ny lagstiftning till stånd finns krav på att reglerna om allmän visstidsanställning i LAS ska ersättas av en särskild visstidsanställning (”säva”), som ger företrädesrätt vid en sammanlagd anställningstid på mer än nio månader under en treårsperiod. En särskild visstidsanställning ska övergå i en tillsvidareanställning när arbetstagaren haft en sammanlagd särskild visstidsanställning på mer än tolv månader under en femårsperiod.

Enligt förslagen i Ds 2021:17 skulle reglerna i LAS om ”allmän visstidsanställning” i stället gälla vad man nu kallar för ”särskild visstidsanställning”. En sådan ska enligt förslaget övergå till en tillsvidareanställning efter tolv månaders sammanlagd anställning under en femårsperiod. Det föreslogs också ett tillägg när det gäller företrädesrätt: den som sammanlagt varit anställd mer än nio månader i en särskild visstidsanställning under de senaste tre åren skulle ha företrädesrätt till en ny särskild visstidsanställning. I prop. 2021/22:176 återkommer dessa förslag och från och med den 30 juni 2022 gäller att reglerna om allmän visstidsanställning upphör att gälla och att särskild visstidsanställning införs som en tillåten form av tidsbegränsad anställning, 5 § LAS. En särskild visstidsanställning övergår i en tillsvidareanställning när en arbetstagare har varit anställd sammanlagt mer än tolv månader under en femårsperiod, 5 a § LAS; en halvering av kvalifikationstiden. Liksom enligt tidigare regler övergår ett vikariat i en tillsvidareanställning efter sammanlagt mer än två års anställning under en femårsperiod.

Företrädesrätt till återanställning för den som sagts upp på grund av arbetsbrist fordrar efter lagändringarna 2022 fortfarande som huvud-

regel en anställningstid om sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren, 25 § första stycket första punkten LAS. Företrädesrätt till ny särskild visstidsanställning fordrar mer än nio månaders särskild visstidsanställning under de senaste tre åren, 25 § första stycket andra punkten LAS, vilket är en minskning av kvalifikationstiden jämfört med vad som gällde för allmän visstidsanställning. För företrädesrätt till ny säsongsanställning fordras liksom tidigare mer än sex månaders säsongsanställning under de senaste två åren, 25 § första stycket tredje punkten.

Även när det gäller bedömning av omfattningen av skadestånd har anställningstiden betydelse. Skadestånd då en arbetsgivare inte vill rätta sig efter en dom som ogiltigförklarat en uppsägning eller ett avskedande eller en dom som innebär att en tidsbegränsad anställning ska gälla tills vidare, beräknas enligt 39 § LAS med utgångspunkt i arbetstagarens sammanlagda anställningstid. Detta så kallade normerade skadestånd bestäms till mellan sex månadslöner (mindre än sex månaders anställningstid) och 32 månadslöner (vid minst tio års anställningstid). Ekonomiskt skadestånd för brott mot anställningsskyddslagen som avser tid efter anställningens upphörande får enligt 38 § LAS inte överstiga det belopp som beräknas enligt 39 § LAS.

Enligt det nya Huvudavtalets bilaga vill avtalsparterna att uthyrningslagen[41] ska tillföras en bestämmelse som innebär att en uthyrd arbetstagare som varit placerad hos ett kundföretag på samma driftsenhet sammanlagt mer än 24 månader under en period på 36 månader, ska erbjudas arbete i kundföretaget. En statlig arbetsgivare är emellertid på grund av grundlagskravet på förtjänst och skicklighet vid statlig anställning förhindrad att tillämpa dessa regler, 12 kap. 5 § andra stycket regeringsformen, jfr 4 § lag (1994:260) om offentlig anställning. Kundföretaget kan i stället för att erbjuda anställning utge ersättning till arbetstagaren motsvarande två månadslöner.[42] En sådan regel återfinns också i lagförslaget i Ds 2021:17. Uthyrningslagen föreslogs få en ny regel innebärande att en arbetstagare som varit placerad på samma driftsenhet i ett kundföretag sammanlagt mer än

[41] Lag (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

[42] I förhållande till LO finns denna klausul i själva avtalet mellan parterna, men här bestäms den alternativa ersättningen till tre månadslöner.

24 månader under en 36-månadersperiod, skulle erbjudas anställning hos kundföretaget. Kundföretaget skulle som alternativ få erbjuda två månadslöner. Förslaget återfanns också i prop. 2021/22:176 och har införts i uthyrningslagen 12 a § från 30 juni 2022. Bestämmelsen är semidispositiv genom kollektivavtal som på arbetstagarsidan slutits av en sådan sammanslutning av centrala arbetstagarorganisationer som aves i 6 § tredje stycket MBL, 2 § andra stycket uthyrningslagen.

I ledighetslagstiftningen förekommer också kvalifikationstider grundade på senioritet. Enligt studieledighetslagen[43] fordras som huvudregel en minsta anställningstid de senaste sex månaderna hos arbetsgivaren, eller alternativt sammanlagt minst tolv månader under de senast två åren, 3 § första stycket studieledighetslagen. Kvalifikationstiden för rätt till ledighet för att bedriva näringsverksamhet[44] är att arbetstagaren varit anställd antingen de senast sex månaderna eller minst tolv månader under de senaste två åren.[45] Semesterlagen[46] innehåller särskilda regler för anställningar som pågår i högst tre månader. Det får då avtalas om att arbetstagaren i stället för semesterledighet ska ha rätt till semesterersättning, 5 § semesterlagen. Senioritet tillmäts betydelse även i avtal, se till exempel det statliga omställningsavtalet där ekonomiska förmåner ökar med längre anställningstid.

4 Några reflektioner

Det finns många skäl för att beakta senioritet. Generellt sett antas en arbetstagare ha visat större lojalitet och ha upparbetat större kunskap och skicklighet i arbetsgivarens verksamhet i och med ökad anställningstid. Det kan uppfattas som rättvist att en arbetstagare med längre anställningstid i en verksamhet ska anses ha förtjänat ett starkare anställningsskydd i en uppsägningssituation än en arbetstagare med kortare anställningstid. En längre anställning innebär i regel att arbetstagaren i fråga har bidragit i verksamheten i högre grad än en arbetstagare med

[43] Lag (1974:981) om arbetstagares rättighet till ledighet för utbildning.
[44] Lag (1997:1293) om rätt till ledighet för att bedriva näringsverksamhet.
[45] I tidigare föräldraledighetslagstiftning fanns ett krav på arbetad tid för åtnjutande av förmåner enligt lagen.
[46] Semesterlag (1977:480).

kortare anställningstid. En arbetstagare med lång anställningstid kan också ha ett större behov av skydd för anställningen, eftersom denne kan ha en kompetens som är så specifikt inriktad på just den arbetsplatsen och därmed inte är lika attraktiv på den övriga arbetsmarknaden. Vidare är många gånger en arbetstagares livssituation sådan att byte till annat arbete på annan ort kan vara svårt att genomföra. Med en senioritetsregel talar också mycket för att arbetsgivarens behov och önskemål om kompetent personal tillgodoses. Arbetstagarens visade lojalitet kommer även arbetsgivaren till godo. Genom en senioritetsregel riskerar inte arbetsgivarens investeringar i personalkompetenshöjande insatser att gå förlorade. Senioritetsregeln kan därmed också vara incitament för att kompetensutveckla personalen.

Även om det förefaller finnas bred acceptans för att den sammanlagda anställningstiden hos en arbetsgivare har betydelse för lojaliteten mellan parterna, råder det dock delade meningar om i vilken omfattning och i vilka situationer anställningstiden ska beaktas. Det tycks vara betydligt mindre kontroversiellt att tillämpa en princip om senioritet när det gäller uppsägningstider och kvalifikationsgränser för vissa förmåner för arbetstagarna än när det gäller att beakta senioritet beträffande turordning vid uppsägningar på grund av arbetsbrist. Det existerar heller inte ett generellt eller enhetligt senioritetsbegrepp, utan olika senioritetsregler eller senioritetsprinciper används i olika sammanhang.

Den kategoriska sist in, först ut regeln i 22 § LAS står i kontrast till bedömningen när det gäller regeln i 7 § andra stycket LAS, som innebär att en arbetsgivare är skyldig att först undersöka om arbetstagaren kan omplaceras innan uppsägning får ske.[47] Arbetsgivaren kan genom sin arbetsledningsrätt, inom de ramar lagar och avtal ger, bestämma vilket arbetstidsmått anställningarna i verksamheten ska ha. Om en arbetsgivare i en arbetsbristsituation väljer att föreslå de anställda ett lägre arbetstidsmått för att undvika uppsägningar, behövde arbetsgivaren tidigare inte tillämpa någon turordning vid erbjudande om omplaceringar enligt 7 § andra stycket LAS. Om en arbetstagare av-

[47] Vi får dock inte glömma att 22 § LAS kan frångås genom kollektivavtal, 2 § tredje stycket LAS.

böjer ett sådant erbjudande kan konsekvensen bli uppsägning.[48] Här fanns en väsentlig skillnad i bedömningen av om lång anställningstid ska beaktas eller inte. En dom från Arbetsdomstolen (AD 2016 nr 69) startade en intensiv debatt om denna så kallade hyvling av arbetstiden och flera centrala kollektivavtal reglerade frågan så att man bestämt en viss omställningstid innan det lägre arbetstidsmåttet och den därmed förbundna minskade inkomsten träder i kraft.[49] I bilagan till det nya Huvudavtalet finns en regel som avser omreglering av anställning till lägre sysselsättningsgrad med önskemål om en regel i lag om att omplaceringserbjudande till lägre sysselsättningsgrad ska erbjudas i turordning. En sådan regel återfinns också i lagförslaget som presenteras i Ds 2021:17, liksom i proposition 2021/22:176. Enligt den nya 7 a § LAS gäller numera att vid en omorganisation inom samma driftsenhet, som innebär att en eller flera arbetstagare vars arbete är lika ska erbjudas omplacering enligt 7 § andra stycket till ett nytt arbete som bara innebär sänkt sysselsättningsgrad, ska arbetstagare med kortare anställningstid erbjudas omplacering före arbetstagare med längre anställningstid. Erbjudande med lägre sysselsättningsgrad ska lämnas före erbjudande med högre sysselsättningsgrad. Enligt den nya 7 b § ska arbetstagare som accepterar omplacering till lägre sysselsättningsgrad ges en omställningstid som ska vara lika lång som arbetstagarens uppsägningstid, dock längst tre månader. Genom dessa nya regler förefaller en bättre balans i samband med olika former av omplaceringar ha skapats. Tillämpningsområdet torde emellertid vara tämligen snävt. Det gäller enbart om det görs en minskning av arbetstidens omfattning och avser arbetstagare med lika arbetsuppgifter inom samma driftsenhet.[50] Detta skulle kunna betyda att om arbetsgivaren samtidigt kan åberopa andra grunder, till exempel organisatoriska skäl eller ändringar av andra anställningsvillkor, råder tveksamheter om arbetstagaren är skyddad från att drabbas av hyvling.

Principen sist in, först ut för att göra en turordning vid uppsägning har den fördelen att regeln är lätt att förstå och lätt att tillämpa. På sätt och vis kan den på grund av sin kvantifierbara karaktär uppfattas

[48] Se AD 2012 nr 16, AD 2012 nr 47 och AD 2016 nr 69.
[49] Medlingsinstitutets årsrapport 2018 s. 49. Se även SOU 2019:5 Tid för trygghet.
[50] Prop. 2021/22:176 s. 537.

att vara rättvis och enkel eftersom utrymme för skönsmässiga bedömningar med risk för inslag av godtycke saknas. Den är vidare förutsebar och framstår som neutral. Det är mindre stigmatiserande för en arbetstagare som förlorat ett arbete på grund av sin plats i turordningen; förlusten av arbete har ingen negativ effekt av detta vid en ansökan om ett nytt arbete hos en annan arbetsgivare. Uppsägningen beror inte på några brister hos arbetstagaren utan endast på anställningstidens längd. I praktiken är det vanligt förekommande att parterna i den enskilda uppsägningssituationen avtalar om avvikelser från sist in, först ut principen. Principen i 22 § LAS blir i stället en utgångspunkt för förhandlingarna. Genom möjligheten till att frångå 22 § genom kollektivavtal får den fackliga organisationen en möjlighet till inflytande och en stark förhandlingsposition i samband med uppsägningar. Facket kan vägra att gå med på en avtalsturlista och hänvisa till den fyrkantiga regeln i 22 §, om inte de arbetstagare som kommer att bli uppsagda kompenseras på något sätt, till exempel genom förlängd uppsägningstid, ett avgångsvederlag eller dylikt.

Arbetsgivaren å sin sida kanske kan vara mindre benägen att reducera antalet övertaliga om uppsägningarna ska följa senioritetsprincipen, framför att i högre grad själv få välja vilken personal som är övertalig. Lagstiftningen upprätthåller en balans mellan parterna i en uppsägningssituation. Det måste beaktas att det är arbetsgivaren som bestämmer arbetsorganisationens utformning och vilka arbetsuppgifter som ska ingå. Arbetsgivarens affärsledningsrätt väger tungt när den ska balanseras mot anställningsskyddet i Arbetsdomstolens praxis. Principen sist in, först ut har enligt flera forskningsrapporter en i praktiken begränsad betydelse även i situationer där avtalsturlistor inte framförhandlats.[51] Men det kan vara en poäng för att balansera styrkeförhållandet att ha enkla och förutsägbara regler som typiskt sett är till arbetstagarnas favör men som de parterna kan avvika från. Samtidigt

[51] Se Calleman, C., Uppsägning på grund av arbetsbrist i den ekonomiska krisen, i Calleman, C. (red.), *Rätten i den ekonomiska krisen*, 2011, s. 163–190; Numhauser-Henning, A. & Rönnmar, M., Det flexibla svenska anställningsskyddet, *JT* nr 2 2010–11 s. 382–411. Se även Ahlberg, K. & Bruun, N. & Malmberg, J., Anställningsskydd, småföretag och tillväxt, i Rauhur, D. & Falkenhall, B. (red.), *Arbetsrätt, rörlighet och tillväxt*, ITPS 2006 s. 132, som finner att kunskaper om flexibiliteten i anställningsskyddet, särskilt hos små arbetsgivare kan vara bristfällig.

ställer det stora krav på den förhandlande fackliga organisationen om att också avvikelser från anställningsskyddslagens regler om sist in, först ut kan motiveras utifrån objektiva skäl. Det ska också framhållas att det endast är de kollektivavtalsbundna parterna som kan frångå regeln om sist in, först ut i anställningsskyddslagen. Därmed faller ett stort antal arbetsgivare som inte omfattas av något kollektivavtal utanför möjligheten att ingå avtalsturlistor. Detta uppvägs i någon mån av möjligheten för alla arbetsgivare, oavsett kollektivavtalsbundenhet, att vid driftsinskränkningar undanta högst tre arbetstagare från turordningen, 22 § LAS.

Det kan diskuteras om den utvidgade möjligheten för arbetsgivare att undanta tre arbetstagare innan en turordning enligt sist, in först ut principen ska upprättas, inte ger små arbetsgivaren en allt för fördelaktig position för att upprätthålla balansen mellan flexibilitet och trygghet. I många små verksamheter kan det antas att det rör sig om så få planerade uppsägningar i en arbetssituation att ett trepersonersundantag i praktiken kommer att innebära att arbetsgivaren kan bestämma vilka som ska sägas upp. Flertalet små arbetsgivare i Sverige är inte bundna av kollektivavtal och undantagsregeln minskar incitamentet att ingå i ett kollektivavtalsförhållande.

Vid jämförelse med Tyskland och Norge, där anställningstiden endast är en av flera omständigheter som beaktas vid turordningen mellan flera arbetstagare när arbetsbristuppsägningar är aktuella, kan konstateras att det tyska systemet för att avgöra turordning är svårt att tillämpa och ofta leder till domstolstvister. Också det norska systemet leder till domstolsprocesser och lägre grad av förutsebarhet.[52]

Det framförs ibland en senioritetsprincip vid uppsägningar på grund av arbetsbrist kan förefalla omodernt på en modern arbetsmarknad där kunskap och skicklighet får en allt större betydelse.[53] Det övergripande målet med anställningsskyddet måste dock vara att skapa en balans mellan kravet på flexibilitet och kravet på trygghet. Ett sätt att skapa sådan balans kan vara den kompetens som kollektivavtalsparterna getts att avvika från senioritetsreglerna.

[52] Nyström, Mulder & Schlachter (2020) s. 150 f.
[53] Se t.ex. Svenskt Näringsliv, LAS – ett hinder för tillväxt och jobbskapande, 2018.

På den moderna arbetsmarknaden har det också kommit in nya avvägningar och intressen. Att skydda den äldre arbetskraften kan i vissa situationer ses som en diskriminering. Regler som ger förmåner på grund av längre anställningstid gynnar äldre anställda på de yngres bekostnad då de sistnämnda inte haft samma möjlighet att tjäna in anställningstid. Senioritetsregler skyddar vidare dem som har ett arbete. Det har uppstått diskussioner om insiders-outsiders där de som är ”inne” har ett arbete, medan de som är ”ute” (främst lågutbildade ungdomar och invandrare), har svårt att över huvud taget komma in på arbetsmarknaden. I en sådan diskussion spelar senioritet en mindre roll, men tillgodoräknande av senioritet kan kanske skapa inlåsningseffekter.

Det sammanlagda intrycket är att anställningstidens längd också fortsättningsvis kommer att tillmätas stor betydelse och att det finns många goda skäl för detta. Att lång anställningstid är ett kriterium som vägs in vid uppsägning på grund av personliga skäl kommer att upphöra då de nya reglerna ska tillämpas, men den kanske viktigaste funktionen av senioritetsreglerna, nämligen att skydda den som har lång anställningstid i samband med uppsägning på grund av arbetsbrist, kvarstår. En viktig förändring är dock att arbetsgivare får rätt att undanta fler arbetstagare från turordningen än med tidigare reglering. Därmed sker en viss maktförskjutning till arbetsgivarens favör.

Skäliga omplaceringserbjudanden och arbetsledningsrätten

Caroline Johansson

1 Inledning

Skäliga omplaceringserbjudanden och frågor kopplade till sådana har det inte ägnats hyllmeter åt att analysera. Bedömningen av om ett omplaceringserbjudande är skäligt eller inte har dock en viktig funktion i uppsägningssituationer och förtjänar mer uppmärksamhet. Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet i 7 § st. 2 har funnits med sedan lagen om anställningsskydd (LAS) antogs. Hur långt skyldigheten sträcker sig har, som så många andra bestämmelser i LAS, definierats i praxis. Så, hur har skyldigheten utvecklats över tid? Hur har avvägningen mellan omplaceringsskyldigheten och arbetsgivarens rätt att organisera sin verksamhet gjorts? Det är frågor som kommer behandlas i det här kapitlet. Eftersom omplaceringsskyldighetens omfattning främst utvecklats i praxis är det den som står i fokus för kapitlet. Därför kommer utgångspunkten vara utformningen av LAS före 2022 års ändringar. Paralleller kommer dock att dras till relevanta ändringar.

I och med 2022 års ändringar ges den enskilde arbetsgivaren generellt sett en större flexibilitet vid uppsägningar medan omställningsstödet för arbetstagare är tänkt att stärkas. Arbetsgivaren ska bland annat få större möjlighet att undanta personer från turordningen vid uppsägning på grund av arbetsbrist och av utredningen framgår även en vilja att strama upp omplaceringsskyldigheten. I 7 § st. 2 föreslås ett tillägg om att arbetsgivarens omplaceringsskyldighet vid uppsägning

av personliga skäl begränsas till ett omplaceringserbjudande.[1] Någon förändring av vad som är ett skäligt omplaceringserbjudande har dock inte föreslagits.[2] Det är därför intressant att titta lite närmare på vad som avgör om ett erbjudande är skäligt eller inte.

Kapitlet inleds med att kort redogöra för bestämmelsens utformning och motiven bakom bestämmelsen. Därefter följer en genomgång av hur Arbetsdomstolen bedömt omplaceringserbjudandens skälighet i tre typsituationer: Geografisk omplacering, ändring av arbetstidsmått och anställningsform, samt uppsägning på grund av bristande kapacitet beroende på sjukdom eller skada.

De två första typsituationerna har valts eftersom ett byte av arbetsort eller en ändring av arbetstidsmåttet/anställningsformen är något annat än byte av arbetsuppgifter förlagda på samma arbetsplats och utförda under lika många timmar som tidigare. Jag vill hävda att om större förändringar av platsen för arbetets utförande, av hur många timmar anställningsavtalet omfattar eller av anställningsform från tillsvidaretjänst till visstidstjänst anses skäliga, urvattnas skyddet för *anställningsförhållandet* mellan arbetsgivare och arbetstagaren. Det vill säga det omplaceringsskyldigheten är avsett att skydda.

Den tredje typsituationen är något annorlunda. Det rör sig inte primärt om den tjänst som arbetsgivaren erbjuder (en tjänst vid annat driftställe eller en tjänst med lägre/högre arbetstidsmått) utan om skälet för att omplaceringsskyldigheten aktualiserats. Arbetstagaren utför inte arbetsuppgifterna tillräckligt bra, inte på grund av misskötsamhet utan på grund av bristande förmåga. I sådana situationer kompletteras skyddet i LAS med andra regler vilket gör det intressant att se om det påverkar skälighetsbedömningen. Kapitlet avslutas med en sammafattande analys.

[1] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet. Formuleringen i tillägget lyder som följer: ”Om arbetsgivaren tidigare har berett arbetstagaren annat arbete hos sig på grund av förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen, ska arbetsgivaren anses ha uppfyllt sin omplaceringsskyldighet, om det inte finns särskilda skäl.”

[2] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet, s. 90–91, Ds 2021:17, En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 69.

2 Omplaceringsskyldighetens utformning

LAS antogs för att främja anställningstryggheten.[3] En viktig komponent i anställningstryggheten är att arbetsgivaren måste ha saklig grund för att säga upp en arbetstagare.[4] Kravet på saklig grund vid uppsägning är utformat på så sätt att en uppsägning inte är sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig (7 § st. 2 LAS). Det innebär att arbetsgivaren har en skyldighet att utreda om denne har något annat arbete att erbjuda den uppsägningshotade arbetstagaren. Precis som för LAS som helhet är tanken med bestämmelsen att skydda anställningsförhållandet och inte arbetstagarens position.[5] Det rör sig alltså inte om ett befattningsskydd.

I förarbetena framhålls att uppsägning ska vara en åtgärd som tas till när alla andra alternativ har uttömts och saklig grund ska alltså inte anses föreligga om arbetsgivaren kan undvika uppsägningar genom att omplacera arbetstagare till andra arbetsuppgifter i företaget. Vid införandet av 1974 års LAS ansågs det vara av sådan betydelse att det skulle framgå av lagtexten.[6] I doktrin samtida med LAS införande har omplacering beskrivits som en lösning till exempel om arbetstagaren haft samarbetssvårigheter eller om en lastbilschaufför mist sitt körkort men istället kan arbeta på lagret.[7]

Arbetsgivaren har en omplaceringsskyldighet om det är skäligt att kräva omplacering. Skäligheten som anges i lagtexten riktar alltså in sig på att det ska vara skäligt för arbetsgivaren och andra arbetstagare att den uppsägningshotade arbetstagaren är kvar på arbetsplatsen. Arbetsgivaren behöver inte skapa arbetstillfällen eller erbjuda tjänster som redan innehas av en annan arbetstagare. I skäligheten ligger också att arbetsgivarens omplaceringsskyldighet varierar beroende på vad det rör sig om för grund för uppsägningen. När en arbetstagare har varit grovt misskötsam är det till exempel inte skäligt att en arbetsgivare

[3] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd, s. 18.
[4] I det nya lagförslaget ändras formuleringen till att en uppsägning ska vara grundad på sakliga skäl.
[5] Detta klargörs i AD 1978 nr 161 och har sedan upprepats i ett flertal rättsfall.
[6] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd, s. 121.
[7] Schmidt, *Löntagarrätt*, 1978, s. 106.

ska vara skyldig att omplacera denne.[8] I sådana fall kan grunden för uppsägningen ses som ett mer generellt problem oavsett var i verksamheten arbetstagaren befinner sig och kan på så sätt inte läkas av en omplacering. Redan av förarbetena till LAS framgår att om en arbetsgivare omplacerat en arbetstagare på grund av att denne har haft svårt att samarbeta med ledning eller kollegor och den omplaceringen inte har fungerat kan det vara så att det inte är skäligt att kräva att arbetsgivaren ska utreda möjligheterna för en ny omplacering.[9] Om det är så att de lediga tjänster som finns tillgängliga är av samma art som den typ av tjänst arbetstagaren inte kunnat sköta behöver inte heller en omplacering göras.[10] Detta eftersom en sådan omplacering inte löser den bakomliggande sakliga grunden för uppsägningen.

Även om förarbetena behandlar omplaceringens skälighet i relation till om det kan krävas att arbetsgivaren omplacerar, har begreppet ”skäligt omplaceringserbjudande” i praxis kopplats samman med skäligheten från arbetstagarens perspektiv. Den skäligheten kan sägas ligga implicit i själva skyldigheten att omplacera, vilket Malmberg beskriver som en specialregering av arbetsgivarens lojalitetsplikt gentemot arbetstagaren i uppsägningssituationen.[11] Den ger arbetsgivaren en skyldighet att utreda vilka lediga tjänster som finns och vilka kvalifikationer som krävs, samt om den uppsägningshotade arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för de lediga tjänster som finns.[12] Arbetsgivaren ska dessutom i första hand utreda möjligheten att omplacera arbetstagaren inom ramen för tjänsten, på samma arbetsplats eller företagsenhet som denne tidigare varit anställd. Först därefter ska arbetsgivaren undersöka möjligheten att omplacera arbetstagaren

[8] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd, s. 242–243. Se även AD 2014 nr 83 som rörde grund för avsked. Arbetsdomstolens slutsats var att det inte fanns laga grund för avsked men väl saklig grund för uppsägning. Under omständigheterna var det inte skäligt att kräva att arbetstagaren skulle omplacerats.

[9] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd, s. 242–243.

[10] Se till exempel AD 2019 nr 2 där de möjliga omplaceringarna rörde sig om tjänster som innebar distansarbete och arbetstagaren redan brustit i kommunikationen på distans med två olika chefer.

[11] Malmberg, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, 1997, s. 355–356.

[12] Glavå, Hansson, *Arbetsrätt*, 4:e upplagan, 2020, s. 344–346.

utom ramen för tjänsten eller inom andra enheter.[13] Detta har upprepats i praxis och i litteraturen.[14] Det indikerar att en arbetstagare har rätt till den lediga tjänst som är mest lik den tjänst denne innehar i uppsägningssituationen.

Vad som är inom ramen för arbetstagarens tjänst sammanfaller med den omplaceringsrätt som arbetsgivaren har när en uppsägningssituation inte är för handen, det vill säga att det rör sig om den typ av omplacering som en arbetstagare inte kan motsätta sig utan att göra sig skyldig till arbetsvägran.[15] I uppsägningssituationen måste arbetsgivaren alltså gå utanför sin omplaceringsrätt och utreda möjligheten att omplacera arbetstagaren till en annan position. Omvänt innebär det också att ett omplaceringserbjudande kan vara skäligt men ligga utom ramen för arbetstagarens tjänst.

Bedömningen av om omplaceringserbjudandet är skäligt eller inte är avgörande för vilka rättsliga konsekvenser arbetstagarens reaktion på erbjudandet kan få – är erbjudandet skäligt och arbetstagaren tackar nej riskerar denne sin anställning hos arbetsgivaren. Har en uppsägningshotad arbetstagare utan godtagbar anledning tackat nej till ett skäligt erbjudande om annat arbete är arbetsgivaren i regel inte skyldig att lämna några ytterligare erbjudanden.[16] Om en arbetstagare avböjer ett skäligt omplaceringserbjudande får arbetsgivaren därför normalt anses ha uppfyllt sin omplaceringsskyldighet och ha saklig grund för uppsägningen av den arbetstagaren. Det gäller oavsett om grunden för uppsägningen är arbetsbrist eller personliga skäl.[17] Att avböja ett skäligt omplaceringserbjudande kan alltså ses som en kompletterande saklig grund under förutsättning att det rör sig om en situation där arbetsbrist eller personliga skäl finns som bakomliggande grund. Omplacering enligt 7 § st. 2 LAS ska göras innan turordningsreglerna

[13] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd, s. 121.

[14] AD 2022 nr 7, Källström i Schmidt, *Löntagarrätt*, rev upplaga, 1994, s. 188, Selberg, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer*, 2017, Lunds universitet, s. 136, Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 5:e upplagan 2019, s. 150, Glavå, Hansson, *Arbetsrätt*, 4:e upplagan, 2020, s. 344.

[15] Se till exempel AD 1978 nr 89 och AD 1986 nr 11.

[16] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd, s. 243.

[17] Se till exempel AD 1993 nr 80, AD 1996 nr 144, AD 2005 nr 57 och AD 2009 nr 50.

aktualiseras och alltså innan eventuella omplaceringar enligt 22 § genomförs.[18] För arbetstagare med lång anställningstid blir det därför avgörande vad som är ett skäligt omplaceringserbjudande för att veta vilka erbjudanden som är möjliga att avböja utan att riskera sin plats i turordningen.

3 Geografisk omplacering

Geografiska omplaceringar är av betydelse för arbetstagaren på så sätt att det inte bara påverkar vad arbetstagaren gör under arbetstid, utan också hur mycket av fritiden som måste läggas på att ta sig till och från arbetet eller var arbetstagaren och dennes familj behöver bosätta sig. I AD 2006 nr 15 var frågan om en arbetstagare bosatt i Uppsala och arbetandes i Stockholm hade godtagbara skäl att tacka nej till ett erbjudande om arbete på arbetsgivarens driftställe i Åre. Arbetstagaren menade att det inte varit skäligt att omplacera honom till Åre med hänsyn till att han var bosatt i Uppsala tillsammans med sin fru, samt att de hade sina barn boendes i närheten. Arbetsdomstolen ansåg, med hänvisning till tingsrättens motivering, att arbetstagaren hade haft godtagbara skäl att tacka nej till erbjudandet. Tingsrätten motiverade i sin tur kortfattat sin ståndpunkt med arbetstagarens ålder (57 år) och starka anknytning till Uppsala.

I AD 2009 nr 50 var den stora frågan relationen mellan omplaceringsskyldigheten i 7 § st. 2 och omplaceringssituationen i 22 § LAS. Målet rörde en neddragning av personal vid ett företags driftställe i Uppsala. Två arbetstagare blev erbjudna tjänster vid företagets driftställen i Haninge respektive Täby. Arbetstagarna tackade nej till erbjudandena och sades upp. Hade turordningsreglerna tillämpats hade de på grund av lång anställningstid fått vara kvar på driftstället i Uppsala. Någon avtalsturlista var inte aktuell i målet. Arbetsdomstolen kom, med stöd av AD 1996 nr 144, fram till att omplaceringsskyldigheten blir aktuell innan turordning görs enligt 22 §. Vidare ansåg domstolen att det inte heller fanns stöd för att arbetsgivaren i en arbetsbristsituation är skyldig att erbjuda omplaceringar enligt 7 § st. 2 i turordning.

[18] AD 2009 nr 50, AD 2011 nr 30.

Det fanns inga lediga arbeten på det driftställe där de två arbetstagarna var stationerade. Även om de hade arbetat längre än sina kollegor hade de inte rätt till några av de tjänster som fanns kvar på driftstället eftersom omplaceringsskyldigheten i 7 § st. 2 endast omfattar lediga tjänster.

Arbetsdomstolen gick därför över till att bedöma om de två arbetstagarna hade haft godtagbara skäl att tacka nej till erbjudanden de fått om arbete på andra driftställen. Det geografiska avståndet var betydligt kortare jämfört med 2006 års fall, men båda arbetstagarna argumenterade för att den förlängda restiden var orsaken till att de tackat nej. För den ena arbetstagaren kunde restiden även kopplas till familjesituationen då det skulle bli omöjligt att lämna på förskolan i och med att den förlängda restiden gjorde att han var tvungen att lämna hemmet innan förskolan öppnat. Arbetsdomstolen konstaterade dock att hans familjesituation visserligen innebar svårigheter, men att dessa inte var av sådan karaktär och tyngd att omplaceringserbjudandet var oskäligt, särskilt inte med beaktande av möjligheten till att vara föräldraledig på deltid. Med hänvisning till tidigare praxis framhöll domstolen 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.

Resonemangen i 2006 års och 2009 års fall aktualiserades igen i AD 2015 nr 45. På grund av en omorganisering erbjöds en kundtjänstmedarbetare på ett tvätteri i Långsele, Ångermanland, motsvarande tjänst på arbetsgivarens driftställe i Örebro. Arbetstagaren tackade nej till erbjudandet och sades upp på grund av arbetsbrist. Arbetsdomstolen konstaterade i linje med AD 2009 nr 50 att ett omplaceringserbjudande till annat arbete hos arbetsgivaren i en arbetsbristsituation kan anses skäligt även om det nya arbetet ligger på en annan ort än det tidigare arbetet. Med hänvisning till AD 2006 nr 15 tillade domstolen att personliga omständigheter hos arbetstagaren kan göra att denne har godtagbar anledning att avböja ett erbjudande om arbete på annan ort. Bedömningen i det aktuella fallet var att arbetstagaren haft godtagbara skäl att tacka nej till erbjudandet. Precis som i 2006 års fall gick det inte att dagpendla mellan bostadsorten och omplaceringsorten. Arbetstagarens ålder och familjesituation var också liknande, vilket ledde

till domstolens bedömning att anknytningen till Långsele var så stark att det inte ansågs skäligt att begära av en person i den åldern som dessutom hade sambo, barn och barnbarn på orten, att bosätta sig i Örebro och veckopendla till Långsele.

Det är svårt att dra några tydliga slutsatser av så få fall men av Arbetsdomstolen resonemang verkar arbetstagarens ålder vara av betydelse för skälighetsbedömningen. Möjligheten att dagpendla till arbetsplatsen är också av vikt. Ligger den nya arbetsplatsen inom ett bekvämt pendlingsavstånd omfattas den dessutom normalt sett av arbetstagarens arbetsskyldighet, vilket innebär att arbetsgivarens beslut att omplacera en arbetstagare till en sådan arbetsplats är inom ramen för arbetsgivarens arbetsledningsrätt.[19]

Familjesituationen beaktas också i bedömningen men hemmaboende barns beroende av sina föräldrar verkar väga lättare än en äldre arbetstagares anknytning till en viss ort. Detta med tanke på att arbetstagarnas barn i 2006 och 2015 års fall var vuxna, medan föräldern i 2009 års fall var ensamstående och beroende av att kunna lämna på förskolan en viss tid. I 2009 års fall verkar ingen särskild hänsyn tagits till den enskilde arbetstagarens möjlighet att dagpendla utifrån sina individuella förutsättningar. Möjligheten att kombinera familjesituationen med arbete kunde, enligt arbetsgivarsidan och Arbetsdomstolen, lösas med ledighetslagstiftning och blev därför inte relevant i bedömningen av om omplaceringserbjudandet var skäligt eller inte. Att inte beakta småbarnsföräldrars behov i skälighetsbedömningen kan tyckas gå stick i stäv med strävanden efter att skapa balans mellan arbetsliv och familjeliv.[20] Ett alternativt förfarande i en arbetsbristssituation

[19] Något som även gäller i en arbetsbristssituation, se AD 2011 nr 30. För arbetsgivarens omplaceringsrätt se till exempel AD 1978 nr 89 och AD 2002 nr 134.

[20] Sådana strävanden har framförallt just handlat om att införa föräldraledighet och rätt till föräldrar att gå ner i arbetstid, se till exempel Föräldraledighetslagen (1995:584) och Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2019/1158 av den 20 juni 2019 om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare och om upphävande av rådets direktiv 2010/18/EU. Det skulle dock inte hindra Arbetsdomstolen från att beakta småbarnsföräldrars situation i skälighetsbedömningen. Frågan om arbetsgivarens skyldighet att ta hänsyn till arbetstagarens familjeansvar i olika typsituationer diskuteras i Ds 2002:56 avsnitt 4.6.

hade varit att väva in familjesituationen tillsammans med avståndet i bedömningen av om omplaceringserbjudandet är skäligt.

4 Arbetstidsmått och anställningsform

Omplaceringars inverkan på privatlivet och på inkomsten aktualiseras också i de fall omplaceringserbjudandet innebär en förändring av arbetstagarens arbetstidsmått och anställningsform. Ändringar av arbetstidsmåttet eller anställningsformen ligger inte inom ramen för arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbete och är alltså inte något som arbetsgivaren ensidigt kan ändra. I en situation där skäl för uppsägning inte är för handen på andra grunder måste alltså frågor om ändringar i arbetstidsmåttet omförhandlas med den enskilde arbetstagaren. Om arbetstagaren inte går med på ett ändrat arbetstidsmått, måste arbetsgivaren säga upp avtalet och förena det med ett erbjudande om ett nytt avtal enligt de nya villkoren. För att kunna säga upp ett sådant avtal måste arbetsgivaren följa reglerna i LAS, det vill säga bland annat ha saklig grund för uppsägning.[21]

Om uppsägning krävs för att ändra arbetstidsmåttet och arbetsgivaren av organisatoriska skäl vill omvandla heltidstjänster till deltidstjänster i delar av verksamheten är en argumentationslinje att reglerna för arbetsbristsuppsägningar skulle aktualiseras på grund av att det utgör en partiell uppsägning. Det skulle innebära att den partiella uppsägningen skulle göras i turordning enligt 22 § LAS.[22] Arbetsdomstolen har dock framhållit att partiella uppsägningar är främmande för LAS och utan verkan.[23] Ett erbjudande av en deltidstjänst får istället ses som ett omplaceringserbjudande enligt 7 § st. 2.[24] Arbetstagarens möjlighet att angripa sådana erbjudanden är, precis som vid geogra-

[21] Företeelsen kallas ibland uppsägning för omreglering, men formuleringen anses inte ha någon självständig rättslig innebörd. Malmberg, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, 1997, s. 324–326.

[22] Under förutsättning att inte arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal med andra regler eller avtalsturlista sluts med den fackliga motparten.

[23] AD 1985 nr 72. Se även Malmberg, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, 1997, s. 337–338, Källström i Schmidt, *Löntagarrätt*, rev. upplaga, 1994, s. 176–177.

[24] Se AD 2016 nr 69. Jfr med AD 2012 nr 16.

fiska omplaceringar, endast genom att hävda att det var godtagbart för dem att tacka nej till erbjudandet. Skäligheten av omplaceringserbjudanden med ändrat arbetstidsmått har dock inte varit föremål för särskilt mycket granskning.

Precis som vid andra former av omplaceringar beror skäligheten på vad arbetsgivaren kan erbjuda för tjänster i övrigt. I AD 2006 nr 11 framhöll arbetstagarsidan att arbetsgivaren inte i tillräcklig grad utrett möjligheterna till omplacering för en arbetstagare som på grund av ryggproblem inte kunde utföra sitt tidigare arbete. Arbetstagaren hade haft en tjänst på 80 % och erbjöds en tjänst på drygt 50 % som denne tackade nej till. Fackförbundet menade att erbjudandet var oskäligt eftersom sysselsättningsgraden var för låg, men Arbetsdomstolen menade att av de tjänster som fanns lediga och som arbetstagaren hade tillräckliga kvalifikationer för så var det mer skäligt att erbjuda en tillsvidaretjänst med lägre arbetstidsmått än någon av de lediga visstidstjänsterna med högre arbetstidsmått. På samma sätt ansågs det skäligt att erbjuda en tidigare heltidsanställd central ombudsman en halvtidstjänst som administrativ assistent när en omorganisering innebar att ombudsmannaarbetet skulle decentraliseras.[25] Det fanns helt enkelt inga andra tjänster att erbjuda.

I de två ovanstående målen berodde erbjudanden om förändrat arbetstidsmått på personliga skäl eller en omorganisering där det av olika skäl endast fanns tjänster med minskat arbetstidsmått att erbjuda. På senare år har omorganiseringar där huvudåtgärden bestått i att ändra arbetstidsmåttet uppmärksammats både i och utanför akademiska sammanhang under begreppet ”hyvling”.[26] Det innebär att omorganiseringen som genomförs är exakt samma åtgärd som de erbjudanden

[25] AD 2012 nr 11.

[26] Se prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet, s. 130–134, Ds 2021:17, En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, kapitel 7, SOU 2019:5 Tid för trygghet. Fackförbund, särskilt inom LO-området har drivit opinion mot hyvling, se till exempel Andersson, *Handels metod för att hejda hyvlingen*, 18 mars 2021 (https://handelsnytt.se/2021/02/18/handels-metod-for-att-hejda-hyvlingen/, hämtad 220322) och LO:s punkter för det goda arbetet, Otrygghet på grund av hyvling, 27 mars 2019 (https://www.lo.se/start/det_goda_arbetet/otrygghet_pa_grund_av_hyvling, hämtad 220322).

som arbetstagarna sedan får, det vill säga, omorganiseringen består i att minska arbetstidsmåttet för de anställda.

I AD 2012 nr 47 gjorde arbetstagarsidan gällande att uppsägningen av en arbetstagare inte var sakligt grundad bland annat med grunden att omplaceringserbjudandet till en tjänst med 10 timmar lägre arbetstidsmått i veckan inte var skäligt. Arbetsdomstolen nöjde sig med att konstatera att det inte fanns grund för att betrakta erbjudandet som oskäligt. Relevant för sammanhanget var att arbetsgivaren endast hade två anställda och att den åtgärd som vidtagits för att komma till rätta med dålig lönsamhet var dels att minska det totala antalet timmar för de anställda, dels att jämna ut antalet timmar i de två tjänsterna för att göra organisationen mindre sårbar. Den anställde som tidigare hade arbetat 35 timmar i veckan erbjöds den nya tjänsten med högst arbetstidsmått (25 timmar i veckan). Arbetstagarsidan menade att en sådan åtgärd innebar en partiell uppsägning av den arbetstagare som hade varit anställd längst. Arbetsdomstolen ansåg, till skillnad från arbetstagarsidan, att det inte fanns skäl att ifrågasätta verksamhetsskälen eller vidare granska den åtgärd arbetsgivaren vidtagit för att komma tillrätta med den minskade lönsamheten. Om inte åtgärden i sig kan angripas blir det svårare att i det här fallet angripa skäligheten i omplaceringserbjudandet, eftersom arbetstagaren erbjöds den tjänst som var mest lik dennes tidigare tjänst och inga andra tjänster fanns att erbjuda.

Situationen att arbetsgivaren ändrar samtliga tjänster aktualiserades också i AD 2017 nr 56. Arbetsgivaren hade bestämt sig för att inte ha några tillsvidaretjänster utan endast visstidsanställningar på en viss ort. Arbetstagarna erbjöds fortsatt arbete med samma villkor förutom att deras tjänster konverterades till visstidsanställningar. Arbetstagarsidan menade att det inte rörde sig om omplaceringserbjudanden enligt 7 §, något Arbetsdomstolen inte höll med om. Domstolen menade också att erbjudandena var skäliga och att arbetsgivaren inte behövt utreda om det fanns tillsvidaretjänster på andra orter att omplacera till.

Både AD 2012 nr 47 och AD 2017 nr 56 rör arbetsbristssituationer där det inte fanns andra tjänster att erbjuda. Skälighetsbedömningen hänger samman med både att erbjudandet ska vara skäligt för arbetsgivaren att ge och att villkoren ska vara sådana att de är skäliga för arbetstagaren. Vilka tjänster som finns att tillgå och hur arbetsgivarens verksamhet är utformad spelar därför roll. En sådan situation aktua-

liserades i AD 2016 nr 69, men skäligheten i omplaceringserbjudandena bedömdes inte. Målet rörde en mataffär där ett flertal arbetstagare erbjöds omplaceringserbjudanden medan fem anställda fick behålla sina heltidstjänster. Arbetstagarsidan gjorde gällande turordningsbrott eftersom de ansåg att arbetsgivaren hade sagt upp de anställda för omreglering av anställningsvillkoren. Enligt turordningen skulle några av de arbetstagare som erbjudits ett lägre arbetstidsmått haft rätt att omplaceras till heltidstjänsterna enligt 22 § LAS. Arbetsgivarsidan menade istället att erbjudandena utgjorde omplaceringserbjudanden enligt 7 § st. 2 LAS och att turordning därför inte blev aktuellt, vilket var den linje Arbetsdomstolen gick på. Eftersom arbetstagarsidan vitsordat att omplaceringserbjudandena var skäliga gjorde Arbetsdomstolen ingen bedömning av om arbetstagarna hade kunnat tacka nej till erbjudandena och istället förlitat sig på turordningsreglerna i 22 §. Frågan behandlades dock i AD 2022 nr 7.

AD 2016 nr 69 rörde omplacering från heltidstjänster till deltidstjänster, medan frågan i AD 2022 nr 7 var om ett omplaceringserbjudande från tillsvidareanställning till visstidsanställning var skäligt. En tillsvidaretjänst på halvtid drogs in på grund av en omorganisering och arbetstagaren erbjöds tre lediga visstidsanställningar. Dessa tackade arbetstagaren nej till och blev därför uppsagd. Arbetsdomstolen ansåg dock att erbjudandena inte var skäliga eftersom arbetstagaren hade kunnat erbjudas en tillsvidareanställning efter omplacering enligt turordningsreglerna. Domstolen motiverade sin slutsats med att huvudregeln i LAS är att anställningar gäller tillsvidare och att syftet därför måste vara, om möjligt, att skydda en anställning i form av tillsvidareanställning. Av domskälen framgår att Arbetsdomstolen inte har för avsikt att begränsa arbetsledningsbeslut som innebär att en arbetsgivare väljer att inte ha några heltidsanställda, utan målet rör situationen att det finns heltidstjänster kvar, även om dessa skulle innehas av en annan arbetstagare med kortare arbetstid.

AD 2022 nr 7 klargör vad som gäller i arbetsbristsituationer om en arbetstagare erbjuds omplacering till en kort visstidstjänst. Det är oklart om domstolen skulle komma fram till samma slutsats i ett hyvlingsmål med tanke på att heltidsanställning inte tidigare framgått som en huvudregel i 4 § LAS. Detta har dock ändrats. I och med förändringarna i LAS införs en ny paragraf, 4 a, där det framgår att

anställningsavtal avser heltid om inget annat avtalats. Eftersom heltid enligt LAS ska gälla om inget annat avtalats, borde argumentationen i AD 2022 nr 7 även kunna tillämpas på omplaceringserbjudanden från heltid till deltid.

För hyvlingssituationer införs dessutom ytterligare ändringar. Rör det sig om omplaceringserbjudanden som bara innebär sänkt sysselsättningsgrad så ska dessa erbjudas i turordning (7 a §) och arbetstagare som accepterar en sådan omplacering har rätt till en omställningstid (7 b §).[27] Det innebär att senioritetsprincipen ska gälla vid omplaceringserbjudanden som rör arbetstidsmått.[28] Sammanfattningsvis kan det mycket väl vara så att skälighetsbedömningen av omplaceringserbjudanden när det kommer till arbetstidsmått och anställningsform kommer att ta en annan riktning framöver.

5 Omplacering vid sjukdom eller skada

Som ovan nämnts varierar vilka krav som kan ställas på arbetsgivaren att omplacera beroende på vilka skäl det finns för den uppsägning som ska undvikas genom omplacering. Grövre misskötsamhet eller misskötsamhet som är svår att lösa genom en annan typ av tjänst ställer inga eller mildare krav på arbetsgivaren, medan andra skäl ställer högre krav. Ett exempel på det senare är uppsägning kopplad till bristande arbetsprestation på grund av sjukdom eller skada. Beror den bristande arbetsprestationen på sjukdom eller arbetsskada utgör den som huvudregel inte saklig grund för uppsägning. Det finns dock exempel på när sådan nedsättning av arbetsförmågan kan vara uppsägningsgrundande. Ett sådant undantag kan föreligga om nedsättningen är stadigvarande och dessutom så väsentlig att arbetstagaren inte längre kan utföra något arbete av betydelse för arbetsgivaren.[29]

Vid sjukdom och skada aktualiseras även andra regler än anställningsskyddsregler. Uppsägningsfrågan ska bedömas med hänsyn till bestämmelserna i arbetsmiljölagen och socialförsäkringsbalken enligt

[27] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet.
[28] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet, s. 131–132.
[29] Prop. 1973:129 Lag om anställningsskydd s. 126 och 1981/82:71 Om ny anställningsskyddslag s. 66.

vilka arbetsgivaren har ett ansvar för att anställda som drabbas av skada eller sjukdom får ta del av de anpassnings- och rehabiliteringsinsatser som behövs för att den anställde skall kunna fortsätta arbeta.[30] Arbetsgivaren förväntas alltså erbjuda arbetsuppgifter som arbetstagaren är kapabel att utföra, trots sjukdomen eller skadan. Det kan krävas att arbetsgivaren omorganiserar arbetsplatsen.[31] Men en sådan skyldighet beror på arbetsplatsens storlek och utformning. I regel kan det inte krävas att arbetsgivaren utökar sin verksamhet.[32] Med tanke på att arbetsgivarens skyldighet att anpassa arbetsuppgifterna och arbetsplatsen, samt delta i rehabiliteringen av arbetstagaren inträder från det att sjukdomen eller skadan konstaterats sätta ner arbetsförmågan, innebär det en skyldighet för arbetsgivaren att vidta åtgärder löpande, som till exempel omplacering, innan en uppsägning aktualiseras.[33] Arbetsgivaren ska alltså ha genomfört en rad åtgärder innan en omplaceringsutredning enligt 7 § st. 2 blir aktuell. Omplacering som sker inom ramen för arbetsgivarens rehabiliteringsansvar rör sig om en annan form av omplaceringsskyldighet och är inte tänkt att ersätta omplaceringsskyldigheten i 7 § st. 2 när en uppsägningssituation väl är för handen. Däremot kan arbetsgivarens tidigare åtgärder påverka vilka omplaceringsåtgärder enligt 7 § st. 2 som anses skäliga.

I AD 2014 nr 26 kom domstolen fram till att det inte fanns anledning att anta att arbetstagaren, som sedan flera år tillbaka haft lättare, anpassade arbetsuppgifter och anpassad arbetstid, genom ytterligare åtgärder i framtiden skulle kunna förbättra sina arbetsprestationer.[34] Arbetstagarsidan hade inte åberopat att det fanns någon enskild, befintlig befattning att omplacera arbetstagaren till som varit ledig vid den relevanta tidpunkten. Arbetsgivaren hade även lyft fram att det inte längre fanns några arbetsuppgifter hos bolaget som arbetstagaren klarade av, eftersom bolaget tvingats att kraftigt minska sin personal

[30] Se till exempel AD 1993 nr 42, AD 2006 nr 11 och AD 2013 nr 78.

[31] AD 2013 nr 78.

[32] AD 2006 nr 83.

[33] AD 2014 nr 26 illustrerar detta. Det kan också tilläggas att Arbetsdomstolen i samma mål konstaterar att arbetsgivarens skyldigheter enligt 7 § st. 2 LAS är desamma som diskrimineringslagens regler om bristande tillgänglighet (1 kap. 4 § p. 3 DiskL). Se även AD 2013 nr 78.

[34] Det bör tilläggas att arbetstagaren inte varit sjukskriven sedan diagnosen.

samt omorganiserat och förändrat innehållet i arbetsuppgifterna, vilket i sin tur har lett till att kraven på de anställda kommit att bli allt högre med tiden. Det talar för att förändrade krav på företag som kan härledas till att branscher blivit mer konkurrensutsatta spelar in vad gäller vilka faktiska möjligheter, och skyldigheter, arbetsgivaren har i rehabiliteringsprocessen. Rehabiliteringsskyldigheten innebär alltså inte att arbetsgivaren behöver utvidga eller ändra sin verksamhet till andra arbetsuppgifter än de som redan utförs för att bättre möta en arbetstagares behov av rehabilitering.[35] Arbetsgivaren verkar inte heller vara skyldig att erbjuda det arbete som arbetstagaren helst vill ha, trots att det rör sig om en arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga på grund av sjukdom eller skada. Detta gäller särskilt om en sådan tjänst redan innehas av en annan arbetstagare, trots att denne har kortare anställningstid.[36]

Eftersom arbetsgivarens skyldighet att omplacera begränsas till befintliga, lediga tjänster och arbetsgivaren inte har någon skyldighet att ändra sin verksamhet för att bereda plats för en uppsägningshotad arbetstagare påverkas omplaceringsskyldigheten av förändringar på arbetsmarknaden såsom effektivistering av både företag och offentlig verksamhet. En annan förändring på arbetsmarknaden som framhållits i utredningar är den ökade specialiseringen och ett ökat fokus på att arbetstagare måste kunna anpassa och utveckla sin kompetens.[37] Den generella utvecklingen på arbetsmarknaden påverkar alltså tillämpningen av 7 § st. 2 i och med att bedömningen av arbetsgivarens omplaceringsskyldighet sätts i relation till vilken möjlighet det finns att omplacera i arbetsgivarens existerande verksamhet. Finns det färre lediga tjänster att omplacera till och är fördelningen av arbetsuppgifter sådan att det inte finns utrymme att i någon större utsträckning plocka bort arbetsuppgifter för en arbetstagare och samtidigt erbjuda en hållbar arbetssituation för övriga arbetstagare borde det oftare vara så att det inte är skäligt att kräva att arbetsgivaren omplacerar en viss

[35] AD 1993 nr 42 och AD 2006 nr 11.

[36] AD 2005 nr 57.

[37] Både Ds 2002:56, Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv och SOU 2020:30, En moderniserad arbetsrätt tar upp forskning kring den förändrade, svenska arbetsmarknaden från 1990-talskrisen och framåt. Fokus ligger främst på nationalekonomisk forskning.

arbetstagare. Har arbetet blivit mer specialiserat skulle det också kunna vara svårare att hitta lediga tjänster som arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för eller som är inom ramen för dennes tjänst, vilket skulle göra att omplaceringserbjudanden hamnar längre bort från det arbete arbetstagaren tidigare utfört. Tanken att en arbetstagare i första hand ska omplaceras inom ramen för sin tjänst skulle i så fall, i praktiken, inte aktualiseras särskilt ofta utan istället skulle arbetstagaren få acceptera förhållandevis ingripande förändringar.

6 Sammanfattande analys

Omplaceringsskyldigheten kan ses som en manifestation av att uppsägning ska vara en sista åtgärd. Finns det en saklig grund för uppsägning i botten kan omplaceringen ”rädda kvar” den uppsägningshotade arbetstagaren hos arbetsgivaren och på så sätt vara ett extra skydd för anställningsförhållandets bestående. Praxisgenomgången ovan visar att, även när sådana erbjudanden ges av arbetsgivaren, det i många fall rör sig om ett tunt skydd.

Idén att det skulle röra sig om ett extra skydd för anställningsförhållandets bestående passar särskilt dåligt i arbetsbristssituationer, åtminstone när det rör sig om omplaceringserbjudanden som ligger utom ramen för tjänsten och alltså rör villkor eller omständigheter för tjänsten som arbetsgivaren i vanliga fall inte ensidigt kan ändra. När omplaceringserbjudanden enligt 7 § st. 2 inte behöver göras i turordning ges den enskilde arbetsgivaren en stor frihet, och den trygghet som en arbetstagare med längre anställningstid är tänkt att ha gentemot sin arbetsgivare sätts ur spel då arbetstidsmått, anställningsform och stationeringsort kan komma att ändras.

Skälighetsbedömningen görs utifrån omständigheterna i det specifika fallet, till exempel hur arbetsgivarens verksamhet är organiserad, arbetstagarens privata omständigheter, vilka tjänster som finns tillgängliga och så vidare. Det kan då tyckas märkligt att bedömningen i 7 § st. 2 ofta verkar göras utan att ta hänsyn till dess *rättsliga* sammanhang, det vill säga de skyddsregler i 22 § LAS som är tillämpliga vid arbetsbrist. I AD 2011 nr 30 hänvisar domstolen till omplacering av ”uppsägningshotade arbetstagare” till ett annat driftställe och att

arbetsgivaren i en sådan situation kan vidta omplaceringar på det sätt denne anser är bäst för verksamheten oavsett var de arbetstagarna befinner sig i turordningen. Sett ur ett anställningsskyddsperspektiv kan det vara så att de arbetstagare som omplaceras, faktiskt inte behöver vara uppsägningshotade eftersom de i en uppsägningssituation både skulle kunna ha längre anställningstid och tillräckliga kvalifikationer och därför inte riskera uppsägning så länge turordningsreglerna i LAS tillämpas. I samma mål framhåller Arbetsdomstolen att arbetsgivaren har, inom ramen för 7 § st. 2, möjlighet att bestämma vem som ska omplaceras till vilken position och på så sätt försäkra sig om att ”rätt man hamnar på rätt plats”.

Arbetsledningsrättens starka ställning är också påtaglig vid förändringar av arbetstidsmåttet, så som det kommit att utvecklas i praxis. Omplaceringserbjudanden till tjänster med lägre arbetstidsmått anses skäliga, inte bara när det som en konsekvens av en omorganisering bara finns deltidstjänster att erbjuda utan också när själva omorganiseringen, det vill säga arbetsledningsbeslutet, består i att minska arbetstidsmåttet och omplaceringserbjudandet utgörs av ett erbjudande av den tjänst arbetstagaren tidigare haft men nu med lägre arbetstidsmått. Det görs alltså ingen skillnad mellan en situation där de omplaceringserbjudanden som finns att erbjuda har andra orsaker eller endast indirekt beror på verksamhetsförändringen och där omplaceringserbjudandena och verksamhetsförändringen/åtgärden i själva verket är samma sak.

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt har därigenom fått genomslag i 7 § st. 2. Det tillsammans med att arbetsbrist normalt sett utgör saklig grund gör att arbetsgivaren kan försämra villkoren för en viss arbetstagare som, baserat på anställningstid och tillräckliga kvalifikationer, i annat fall skulle ”sitta säkert”. Man kan istället argumentera för att lång anställningstid och tillräckliga kvalifikationer för tjänster som finns kvar på arbetsplatsen borde påverka skäligheten i ett omplaceringserbjudande som innebär att arbetstagaren placeras till en tjänst på annan ort eller med lägre arbetstidsmått. AD 2022 nr 7 ger en viss öppning för en sådan argumentation.

2022 års revidering av LAS innebär några ändringar som är av betydelse för omplaceringsskyldigheten. Som nämnts ovan ska arbetsgivaren inte behöva erbjuda mer än en omplacering vid upprepade

brott mot anställningsavtalet, alltså när uppsägning av personliga skäl är för handen. Enligt min mening är det dock oklart om det senare egentligen innebär någon ändring av rådande rättsläge jämfört med vad som framgår av redogörelsen av förarbetena ovan och så som tillämpningen av 7 § st. 2 utvecklats i Arbetsdomstolens praxis.[38] Däremot kan andra förslag som turordning vid omplaceringar till en tjänst med lägre arbetstidsmått och att heltid ska vara norm få betydelse för arbetsgivarens handlingsutrymme i en uppsägningssituation.

Ett mer specialiserat och kunskapskrävande arbetsliv har varit i fokus de senaste åren, både vad gäller omförhandlingar av kollektivavtal och förslag till förändringar av anställningsskyddet. De förslag på ändringar som 2022 års LAS är en del av kopplar tydligare samman anställningsskydd med kompetensutveckling.[39] I den pågående reformeringen av anställningsskyddet kombineras den enskilde arbetsgivarens ökade flexibilitet när det kommer till uppsägningar med ett förstärkt omställningsstöd. Arbetstagare ska få större möjlighet att vidareutbilda sig under anställningen och efter uppsägning på grund av arbetsbrist. En grupp som är tänkt att omfattas av omställningsavtalen som inte tidigare omfattats är anställda som sagts upp på grund av nedsatt arbetsförmåga kopplat till sjukdom eller skada.[40] Förutsättningen för att omfattas är att arbetstagaren accepterar uppsägningen och inte driver process om uppsägningens giltighet. Den kollektivavtalade omställ-

[38] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet, s. 90–91. Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 69. För vidare analys om förslaget till ändringar av 7 § LAS se Selberg, Lagstiftningsläran och anställningsskyddet: Något om att ändra en generalklausul tillika avvägningsnorm. Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet, 2021–22(4), 891–918.

[39] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet. Förslaget spänner över flera områden och bygger på den principöverenskommelse som Svenskt Näringsliv och PTK slöt och som senare Kommunalarbetarförbundet och IF Metall har anslutit sig till. Förslaget presenterades först i Ds 2021:16 Grundläggande omställningsoch kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden och 2021:18 Omställningsstudiestöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

[40] Detta gäller i det avtal som kopplas till LAS-överenskommelsen samt i avtalen på den offentliga sektorns område.

ningen ska kompletteras med en statligt organiserad omställningsorganisation för de arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal.[41] Tanken är alltså att hela arbetsmarknaden ska täckas av antingen det ena eller det andra systemet. Därutöver ska studiestödssystemet kompletteras med ett omställningsstudiestöd som möjliggör för lite längre utbildningar för personer som är aktiva på svensk arbetsmarknad och där utbildningen har som syfte att stärka deras position på arbetsmarknaden.[42] De föreslagna förändringarna stärker alltså inte den enskilde arbetstagaren i en uppsägningssituation. Förändringarna i anställningsskyddet är till mångt och mycket till den enskilde arbetsgivarens fördel och ger denne större frihet att bestämma över sin verksamhet. Maktbalansen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren förändras och ansvar flyttas från individnivån (arbetsgivaren) till den kollektiva nivån i form av omställningsorganisationer och stat. Det blir dessutom den enskilde arbetstagarens ansvar att se till att ha rätt kompetens men med stöd både ekonomiskt och erfarenhetsmässigt via omställningsorganisationerna.

Sammanfattningsvis visar praxisgenomgången att de beslut arbetsgivaren fattat vad gäller organiseringen av verksamheten både generellt och i den specifika uppsägningssituationen fått stort genomslag i bedömningen av om ett omplaceringserbjudande är skäligt. Detta så till den grad att arbetstagare som enligt huvudregeln skulle sitta säkert vid en arbetsbristssituation får se sitt anställningsförhållande försvagat genom att erbjudas lägre arbetstidsmått eller visstidsanställning. Nu aktuella lagändringar kommer i viss mån justera balansen till arbetstagarens förmån. Det gäller dock inte geografiska omplaceringar som också kan vara betungande för arbetstagares ekonomi och fritid. Vad gäller uppsägningar på grund av bristande arbetsförmåga går det att skönja att effektiviseringar på arbetsmarknaden lett till att det inte finns utrymme för arbetsgivaren att erbjuda en omplacering till ar-

[41] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet, Ds 2021:16, Grundläggande omställnings och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

[42] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet, Ds 2021:18, Omställningsstudiestöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

betsuppgifter arbetstagaren klarar av. Den lösning som presenteras för det är inte att ställa högre krav på den enskilda arbetsgivaren utan att ansvaret flyttas över till omställningsorganisationer och stat.

Om rättsfiguren provocerad uppsägning i kränkningssituationer

Sabina Hellborg

1 Inledning

Det saknas en självständig civilrättslig grund för prövning och ansvarsfastställande vid kränkande särbehandling i arbetslivet.[1] Om någon upplever sig trakasserad eller på annat sätt illa behandlad, och diskrimineringslagens (2008:567), DiskL, förbud inte är tillämpliga,[2] finns det således ingen möjlighet för den enskilde att föra talan om ersättning eller annan form av upprättelse.[3]

Den enskildes upplevelse av kränkande särbehandling behandlas istället inom ramen för arbetsrättsliga regelverk, främst lagen om anställningsskydd (1982:80), LAS. Därvid har rättsfiguren provocerad uppsägning – en uppsägning av arbetstagaren föranledd av arbetsgivarens agerande – utvecklats till ett av få forum för en rättslig vär-

[1] Artikeln är skriven inom ramen för projektet Rättsligt ansvar för mobbning och kränkningar i arbetslivet, finansierat av Ragnar Söderbergs stiftelse.

[2] Diskrimineringslagens förbud mot trakasserier förutsätter att kränkningen har en koppling till någon av de i 1 kap 1 § angivna diskrimineringsgrunderna. Förbudet mot sexuella trakasserier har inget sådant krav på orsakssamband, men däremot måste agerandet vara av sexuell natur vilket begränsar användningen av förbudet i 1 kap 4 § p 5.

[3] Frågan om ersättningsmöjligheter behandlar jag utförligare i artikeln Arbetsgivarens skadeståndsansvar vid arbetsplatsmobbning, I: Chamberlain m fl (red), Skadeståndslagen 50 år, 2022.

dering av påstådda kränkningar på arbetsplatsen.[4] Den prövningen präglas av anställningsskyddslagens ändamål, att skydda mot osakliga uppsägningar. Att trakassera någon i en sådan utsträckning att denne väljer att lämna anställningen, blir således en anställningsskyddsfråga. Skyddet av anställningen kan dock inte likställas med ett skydd mot andra risker som arbetslivet är behäftade med – såsom problem i den fysiska eller organisatoriska arbetsmiljön. Sådana skyddssyften formuleras istället i arbetsmiljölagstiftningen, inklusive Arbetsmiljöverkets föreskrifter.[5] Även om det finns en klar växelverkan och ett ömsesidigt beroende mellan anställningsskyddslagen och arbetsmiljöregleringen,[6] innebär anställningsskyddet som primärt fokus att andra intressen får en undanskymd roll. Med det inte sagt att andra hänsyn inte tas i mål om anställningsskydd, men intressekontexten medför att dessa andra hänsyn blir sekundära. Detta märks särskilt i rättspraxis som berör provocerade uppsägningar i kränkningssituationer.

I artikeln redogörs den rättsliga bakgrunden till provocerade uppsägningar och hur institutet har utvecklats i rättstillämpningen genom åren. Det är därför på sin plats att nämna den nyligen genomförda ändringen av LAS, som bland annat innebär en övergång från krav på *saklig grund* till *sakliga skäl*.[7] I förarbetena till nämnda ändring anges att tidigare praxis rörande uppsägning av personliga skäl (vilket det är fråga om i fall av provocerad uppsägning) fortsatt ska vara aktuell och vägledande.[8] Det kan därför antas att frågorna som uppstått i

[4] Jfr Yamanda, Workplace Bullying and The Law: Emerging Global Responses, I: Taylor & Francis (red), Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research and Practice, 2011, s 476, om hur begreppet ”constructive dismissal” (den engelska motsvarigheten till provocerad uppsägning) är särskilt relevant när det gäller mobbning. Se även Barmes, Bullying and Behavioural Conflict at Work: The Duality of Individual Rights, 2016, passim, som analyserar olika möjliga tillvägagångssätt för att hantera konflikter på arbetsplatser utifrån de regelverk som finns i Storbritannien.

[5] Se framför allt AFS 2015:4 Organisatorisk och social arbetsmiljö.

[6] Se vidare bidraget av Holm, Anställningsskyddets betydelse som arbetsmiljökrav och arbetsmiljökravens betydelse för anställningsskyddet, i förevarande bok.

[7] Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt. För flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s 67 ff.

[8] A a s 68.

rättstillämpningen, och som tas upp i förevarande artikel, fortfarande kommer att vara aktuella i hög grad.[9]

En fråga som kommer att vara i fokus i det följande är vilka olika värderande moment som ingår i prövningen av en provocerad uppsägning. Detta kommer att utvecklas vidare nedan, men redan här kan ett resultat av praxisgenomgången nämnas, då det fått utgöra grund för artikelns upplägg. Praxis visar att vissa skiftningar har skett avseende innebörden av institutet provocerad uppsägning. En uppsägning som föranletts av arbetsgivaren genom ageranden i strid med god sed på arbetsmarknaden betraktades tidigare som osaklig per se. Numera görs prövningen i flera led, varav det inledningsvis handlar om att reda ut vem som formellt anses ha vidtagit uppsägningen. I ett andra led prövas om det funnits saklig grund för uppsägning. En sedvanlig ”saklig grund-prövning” enligt 7 § i LAS görs då, varvid arbetstagarens agerande och brister undergår granskning. I det fall det inte funnits saklig grund är skadeståndsbestämningen ytterligare ett tillfälle att beakta och värdera parternas ageranden.

Anställningsskyddskontexten blir påtaglig, på så vis att den kränkning som påstås ha föranlett arbetstagaren att säga upp sig inte är den huvudsakliga rättsliga frågan i något skede av prövningen. Det problematiseras i det avslutande i avsnittet.

2 En prövning i flera led

2.1 Har arbetsgivaren föranlett uppsägningen?

Ett anställningsförhållande kan upphöra på olika sätt, beroende på anställningsform och beroende på vem som initierar anställningens avslutande. En arbetsgivare kan exempelvis säga upp en tillsvidareanställd om det finns saklig grund för det, eller avskeda den arbetstagare som grovt åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren.[10] Arbetstagaren kan å sin sida lämna anställningen med iakttagande av uppsägningstid, och har även rätt att med omedelbar verkan frånträda anställningen,

[9] För att underlätta läsningen kommer jag i den fortsatta framställningen att använda den tidigare skrivningen saklig grund, vilket enligt det nyss sagda motsvarar den sedan 1 oktober 2022 gällande formuleringen sakliga skäl.

[10] Se 7 § respektive 18 § LAS.

enligt 4 § st 3 LAS, om arbetsgivaren i väsentlig mån åsidosatt sina åligganden mot arbetstagaren – exempelvis genom att inte betala ut överenskommen lön.

Vanligen är en uppsägning av anställningsavtalet, eller ett frånträdande, från arbetstagarens sida en bindande rättshandling som inte kan återtas eller prövas. Undantag finns dock, om arbetsgivaren borde ha insett att uppsägningen inte var allvarligt menad,[11] eller om den kan betraktas som ogiltig enligt avtalslagens regler.[12] I Arbetsdomstolens praxis har det därtill antagits att en uppsägning från arbetstagarens sida kan likställas med en uppsägning eller ett avsked från arbetsgivarens sida, i det fall uppsägningen föranletts av arbetsgivaren och denne handlat på ett sätt som inte stämmer överens med god sed på arbetsmarknaden eller på något annat sätt måste anses otillbörligt. I sådana fall anses det vara en provocerad uppsägning *i strid med grunderna för LAS*, och möjlighet finns att pröva huruvida uppsägningen (som alltså betraktas som vidtagen av arbetsgivaren) är sakligt grundad. Om så inte är fallet, dvs om det inte funnits saklig grund för uppsägning, kan den uppsagda arbetstagaren erhålla både ekonomiskt och allmänt skadestånd i enlighet med anställningsskyddslagen.[13]

En första förutsättning för att det ska vara en provocerad uppsägning är att arbetsgivaren föranlett arbetstagaren att säga upp sig. Arbetsgivaren behöver inte ha haft något direkt syfte att förmå arbetstagaren att säga upp sig, men ”måste däremot ha insett att handlandet eller underlåtenheten framkallat en svår situation för arbetstagaren och

[11] Se prop 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m., s 82 samt AD 1991 nr 33 med hänvisningar.

[12] Se 33 § respektive 36 § i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Ogiltigförklaring kan ske om det skulle vara i strid med tro och heder att göra gällande uppsägningen eller om det med hänsyn till omständigheterna vid uppsägningens tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt skulle var oskäligt att göra uppsägningen gällande.

[13] AD 1982 nr 99; 1985 nr 112, 1991 nr 65, 1991 nr 93, 1996 nr 109. Skadeståndsmöjligheterna skiljer sig därmed vid provocerad uppsägning från de tidigare nämnda frånträdesfallen. När det handlar om ett frånträde har arbetstagaren rätt till ersättning för den ekonomiska förlusten som arbetsgivarens brott mot anställningsavtalet innebär, men ingen rätt till allmänt skadestånd om det inte också skett något brott mot LAS.

därmed en risk för att sistnämnde lämnar anställningen".[14] Arbetsgivarens agerande eller underlåtenhet ska därtill, för att det ska vara en provocerad uppsägning, vara i strid med god sed på arbetsmarknaden eller annars otillbörligt. Vad som kan kvalificeras som i strid med god sed alternativt otillbörligt är ingen lättbesvarad fråga.[15] Bedömningen varierar beroende på vad det är för situation som domstolen har att hantera. Det finns exempel i Arbetsdomstolens praxis på olika situationer och ageranden från arbetsgivarens sida som ansetts ha provocerat fram en uppsägning från arbetstagaren. Dessa situationer kan, vilket Arbetsdomstolen gör i AD 2020 nr 23 (*VVS-montören*), delas in i två huvudsakliga typer: Dels 1) att arbetsgivaren genom sitt agerande förmått arbetstagaren att sluta mot sin vilja – exempelvis genom att ställa arbetstagaren inför valet att antingen säga upp sig själv eller bli avskedad; dels 2) att arbetsgivaren agerat eller underlåtit att agera på ett sätt som får arbetstagaren att vilja säga upp sig.[16] Det är den sistnämnda kategorin av situationer som främst är relevant när det kommer till trakasserier och kränkningar av olika slag. Det rör sig då om uppsägningar som föranletts av arbetsgivarens agerande under längre tid, vilket gör bedömningsunderlaget brett – såväl tidsmässigt som avseende vilka händelser som kan spela in i prövningen.[17]

Rättstillämpningen visar att variationen av påverkande omständigheter är stor. Generellt tycks trakasserier, kränkningar och mobbning utgöra ageranden i strid med god sed på arbetsmarknaden, men det finns ingen fastställd standard för när ett agerande passerar gränsen för otillbörlighet. Fysiskt våld och handgripligheter är oftast, inte så förvånande, otillbörligt. Vid sådant agerande behöver det inte handla

[14] Se AD 1985 nr 65; AD 2020 nr 23.

[15] Se vidare Calleman, När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?, I: Mannelqvist m fl (red), Festskrift till Örjan Edström, 2019, s 55–74, passim, för en mer ingående diskussion av hur "god sed" uttolkats.

[16] Se AD 2020 nr 23, där Arbetsdomstolen gör en sådan uppdelning, med konstaterandet att situationerna delvis överlappar varandra.

[17] Prövningen fokuseras således inte, som i typsituation 1) vid omständigheterna kring själva uppsägningshandlingen. Se vidare Calleman, När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden? s 65, som i sin behandling av frågorna skiljer mellan arbetsgivarens agerande före, vid och efter (genom att inte godta ett återtagande av uppsägningen) själva uppsägningstillfället.

om upprepade händelser eller våld av särskilt allvarligt slag, utan även ”milt våld” kan bedömas som otillbörligt.[18] Tidigare var sådant agerande som i dagsläget omfattas av förbudet mot sexuella trakasserier (1 kap 1 § p 5 DiskL) ett typexempel på otillbörligt agerande.[19]

I vissa fall får även arbetstagarens eget agerande och dennes bidrag till händelseutvecklingen betydelse på så vis att arbetsgivaren inte ansetts agera i strid med god sed på arbetsmarknaden. Detta har visat sig i exempelvis AD 2005 nr 24, där det agerande som arbetstagarsidan lade arbetsgivaren till last hade utspelat sig under en konflikt där båda parter varit upprörda och där även arbetstagaren uttalat sig kränkande mot arbetsgivaren. Även om arbetsgivarens agerande bedömdes som ”olämpligt och överilat”, konstaterade Arbetsdomstolen att det skett i ett upprört tillstånd, utan syfte att förmå arbetstagaren att lämna arbetet, och att det sammantaget inte var i strid med god sed på arbetsmarknaden.

I det tidigare nämnda målet med VVS-montören bedömde Arbetsdomstolen att situationen hade utvecklats på ett sådant sätt att båda de huvudsakligen inblandade parterna i den pågående konflikten mådde psykiskt dåligt, och att arbetsgivaren därför borde ha vidtagit åtgärder i enlighet med arbetsmiljölagstiftningen. Förbundet hade också krävt vid förhandling att företagshälsovården eller annan utomstående skulle utreda situationen. Under tiden som arbetstagaren var sjukskriven, med uppenbar koppling till arbetsmiljöproblemen, skickade arbetsgivaren ett mail till denne där det angavs att han brutit mot sina åtaganden och han avkrävdes svar inom tre dagar. Kritiken som riktades mot arbetstagaren angående ett utfört uppdrag och hans agerande i samband med det, ansåg Arbetsdomstolen inte vara tillräcklig för avsked, och inte heller saklig grund för uppsägning. Påståendena var ospecificerade och svåra för arbetstagaren att bemöta, särskilt med kort varsel och under sjukskrivningen. Arbetsdomstolen lade också vikt vid att arbetstagaren inte beretts tillgång till den information som behövdes för att bemöta anklagelserna, samt att arbetsgivaren i direkt anslutning till att arbetstagaren förklarat att han inte kunde bemöta

[18] AD 2020 nr 23.

[19] Se t ex AD 1991 nr 33, som med dagens reglering skulle ha bedömts inom diskrimineringslagens ramar, och inte som en provocerad uppsägning.

anklagelserna varslat honom om uppsägning. Domstolen bedömde därför att arbetsgivaren agerat i strid med god sed på arbetsmarknaden, och föranlett arbetstagaren att säga upp sig. Men prövningen tog inte slut där, utan frågan som följde var om det fanns saklig grund för (den visserligen provocerade) uppsägningen. Arbetsdomstolens bedömning i den frågan tas upp i slutet av nästföljande avsnitt, efter en kort tillbakablick över hur prövningen av provocerade uppsägningar har förändrats – från de första förarbetsuttalandena i frågan till idag.

2.2 Finns det saklig grund för uppsägning?

Såsom bedömningen av en provocerad uppsägning hanterats i senare tids praxis, följs konstaterandet av att arbetsgivaren föranlett arbetstagaren att säga upp sig av en prövning av huruvida det funnits en saklig grund för uppsägningen. Men bakgrunden till möjligheten att se en uppsägning som provocerad ger en annan bild av vad som ingår i bedömningen och vilka värderande moment den faktiskt innehåller. I förarbetena till LAS formuleras det såhär:

> ”Visar det sig att en arbetsgivare genom otillbörligt handlande har förmått en anställd att själv säga upp sig, är det i själva verket fråga om en situation som är *helt jämförlig med den som föreligger när en arbetsgivare säger upp en arbetstagare utan saklig grund*.”[20]

Citatet antyder att prövningen är klar redan efter första ledet. Situationen ”att föranleda någon att säga upp sig”, jämställs med att den skett utan saklig grund. Något utrymme för ytterligare en prövning eller värdering av arbetstagarens agerande ges alltså inte, vilket också bekräftas i äldre praxis (AD 1985 nr 65, AD 1985 nr 112 och AD 1991 nr 65) där det enbart konstaterades att uppsägningen var att jämställa med en uppsägning från arbetsgivarens sida och att skadestånd skulle utgå med stöd i grunderna för LAS.

I ett senare fall, AD 1991 nr 93, verkar det som att arbetsgivarsidan utvecklat sin argumentation, och gjort gällande att även om uppsägningen skulle anses vidtagen från arbetsgivarens sida så fanns det saklig

[20] Prop 1973:129, Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m.m. s 129.

grund för den. Arbetsdomstolen var däremot inte öppen för en sådan prövning:

> ”Arbetsdomstolen saknar anledning att gå in på hur saken skulle bedömas om så vore fallet. Det framstår nämligen som helt klart att de brister som (X) må ha uppvisat i arbetet och som åberopats till stöd för påståendet om saklig grund hängt samman med (arbetsgivarens) beteende mot honom på ett sådant sätt att man inte av dessa brister kan dra några slutsatser om (x) lämplighet för yrket.”

Någon egentlig prövning av om det förelåg saklig grund, som en fråga separerad från den framprovocerade uppsägningen i strid med god sed, gjordes alltså inte.

Det går att märka en förändring från de nämnda fallen till AD 2002 nr 18. I det fallet hade en arbetstagare sagt upp sig efter ogrundade varningar och skarp kritik från arbetsgivarsidan, vilket Arbetsdomstolen bedömde ha åsyftat att förmå arbetstagaren att lämna anställningen. I domskälen finns ingen hänvisning till förarbetena till LAS, eller det tidigare nämnda uttalandet om att en uppsägning föranledd av arbetsgivarens agerande i strid med god sed på arbetsmarknaden är ”helt jämförlig med den som föreligger när en arbetsgivare säger upp en arbetstagare utan saklig grund”. En nedkortad version av formuleringarna i AD 1985 nr 65 upprepas, men med uteslutande av att rättsföljden inträder direkt i och med den provocerade uppsägningen. Efter konstaterandet att uppsägningen föranletts av arbetsgivarens agerande, ställs frågan under ny rubrik: Fanns det saklig grund? Arbetsdomstolen prövade dock inte den frågan särskilt ingående, då arbetsgivarsidan inte åberopat några konkreta omständigheter till stöd för att det funnits skäl att säga upp arbetstagaren. Konsekvenserna för den enskilde arbetstagaren i det fallet av att göra en separat saklig grund-prövning blev därför inte särskilt märkbara.

En liknande bedömning gjordes i AD 2005 nr 30, där arbetsgivarens agerande (ett fysiskt ofredande genom att fösa fram arbetstagaren med ett grepp om nacken) ansågs vara i strid med god sed på arbetsmarknaden och uppsägningen jämställdes med en uppsägning från arbetsgivarens sida. Arbetsdomstolen prövade inte vidare om det fanns saklig grund för uppsägningen, eftersom något sådant påstående inte ”ens” gjorts från arbetsgivarens håll. Det tycks således vara en fråga om hur

arbetsgivarsidan formulerat sin talan. I AD 2006 nr 42, som har stora likheter med nyss nämnda fall från 2005 (handgripligt agerande från arbetsgivaren), är bedömningen densamma och Arbetsdomstolen finner att uppsägningen föranletts av arbetsgivarens agerande och ska likställas med en uppsägning utan saklig grund. Alltså, i det fallet får kränkningen en omedelbar betydelse för synen på uppsägningen som osaklig. Någon bedömning av andra eventuella skäl till att säga upp arbetstagaren görs inte (i likhet med vad som framgår av de tidiga förarbetena).

Skillnaden mellan den tidiga inställningen till frågorna och den som framgår i senare praxis är tydlig i det ovan nämnda fallet med VVS-montören. I domen beskriver Arbetsdomstolen rättsläget kring institutet provocerad uppsägning, och att en uppsägning från arbetstagarens sida under särskilda omständigheter kan vara att betrakta som en uppsägning från arbetsgivarens sida. Här hänvisas visserligen till propositionen från år 1973,[21] men med utelämnande av det avslutande ledet, dvs, att uppsägningen är jämförlig med en uppsägning från arbetsgivarens sida ”utan saklig grund”. Vidare redogör Arbetsdomstolen för de övriga förutsättningarna för provocerad uppsägning, och att om dessa är uppfyllda, uppfattas situationen som att det är arbetsgivaren som sagt upp arbetstagaren. Uppsägningen kan därmed, *om det inte finns saklig grund* för den, ogiltigförklaras och arbetstagaren kan tillerkännas ekonomiskt och allmänt skadestånd enligt anställningsskyddslagens regler. Någon rätt till skadestånd med stöd i grunderna för LAS endast baserat på att uppsägningen provocerats fram finns inte. Den tudelning av prövningen som numera sker inom ramen för en provocerad uppsägning innebär att figuren har reducerats från en omedelbar rätt till skadestånd till en formell fråga om vem som egentligen företagit uppsägningen och om det överhuvudtaget ska bli en prövning av om uppsägningen är saklig.

För VVS-montören innebar det att Arbetsdomstolen punkt för punkt gick igenom det som arbetsgivaren lagt honom till last, och fann att det visserligen fanns skäl att rikta kritik mot hans agerande som arbetstagare men att det sammantaget inte räckte som grund för

[21] Se a prop s 128.

uppsägning. Kritiken mot arbetstagarens agerande fick dock betydelse i den slutliga bestämningen av nivån på det allmänna skadeståndet.

2.3 Skadeståndsbestämningen som sista möjlighet till justering

I det ovanstående har de första två leden i prövningen av provocerad uppsägning belysts och problematiserats – nämligen frågan om vem som anses ha vidtagit uppsägningen och om uppsägningen varit saklig. Arbetstagarens och arbetsgivarens ageranden i dessa delprövningar värderas på olika sätt, och i de fall en uppsägning anses både provocerad och osaklig ska ekonomiskt och allmänt skadestånd utges i enlighet med grunderna för LAS. Det ekonomiska skadeståndet avser att ersätta förluster såsom utebliven lön eller andra konkreta och mätbara värden. Det allmänna skadeståndet kan bäst förklaras i förhållande till det ekonomiska skadeståndet – ett ideellt skadestånd för den kränkning som LAS-överträdelsen innebär, något som inte kan mätas i pengar eller översättas till ett ekonomiskt värde.[22] Eftersom det allmänna skadeståndet inte motsvarar ett monetärt värde i det avseendet, följer dess bestämmande inte några särskilda beräkningsgrunder, även om vissa standardbelopp utvecklats för olika situationer. Bestämmandet av det allmänna skadeståndet lämnar därför en öppning för att värdera de inblandade parternas agerande i fall av provocerad uppsägning, och beakta omständigheter som väger till arbetstagarens nackdel men som inte givit utslag i tidigare led av prövningen.

Fallet med VVS-montören är, återigen, ett exempel. Arbetstagaren ifråga hade föranletts att säga upp sig av arbetsgivarens agerande, och arbetsgivarens agerande bedömdes vara i strid med god sed på arbetsmarknaden. Alltså, uppsägningen var *framprovocerad*, och den efterföljande saklig grund-prövningen visade att den också vara felaktig, *osaklig*. Arbetstagarens agerande skärskådades visserligen, och det konstaterades att han hade gjort fel, men likväl var uppsägningen inte sakligt grundad. En ”vinst” för arbetstagaren, med andra ord, i båda leden av prövningen. Men, vinstens värde justerades i ersättningsbestämningen, eftersom arbetstagaren varit med och bidragit till de sam-

[22] Se exempelvis Glavå & Hansson, Arbetsrätt, 4 uppl, 2020 s 73, Sigeman, Bot, plikt och skadestånd, I: Fahlbeck & Roos (red), Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Adlercreutz, 1983, s 301–327, passim.

arbetsproblem som förelåg. Arbetstagaren fick 35 000 kr, vilket är en påtagligt låg summa jämfört med skadestånd vid andra fall av osakliga uppsägningar i liknande situationer som under en lång tid legat på ca 60 000 kr.[23] Arbetsdomstolen gav arbetstagaren upprättelse för den svåra situation arbetsgivaren ställt denne i, vilken föranlett arbetstagaren att säga upp sig. Arbetsdomstolen gav även arbetstagaren rätt i att det inte fanns någon grund för uppsägningen. Genom en avslutande justering av ersättningsbeloppet, reducerar dock domstolen det belopp som symboliserar upprättelse för den kränkning som nämnda överträdelser inneburit.

3 Slutord

Så som rättsfiguren provocerad uppsägning tillämpats på senare tid framgår det att den huvudsakligen innebär att uppsägningen kan prövas av domstolen. Därigenom skiftar föremålet för prövning från att initialt handla om huruvida den avslutade anställningen överhuvudtaget ska bli föremål för rättslig bedömning, till att därefter handla om huruvida en uppsägning varit sakligt grundad. Det rör sig med andra ord om en prövning enligt 7 § LAS,[24] visserligen sammanvävd med en föregående prövning av arbetsgivarens inblandning i uppsägningen. Likväl är det skälen, eller frånvaron av skäl, att säga upp arbetstagaren som prövas – den eventuella förekomsten av trakasserier, mobbning eller annat otillbörligt agerande är bara en tröskel att ta sig över för att nå fram till en sedvanlig saklig grund-prövning. Frågan om vad som

[23] Se de tidigare nämnda AD 2002 nr 18, AD 2005 nr 30, AD 2006 nr 42, där 60 000 kr utdömdes i samtliga fall. Se även AD 2001 nr 29, som inte handlar om trakasserier eller kränkningar utan ett ultimatum ställt av arbetsgivaren (lämna anställningen för att slippa bli polisanmäld), dvs typsituation 1) enligt ovan, avsnitt 2.2. Det allmänna skadeståndet bestämdes till 50 000 kr. Beloppet tycks vara någorlunda konstant; i AD 1985 nr 65 utdömdes 25 000 kr i allmänt skadestånd vilket i dagens penningvärde och med hänsyn till inflation motsvarar ca 50–60 000 kr, och i AD 1991 nr 65 utdömdes 40 000 kr (motsvarar idag ca 60 000 kr).

[24] Ändringen från saklig grund till sakliga skäl, och den minskade betydelsen av prognostänkande och arbetstagarens personliga omständigheter (se Ds 2021:17 s 68 f), har inte någon given inverkan på frågan om provocerad uppsägning som i hög grad tar sikte på arbetsgivarens agerande.

pågått mellan de inblandade prövas inte som en självständig rättslig fråga eller grund för ansvar, och skyddssyftet som aktualiseras är inte primärt individens intresse av frihet från kränkningar utan istället det allmänna arbetstagarintresset anställningsskydd.

Huruvida det har förekommit ageranden eller underlåtenhet från arbetsgivarens håll som ansetts i strid mot god sed på arbetsmarknaden, är inte avgörande för svaret på frågan om det funnits saklig grund för uppsägning. Istället lyfts blicken från dessa god sed-vidriga faktorer, till en bedömning av den uppsagdes agerande i sin helhet. Det spelar alltså ingen avgörande roll om den uppsagde blivit utsatt för kränkande särbehandling eller felaktigt agerande, det kan finnas grund för uppsägning ändå. Här kan det göras en jämförelse med tillämpningen av diskrimineringslagen, enligt vilken förekomsten av ett samband med en diskrimineringsgrund är tillräckligt för att konstatera diskriminering – trots att det funnits andra orsaker till exempelvis en uppsägning.[25] Eftersom skyddet är tydligt formulerat i diskrimineringslagen finns möjlighet att isolera särbehandlingen och reagera på den, oberoende av vad som skett i övrigt.

När det gäller en arbetstagare som otvivelaktigt blivit kränkt, genom aktivt handlande eller underlåtenhet från arbetsgivarens sida, saknar rätten förutsättningar att hantera just den kränkningen. Genom institutet provocerad uppsägning ges arbetstagaren en möjlighet att få uppsägningen prövad. Men den upprättelse som därigenom ges, riskerar att tas tillbaka i den efterföljande prövningen av om uppsägningen av andra skäl varit sakligt grundad, eller vid det allmänna skadeståndets bestämmande.

[25] Se prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 488 ff.

Anställningsskyddets betydelse som arbetsmiljökrav och arbetsmiljökravens betydelse för anställningsskyddet

Johan Holm

1 Inledning

Arbetsmiljörätten och anställningsskyddsfrågorna betraktas oftast som två skilda rättsområden.[1] Arbetsmiljöfrågorna regleras i arbetsmiljölagen, arbetsmiljöförordningen och Arbetsmiljöverkets föreskrifter. Arbetsmiljökrav som ställs på arbetsgivarna genomdrivs av staten genom Arbetsmiljöverket eller polis och åklagare. Detta genomdrivande sker genom föreläggande, sanktionsavgifter och straff. Arbetstagarna och arbetstagarorganisationerna har här en begränsad roll, utan det är det offentliga som skyddar arbetstagarnas intressen. Möjligheterna för avsteg från arbetsmiljöbestämmelser genom kollektivavtal är små och arbetstagarorganisationernas roll är framför allt i samverkan där de utser skyddsombud och medlemmar i skyddskommitté.[2]

Anställningsskyddsfrågorna regleras i lagen om anställningsskydd men också i kollektivavtal. Här finns större möjligheter till att reglera förhållandena på annat sätt än som framgår av lagen och dessutom möjligheter att lösa uppkomna tvister genom förhandlingar mellan parterna eller överenskommelser mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.

[1] Maria Steinberg, ”Arbetsmiljörätt – kan det va’ nå’t?”, i *Vänbok till Ronnie Eklund*, red. Kerstin Ahlberg (Iustus förlag, 2010), s. 565.
[2] Se 6 kap. arbetsmiljölagen (1977:1160).

Även om anställningsskydd och arbetsmiljöfrågor har delats upp på olika lagar och fungerar enligt skilda logiker så går det inte helt att skilja dem från varandra. Hur anställningsskyddet är utformat kan i hög grad påverka hur arbetsmiljön på en arbetsplats är. Vidare kan en bristande arbetsmiljö eller ett bristande arbetsmiljöarbete leda till att någon känner sig tvingad att lämna en anställning vilket kan sägas påverka anställningsskyddet. Exakt hur denna påverkan mellan dessa två olika områden ser ut kan vara av intresse att kartlägga närmare. Därför ska här undersökas hur anställningsskydd och arbetsmiljöreglering påverkar varandra. De frågeställningar som kommer att behandlas är anställningsskyddslagens betydelse för att genomdriva arbetsmiljökrav samt vilken betydelse arbetsmiljökrav kan ha i anställningsskyddsfrågor. Genom att besvara dessa frågor kan undersökas hur anställningsskyddet påverkar arbetsmiljörätten och vice versa.

2 Anställningsskyddslagen som genomdrivare av arbetsmiljökrav

Anställningsskyddsfrågor kan aktualiseras i olika situationer kopplade till genomdrivande av arbetsmiljökrav. En situation är då någon har skilts från sin anställning och frågan om arbetsmiljökraven har uppfyllts ingår som en del av prövningen om uppsägningen var sakligt grundad.[3] En annan situation är när överträdelser av arbetsmiljökrav likställs med en uppsägning från arbetsgivarens sida.

[3] 2022 års reform av LAS innebär att ”saklig grund” ändras till ”sakliga skäl” se prop. 2021/22:176 s. 84, Ds 2021:17 s. 67. Bestämmelsen blir dispositiv men avsteg ska endast få göras genom kollektivavtal med arbetstagarorganisation som är en huvudorganisation, prop. 2021/22:176 s. 92, Ds 2021:17 s. 214 f. och 74 ff. I Huvudavtal om omställning, trygghet och anställningsskydd (kapitel 3 § 3–6) preciseras vad som ska anses vara sakliga skäl på grund av bristande prestationer men dessa preciseringar avser inte bristande prestationer på grund av sjukdom eller funktionsnedsättning (kapitel 3 § 3 andra stycket). https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/o48w9v_huvudavtal-om-trygghet-omstallning-och-anstallningsskydd-svenskt_1187238.html/SN_PTK-2.pdf och https://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/for_media_huvudavtal_2022_protokoll_sn_lo_2_pdf/$File/Huvudavtal_2022_Protokoll_SN_LO_2.pdf, senast besökta 2022-07-29.

När en arbetstagare sägs upp på grund av personliga skäl så ska en bedömning av arbetsgivarens agerande före skiljandet från anställningen göras. Då det finns långtgående krav på att arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att en anställd ska kunna beredas fortsatt sysselsättning hos arbetsgivaren kan frågan om kraven har uppfyllts ingå som en del av denna bedömning. Detta aktualiseras framför allt i samband med att arbetstagare har sagts upp på grund av sjukdom. Sjukdom eller liknande förhållanden som ålder eller nedsatt arbetsförmåga utgör i normalfallet inte saklig grund för uppsägning. I förarbetena framhålls att sjukdom som regel inte bör leda till uppsägning utan i stället till att arbetsgivaren vidtar åtgärder för att underlätta arbetet för arbetstagaren, såsom anpassning av arbetet eller omplacering till ett mindre krävande arbete. Det är enbart om nedsättningen är varaktig och så väsentlig att arbetstagaren inte kan utföra något arbete av betydelse för arbetsgivaren som nedsättningen utgör saklig grund för uppsägning.[4]

Innan man kan avgöra att så är fallet måste dock arbetsförmågan utredas, rehabiliteringsmöjligheterna uttömmas, åtgärder för arbetsanpassning och omfördelning av arbetsuppgifter göras och eventuella tekniska hjälpmedel för att underlätta arbetet övervägas. Dessutom måste möjligheterna till att omplacera arbetstagaren till något ledigt arbete hos arbetsgivaren övervägas.[5] Arbetsgivarens skyldigheter påverkas av i vilken mån arbetstagaren medverkar i utrednings- och rehabiliteringsinsatser. Det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att den har fullgjort sina åtaganden gällande rehabilitering, anpassning och omplacering.[6] I bedömningen av om en uppsägning har varit sakligt

[4] Prop. 1973:129 s. 126 och prop. 1981/82:71 s. 66, se även exempelvis AD 2014 nr 41. AD har ända sedan 30-talet vid bedömningar av uppsägningar där kollektivavtalet innehåller ett krav på saklig grund vid uppsägning upprätthållit principen att sjukdom i sig inte är saklig grund för uppsägning, SOU 1973:7 Trygghet i anställningen, s. 103. Jfr även AD 1939 nr 69 och AD 1954 nr 35. I AD 1939 nr 69 sägs att sjukdom inte kan utgöra grund för avsked om inte sjukdomen är obotlig eller att arbetstagarens svaghet eller ömtålighet leder till att denne ofta drabbas av sjukdomar och hälsotillståndet är sådant att arbetstagaren inte kan sägas ha de fysiska kvalifikationer som är nödvändiga för arbetet.

[5] 7 § 2 st. LAS.

[6] I 2022 års LAS ändras placeringen av bevisbördan för att det finns behov av en ytterligare omplacering när redan en omplacering har vidtagits. I dessa fall ska arbetstagaren styrka att en ytterligare omplacering borde har erbjudits, att ytterligare ompla-

grundad ingår en bedömning av om arbetsgivaren har uppfyllt sin rehabiliteringsskyldighet enligt arbetsmiljölagen och socialförsäkringsbalken.[7]

Frågan är om samma resonemang som när det gäller bristande rehabiliteringsåtgärder också kan föras gällande bristande förebyggande arbetsmiljöåtgärder? När en arbetstagare sägs upp på grund av nedsatt arbetsförmåga som har samband med sjukdom så bör bedömningen av om uppsägningen är sakligt grundad påverkas av om sjukdomen har sin grund i brister i arbetsmiljön. Även om det inte är rimligt att arbetsgivare ska ha anställda hos sig som inte kan utföra något arbete av betydelse så är det inte heller orimligt att högre krav skulle kunna ställas på arbetsgivare att omplacera, rehabilitera och arbetsanpassa när ohälsan har ett samband med att arbetsgivaren har brutit mot arbetsmiljökrav.

I Arbetsdomstolens praxis är dock bedömningen framför allt inriktad på arbetsförmågan och åtgärder som vidtagits för att öka möjligheterna för arbetstagaren att arbeta kvar trots sin sjukdom, inte på orsakerna till arbetsförmågans nedsättning. Bedömningen enligt lagen om anställningsskydd är i allt väsentlig framåtsyftande, vilket innebär att tidigare överträdelser av arbetsmiljökrav inte verkar spela någon större roll för bedömningen.[8] Dock finns det i praxis angående framprovocerade uppsägningar visst stöd för att arbetsmiljökrav kan vara av betydelse vid bedömningen om en uppsägning är sakligt grundad.[9] I principöverenskommelsen mellan PTK och Svenskt Näringsliv om förändringar av anställningsskyddslagen anges uttryckligen att det i helhetsbedömningen av om sakliga skäl för uppsägning råder så ska

cering varit möjlig och styrka att omständigheter föreligger som gör det sannolikt att en ny omplacering skulle ha avhjälpt arbetstagarens bristande prestationer. Se prop. 2021/22:176 s. 90–92, Ds 2021:17 s. 216.

[7] Att ändringar av andra lagar än lagen om anställningsskydd kan ha betydelse av vad som är att anses som saklig grund för uppsägning framgår av prop. 1990/91:140 s. 52 samt AD 1993 nr 42.

[8] Jfr AD 2018 nr 56. Där konstaterades en uppsägning av en arbetstagare som inte bedömdes kunna återfå sin arbetsförmåga genom rehabiliteringsåtgärder var sakligt grundad. De omständigheter som åberopats rörande bristande arbetsmiljöarbete av arbetsgivaren som av arbetstagaren ansågs ha orsakat sjukdomen berördes inte i domskälen.

[9] Se nedan.

det vägas in hur arbetsgivaren har agerat i arbetsmiljöhänseende.[10] Då denna formulering inte avser utgöra någon ändring av gällande rätt får det förstås som att i vart fall parterna uppfattar rättsläget så att arbetsgivarens agerande i arbetsmiljöhänseende har betydelse för bedömningen av om en uppsägning är sakligt grundad eller ej.[11]

Överträdelser av arbetsmiljökrav kan även när uppsägning från arbetsgivarens sida inte har skett aktualisera anställningsskyddsreglerna. I vissa fall kan överträdelser av arbetsmiljökrav leda till att agerandet betraktas som likvärdigt med att arbetsgivaren har sagt upp eller avskedat en arbetstagare utan att ha laglig grund för detta. Det kan innebära ett ogiltigförklarande av uppsägningen eller avskedet samt en rätt till skadestånd som i vissa fall kan bli ganska omfattande. Detta gäller om arbetsgivaren har agerat i strid med god sed och arbetstagaren på grund av detta själv säger upp sig eller frånträder anställningen.[12] En arbetsgivare kan genom sitt handlande förmå en arbetstagare att säga upp sig. Om detta agerande är i strid med god sed på arbetsmarknaden eller i övrigt är otillbörligt ska det jämställas med att arbetstagaren har blivit uppsagd av arbetsgivaren.[13] Saknas det då saklig grund för uppsägningen kan den ogiltigförklaras.[14] Även ett frånträdande av anställningen kan jämställas med ett avskedande från arbetsgivarens sida.[15] Situationer när någon på grund av arbetsgivarens agerande förmås lämna anställningen betecknas provocerade uppsägningar.[16]

Framprovocerade uppsägningar eller frånträdande av anställningen kan ha föranletts av kränkande särbehandling från arbetsgivarens sida

[10] Ds 2021:17 s. 216 och 68. Samma i prop. 2021/22:176 s. 87.

[11] Jfr Ds 2011:17 s. 68 och s. 216.

[12] Jfr Henric Ask och Bo Ericson, ”Kränkande särbehandling i arbetslivet – hur hanteringen sker och kan ske inom det rättsliga systemet”, *Ny Juridik*, 2017 nr 3, s. 47.

[13] Se exempelvis AD 2001 nr 29 och AD 2020 nr 23.

[14] Prop. 1973:129 s. 129. Se också exempelvis AD 2020 nr 23.

[15] Se exempelvis AD 1985 nr 65, AD 1988 nr 107, AD 1991 nr 65, AD 1991 nr 93, AD 2002 nr 18 och AD 2005 nr 30.

[16] Se exempelvis Tore Sigeman, ”1 kap. Inledning”, i *Löntagarrätt*, av Folke Schmidt m.fl., rev. uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 1994), s. 28; Kent Källström och Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten* (Uppsala: Iustus förlag, 2019), s. 133.

eller underlåtenhet att vidta åtgärder mot trakasserier.[17] Det innebär att överträdelser av kraven på att motverka och utreda kränkande särbehandling som följer av Arbetsmiljöverkets föreskrifter Organisatorisk och social arbetsmiljö (AFS 2015:4) samt av diskrimineringslagen kan leda till civilrättsliga sanktioner. Det kan exempelvis röra sig om sexuella trakasserier, fysiska angrepp från arbetsledningen eller att kritik framförs på ett mycket hårt och okänsligt sätt.

AD har i flera fall behandlat frågan om sexuella trakasserier. Det har ansetts strida mot god sed när arbetsledningen har utsatt arbetstagare för sexuella trakasserier.[18] Även underlåtenhet att utreda omständigheter kring påstådda allvarliga sexuella trakasserier har befunnit strida mot god sed på arbetsmarknaden.[19]

Även fysiska angrepp mot arbetstagare har ansetts strida mot god sed. Arbetsdomstolen har yttrat att arbetstagare inte ska behöva tåla att bli utsatta för handgripligheter från arbetsgivarföreträdare.[20] I fallet hade den verkställande direktören bland annat tagit tag om en arbetstagares arm och nacke och föst iväg honom. Arbetsdomstolen framhåller att det finns anledning att se mycket allvarligt på våld eller hot om våld på arbetsplatsen. Även ett ofredande som inte är särskilt allvarligt är typiskt sett av djupt kränkande art. Det är inte acceptabelt att med någon typ av våld, inte ens milt våld, försöka förmå en arbetstagare att återgå till arbetsplatsen. Ytterligare ett exempel på detta är när en företrädare för arbetsgivaren hade försökt dra ut en arbetstagares händer ur fickorna. Agerandet ansågs som mycket kränkande särskilt då det skedde i andra arbetstagares åsyn och frånträdandet av anställningen var att jämställa med ett avsked utan giltig grund.[21]

Även mycket burdust framförd kritik mot en arbetstagare är, även om det skulle finnas skäl för kritiken, ett oförsvarligt beteende från en

[17] Se AD 1993 nr 30, se även Ask och Ericson, ”Kränkande särbehandling i arbetslivet – hur hanteringen sker och kan ske inom det rättsliga systemet”, s. 43.
[18] AD 1991 nr 65.
[19] AD 1993 nr 30. Att märka är att det vid den tidpunkt då dessa mål avgjordes inte fanns någon explicit skyldighet enligt lag för arbetsgivare att utreda och vidta åtgärder vid sexuella trakasserier. Denna infördes först år 1998, genom SFS 1998:208, 22 a § jämställdhetslagen (1993:433), se prop. 1997/98:55.
[20] AD 2005 nr 30.
[21] AD 2006 nr 42.

arbetsgivare och en uppsägning från arbetstagarens sida ses som framprovocerad av arbetsgivaren.[22]

Dock finns det också många exempel på att kritik mot arbetstagare inte ansetts innebära att arbetstagarens uppsägning har provocerats fram av arbetsgivaren. I ett fall hade en arbetstagare tillrättavisats för låg produktionstakt. Enligt domstolen hade arbetsledningen inte behandlat den unga arbetstagaren, som var mycket känslig och psykiskt skör, ”…med den varsamhet och psykologiska takt…” som var nödvändig. Trots detta ansåg Arbetsdomstolen att det var långt ifrån att arbetstagaren hade utsatts för regelrätta trakasserier eller medvetet provocerats att säga upp sig.[23]

Av annan praxis rörande provocerade uppsägningar kan nämnas följande:[24]

I AD 1950 nr 1 angav domstolen att arbetstagarna inte har någon skyldighet att stanna kvar i arbetet om de utsätts för hot till liv eller hälsa eller om arbetsledningen sker på ett grovt kränkande sätt.

I AD 1975 nr 35 hade en arbetstagare skäl att tro att visst arbete skulle vara skadligt för honom då han enligt ett läkarintyg var bullerkänslig. Arbetstagaren beordrades att arbeta där bullernivån var hög och då han vägrade göra detta uppmanades han att säga upp sig vilket han också gjorde. Uppsägningen ansågs framprovocerad av arbetsgivaren.

I AD 1977 nr 200 ansågs inte en omplacering av en arbetstagare med funktionsnedsättning till en maskin där denne inte ansåg sig kunna arbeta och därför sade upp sig vara framprovocerad av arbetsgivaren.

Att en arbetsgivares agerande strider mot god sed och därmed innebär en framprovocerad uppsägning kan inte bara göras gällande vid

[22] Jfr AD 1991 nr 93.

[23] AD 1983 nr 3.

[24] För fler rättsfall på området gällande detta se Ask och Ericson, ”Kränkande särbehandling i arbetslivet – hur hanteringen sker och kan ske inom det rättsliga systemet”, s. 44–47; och Catharina Calleman, ”När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?”, i *Festskrift till Örjan Edström*, red. Ruth Mannelqvist, Staffan Ingmanson och Carin Ulander-Wänman (Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2019), s. 65–73.

olika typer av kränkande ageranden. Det kan också göras gällande vid andra överträdelser av arbetsmiljökrav.

I fall där arbetstagaren har sagt upp sig själv för att arbetsgivaren har underlåtit att vidta adekvata rehabiliteringsåtgärder så har AD flera gånger funnit att detta inte har inneburit ett sådant otillbörligt agerande från arbetsgivarens sida som är att jämställa med uppsägning.[25] Därmed tycks bristande rehabiliteringsåtgärder endast aktualisera anställningsskyddsregler om arbetsgivaren har sagt upp arbetstagaren.

Rättsläget när det gäller uppsägningar som har framprovocerats på grund av bristande arbetsmiljö är dock ett annat. I det ovan behandlade rättsfallet AD 1975 nr 35 var ju en av huvudorsakerna till att den anställde sade upp sig att han uppfattade det som att bullernivåerna i arbetet skulle vara skadliga för honom. En arbetstagare som säger upp sig på grund av att den blir beordrad att utföra farligt arbete bör kunna anses provocerad att säga upp sig.[26]

I domskälen i AD 2020 nr 23 finns det stöd för att en arbetsgivares överträdelse av arbetsmiljökrav kan betraktas som en framprovocerad uppsägning. En arbetstagare (J.T.) hade en konflikt med sin chef (L.O.). Denna konflikt, där arbetstagaren och chefen inte pratade med varandra karakteriserar Arbetsdomstolen som en situation som är ”ohållbar ur arbetsmiljösynpunkt”. Vidare står i domskälen:

> Bolagets företrädare måste ha förstått att J.T. mådde mycket dåligt. Enligt Arbetsdomstolens mening har situationen varit sådan att bolaget i enlighet med arbetsmiljöregleringen borde ha vidtagit åtgärder för att hantera konflikten. En sådan åtgärd hade kunnat vara – som förbundet tidigare hade föreslagit och vid förhandlingen krävde av bolaget – att anlita företagshälsovården eller någon annan professionell utomstående aktör för att utreda konflikten. Att bolaget vägrade göra detta och istället förklarade att det inte fanns någon konflikt och att J.T. bara var ute efter ett avgångsvederlag, framstår som anmärkningsvärt.
>
> …
>
> Sammantaget har Arbetsdomstolen alltså funnit följande. Bolaget har vid förhandlingen den 12 mars 2018, närmast mot bättre vetande, för-

[25] Se bland annat AD 2008 nr 106 och AD 1996 nr 109.

[26] Dock bör arbetstagaren först försöka utnyttja sin rätt att vägra att utföra arbetet, jfr AD 1977 nr 200.

> nekat att det fanns en konflikt mellan L.O. och J.T. Kort tid därefter har bolaget skriftligen framfört allvarliga anklagelser mot honom. Detta skedde under tiden J.T. var sjukskriven, vilket bolaget måste ha förstått berodde på psykisk ohälsa med anledning av konflikten. Anklagelserna var formulerade på ett sätt som gjorde dem svåra att bemöta och J.T. har fått påtagligt kort tid på sig att bemöta dem, särskilt med tanke på att han var sjukskriven. Bolaget har dessutom försvårat för honom att få ta del av den information som han behövt för att bemöta påståendena. I direkt anslutning till att J.T. förklarat att han inte kunde bemöta påståendena har bolaget varslat honom om avskedande, trots att det inte ens fanns saklig grund för uppsägning. Mot bakgrund av detta finner Arbetsdomstolen att bolaget har föranlett J.T. att avsluta sin anställning och att bolaget har handlat i strid med god sed på arbetsmarknaden. Bolaget måste ha insett att det genom sitt handlande framkallat en svår situation för J.T. och därmed en risk för att han skulle lämna sin anställning. J.T:s uppsägning ska därför jämställas med en uppsägning från bolagets sida.

Fallet visar att en arbetsgivares passivitet att agera i konfliktsituationer i vart fall kan vara ett bidragande skäl till att en uppsägning betraktas som framprovocerad. Exakt vilka arbetsmiljökrav som Arbetsdomstolen menar har överträtts i detta fall anges inte domen. Men av domskälen att döma kan det röra sig om de mer allmänna bestämmelserna i AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete. Exempelvis 10 § om att arbetsgivaren så snart det är möjligt ska vidta åtgärder för att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet eller i övrigt vidta de åtgärder som behövs för att uppnå en tillfredställande arbetsmiljö. Det kan också vara fråga om överträdelse av bestämmelsen i 11 § AFS 2015:4 om att arbetsgivaren ska vidta åtgärder att motverka att arbetssituationer som är starkt psykiskt påfrestande leder till ohälsa hos arbetstagarna.[27] Tydligt är att domstolen menar att 12 § i AFS 2001:1 om skyldigheten att anlita företagshälsovård inte har uppfyllts av arbetsgivaren. Att domstolen explicit lyfter fram arbetsgivarens skyldigheter enligt arbetsmiljö-

[27] I de allmänna råden till bestämmelsen tas inte denna situation upp utan de är helt koncentrerade på att själva arbetet innebär stark psykisk påfrestning, se Arbetsmiljöverket, 11 § allmänna råd till AFS 2015:4, s. 10. Dock täcker själva ordalydelsen av föreskriften även in situationen där konflikter på arbetsplatsen är starkt psykiskt påfrestande varför det inte är uteslutet att denna bestämmelse kan ha betydelse.

regleringen i detta sammanhang tyder på att själva arbetsmiljöreglerna påverkar bedömningen av om en arbetsgivares agerande är i enlighet med god sed på arbetsmarknaden.[28] Att domstolen explicit lyfter fram arbetsgivarens skyldigheter enligt arbetsmiljöregleringen tyder på att själva arbetsmiljöreglerna påverkar bedömningen i detta fall. Det går därför att tolka domslutet som att överträdelsen av arbetsmiljöreglerna innebar att arbetsgivaren inte handlat i överensstämmelse med god sed på arbetsmarknaden.

Sammanfattningsvis kan anställningsskyddsreglerna framför allt användas för att genomdriva krav på att utföra rehabiliteringsåtgärder. Även vissa typer av allvarlig kränkande särbehandling kan leda till att anställningsskyddsreglerna aktualiseras. I och med AD 2020 nr 23 tycks det också vara möjligt för Arbetsdomstolen att även låta andra arbetsmiljökrav påverka anställningsskyddsärenden. Exakt vilka krav det kan röra sig om behöver tydliggöras i praxis. Arbetsdomstolen har i vart fall möjligheter att ta hänsyn till om en arbetsgivare har uppfyllt ett arbetsmiljökrav eller ej vid anställningsskyddsbedömningar. Till stöd för detta kan också framhållas partsöverenskommelsens uttalande att det vid den rättsliga bedömningen av en uppsägning på grund av personliga skäl ”ska vägas in hur arbetsgivaren har agerat i det enskilda fallet och i arbetsmiljöhänseende”, som departementschefen ansluter sig till.[29] Hur långt domstolen kommer att utnyttja denna möjlighet återstår att se.

3 Arbetsmiljölagens konsekvenser för anställningsskyddet

I föregående avsnitt undersöktes vilka möjligheter det finns att genomdriva arbetsmiljökrav genom anställningsskyddslagen. I detta avsnitt undersöks hur arbetsmiljölagen kan genomdriva anställningsskydds-

[28] Försiktighet ska dock iakttas när tolkningen av ett avgörande utsträcks till andra situationer än de som prövats i målet, jfr Stig Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1996), s. 503 f. och Christina Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten* (Stockholm: Wolters Kluwer, 2017), s. 180 ff.

[29] Ds 2021:17 s. 215, prop. 2021/22:176 s. 87.

krav. Då arbetsmiljölagen och dess föreskrifter innehåller krav som har att göra med organisation och arbetsbelastning så finns en koppling mellan arbetsmiljölagens krav och anställningsskyddet enligt lagen om anställningsskydd.

Enligt arbetsmiljölagens föreskrifter ska arbetsgivaren också vidta de åtgärder som krävs för att motverka att arbetstidens förläggning leder till ohälsa hos arbetstagarna.[30] Genom detta krav inskränks i viss mån parternas möjligheter att disponera över arbetstidsfrågor, i vart fall när det gäller förläggning av arbetstiden. Att arbetstidens förläggning ska vara föremål för arbetsmiljöreglering har inte varit helt okontroversiellt. I samband med behandlingen av förslaget att i arbetsmiljölagen införa bestämmelser om att löneformer och arbetstid skulle betraktas som en del av arbetsmiljön, yttrade Arbetsdomstolen att dessa förändringar inte borde genomföras utan en ordentlig analys av vilka konsekvenser detta skulle kunna få för rättssystemet.[31]

I 9 § AFS 2015:4 anges att ”[a]rbetsgivaren ska se till att de arbetsuppgifter och befogenheter som tilldelas arbetstagarna inte ger upphov till ohälsosam arbetsbelastning. Det innebär att resurserna ska anpassas till kraven i arbetet.” Viss specificering följer av de allmänna råden till bestämmelsen som anger exempel på åtgärder som kan vidtas för att förebygga ohälsosam arbetsbelastning. Arbetsmängden kan minskas, prioriteringsordningen kan ändras, arbetsuppgifterna kan varieras, möjligheter till återhämtning kan ges, bemanningen kan ökas och kunskaper kan tillföras.[32]

Kravet på att resurserna i arbetet ska anpassas till kraven i arbetet innebär att arbetsgivarens bedömning av vilken arbetsstyrka som krävs för ett visst arbete kan överprövas rättsligt. Detta är en principiellt viktig inskränkning av arbetsgivarens företagsledningsrätt. Det innebär att anställningsskyddslagens bestämmelser om uppsägningar på grund av arbetsbrist inte är de enda regler som arbetsgivaren måste ta hänsyn till när arbetsstyrkan minskas. Glavå har kritiserat Arbetsdomstolen för att inga reella prövningar görs av om saklig grund föreligger när

[30] 12 § AFS 2015:4. Att arbetstidens förläggning ska beaktas framgår också av 2 kap. 1 § 4 st. AML.
[31] Prop. 1990/91:140 s. 33.
[32] Allmänna råd till 9 § AFS 2015:4.

arbetsgivaren företar uppsägningar på grund av arbetsbrist.[33] Genom arbetsmiljöreglerna kan en rättslig bedömning av arbetskraftsbehovet komma att behöva göras. Ett exempel på hur detta kan se ut är ett föreläggande från Arbetsmiljöverket som överklagades och prövades av regeringen enligt den dåvarande instansordningen. Där fick inte en personalneddragning i en kommun vidtas innan kommunen hade kartlagt konsekvenserna samt gjort en bedömning om förändringen skulle innebära risker för olycksfall eller ohälsa. Kartläggningen skulle beskriva hur neddragningen påverkade kvarvarande personal i fråga om arbetsuppgifternas innehåll, arbetsmängd och arbetstidens förläggning.[34]

Arbetsmiljöreglerna kan sägas begränsa arbetsgivarens företagsledningsrätt när det gäller att besluta om arbetskraftsstyrkans storlek. Alltför få anställda i förhållande till arbetsuppgifterna kan innebära att reglerna om att förebygga ohälsosam arbetsbelastning överträds. Arbetsmiljöverket kan då till och med förbjuda en arbetsgivare att minska personalstyrkan vilket illustrerar arbetsmiljörättens inflytande på anställningsskyddet.

4 Slutsatser

Anställningsskydd och arbetsmiljöfrågor har traditionellt beskrivits som skilda områden men det finns anledning att ifrågasätta denna skarpa åtskillnad. Arbetsmiljöskydd kan enligt fast praxis genomdrivas genom anställningsskyddslagens regler när det gäller rehabilitering och skyddet mot kränkande behandling. Ny praxis från Arbetsdomstolen visar också på att det finns öppningar för att även andra överträdelser av arbetsmiljöregler kan påverka bedömningen av om en uppsägning är sakligt grundad. Exakt hur stora dessa möjligheter är behöver klargöras genom ytterligare praxis.

Anställningsskyddsfrågor kan i sin tur också aktualiseras inom ramen för arbetsmiljörätten. Genom kraven på att arbetsgivare inte ska tilldelas arbetsuppgifter som ger upphov till ohälsosam arbetsbelast-

[33] Mats Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund: en alternativrealistisk arbetsrättslig studie* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1999).
[34] Regeringsbeslut 2002-05-02 [II 10], N2001/11628/ARM.

ning påverkas möjligheterna för arbetsgivare att vidta uppsägningar på grund av arbetsbrist. Om en minskning av arbetsstyrkan leder till risk för ohälsosam arbetsbelastning hos arbetstagarna kan detta innebära att Arbetsmiljöverket kan stoppa personalminskningen med hänvisning till att det strider mot kraven i arbetsmiljölagen. Hur långt denna möjlighet kommer att användas återstår att se.

Detta kapitel visar på betydelsen av att studera samspelet mellan arbetsmiljörätten och anställningsskyddet. Den inbördes påverkan som sker mellan arbetsmiljörätt och anställningsskydd innebär att en förändring i ett av dessa rättsområden också påverkar det andra. Förändringarna av lagen om anställningsskydd kan därför även ha konsekvenser för möjligheterna att genomdriva arbetsmiljörätten. Frågorna om hur påverkan mellan arbetsmiljörätt och anställningsskydd ser ut kommer därför att vara av stor vikt att studera även i framtiden.

Anställnings(o)trygghet för kvinnor med huvudduk

Lena Svenaeus

1 Muslimsk huvudduk – en het fråga för EU-domstolen

1.1 Ny dom om religiös klädsel

Den 15 juli 2021 meddelade EU-domstolen dom i de kumulerade målen C-804/18 och C-341/19. Tyska domstolar hade begärt förhandsavgörande huruvida förbud för kvinnor att bära muslimsk huvudduk i arbetet utgjorde diskriminering på grund av religion och därmed stred mot Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling (arbetslivsdirektivet). Det ena företaget, WABE eV, drev ett stort antal förskolor i Tyskland och hade anställda pedagoger. Det andra företaget, MH Müller Handels GmbH, hade anställda som arbetade i butiker i den apotekskedja som ägdes av bolaget. EU-domstolens ställningstagande hade avgörande betydelse för de tvister om anställningsskydd som pågick hos de hänskjutande domstolarna.

Domen ska ses som en utveckling av EU-domstolens ställningstaganden i två tidigare mål, i vilka dom meddelats den 14 mars 2017. I det ena, C-157/15, avsåg tvistefrågan förbud mot huvudduk i arbetet som receptionist i det belgiska bolaget G4S Secure Solutions NV. Det andra målet, C-188/15, handlade om att det franska företaget Micropole SA sagt upp en projektingenjör, därför att en kund klagat på att hon bar huvudduk.

Den svenska regeringen utnyttjade sin rätt att inge skriftligt yttrande i målen Micropole, WABE och Müller. Under 2022 pågår i Sverige flera rättegångar som handlar om anställningstryggheten för kvinnor som på grund av sin tro bestämt sig för att bära huvudduk i arbetet. Jag återkommer till dessa fall under rubriken ”Situationen i Sverige”.

1.2 En kollision mellan olika rättigheter

Tvisterna kan i juridiskt avseende beskrivas som en kollision mellan olika rättigheter. Individens rätt till skydd för religionsfriheten och rätt till skydd mot diskriminering står mot arbetsgivarens näringsfrihet. Med den svenska modellens terminologi handlar näringsfriheten om arbetsgivarens arbetsledningsrätt. I balansakten mellan arbetstagarens och arbetsgivarens rättigheter finns en lång rad rättsregler att beakta.

Utöver arbetslivsdirektivet gäller det Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna. Stor betydelse har också själva EU-fördraget och dess artikel 2 om unionens gemensamma värden: tolerans, solidaritet och jämlikhet. EU-domstolen har gett vissa besked om hur nationella domstolar bör gå till väga för att ta ställning till vilken betydelse religionsfriheten har och om ett huvudduksförbud utgör diskriminering. Dessa riktlinjer har dock en hög abstraktionsnivå och lämnar ett antal frågor om hur prövningen rent praktiskt ska genomföras obesvarade.

För att försvara åtgärder såsom anmodan att ta av huvudduken, avstängning, varning, omplacering och uppsägning har arbetsgivarna i de aktuella målen åberopat krav på att anställda ska följa interna regler som förbjuder dem att manifestera sin religionstillhörighet. Ordet *neutralitetspolicy* har lanserats som beteckning på sådana regelsystem. Vad är egentligen en neutralitetspolicy? Jag anser viktigt att diskutera detta begrepp mot bakgrund av innehållet i de argument och bevekelsegrunder som åberopats av arbetsgivarna. Med tanke på de rasistiska strömningar som finns i vårt land och i andra EU-länder är det angeläget att ta ett steg längre än EU-domstolen har gjort och ställa frågan vilka skäl som i verkligheten har varit arbetsgivarnas drivkraft för att införa en neutralitetspolicy. För en prövning om det förelegat *saklig grund* för uppsägning vid överträdelse av ett förbud att bära religiös klädsel eller religiös symbol – eller i den reviderade anställningsskydds-

lag *sakligt skäl* – är det av största vikt att inte okritiskt acceptera ett arbetsledningsbeslut som hänvisar till en neutralitetspolicy. Det gäller också åtgärder som till synes har stöd i kollektivavtalet. Om så inte sker blir skyddet mot diskriminering på grund av religion och den därmed sammanhängande anställningstryggheten en chimär.

1.3 Språkets betydelse

Främlingsfientlighet och rasism kommer till uttryck i det språk vi använder. Det finns skrämmande exempel på hur ords innebörd medvetet perverterats för att få människor att acceptera förföljelse av missaktade grupper. Det gäller bland annat judar och muslimer. Att rasismen har sina typiska språkverktyg har framförallt visats av språkforskaren Victor Klemperer. I avhandlingen Tredje rikets språk (Lingua Tertii Imperii) skildrar han hur nazisterna genom att omforma ord och fylla dem med en ny innebörd snabbt kom att förändra människors sätt att tänka i riktning mot acceptans av judeförföljelserna.

Ett aktuellt exempel på ett förledande språkbruk i den politiska debatten är ordet *återvandring*. Det har lanserats av Sverigedemokraterna och även tagits upp av politiker inom andra partier. Ordet låter sakligt och oskyldigt men betyder att invandrare som inte lyckats få arbete eller lära sig svenska språket genom olika typer av påtryckningar ska förmås att lämna Sverige. Återvandring för tankarna till *fördrivning*, har bl.a. krönikören Alex Schulman påpekat.[1] Utredare av diskrimineringsanmälningar och domare i diskrimineringsmål bör vara observanta på språkets betydelse, när de bedömer handlingar som beskrivs med till synes neutralt språkbruk men missgynnar vissa individer eller grupper.

[1] Schulman, SD:s förslag om återvandring för tankarna till fördrivning, *Dagens Nyheter* 2021-11-29, s. 12.

2 EU-domstolens domar om religiös klädsel

2.1 Domstolens riktlinjer för att pröva en neutralitetspolicy

För att få en bakgrund till diskussionen om innebörden av en neutralitetspolicy följer här en kortfattad beskrivning av EU-domstolens domar om neutralitetsregler och huvudduksförbud.[2]

Domarna handlar om diskriminering men för de berörda kvinnorna har utgången haft direkt betydelse för deras anställningssituation.

Mål C-157/15 Samira Achbita var anställd som receptionist i det belgiska bolaget G4S Secure Solutions. Med hänvisning till ordningsregler om förbud för arbetstagarna att ”på arbetsplatsen bära synliga symboler för deras politiska, filosofiska eller religiösa övertygelser och att utföra varje form av ritual som hänför sig till dessa övertygelser” blev Samira uppsagd när hon börjat bära muslimsk huvudduk. Den belgiska domstolens fråga till EU-domstolen gällde om regeln om direkt diskriminering, artikel 2.2a i arbetslivsdirektivet, skulle tolkas så att förbudet mot att i egenskap av muslim bära huvudduk på arbetsplatsen inte kunde vara direkt diskriminering, eftersom reglerna om neutral klädsel gällde lika för alla anställda. EU-domstolen slog fast att det inte kunde vara direkt diskriminering, eftersom reglerna gällde alla anställda och Samira därför inte hade blivit missgynnad i jämförelse med andra arbetstagare.

EU-domstolen prövade också om tillämpningen av neutralitetspolicyn kunde vara indirekt diskriminering. Domstolen skriver: ”En sådan intern ordningsregel för ett privat företag kan däremot utgöra indirekt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 b i direktiv 2000/78 om det visas att den skyldighet som regeln föreskriver och som framstår som neutral i praktiken medför att personer tillhörande en viss religion eller personer med vissa övertygelser särskilt missgynnas, såvida inte regeln är objektivt motiverad av ett berättigat mål, såsom arbetsgivarens tillämpning i förbindelserna med sina kunder av en policy om politisk, filosofisk och religiös neutralitet och medlen för

[2] För analys av domen i målen C-804/18 och C-341/19 se t.ex. Sinander, Neutralitetspolicy kan vara indirekt diskriminering, *Lag & Avtal*, 2021 Nr 4, s. 34–35. Se även Selberg, Neutralitetspolicy måste vara motiverad och proportionell, *EU & arbetsrätt Nordiskt nyhetsbrev*, Nr 3, 2021, s. 4.

att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera".

Den slutsats som dragits av formuleringarna i den kortfattade domen är att EU-domstolen inte ifrågasatt att en arbetsgivare av hänsyn till sina kunder kan tillåtas införa och tillämpa en "neutralitetspolicy" men ställt vissa krav på att det ska vara lämpligt och nödvändigt, "vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera".

Mål C-188/15 Asma Bougnaoui var anställd som projektingenjör i det franska företaget Micropole. Hon hade fått i uppgift att utföra vissa arbetsuppgifter åt en kund. Kunden meddelade att Asmas huvudduk hade stört vissa av medarbetarna och framställde önskemål om att "det inte skulle vara någon huvudduk nästa gång". På grund av kundens klagomål och med hänvisning till att bolaget tidigare informerat Asma Bougnaoui om att huvudduk inte skulle bäras i kontakt med kunder sade bolaget upp hennes anställning.

Den franska domstolens fråga till EU-domstolen gällde om artikel 4.1 i arbetslivsdirektivet skulle tolkas så, att en arbetsgivares vilja att ta hänsyn till en kunds önskemål om att tjänster som tillhandahålls inte ska utföras av anställda med huvudduk utgjorde "ett verkligt och avgörande yrkeskrav" i den mening som avses i den nämnda bestämmelsen. En sådan tolkning avvisades av EU-domstolen, som framhöll att det inte är grunden för särbehandlingen utan en egenskap som har samband med grunden för särbehandlingen som kan utgöra "ett verkligt och avgörande yrkeskrav". Begreppet kan inte omfattas av subjektiva överväganden i form av hänsyn till kunders särskilda önskemål.

Av domen framgår att arbetsgivarens huvudduksförbud kunde ha prövats gentemot reglerna om indirekt diskriminering om det hade handlat om tillämpning av en neutralitetspolicy. I avsaknad av en sådan policy ankom det på den nationella domstolen att ta ställning till om uppsägningen av Asma utgjorde direkt diskriminering på grund av religion.

Mål C-804/18 och mål C-341/19 Domen i målen WABE och Müller behandlar också frågan om arbetsgivares förbud för arbetstagare att bära muslimsk huvudduk kan vara direkt eller indirekt diskriminering på grund av religion. Huvudduksförbuden hade förankrats i en neutralitetspolicy, som förbjöd anställda att bära synliga politiska, filosofiska eller religiösa symboler. I Müller gällde förbudet

endast iögonfallande och stora symboler. De kvinnor som väckt talan i målen hade trotsat förbuden och kommit till arbetet i huvudduk. De hade då utsatts för olika arbetsrättsliga påföljder.

Beträffande gränsdragningen mellan direkt och indirekt diskriminering bekräftade domen EU-domstolens ståndpunkt i målet G4S Secure Solutions. Den avgörande frågan blev därför om bolagets neutralitetspolicy kunde innebära indirekt diskriminering. Enligt arbetslivsdirektivets regler om denna diskrimineringsform ska ett antal krav vara uppfyllda för att en arbetsgivare, utan att göra sig skyldig till diskriminering, ska kunna tillämpa en till synes neutral regel som särskilt missgynnar en viss kategori utifrån någon av de i direktivet angivna diskrimineringsgrunderna. Är regeln objektivt motiverad av ett berättigat mål och är den lämplig och nödvändig för att nå målet?

EU-domstolen slog nu fast att arbetsgivaren måste ha ett verkligt behov av en neutralitetspolicy och kunna styrka detta behov genom att visa att verksamheten skulle drabbas av ofördelaktiga konsekvenser utan en sådan policy. WABE ansågs ha ett sådant behov med hänsyn till föräldrarnas rättigheter att i enligt med artikel 14 i EU-stadgan välja utbildning för sina barn i överensstämmelse med egen övertygelse. Domstolen ställde vidare krav på att en neutralitetspolicy måste tillämpas på ett konsekvent och systematiskt sätt. Detta krav ansågs inte uppfyllt av Müller, vars neutralitetspolicy endast innehöll förbud mot att använda iögonenfallande och stora religiösa symboler. En sådan policy går inte att tillämpa konsekvent, eftersom kriterierna är godtyckliga, anförde domstolen.

Till stöd för en neutralitetspolicy hade Müller hävdat att en sådan behövdes för att stävja bråk och konflikter mellan de anställda. Domstolen påpekade att ”såväl förebyggandet av sociala konflikter som arbetsgivarens neutrala profil gentemot kunderna kan motsvara ett verkligt behov hos arbetsgivaren, vilket denna måste visa”. Om det lyckas måste också prövas om neutralitetspolicyn ”är ägnad att säkerställa det eftersträvade målet” och huvudduksförbudet är ”begränsat till vad som är strängt nödvändigt”.

Det sista steget i den av EU-domstolen föreskrivna prövningen är en proportionalitetsbedömning. Arbetsgivarens intresse ska vägas mot betydelsen av religionsfriheten. Religionsfrihet, definierad i Europakonventionen, är en starkt skyddad mänsklig rättighet också inom

EU-rätten. Här kom EU-domstolen fram till att det finns ett utrymme att tillämpa nationell rätt när den innehåller ett ännu starkare skydd för religionsfriheten än det som EU-rätten föreskriver.

2.2 Kritiken mot EU-domstolen

EU-domstolens senaste dom har hos många väckt besvikelse, eftersom man hoppats på att domstolen denna gång skulle uppmärksamma riskerna med att tillåta införande av förbud mot religiös klädsel och ge tydligare vägledning än som skett i 2017 års domar. En av dem som deltagit i debatten är professor Joseph H. H. Weiler, verksam vid New York University och Harvard University. I en artikel med den expressiva titeln ”Je suis Achbita”, har han framfört sin uppfattning att målet G4S Secure Solutions är feldömt. EU-domstolen har inte gjort den analys och prövning av konflikten mellan företagets rätt att ha en neutralitetspolicy och arbetstagarens rätt att manifestera sin religion som domstolen borde ha gjort.[3] I Sverige publicerades i tidskriften Arbetsmarknad & Arbetsliv en kritisk analys av jur.dr. Susanne Fransson.[4]

Kritiker menar att EU-domstolen ännu en gång försuttit chansen att ge konkret vägledning för hur arbetsgivare och nationella domstolar ska gå tillväga vid prövning om ett förbud att bära huvudduk enligt en neutralitetspolicy innebär diskriminering.[5] Någon vill kanske trösta sig med att skyddsnätet mot diskriminering som har samband med religion fått något tätare maskor genom den senaste domen.[6] Samtidigt är det ett faktum att EU-domstolen inte på ett tydligt sätt har backat från den farliga väg mot acceptans av diskriminering på grund av religion som 2017 års domar öppnat och som har gjort det möjligt för arbetsgivare att under åberopande av en neutralitetspolicy ge efter

[3] Weiler, Je suis Achbita, *International Journal of Constitutional Law* (2017), vol. 15 NO 4, s. 879–906.

[4] Fransson, Tre domar – en studie av begränsningen av kvinnors rätt att manifestera sin religion i arbetslivet, *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, årgång 24 nr 1–2, s. 80–97. Se också Viklund, Arbetsrätten och religiösa konflikter, *Ny Juridik* 3:18, s. 7–18.

[5] Se t.ex. Kholwadia, EU Headscarf Bans: The CJEU's missed opportunity for reflection in IX v Wabe and MH Müller Handels GmbH v MJ, *Oxford Human Rights Hub*, 2021-08-04.

[6] Howard, German headscarf cases at the ECJ: a glimmer of hope, *European Law Blog*, 2021-07-26.

för egna främlingsfientliga åsikter eller sådana hos kunder eller andra anställda.

2.3 Konsekvenser av domen i målet G4S Secure Solutions

Ett exempel på oreflekterad tillämpning av EU-domstolens uttalanden om neutralitetspolicy är Diskrimineringsombudsmannens (DO) bedömning i ett s.k. tillsynsbeslut. Det gällde flygbolaget SAS:s uniformspolicy.[7] DO hade tagit del av en tidningsuppgift att bolagets uniformspolicy innebar att inga synliga religiösa, politiska eller ideologiska symboler fick bäras tillsammans med uniformen. En person hade nekats anställning därför att hon bar huvudduk. Utan någon diskrimineringsanmälan och utan kommunikation med fackförbunden på arbetsplatsen, vilket vore naturligt utifrån den svenska modellens partssamverkan, fattade DO beslut på ett underlag som endast bestod av skriftliga yttranden från SAS.

Beslutet gick ut på att SAS *inte* hade överträtt förbudet mot diskriminering i 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567). Hos SAS fanns, när uniformspolicyn infördes, två anställda som bar huvudduk i sitt arbete med kundkontakter, vilket såvitt framgår av beslutet inte orsakat några problem. Det hindrade inte DO från att med hänvisning till domen i målet G4S Secure Solutions fatta beslut om att det inte fanns några hinder för SAS att ha en neutralitetspolicy som innebar huvudduksförbud. Några krav på att neutralitetsreglerna skulle vara nödvändiga enligt en objektiv bedömning ställdes inte av DO. Jag konstaterar att den myndighet i Sverige som har till uppgift att bekämpa diskriminering, oombedd men inspirerad av EU-domstolen, gjorde sig till språkrör för ett privat företags önskemål att förbjuda religiösa symboler och gav spridning i media åt sin uppfattning. Detta har i sin tur medfört att andra företag hänvisar till DO:s godkännande när deras neutralitetspolicy ifrågasätts (se exempel i avsnitt 5.1).

Det bör tilläggas att DO, som sedan november 2020 har en ny ledning, sannolikt skulle göra en annan bedömning idag med hänvisning till att EU-domstolen i sin senaste dom klargjort vad rekvisitet *nödvändig* innebär. Jag betvivlar att flygbolaget SAS kan styrka att bil-

[7] Tillsynsbeslut 2017-12-19 i DO:s ärende GRA 2017/76 finns att läsa på DO:s webbplats www.do.se.

jettförsäljningen skulle påverkas negativt eller andra allvarliga konsekvenser drabba bolaget, om någon anställd med kundkontakter bär en muslimsk huvudduk anpassad till uniformen.

Det kan vara av intresse att göra en jämförelse med hur andra flygbolag ställer sig till uniformskrav och religiösa symboler. Enligt information från medlemmar i European Transport Workers Federation till fackförbundet Unionen finns det inte någon neutralitetspolicy hos de spanska, brittiska eller italienska flygbolagen.[8] Däremot har flygbolaget Norwegian en neutralitetspolicy som gäller på deras produktioner bl.a. i Italien. British Airways hade tidigare en neutralitetspolicy men har det inte längre. Förmodligen blev det en förändring efter Europadomstolens dom den 15 januari i målet Eweida m.fl. mot Storbritannien, i vilket Europadomstolen slog fast att individens religionsfrihet väger tyngre än ett företags intresse av enhetlig uniformsklädsel. I detta mål var den religiösa symbolen ett kristet kors som bars synligt på uniformen.

2.4 Risker för anställningstryggheten

Att en bristfällig granskning av motiven för en neutralitetspolicy medför risker för individers anställningstrygghet har utförligt beskrivits av den brittiska advokaten QC Eleanor Sharpston. Fram till den 10 september 2020 tjänstgjorde hon som generaladvokat i EU-domstolen och hade uppdraget att avge förslag till dom i målen WABE och Müller. Sharpston hade arbetat med problematiken tidigare, eftersom hon som generaladvokat utformat förslaget till avgörande i målet Micropole. På grund av brexit tvingades hon i likhet med andra brittiska jurister att lämna sin befattning i domstolen innan förslaget i WABE- och Müllermålen var klart.[9]

Sharpston har den 23 mars 2021 publicerat en ”shadow opinion” i målen Wabe och Müller.[10] Det är ett omfattande dokument som innehåller den konkreta vägledning som så många har efterlyst. Sharpston

[8] Informationen från Unionen har i november 2021 förmedlats till mig av TCO:s chefsjurist Lise Donovan.

[9] Uppgiften övertogs av den grekiske generaladvokaten Athanasios Rantos.

[10] Skuggrapporten, Shadow opinion of former Advocate-general Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19) har publicerats i nättidningen *EU Law Analysis Expert insight into EU law developments* den 23 mars 2021.

inleder sin analys med att erinra om varför det europeiska projektet en gång i tiden kom till stånd. Förintelsen, koncentrationslägren och förföljelsen av minoriteter gjorde att man måste skapa ett bålverk för att sådana grymheter aldrig mer skulle tillåtas hända.

Hon skriver: The language of Article 2 in the Treaty, with its express references to common values of 'respect for human dignity' and 'respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities' and to 'a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance … prevail', is there to entrench our collective memory of what went wrong and why we must do better than that in our shared European future. By the same token, Article 22 of the Charter enjoins the European Union to 'respect cultural, religious and linguistic diversity'.

3 Balansen mellan kvinnornas och arbetsgivarnas rättigheter

3.1 Kvinnornas situation

Målen i EU-domstolen handlar om att skyddade rättigheter står i konflikt med varandra och därför måste balanseras. I den ena vågskålen ligger rätten för en arbetstagare att ha en religiös tro och ge uttryck för denna. I den vågskålen ligger också anställningstryggheten. I den andra vågskålen ligger arbetsgivarens näringsfrihet som arbetsgivarna i de berörda fallen ansett innefatta en rätt att förbjuda religiös klädsel för att förhindra olika typer av nackdelar.

Med detta sagt kan det vara på sin plats att erinra om vad målen *inte* handlar om. De handlar inte om att receptionisten, ingenjören, pedagogen och butiksbiträdet har vägrat att utföra vissa arbetsuppgifter med hänvisning till sin religion. Inte heller handlar de om att kvinnorna i sin yrkesutövning försökt påverka eller omvända någon till sin egen religiösa tro – det som brukar kallas proselytism. Arbetsrättsliga åtgärder har vidtagits mot dem enbart därför att de burit huvudduk på jobbet, vilket de gjort i övertygelsen om att deras tro kräver det av dem.

Män bär inte huvudduk. De fyra kvinnorna har särbehandlats därför att de är kvinnor, därför att de är troende muslimer och även, får

man förmoda, därför att de är av annat etniskt ursprung än majoritetsbefolkningen i landet där de arbetar. Om det är diskriminering är det alltså tredubbel diskriminering: diskriminering p.g.a. kön, religion och troligen också etnisk tillhörighet.

Det är påfallande hur litet EU-domstolen skriver om neutralitetsreglernas konsekvenser för de särbehandlade kvinnorna. Ett längre resonemang kring detta finns endast i Sharpstons förslag till avgörande i målet om ingenjören Asma Bougnaoui (C-188/15). Sharpston framhåller att diskriminering både har en ekonomisk inverkan, eftersom den kan påverka förmågan att tjäna sitt uppehälle, och en psykologisk sådan, eftersom diskriminering kan påverka personens självupplevelse och förmåga att förverkliga sig själv. Tillgång till arbete och yrkesmässig utveckling är av grundläggande betydelse för varje individ. Den som diskriminerar en person som tillhör en s.k. suspekt kategori frångår henne meningsfulla alternativ på ett orättfärdigt sätt.[11]

Det kan vara av intresse att känna till att den svenska regeringen i sitt yttrande i Müllermålet hänvisar till Sharpstons uttalanden om att det är synnerligen farligt att låta arbetsgivaren slippa krav på likabehandling med försåtliga argument som hänvisar till kunders nöjdhet och där kunders attityder bygger på fördomar. Regeringen skriver ”Direktiv 2000/78 är avsett att bereda skydd i anställningsförhållanden mot ogynnsam behandling (det vill säga diskriminering) på någon av de förbjudna grunderna. Det handlar inte om att bli av med sitt jobb för att arbetsgivarens vinster ska öka.”

3.2 Arbetsgivarnas näringsfrihet

I den andra vågskålen ligger näringsfriheten. I målen Wabe och Müller har arbetsgivarna hävdat att det är nödvändigt att ha en neutralitetspolicy med förbud mot synliga politiska, filosofiska eller religiösa symboler, om inte deras näringsfrihet allvarligt ska inskränkas. I Sverige faller det sig naturligare att tala om arbetsledningsrätten och säga att arbetsledningsrätten skulle inskränkas på ett oacceptabelt sätt, om

[11] Hänvisning görs till generaladvokaten Maduros förslag till avgörande i målet Coleman C-303/06 som innehåller en analys av diskrimineringens konsekvenser för individen.

företagen inte tilläts att tillämpa interna regler om neutralitet i fråga om anställdas klädsel på jobbet.

Näringsfrihet regleras i artikel 16 i EU-stadgan och har också erkänts i Europadomstolens praxis. Ordalydelsen i stadgans artikel 16, ”*Näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis*” anses svagare än formuleringen i arbetslivsdirektivets artikel 10, ”*Var och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet…*”. I stadgans förklaringar till artikel 16 erinras om att den kan underkastas begränsningar. Även EU-domstolen har i ett antal domar uttalat att näringsfriheten har vissa gränser och måste ses i sitt sociala sammanhang. Den får dock inte beskäras på ett oacceptabelt sätt.[12]

3.3 Vad är en neutralitetspolicy?

Orden neutral och neutralitet har en positiv klang. Det låter genomtänkt och objektivt att ha en neutralitetspolicy. Att vara neutral betyder enligt ordboken ”att inte delta”, ”att ställa sig utanför” eller ”att inte ta parti för någon”. När arbetsgivarna i de fyra målen tillämpar sina neutralitetsregler så vill de alltså signalera att de inte deltar, att de ställer sig utanför, att de inte tar parti för någon religion. Befogade frågor är då följande. Betyder förhållandet att en arbetsgivare har en anställd som bär muslimsk huvudduk att arbetsgivaren tar parti för islam? Vidare – i vilka affärsverksamheter är det överhuvudtaget relevant att förmedla till kunder hur arbetsgivaren ställer sig i religiösa frågor? Här finns anledning att särskilt diskutera fallet Wabe, eftersom företaget motiverar förbudet att bära religiösa symboler med skyldigheter gentemot barnen och deras föräldrar, skyldigheter som enligt bolaget innebär att skapa garantier för att barnen inte ska utsättas för religiös påverkan.

Ordet neutralitetspolicy är ett abstrakt substantiv, en s.k. nominalisering. Med nominalisering avses en typ av grammatisk metafor som framställer processer som enheter genom att förvandla en eller flera satser till substantiv. Nominaliseringar är abstrakta. De utesluter aktörer och anger inga ansvariga.[13] Ett exempel på nominalisering är

[12] För rättspraxis, se Sharpstons ”shadow opinion”, punkt 193.

[13] Fairclough, *Analysing Discourse Textual analysis for social research*, Routledge 2003, s. 143–145.

ordet *marknad*. Det är vanligt att (bort)förklara osakliga löneskillnader mellan kvinnor och män genom att hänvisa till att det är marknaden som bestämmer lönerna, trots att det är arbetsgivare som bestämmer lönerna, själva eller i kollektivavtal med facklig motpart.

Inom kritisk diskursanalys – en metod som kan beskrivas som studiet av språkanvändning i en social praktik – anges nominalisering som exempel på hur makt kan utövas utan att det blir synligt vem som utövar makten och varför det sker. Det abstrakta substantivet skapar en bild av att det som sker är sakligt och i det närmaste ofrånkomligt. Det är viktigt att ställa frågor kring vilka tankemönster som nominaliseringen utgår från och vad ett till synes oskyldigt begrepp som neutralitetspolicy egentligen handlar om.

Kan en neutralitetspolicy ha införts för att dölja att ett förbud mot muslimsk huvudduk i själva verket handlar om rasism och islamofobi? Eller kan en sådan policy, för att ange en annan variant, vara uttryck för att arbetsgivaren hyllar en norm om assimilering – ”dom som inte är som vi ska bli som vi”?[14] Finns det överhuvudtaget några exempel på att en neutralitetspolicy är nödvändig, därför att en arbetsgivare annars skulle drabbas av svåra och oacceptabla förluster? Vi talar här inte om krav på uniform som finns i ett antal yrken utan om förbudet mot religiösa symboler. Inte heller handlar diskussionen om situationer då ett religiöst betingat klädesplagg inte kan bäras t.ex. av hänsyn till krav på sterilitet inom vården eller då risk finns för skada t.ex. att klädesplagget kan fastna i en maskin.

Att själva ordet *neutral* är förrädiskt har många, däribland Sharpston, pekat på. Som vi vet har EU-domstolen kommit fram till att det inte är direkt diskriminering men möjligen indirekt diskriminering, när det finns en neutralitetspolicy som särskilt drabbar en skyddad kategori. Ett rekvisit i regeln om indirekt diskriminering är att det finns en till synes neutral bestämmelse, eller ett neutralt kriterium eller förfaringssätt som missgynnar den skyddade kategorin. Just ordet *neutralt* kan få oss att ställa slappare krav på indirekt diskriminering, eftersom

[14] Fransson har i den tidigare nämnda artikeln *Tre domar – en studie av begränsningen av kvinnors rätt att manifestera sin religion i arbetslivet* ställt frågan om inte ett nytt normativt grundmönster, ett assimileringsparadigm, kan utläsas av domarna.

ordet inger oss en känsla av att arbetsgivaren inte har någon ond avsikt. Sharpston uttrycker det på följande sätt:

> ”Whilst the application of a neutral criterion may sometimes, indeed, result in inadvertent indirect discrimination, it is also perfectly possible to conceive of circumstances in which the employer does in fact intend to discriminate on a prohibited ground, but is sufficiently intelligent or well advised to arrange matters so that the measures that he takes fall to be classified as indirect, rather than direct, discrimination.”[15]

Därför måste den nationella domstolen ställa konkreta frågor om *syftet* med neutralitetspolicyn och varför detta syfte är legitimt. Beträffande rekvisitet att medlet för att uppnå syftet måste vara *lämpligt* måste också ställas ett antal frågor, likaså varför neutralitetspolicyn är *nödvändig* för att nå det angivna syftet. Sharpston har sammanställt frågelistor som kan användas för att dissekera vad som ligger bakom företagens argumentation till försvar för neutralitetspolicyn. Dessa frågelistor gör det möjligt att bedöma om arbetsgivaren har en konsekvent och trovärdig argumentation för sin neutralitetspolicy.[16]

3.4 Begreppsförvirring i WABE-målet

I domen angående WABE anges som exempel på ett objektivt motiverat behov föräldrars önskan att deras barn ska omhändertas av personer som inte ger uttryck för sin religion eller övertygelse när de är i kontakt med barnen, bland annat i syfte att ”säkerställa barnens fria och individuella utveckling i fråga om religion, tro och politik”.[17] Ett syfte att skydda sårbara yngre barn från att uppmuntras av lärare att ansluta sig till en viss religion, s.k. proselytism, får anses objektivt motiverat. Men, menar Sharpston, man kan inte dra slutsatsen att en neutralitetspolicy som förbjuder religiösa symboler kan rättfärdigas bara för att man skulle kunna tänka sig att den i något enstaka fall kan avskräcka från proselytism. Ordet *neutralitet* skapar och döljer en begreppsförvirring.

[15] Se punkt 209 i ”shadow opinion”.
[16] Listorna finns i Sharpstons text, punkterna 225, 237 och 245.
[17] Se artikel 65 i EU-domstolens dom 21-07-15.

I WABE:s informationsblad om neutralitetsprincipen står som svar på frågan om anställda får bära kristet kors, muslimsk huvudbonad och judisk kippa följande: ”Nej det är inte tillåtet, eftersom barn inte får påverkas av pedagogerna när det gäller religion. Att medvetet välja ett klädesplagg efter religiösa eller filosofiska överväganden strider mot neutralitetsprincipen.”

Sharpston påpekar att svaret kombinerar och förväxlar olika element i situationen. För det första är det ett fundamentalt missförstånd att beskriva det som ett frivilligt val att klä sig i ett av religionen påbjudet religiöst plagg. För det andra är det helt andra åtgärder som är påkallade om syftet är att förhindra proselytism. Det sker enklast och effektivast genom att arbetsgivaren inför ett strikt förbud för lärare att påverka barnen i riktning mot sin egen religion och också använder sanktioner för att upprätthålla förbudet. Varken barn eller vuxna blir muslimer därför att en lärare bär huvudduk.

WABE hade anslutit sig till staden Hamburgs rekommendation för förskolor. Det är en rekommendation som uppmuntrar till att barn ska lära känna olika religioner och lära sig respekt och tolerans. Ett förbud mot huvudduk sänder inget budskap om respekt och tolerans. När det gäller Müllers försvar för sin neutralitetspolicy vore det, som Sharpston påpekar, mera effektivt att införa en uppförandekod på arbetsplatsen än att förbjuda huvudduk, särskilt som de tre tillfällen av bråk mellan anställda som bolaget hänvisat till inte handlat om huvudduk.

Budskapet i Sharpstons ”shadow opinion” kan sammanfattas med att arbetsgivares försvar för en neutralitetspolicy måste bli föremål för ”a careful, detailed and rigorous scrutiny”.[18] För detta finns stöd i två tidigare utslag från EU-domstolen, C-414/16 Egenberger och C-68/17 IR, i vilka domstolen krävt att skälen för att i det ena fallet inte anställa en arbetssökande och i det andra fallet avskeda en anställd ska underkastas en sådan noggrann undersökning. Bägge domarna handlar om diskriminering.

[18] Se punkt 258 i Sharpstons text.

4 Situationen i Sverige

4.1 Pågående rättsprocesser

Det saknas forskning om hur vanligt det är att arbetsgivare i Sverige tillämpar förbud att bära religiösa klädesplagg eller religiösa symboler med hänvisning till neutralitetsregler. Regeringen har i oktober 2021 gett DO i uppdrag att analysera diskrimineringsanmälningar rörande religion eller annan trosuppfattning. Denna kartläggning som ska slutredovisas den 1 december 2022 kommer att ge information om hur stor andel av anmälningarna till DO som handlar om hinder för anställningstryggheten genom förbud mot huvudduk.[19]

Det pågår flera rättsprocesser som handlar om neutralitetsregler och huvudduksförbud. Ett fall gäller Skurups kommun. Efter en motion från Sverigedemokraterna tog Skurups kommunfullmäktige i december 2019 ett beslut om att i kommunens förskolor och grundskolor införa förbud mot ”huvudduk, burka, niqab och andra plagg som har till syfte att dölja elever och personal”. Det motiverades med risker för proselytism och framställdes också som en kamp mot patriarkalt förtryck.

Efter överklagande i förvaltningsrättslig ordning har kommunens beslut underkänts i första och andra instans såsom stridande mot rätten till religionsfrihet såväl enligt Europakonventionens artikel 9 som enligt svensk grundlag (2 kap. 1 § 6 RF). I sin dom 2021-06-23 (mål nr 7171-20) hänvisar Kammarrätten i Göteborg också till skyddet för yttrandefriheten. ”Att bära huvudduk kan, även när det i första hand grundas på religiösa skäl, samtidigt anses ge uttryck för tankar, åsikter och känslor på så sätt att det omfattas av skyddet för yttrandefriheten enligt 2 kap. 1 § 1 RF.” Kommunen har överklagat kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen som meddelat prövningstill-

[19] Uppdraget nämner särskilt att utmaningar och hinder som människor möter när de är synliga i sin religion genom sin klädsel ska undersökas för att ge regeringen kunskap i syfte att motverka antisemitism och islamofobi, se vidare https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2021/10/do-ska-oka-kunskapen-om-diskriminering-kopplat-till-religion/. Enligt årsredovisningen för 2020 tog DO emot 237 anmälningar om diskriminering på grund av religion, varav fler än hälften gällde arbetsliv och utbildning. Många har samtidigt gjort en anmälan om etnisk diskriminering.

stånd. Något avgörande föreligger inte när detta skrivs. Staffanstorps kommun är svarande i ett liknande mål.

Organisationen Civil Rights Defenders (CRD) företräder en kvinna som arbetat som trygghetsvärd i Stockholms tunnelbana och som varit timanställd i företaget Rapid Säkerhet AB, en underleverantör till Storstockholms lokaltrafik (SL). Målet gäller diskriminering på grund av religion. När kvinnan bestämde sig för att bära huvudduk och informerade sin arbetsgivare om detta fick hon inte fortsätta arbetet. Arbetsmiljöskäl kopplat till riskbedömningar var arbetsgivarens motivering. Med detta avsågs att kvinnan riskerade att utsättas för hot och hat på grund av huvudduken, vilket skulle drabba bolaget kostnadsmässigt genom skadeståndskrav. Det kan tilläggas att SL uppgett sig inte ha någon sådan neutralitetspolicy som Rapid Säkerhet AB hänvisar till.

I stämningsansökan till Solna tingsrätt den 25 februari 2020 har CRD yrkat att förbudet att bära slöja på arbetsplatsen ska förklaras ogiltigt och bolaget betala diskrimineringsersättning till kvinnan. I andra hand har yrkats ideellt skadestånd enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen.[20] I ett pressmeddelande i samband med stämningsansökan skriver organisationens chefsjurist John Stauffer: ”Vi ser en oroande utveckling i samhället där muslimer i allt större utsträckning ifrågasätts, inte minst kvinnor. Därför är det viktigt att arbetsgivare, både offentliga och privata, tar sitt ansvar och säkerställer att personer inte diskrimineras på grund av sin religion.”

Bolaget har bestritt talan och hävdat att man tillämpar den typ av neutralitetspolicy som både EU-domstolen och DO har förklarat laglig. I dom den 29 mars 2022 avslog tingsrätten käromålet i sin helhet. Stor vikt lades vid arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Någon avvägning gentemot kvinnans rätt till religionsfrihet gjordes inte. CRD har överklagat domen och Arbetsdomstolen har gett prövningstillstånd.

4.2 Neutralitetspolicy en täckmantel för diskriminering?

På ytan kan neutralitetspolicies se ungefär likadana ut. De består av förbud mot att en anställd har klädsel eller attribut som knyter an till en religion – ofta utökat med förbud mot kännetecken för filoso-

[20] Käranden hänvisar till rättsfallen NJA 2014 s. 323 och NJA 2018 s. 103.

fiska och politiska riktningar. Argumenten till försvar för regler om neutralitet visar dock en brokig mångfald. Det tyska företaget WABE hänvisar till att barnen i förskolan inte får påverkas av pedagogerna när det gäller religion. En sådan rädsla – eller låtsad rädsla – för omvändelseförsök är också ett av Skurups kommuns argument. Ett annat argument är att syftet handlar om jämställdhet. Muslimska flickor och kvinnor är förtryckta och förbud mot huvudduk ska hjälpa dem ut ur detta förtryck.

I andra fall anges kunders eller omgivningens islamofoba åsikter som skäl för att tillämpa en neutralitetspolicy. Så har t.ex. Rapid Säkerhet AB förbjudit huvudduk därför att man vill skydda trygghetsvärden mot islamofoba attacker. Företag med uniformskrav brukar förklara förbudet mot religiös klädedräkt med att de vill att de anställda ska se neutrala, snygga och prydliga ut. Det är tveklöst en diskriminerande värdering att förknippa muslimsk huvudduk med brist på snygghet. Jag konstaterar sammanfattningsvis att begreppet neutralitetspolicy fungerar som ett paraplybegrepp för högst olika önskemål och bevekelsegrunder, varav flera är klart diskriminerande och andra helt negligerar den mänskliga rättighet som religionsfrihet innebär.

4.3 Rättsliga verktyg för anställningstrygghet och diskrimineringsfria arbetsplatser

I ljuset av EU-domstolens ambivalenta hållning är det utomordentligt viktigt att det i Sverige finns rättsliga verktyg för att förhindra att en neutralitetspolicy tjänar som täckmantel för diskriminering. Det finns ett starkt skydd för religionsfriheten i vår grundlag. Sedan den 1 januari 2017 har Sverige också en detaljerad lagstiftning om aktiva åtgärder för att skapa lika möjligheter och rättigheter inom arbetsliv och utbildning.[21] Dessa bestämmelser, som finns i diskrimineringslagens tredje kapitel, har betydelse för att värna såväl religionsfrihet som anställningstrygghet för människor som vill bära klädesplagg eller symboler för sin religion.

[21] Förarbeten SOU 2014:41 *Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering* och prop. 2015/16:135 *Ett övergripande ramverk för aktiva åtgärder i syfte att främja lika rättigheter och möjligheter*.

Bestämmelserna innebär att arbetsgivare årligen och i samverkan med fackliga organisationer ska undersöka om det finns risker för diskriminering eller repressalier som har samband med religion eller om det finns andra hinder för enskildas religionsfrihet. Därefter ska orsaker till upptäckta risker och hinder analyseras och bilda beslutsunderlag för de förebyggande och främjande åtgärder som skäligen kan krävas. Arbetet som inte bara avser religion utan samtliga diskrimineringsgrunder i diskrimineringslagen ska sedan följas upp och utvärderas.

Dessa regler erbjuder ett partsgemensamt forum för att kartlägga och analysera motiven för en neutralitetspolicy och undersöka vilka risker för diskriminering som en sådan medför. Dessvärre är det så att en stor andel av arbetsgivarna inte känner till än mindre tillämpar reglerna om förebyggande arbete.[22] Detta har samband med att tillsynsmyndigheten DO endast undantagsvis kontrollerar om arbetsgivare följer reglerna och dessutom underlåter att använda lagens sanktionssystem för att åtgärda brister. Hitintills har det i princip varit riskfritt att bryta mot diskrimineringslagen. Liknande passivitet gäller handläggningen av anmälningar om diskriminering. Anmälningar leder endast i få fall till att DO engagerar sig för att hjälpa de drabbade.

Det är en central uppgift för DO att engagera sig för att förhindra en utveckling där kvinnor nekas arbete eller mister sin anställning därför att de bär huvudduk. Den enskilt viktigaste förändringen för att stärka kampen mot diskriminering på grund av religion – som i fråga om huvudduksförbuden också utgör könsdiskriminering – är därför en tydligare lagreglering av DO:s mandat. Diskrimineringslagens nuvarande formulering i 4 kap. 1 § som anger att ”DO ska utöva tillsyn över att diskrimineringslagen följs” har visat sig vara fullständigt otillräcklig.[23] Det behövs bestämmelser som konkret anger DO:s skyldigheter både vad avser det förebyggande arbetet och handläggningen av diskrimineringsanmälningar.

[22] Att det finns problem med efterlevnaden framgår av enkäter och stickprovsundersökningar som såväl DO som olika fackförbund har gjort. Problematiken diskuteras i SOU 2020:79 *Effektivare tillsyn över diskrimineringslagen*, delbetänkande av Utredningen om vissa frågor i diskrimineringslagen.

[23] Se Svenaeus, Tio år med Diskrimineringsombudsmannen En rapport om nedmontering av diskrimineringsskyddet, *Arena Idé*, november 2020.

Anställningsskydd, kompetensutveckling och sysselsättningstrygghet

Caroline Ferngren

1 Inledning

I debatten om förändringar i anställningstryggheten och i lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) utmålas utökade möjligheter till omställning och kompetensutveckling som den stora framgången för arbetstagarsidan. När det blåser kring den civilrättsliga anställningstryggheten är det tilltron till vår egen kunskap vi ska hålla oss i – allt i enlighet med flexicuritymodellen. Framtidens anställningstrygghet ligger i arbetstagarnas kompetens och i vetskapen om att det går att hitta en ny anställning när vi förlorar den gamla.

Från 1973 till 2022 var tanken bakom reglerna om anställningsskydd att de skulle ge en trygghet under anställningen, men det nya anställningsskyddet lägger vikt vid sysselsättningstrygghet och rätt till rådgivning och vägledning. Det förslag om lagstadgad skyldighet för arbetsgivare att kompetensutveckla sin personal som presenterades i Toijerutredningen blev alltså aldrig genomfört.[1] Fokus ligger därmed på omställning snarare än på kompetensutveckling.

Det är därför av vikt att inte bara rikta ljuset mot de förslag på förändring som har lagts fram vad gäller kompetensutveckling utan också mot själva konceptet kompetensutveckling som sådant. Vem finns kompetensutveckling till för och vem borde den finnas till för? Vad är dess syfte för individen, samhället och arbetsgivaren och hur uppnås

[1] SOU 2020:30 s. 47–48.

detta bäst? Hur korresponderar 2022 års förändringar med de syften som motiverar reformen?

Bara ett par årtionden tillbaka var standardupplägget för ett arbetsliv att man anställdes i tjugoårsåldern och arbetade hos samma arbetsgivare till pensionen, vilken inföll ett par år innan döden. Idag förväntas en arbetstagare behöva ställa om betydligt fler gånger under sitt arbetsliv. Det finns flera förklaringar till denna, på många sätt omvälvande, förändring. Förändrad anställningstrygghet, ökad digitalisering och globalisering samt ökade krav på förändringar i livet beskrivs som möjliga orsaker.[2]

Kunskapsekonomins krav på individen att hålla sig attraktiv på arbetsmarknaden medför såväl risker som möjligheter. Högre kompetens innebär ökade möjligheter till rörlighet på arbetsmarknaden, vilket i förlängningen kan antas ge ökad makt till arbetstagarna och dessutom mer stimulerande arbetsuppgifter.[3] Kunskapsekonomin har därmed på många sätt förflyttat makten från arbetsgivaren till arbetstagarna, eftersom det är deras kunskap som är själva varan, humankapitalet. Samtidigt riskerar detta att öka polariseringen på arbetsmarknaden. Även om många idag arbetar med kunskap som sitt viktigaste redskap, och gruppen ökar, gäller det långt ifrån alla.[4]

Sammanfattningsvis gör en mer rörlig och kunskapsintensiv arbetsmarknad att varje enskild arbetstagare behöver höja sin kompetens successivt under hela sitt yrkesliv: livslångt lärande.

När EU-kommissionen 2019 presenterade en landspecifik rekommendation för Sverige inom ramen för den europeiska planeringsterminen råddes Sverige att satsa på utbildning och förstärkning av

[2] Ulander-Wänman, Välfärdssystem, arbetslinjen och yrkesverksammas behov av omställningsstöd, I: Carlson, Herzfeld Olsson och Pietrogiovanni (red.), *Arbetsrätt och välfärdsstaten*, 2019, s. 138 samt Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 30.

[3] Ds 2000:49 Kompetensparadox? Hinder och möjligheter för att bättre tillvarata kompetensen på arbetsmarknaden, s. 88 ff.

[4] Se t.ex. Cedefop Strengthening skills systems in times of transition, s. 3 ff. Rapporten konstaterar en dalande jobbtillväxt för sysselsättningar med medelhöga kompetenskrav, men ökad efterfrågan på arbetskraft med hög kompetens. Detta förklaras dels med fler arbeten inom högkvalificerade yrken, dels med högre kvalifikationskrav på arbeten som tidigare kategoriserats som lågkvalificerade.

humankapitalet.[5] Kompetensutveckling framhölls som avgörande för att komma till rätta med det stora utbildningsglapp som finns mellan olika sociala grupper i det svenska samhället.[6]

Även för arbetsgivaren är hög kompetens centralt, både vad gäller enskilda personer och i organisationen som helhet. Kunskapssamhället förutsätter att arbetsgivare vårdar och tar hand om sina resurser: kompetensen hos personalen. I detta avseende handlar det inte enbart om att behålla befintlig kompetens utan om att hela tiden utveckla och uppdatera den. Detta är avgörande för att stå sig i konkurrensen med andra företag och i förlängningen för företagets fortlevnad.[7] Den som har uppdaterad kompetens bedöms dessutom få ett längre arbetsliv, vilket även blir en vinst för arbetsgivaren som kan ha användning för sina kompetenta arbetstagare under en längre tid.[8]

Ur ett samhällsperspektiv handlar kompetensutveckling om att möta konkurrensen från andra högteknologiska stater. Det gäller inte minst den gröna omställning vi står inför.[9] De närmsta tjugo åren ökar samtidigt den totala demografiska försörjningskvoten i Sverige, vilket innebär att färre ska försörja fler.[10] Den utvecklingen sker parallellt med förändringen mot ett kunskapssamhälle där allt fler branscher blir kunskapsintensiva och där arbetstagarnas kunskap är den viktigaste resursen. Det räcker därför inte att satsa på bättre utbildning för de generationer som ännu inte har kommit in på arbetsmarknaden. Om kompetensen ska kunna höjas på bred front är det avgörande att hitta ett system för kompetensutveckling för de som redan är anställda.[11]

[5] Artikel 121 och 148 FEUF. Se även Sveriges nationella reformprogram 2019 Europa 2020 – EU:s strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, s. 24.

[6] De landspecifika rekommendationerna, COM(2019) 527 final, punkt 8.

[7] Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 31 och prop. 2021/22:176 s. 290.

[8] Avsiktsförklaring om ett längre arbetsliv, s. 4.

[9] Prop. 2021/22:176 *Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden*, s. 80.

[10] Sveriges framtida befolkning 2020–2070, SCB, tabell 12.

[11] Cedefop Strengthening skills systems in times of transition, s. 4 med vidare hänvisning till Cedefop European skills index. Se även Rådets rekommendation till inrättandet av en ny kompetensgaranti COM (2016) 382 final, s. 3.

Kompetensutveckling handlar således om att stå sig i konkurrensen: Individen måste stå sig i jämförelse med andra arbetstagare, näringsidkare måste stå sig i jämförelse med andra näringsidkare och samhället måste stå sig i jämförelse med andra stater och världsdelar. Frågan om hur ett sådant system bäst utformas är komplex och saknar tydliga svar. I ett samhälle med en dynamisk arbetsmarknad är den samtidigt omöjlig att ignorera. Kunskap blir, i vår tid av globalisering, digitalisering och teknisk utveckling, snabbt gammal och måste hela tiden återerövras. Men vems ansvar är det att se till att arbetstagarna har aktuell kunskap? Vem bör bära den risken i ett solidariskt, jämlikt samhälle?

1.1 Kompetens en fråga om riskfördelning

Såväl kunskaper och utbildningar som inlärningsförmåga hos en individ har ett värde. Humankapitalteorin konkretiserar och tydliggör detta värde och är därför användbar i analysen av kompetensutvecklingens funktion och utformning i välfärdssamhället. Humankapitalteorin introducerades på 1960-talet av den amerikanske ekonomen Theodore W. Schultz men lanserades på bred front först några år senare av en annan amerikansk ekonom: Gary Becker. Utgångspunkten är att humankapitalet är bundet till individen men att en arbetsgivares investering i humankapital ger avkastning i form av exempelvis ökad produktivitet, ökat välmående och ökad motivation.

När det kommer till kompetensutveckling gör Becker skillnad på generell och företagsspecifik kompetensutveckling. Generell kompetensutveckling ger kunskap som har ett värde på hela arbetsmarknaden medan företagsspecifik kompetensutveckling ger kunskap som enbart har ett värde hos den aktuella arbetsgivaren. Även förarbetena till 2022 års ändringar i anställningsskyddet understryker skillnaden och konstaterar att arbetsgivare utan kollektivavtal sannolikt erbjuder olika former av företagsspecifik kompetensutveckling. Dessa arbetsgivare har inte förbundit sig att tillhandahålla kompetensutveckling som stärker arbetstagarnas ställning på arbetsmarknaden i stort – generell kompetensutveckling – vilket arbetstagarna alltså är i behov av för att kunna njuta av ett tryggt och hållbart arbetsliv.[12]

[12] Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 38. Se även Toijer-

Den företagsspecifika kunskapen är följaktligen av stort intresse för de enskilda arbetsgivarna, men av mindre intresse för staten, eftersom den inte nödvändigtvis förstärker individernas ställning på arbetsmarknaden. I förarbetena till 2022 års ändringar i anställningsskyddet framhålls särskilt, i linje med detta, att arbetsgivaren även fortsättningsvis har ansvaret för sina anställdas företagsspecifika utbildning och att denna inte ska finansieras av staten.[13] På motsvarande vis är den generella kunskapen av stort intresse för staten, som därmed har stort incitament till finansiering, men av mindre intresse för de enskilda arbetsgivarna. För arbetstagaren ger företagsspecifik kompetensutveckling ett högre värde hos arbetsgivaren men ökar också risken för inlåsningseffekter eftersom den knyter arbetstagaren hårdare till arbetsgivaren. Å andra sidan ökar generell kompetensutveckling arbetstagarens värde och möjligheter på hela arbetsmarknaden. Hur ett system för kompetensutveckling bäst utformas blir således en avvägning av delvis motstridiga intressen kring makt, lojalitet och riskfördelning.[14]

2 Rätt till kompetensutveckling enligt 1982 års LAS?

Betydelsen av kompetensutveckling framgår tydligt av det faktum att kravet på tillräckliga kvalifikationer är en förutsättning för såväl omplacering i 7 § och 22 § lag om anställningsskydd, som i 25 § företrädesrätt till återanställning. Kravet på tillräckliga kvalifikationer har dessutom ökat över tid.[15] 1982 års LAS ger få skyldigheter för arbets-

utredningen SOU 2020:30 s. 440 som anger att ”… en skyldighet som sträcker sig längre än till arbetsgivarens verksamhet skulle stärka inslaget av anställningsskydd i en mer modern mening.

[13] Ibid. Se även Ds 2021:18 Omställningsstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 14, SOU 2020:30 s. 317 samt prop. 2021/22:176 s. 298.

[14] Jfr diskussionen i Caroline Ferngren & Niklas Selberg, Anställningsavtalet ger rätt till kompetensutveckling, Dagens arena, 2022-04-01; https://www.dagensarena.se/essa/anstallningsavtalet-ger-ratt-till-kompetensutveckling/.

[15] Ulander-Wänman, Arbetsbrist och arbetstagares rätt till kompetensutveckling, *SvJT 2017*, häfte 8, s. 613–630.

givaren att se till att arbetstagarens kompetens är uppdaterad och i fas med de krav som ställs på dagens arbetsmarknad.

Vid omplacering ska arbetstagaren ha de kompetenser som normalt ställs på den som söker den aktuella tjänsten. Arbetstagaren behöver inte kunna utföra arbetet från dag ett utan har rätt till en viss upplärningstid. Här har arbetsgivaren alltså något som kan liknas vid en utbildningsskyldighet, dock enbart i förhållande till omplacering för att undvika uppsägning. Hur lång upplärningstiden kan vara varierar bland annat beroende på vilket arbete som ska utföras.[16]

Vid en omorganisation eller driftsinskränkning är det vanligt att en arbetstagare får nya uppgifter inom ramen för sin tjänst, uppgifter som angränsar till de gamla arbetsuppgifterna. Hur långt arbetsgivarens utbildningsansvar sträcker sig beror bland annat på vad det rör sig om för utbildning och hur snart arbetstagaren måste behärska arbetsuppgifterna.[17]

Arbetsgivaren ansvarar inte för grundläggande utbildningar, vilket sätter en miniminivå för arbetstagarens prestation. Att tala engelska eller ha körkort faller exempelvis under kategorin ”grundläggande allmänna kvalifikationer”. Dessa har arbetsgivaren ingen skyldighet att tillhandahålla.[18] Målet AD 2005 nr 75 är principiellt intressant eftersom arbetstagarna hade mycket lång anställningstid men ändå ansågs sakna grundläggande kvalifikationer i form av att kunna tala engelska. Detta tydliggör hur synen på vad som utgör grundläggande kvalifikationer förändras över tid utan att arbetsgivaren bär något ansvar för att tillhandahålla den grundläggande kompetensen.

En arbetstagare som inte anses vara kompetent nog att utföra sitt arbete kan sägas upp med hänvisning till personliga skäl. Det kan handla om brist på såväl utbildning och erfarenhet som personliga egenskaper. Det kan också röra sig om en kombination av dessa faktorer som tillsammans utgör saklig grund för uppsägning.[19]

[16] Se t.ex. AD 2011 nr 5 med vidare hänvisning till AD 2005 nr 75 och AD 1999 nr 36.
[17] AD 2011 nr 5 och AD 2005 nr 75.
[18] AD 1999 nr 36 och AD 2005 nr 75.
[19] Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv, s. 395. Se även AD 1995 nr 23.

Vid uppsägning på grund av arbetsbrist utgör förändringar i verksamheten i princip saklig grund. Arbetsgivaren får visserligen inte ställa nya kompetenskrav på en tjänst från en dag till en annan men kan motivera en förändring genom en ny organisation vilken kräver nya befattningar med nytt innehåll. Även ny teknik kan motivera krav på nya kunskaper vilket kan medföra arbetsbrist på de ”gamla” tjänster som inte kräver den aktuella kunskapen. Om arbetstagarna inte uppfyller kraven på teknisk kompetens som de nya tjänsterna innebär föreligger i princip saklig grund för uppsägning på grund av arbetsbrist.[20] Frågan blir då hur väl anpassat detta system är för ett kunskapssamhälle präglat av ständiga tekniska framsteg.

Arbetsgivaren fattar beslut grundat på vad som är bäst för arbetsgivaren – inte för arbetstagaren. Det gör att arbetsgivaren har möjlighet att kontrollera arbetstagarens kompetens, exempelvis genom att ge mer eller mindre utvecklande arbetsuppgifter. Samtidigt som arbetsgivaren inte får diskriminera på grund av exempelvis föräldraskap finns ingen skyldighet att redovisa hur urvalet till befordringar eller kompetensutveckling sker.[21] Att arbetsgivaren både har makt att bestämma vem som får tillgodogöra sig viss kompetens och vilken kompetens som behövs i verksamheten gör att arbetsgivaren i praktiken kan bestämma vem som i förlängningen hotas att sägas upp på grund av kompetensbrist. Arbetstagarens ansvar sträcker sig i princip till att anta de erbjudanden som ges om kompetensutveckling.

Arbetsgivaren får dock inte använda kompetensutveckling som ett sätt att kringgå turordningsreglerna om en arbetsbristsituation är nära förestående. I AD 1983 nr 51 hade arbetsgivaren vidareutbildat en arbetstagare med kortare anställningstid medan en arbetstagare med längre anställningstid inte fått samma utbildning. AD slog då fast att om en arbetsgivare kan förutse en omorganisering eller eventuell arbetsbrist, har den en viss skyldighet att ta hänsyn till turordningsreg-

[20] Ulander-Wänman, Arbetsbrist och arbetstagares rätt till kompetensutveckling, *SvJT 2017*, häfte 8, s. 616.

[21] Diskrimineringslag (2008:567) ställer upp krav på att utbildning och kompetensutveckling inte får ske diskriminerande utifrån diskrimineringsgrunderna i samma lag, 3 kap. 2 § samt 3 kap. 5 § 4 p. diskrimineringslagen.

lerna även vid kompetensutveckling. Rättsfallet är ålderstiget och det framstår idag som osäkert om AD skulle fortsätta på denna väg.

3 Kompetensutveckling i EU:s arbetsmarknadspolitik

Inom EU finns en rad satsningar och prioriteringar som syftar till kompetensutveckling inom anställningen. I den europeiska pelaren för sociala rättigheter stadgar princip 1 rätten till utbildning och livslångt lärande. 2020 presenterade kommissionen en ny kompetensagenda i form av en femårsplan för unionens samtliga stater med syftet att stärka hållbar konkurrens, säkra social rättvisa genom sociala pelaren och se till att unionen återhämtar sig efter covid-19-pandemin.[22] Målen syftar både till att öka befintlig kompetens (*upskilling*) och att omskola (*reskilling*). Som ett steg för att nå dit sattes i maj 2021 målet att senast 2030 ska sextio procent av alla vuxna delta i utbildning varje år (Portoförklaringen[23]). I december 2021 la kommissionen därför fram ett förslag om individuella utbildningskonton och om mikromeriter. Hög kompetens är ett måste på framtidens arbetsmarknad och är en förutsättning för att vi ska klara såväl den gröna som den digitala omställningen som återhämtningen efter covid-19, heter det.[24]

En hög sysselsättning innebär en god tillväxt och utgör ett starkt ekonomiskt intresse för såväl enskilda medlemsstater som Europeiska unionen. Hög sysselsättning är också en social fråga. Unionen ska vara en social marknadsekonomi med full sysselsättning och social utveckling som mål.[25] Unionen ska dessutom beakta socialt skydd i allt arbete.[26]

[22] European Skills Agenda for sustainable competitiveness, social fairness and resilience och Rådets resolution om en förnyad europeisk agenda för vuxenlärande 2021–2030.

[23] https://www.consilium.europa.eu/sv/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/.

[24] Förslag till Rådets rekommendation om en europeisk strategi för mikromeriter för livslångt lärande och anställningsbarhet COM(2021) 770 final.

[25] Art. 3.3 FEU. Parlamentets resolution av den 13 mars 2019 om den europeiska planeringsterminen betonar att EU:s sociala mål och åtaganden är lika viktiga som dess ekonomiska mål.

[26] Art. 9 FEUF.

Samtidigt kämpar Europa med socialt utanförskap. Lågutbildade medborgare är mindre benägna att delta i utbildning och riskerar arbetslöshet och fattigdom. De löper större risk att bli sjuka och har en kortare förväntad livslängd.[27] Lågutbildade vuxnas deltagande i livslångt lärande är en fjärdedel så stort jämfört med personer med eftergymnasiala kvalifikationer.[28] De ekonomiska och sociala frågorna hänger alltså ihop och nyckeln till framgång anses vara god kompetensutveckling.[29]

Den sysselsättningstrygghet som står modell för förändringarna inom den svenska anställningstryggheten för tankarna till den europeiska flexicuritymodellen. Syftet är att arbetstagare ska vara trygga i arbetslivet och, om de blir uppsagda, lättare kunna gå vidare och bli anställda hos en annan arbetsgivare. Trygghet definieras som mer än trygghet att behålla sitt nuvarande arbete. Det handlar om att ge arbetstagarna de kunskaper de behöver för att avancera i arbetslivet och för att klara omställningssituationer. Nyckelord är livslångt lärande och flexibilitet.[30]

Satsningar på utbildning och förstärkning av humankapitalet är Kommissionens landspecifika råd till Sverige inom ramen för den europeiska planeringsterminen. Kommissionen konstaterade också att stora satsningar på kompetensutveckling är avgörande för att komma till rätta med utbildningsglapp mellan olika sociala grupper i det svenska samhället.[31] EU bistår också medlemsstaterna med omfattande ekonomiskt stöd i kompetensfrågan. Detta görs i stor utsträckning genom de europeiska struktur- och investeringsfonderna.[32]

[27] Rådets rekommendation av den 19 december 2016 om kompetenshöjningsvägar: nya möjligheter för vuxna, (2016/C 484/01) skäl 5.

[28] Ibid. s. 2.

[29] Redan ingressen till FEUF säger att medlemsstaterna är ”*fast beslutna att främja utvecklingen av högsta möjliga kunskapsnivå för sina folk genom en bred tillgång till utbildning och kontinuerlig fortbildning*”. Målet med hög utbildning kommer sedan tillbaka i art. 9, art. 156, art. 162 och art. 166 FEUF.

[30] Se t.ex. Januariavtalet punkt 20.

[31] Artikel 121 och 148 FEUF. Se även Sveriges nationella reformprogram 2019 Europa 2020 – EU:s strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, s. 24. De landspecifika rekommendationerna, COM(2019) 527 final, punkt 8.

[32] Se t.ex. Europeiska regionala utvecklingsfonden (ERUF), Europeiska socialfonden (ESF) och Erasmus+. Se även artikel 162 FEUF.

Fonderna finansierar en rad satsningar på kompetensutveckling. Inom ramen för det svenska socialfondsprogrammet har fokus under senare år legat på projekt för digital omställning för sysselsatta.[33] Effekterna av pandemin har gjort detta behov än större, och i kompetensagendan framhålls att EU:s budget ska användas för att möjliggöra såväl offentliga som privata satsningar i kompetensutveckling för att EU ska kunna återhämta sig från pandemin. I samband med att den nya kompetensagendan presenterades 2020 lyfte kommissionen särskilt fram det faktum att 750 miljarder euro öronmärkts till instrumentet ”Next generation EU” som syftar till att EU ska återhämta sig efter pandemin. Investeringar i kompetens är kärnan i denna återhämtning.

4 Kompetensutveckling enligt ILO och FN

Vad gäller FN:s arbete för kompetensutveckling är särskilt värt att lyfta ILO:s konvention nummer 142 om yrkesvägledning och yrkesutbildning vid utvecklingen av mänskliga resurser, vilken kom redan 1974. Konventionen slår fast att varje medlemsstat ska anta och utveckla omfattande och samordnade riktlinjer och program för yrkesvägledning och yrkesutbildning i nära anslutning till sysselsättningen, särskilt genom den offentliga arbetsförmedlingen.[34] Arbetet ska ske i samarbete mellan staten samt arbetsmarknadens parter och tillgodose behovet av yrkesutbildning hos såväl ungdomar som vuxna.[35]

Enligt den medföljande rekommendationen bör riktlinjerna och programmen också uppmuntra företagen att utbilda sina arbetstagare.[36] Även om man 1974 omöjligen kunde förutse den digitala revolution som väntade, uppmanas medlemsstaterna ägna särskild uppmärksamhet åt att ”*förbättra yrkesutbildningen inom de sektorer av ekonomin och de verksamhetsområden där yrkesutbildningen i stor utsträckning sker*

[33] Sveriges nationella reformprogram 2019, Europa 2020 – EU:s strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, s. 42.

[34] Artikel 1. Yrkesutbildning och yrkesvägledning definieras som vägledning, grundutbildning, vidareutbildning och omskolning, se även ILO:s rekommendation 150 om yrkesvägledning och yrkesutbildning vid utveckling av mänskliga resurser, artikel 1.2 (1–2).

[35] Ibid. artikel 4 och 5.

[36] Ibid. punkt 11(5).

osystematiskt och där de metoder och tekniker som används håller på att bli föråldrade".[37] Yrkesutbildning för yrkesverksamma bör anordnas, bland annat för att möjliggöra för arbetstagarna att förbättra sin prestationsförmåga och kunna bli befordrade, aktualisera och komplettera sina kunskaper eller omskola sig.[38] Även här lyfts fram att insatserna särskilt bör tillhandahålla yrkesutbildning för ekonomiskt och socialt missgynnade grupper. Även vad gäller finansiering är rekommendationen tydlig:

> ”Alla ansträngningar bör göras för att, om så är nödvändigt med hjälp av allmänna medel, utveckla och till fullo utnyttja föreliggande eller potentiella möjligheter till yrkesutbildning, inberäknat företagens resurser, för att erbjuda program för fortlöpande yrkesutbildning.”[39]

Sverige ratificerade konventionen den 19 juli 1976 och i förarbetena läggs störst fokus på artikel 5, som slår fast att arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer ska vara med och ta fram program och riktlinjer för yrkesvägledning och yrkesutbildning. Yrkesutbildning för vuxna nämns inte.[40]

2019, 45 år efter att konventionen trädde i kraft, firade ILO hundra år. I samband med jubileet tillsattes sju flaggskeppsinitiativ på områden ILO uppfattade som särskilt viktiga för arbetsmarknaden. Initiativet fick namnet ”The Future of Work” och innefattade förutom en kommitté, där Sveriges dåvarande statsminister Stefan Löfven blev en av två ordförande, också en rad dokument av varierande juridisk tyngd. Där beskrivs ILO:s vision om en agenda med människan i centrum, där kompetensutveckling och livslångt lärande är centralt. Utbildning, omskolning och vidareutbildning ska bli en universell rättighet. ILO ska arbeta för investeringar i människors kompetens och förmågor (*people's capabilities*), genom livslångt lärande för alla, stöd

[37] Ibid. punkt 15A(b).
[38] Ibid. punkt 16.
[39] Ibid. punkt 17.1.
[40] Prop. 1975/76:126 med anledning av vissa av internationella arbetskonferensen år 1975 vid dess sextionde sammanträde fattade beslut, s. 32.

vid övergångar i arbetslivet, en *föränderlig* agenda för jämställdhet och starkare sociala skyddsnät.[41]

ILO talar om att återuppliva det sociala kontraktet för att kunna överlämna det till framtida generationer.[42] Frågan om kompetensutveckling handlar om mer än att bara investera i humankapital. Alla stater, oavsett utvecklingsnivå, uppmanas att prioritera investeringar i människors kompetens och göra det till en central del av den ekonomiska politiken, inte bara för att stärka ekonomin utan också för att stärka människor i deras utveckling och välmående.[43] Livslångt lärande innefattar såväl grundläggande och sociala kunskaper som kognitiva (att lära sig lära) och yrkesspecifika kunskaper. Det handlar inte bara om arbete utan också om att kunna vara en aktiv medborgare i samhället. Ansvaret fördelas därför mellan stater, arbetsgivare och arbetstagare.

5 2022 års omställnings- och kompetensstöd

De förslag till grundläggande omställnings- och kompetensstöd som parterna har enats om är ett komplement till de trygghets- och omställningsfonder som redan idag finansieras av parterna.[44] Den stora skillnaden är att även de arbetstagare som inte omfattas av ett kollektivavtal kommer att ha rätt till stöd. Det här är också något som lyfts fram som en framgång för arbetstagarsidan.[45]

Så vad är nytt? Förarbetena framhåller att såväl regeringen som de avtalsslutande parterna är eniga om att dagens arbetsmarknad gör att behovet av omställning, kompetensutveckling och livslångt lärande är stort, bland annat till följd av ett ökat krav på digitalisering.[46] Medan omställningsstöd finns för att hjälpa den arbetstagare som är uppsagd eller hotas av uppsägning, är kompetensutveckling ett sätt för den som

[41] Declaration for the future of work s. 3 ff. och Report on the future of work s. 29.
[42] Report on the future of work s. 28 och s. 30.
[43] Ibid. s. 30.
[44] SOU 2002:59 Omställningsavtal – ett aktivare stöd till uppsagda.
[45] Se t.ex. *Saco kommenterar LAS: Historisk satsning på omställning och kompetensutveckling*, saco.se, 7 juni 2021 och *Kommunal i överenskommelse om LAS*, kommunal.se, 10 december 2020.
[46] Se t.ex. prop. 2021/22:176 s. 290 ff.

är anställd att bredda sin kompetens och upprätthålla ett livslångt lärande. I direktivet till Toijerutredningen gavs utredaren i uppdrag att utarbeta förslag för att *inom ramen för anställningen* stärka arbetsgivarens ansvar för *kompetensutveckling* och anställdas anställningsförmåga.[47] Utredningen presenterade också förslag om en skadeståndssanktionerad skyldighet för arbetsgivaren att erbjuda kompetensutveckling för anställda. Utredningen lyfte fram att en sådan bestämmelse riskerar att bli lagtekniskt svår och att den dessutom skulle placera en administrativt och ekonomiskt tung börda på arbetsgivaren. Detta vägdes emot att en lagstadgad skyldighet skulle omfatta samtliga arbetsgivare och därmed arbetstagare på arbetsmarknaden, samt att det skulle ge arbetstagare ett starkare skydd mot uppsägningar på grund av ökade kompetenskrav i arbetsgivarens verksamhet och dessutom öka chanserna att få ett nytt jobb för de arbetstagare som sägs upp. Utredningen landade därmed i att trots allt lämna detta förslag.[48]

I promerorierna som ingår i förarbetena till 2022 års reform av LAS och sysselsättningstryggheten görs emellertid ingen väsentlig skillnad på kompetensutveckling och omställningsstöd; behovet bedöms vara detsamma oavsett om det handlar om de som befinner sig i anställning eller de som är uppsagda.[49] Regeringen valde sist och slutligen att inte gå vidare med förslaget om rätt till kompetensutveckling inom anställningen.

De förslag som presenteras i promemorierna kallas omställningsstöd och kompetensstöd och ges i formerna rådgivning, vägledning och förstärkt stöd.[50] Förstärkt stöd ska enbart kunna ges till de arbetstagare som är eller riskerar att sägas upp och som har särskilda behov till följd av ohälsa eller sjukdom.[51] För de som befinner sig i en anställning kvarstår därmed vägledning och rådgivning. Närmare än så kommer man inte en rätt till kompetensutveckling för anställda.

Visstidsanställda omfattas av stödet, men även där finns ett krav på uppsägning eller hot om uppsägning. Omställningsstödet ska ges till

[47] Dir. 2019:17.
[48] SOU 2020:30 s. 446 och s. 458 ff.
[49] Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 65.
[50] Ibid. s. 13.
[51] Ibid. s. 11.

en sökande vars tidsbegränsade anställning ska upphöra eller har upphört *på grund av arbetsbrist genom en uppsägning eller genom en överenskommelse mellan arbetstagaren och arbetsgivaren*. Eftersom det ligger i visstidsanställningens natur att anställningen upphör vid dess slutdatum blir en formell uppsägning som huvudregel aldrig aktuell, än mindre en överenskommelse med arbetsgivaren. Det är därför oklart hur definitionen av uppsagd eller hot om uppsägning ska förstås. Här konstaterar utredningen att det vid bevissvårigheter ska presumeras att en anställning har upphört på grund av arbetsbrist, vilket bör expandera tillämpningsområdet.[52]

För arbetstagare som inte är uppsagda eller hotas av uppsägning kvarstår stöd i form av vägledning och rådgivning. Frågan blir då hur dessa stöd utformas. I promemorian ges exempel: det kan till exempel handla om information var man hittar lediga jobb och hur man gör för att söka jobb. Rådgivning kan också inkludera stöd i att skriva cv och andra ansökningshandlingar, intervjuträning och råd om hur man startar eget företag.[53] Mer detaljerat än så vill utredningen inte beskriva hur stödet ska utformas, utan lämnar det upp till de externa omställningsorganisationer som ska hantera stödet.

6 Avslutande analys

Idag ålägger LAS arbetsgivaren ett visst ansvar för kompetensutveckling. Ansvaret är begränsat och gäller varken längre utbildningar eller kunskap som anses vara av grundläggande art. Som exempel har nämnts att tala engelska och att ha körkort. Dessutom aktiveras ansvaret först vid hot om uppsägning vilket gör att arbetsgivaren inte är förbunden att göra någon övergripande kompetenskartläggning.

Digitalisering och tekniska landvinningar har förändrat arbetsmarknaden. Det är i grunden positivt och öppnar för stora möjligheter. Förändringarna medför också nya krav på arbetstagarna. Innehållet i anställningsförhållandet förändras kontinuerligt: Arbetsgivarens krav på arbetstagarens prestation utökas med tiden, arbetstagaren förväntas

[52] Ibid., s. 40.

[53] Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 67.

utvecklas i takt med de tekniska framstegen och samhällsutvecklingen, där en grön omställning i kombination med pandemin är exempel. Det är ett rimligt krav i ett modernt samhälle och en förutsättning för välfärdssamhället. Frågan är om det är rimligt att lägga det ansvaret på arbetstagarna.

Såväl arbetsmarknadens parter som regeringen och EU är överens om att behovet av kompetensutveckling och livslångt lärande är avgörande för välfärdssamhällets framtid. Pandemin har skyndat på behovet av både grön och digital omställning.[54] I detta skede väljer Sverige att förändra det civilrättsliga anställningsskyddet.

Det försvagade anställningsskyddet ska kompenseras med förstärkt kompetens för arbetstagarna och tryggheten ska i framtiden bestå i vetskapen om att enskilda arbetstagare har tillräckligt hög kompetens för att hitta en ny anställning efter uppsägning. För att det ska vara en verklig trygghet måste denna säkerhet och tilltro till kompetensen finnas redan under anställningen. Vetskapen om att jag – kanske – kan få tillgång till möjlighet att omskola mig om jag sägs upp tillför lite trygghet under själva anställningen. För den arbetstagare som exempelvis samlar mod för att kritisera sin arbetsgivare ger rådgivning och vägledning ingen trygghet värd namnet. Om tryggheten består i att inte vara beroende av sin nuvarande arbetsgivare för sin försörjning måste den höga kompetensen finnas på plats redan under anställningen. Häri ligger skillnaden mellan sysselsättningstrygghet och anställningstrygghet. Kompensationen för en försvagad anställningstrygghet förefaller därmed vara förhållandevis liten.

Arbetsgivare anslutna till omställningsavtal eller omställningsfonder finansierar redan idag kompetensutveckling i olika former – men då för de arbetstagare som redan har sagts upp. De förslag som parterna har lagt fram och som genomförs 2022 innefattar även visstidsanställda arbetstagare samt arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal, vilket är ett steg i rätt riktning. Någon kompetensutveckling i betydelsen av att faktiskt utveckla sin kompetens och lära sig nya saker blir det emellertid inte tal om. I stället är rådgivning och vägledning nyckelord. Exempel är cv-skrivning och karriärvägledning och ett uttalat mål är att tjänsterna ska tillhandahållas digitalt. Det utökade studielånet är

[54] Prop. 2021/22:176 s. 80 f.

visserligen en reform riktad till anställda. Faktum kvarstår att det stora arbetet landar i knät på individen, som behöver dra det stora lasset i form av högre studielån, lägre lön (om än högre än ordinarie studielån) och frånvaro från ordinarie arbete.[55]

LAS syftar till att jämna ut maktbalansen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Om den balansen ska behållas efter förändrade turordningsregler måste arbetstagarna kompenseras med ökad säkerhet. Vinsten måste stå i proportion till förlusten. Här bör vi fråga oss om ett försvagat anställningsskydd i flexibilitetens namn kan ersättas av coachning och digitalt cv-skrivande, tjänster som redan idag ingår i Arbetsförmedlingens uppdrag. Det är en tveksam definition av livslångt lärande.

[55] Omställningsstudiestödet ska dessutom lämnas i mån av medel och införas stegvis. Se prop. 2021/22:176 s. 283 f.

Den svenska modellen i en ny era*

Petra Herzfeld Olsson

1 Inledning

Regleringen av arbets- och anställningsvillkor på svensk arbetsmarknad har till viss del skiljt sig från hur det fungerat i många andra EU-länder. Det svenska systemet har i huvudsak varit dualistiskt. Staten har ansvarat för utformning och beredning av arbetsrättslig lagstiftning med generell tillämpning. Arbetsmarknadsparterna, dvs., arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer har värnat sin autonomi och i större utsträckning än på många andra håll träffat kollektivavtal utan statlig inblandning.

Under den senaste 10-årsperioden har ett skifte ägt rum i Sverige. Olika varianter av trepartssamarbeten mellan arbetsmarknadsparterna och staten har uppstått. Utvecklingen kulminerade nyligen i upplägget för ändringarna av lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Skiftet väcker många frågor. Vad är det som har legat till grund för trepartslösningarna? Vilka har fått vara med och diskutera fram förslagen? Finns det ett konstitutionellt stöd för tillvägagångssättet? Har dessa trepartslösningar andra implikationer som behöver lyftas fram?

* Texten har i en tidigare version publicerats i Juridisk Tidskrift nr 3 årgång 2021/22. Författaren vill tacka alla medverkande vid seminariet den 6 december för den mycket intressanta och belysande diskussion som ägde rum. Författaren vill också rikta ett varmt tack till professor emerita Catharina Calleman för hennes skarpa och värdefulla kommentarer på ett tidigare utkast av denna text. Artikeln har skrivits inom ramen för det av Vetenskapsrådet finansierade projektet An inclusive and sustainable Swedish labour law – the ways ahead 2017-03134.

Några av dessa frågor diskuterades vid seminariet *En reformerad arbetsrätt med ett nytt sätt att stifta lag – vilka blir konsekvenserna?* den 6 december 2021 vid Stockholms universitet.[1] De föreslagna nya LAS-reglerna stod i centrum. Docent Erik Sjödin diskuterade förslagens materiella implikationer och undertecknad lagstiftningsprocessen. Centrala partsföreträdare och en statssekreterare från Arbetsmarknadsdepartementet med inblick i den pågående processen för LAS-ändringarna kommenterade och diskuterade händelseutvecklingen.[2] Artikeln bygger på undertecknads anförande vid seminariet. Det primära syftet är att lyfta fram på vilket sätt den nya lagstiftningstekniken skiljer sig från det som tidigare gällt och reflektera över innebörden av det nya tillvägagångssättet.

Den 8 juni 2021 presenterade regeringen tillsammans med parterna till det då gällande Januariavtalet tre departementspromemorior med förslag för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.[3] De förändringar och insatser som presenterades i promemoriorna ska komplettera varandra och utgöra delar av en helhet. I den ena promemorian föreslås införandet av ett grundläggande omställnings- och kompetensstöd. I den andra föreslås en reformerad arbetsrätt med fokus på lagen om anställningsskydd (1982:80) – och i den tredje föreslås ett omställningsstudiestöd. Förslagen samlades senare i proposition Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden och förväntas antas av riksdagen i början av juni 2022, träda i kraft den 30 juni 2022 och tillämpas från den 1 oktober

[1] Seminariet arrangerades av Stockholm Centre for Commercial Law och Institutet för social civilrätt.

[2] Medverkade gjorde: Martin Wästfelt, förhandlingschef, Unionen; John Wahlstedt, chefsjurist, Svenskt Näringsliv, Lars Åström, Arbetsgivarverket, Robert Sjunnebo, chefsjurist, Pappers och Rasmus Cruce Naeyé, statssekreterare Arbetsmarknadsdepartementet.

[3] Ds 2021:16, Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden; Ds 2021:17, En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden och Ds 2021:18, Omställningsstudiestöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

2022.[4] Enligt arbetsmarknadsminister Eva Nordmark innebär förslagen – '[d]en största reformen på svensk arbetsmarknad i modern tid'.[5]

Innehållet i reformen har en något ovanlig bakgrund. Det bygger på en principöverenskommelse som förhandlats fram av Svenskt Näringsliv, PTK, Industrifacket Metall och Svenska kommunalarbetarförbundet.[6] Under senare delen av hösten 2021 anslöt sig också LO.[7] Parterna till överenskommelsen har också förhandlat fram nya huvudavtal som ska träda ikraft om de föreslagna lagändringarna genomförs.[8] Arbetsmarknadsministern beskriver lagstiftningsprocessen som att regeringen har krokat arm med arbetsmarknadens parter och tagit steg för att utveckla den svenska arbetsmarknaden och den svenska modellen.[9]

Artikeln har följande upplägg. Närmast ges en kort bakgrund till LAS-reformen och en beskrivning av den lagstiftningsmetod som valts. I avsnitt tre redogörs kort för hur grunderna för reglering skiljer sig åt för lagstiftare och arbetsmarknadens parter. I avsnitt fyra beskrivs hur dessa tre aktörer tidigare agerat inom ramen för det dualistiska systemet för att anpassa rätten till samhällsförändringar. I avsnitt fem förklaras hur trepartssamarbeten kan se ut i olika EU-medlemsländer och på EU-rättslig nivå. I avsnitt sex analyseras det svenska trepartssamarbetets framväxt i ljuset av vad som tidigare gällt. Artikeln avslutas med några reflektioner.

[4] Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 1.

[5] Presskonferens 7 juni 2021: https://www.youtube.com/watch?v=7g9VG0JPNCk.

[6] För en beskrivning av bakgrunden se Ds 2021:17, s. 57 ff.

[7] LO: Representantskapet godkänner principöverenskommelsen, lo.se, 2021-11-21: https://www.lo.se/start/pressmeddelanden/lo_representantskapet_godkanner_principoverenskommelsen.

[8] Om t.ex. Svenskt Näringsliv och LO:s huvudavtal se: https://www.svensktnaringsliv.se/pressrum/svenskt-naringsliv-och-lo-overens-om-omstallning-och-huvudavtal_1176645.html.

[9] Presskonferens 7 juni 2021. Denna bakgrund framgår också delvis i de departementspromemorior som presenterades vid presskonferensen (se fotnot 4 och 5).

2 Bakgrunden till LAS-reformen

Att just öka arbetsgivarens handlingsutrymme vid arbetsbristsituationer, dvs. att i större mån låta arbetsgivaren välja vilka arbetstagare som ska sägas upp vid arbetsbrist samt att i övrigt underlätta uppsägningar utan att riskera höga kostnader när en uppsägning är sakligt grundad, har diskuterats under lång tid och med olika intensitet.[10] Det perspektivet är naturligen främst arbetsgivardrivet.[11] Arbetstagarsidan har å sin sida under lång tid drivit frågor om större trygghet för tidsbegränsat anställda och ett förstärkt omställningsstöd för arbetstagare.[12] Huvudavtalsförhandlingar om dessa frågor har ägt rum i olika omgångar mellan 2007–2015 utan att nå framgång.[13] Svenskt Näringslivs krav har kretsat kring turordningsreglerna vid arbetsbrist och viljan att ersätta dem med kompetenskrav identifierade av arbetsgivaren.[14] År 2017 inleddes nya förhandlingar på initiativ av LO men denna gång var fokus tryggare anställningar.[15] Förhandlingarna gick trögt men fick förnyad kraft av Januariavtalet.

Januariavtalet slöts mellan Socialdemokraterna, Miljöpartiet, Centern och Liberalerna 2019 för att säkra regeringsunderlaget efter 2018 års val. I enlighet med punkt 20 i Januariavtalet tillsattes en utredning med uppdrag att föreslå hur LAS skulle ändras genom tydligt utökade undantag från turordningsreglerna, hur särskilt mindre företag skulle få lägre kostnader vid uppsägningar, samtidigt som rättssäkerhet och skydd mot godtycke skulle upprätthållas, hur arbetsgivarens ansvar för kompetensutveckling och den anställdes omställningsförmåga skulle stärkas och hur bättre balans i anställningsskydden för personal med olika anställningsvillkor skulle kunna uppnås.[16]

[10] För en genomgång av argumenten se t.ex. Catharina Calleman, Turordning vid uppsägning, Umeå universitet 1999, s. 13 ff. Se också SOU 2012:62, Uppsägningstvister.

[11] Anders Kjellberg, Den svenska modellen 2020: pandemi och nytt huvudavtal, Arena Idé, september 2021, s. 16 ff. Om SAF:s motstånd mot LAS se t.ex. Calleman (fotnot 10), s. 61, s. 63, s. 65.

[12] Kjellberg (fotnot 11), s. 16 ff.

[13] Ibid., s. 15 ff.

[14] Ibid., s. 20.

[15] Ibid., s. 22.

[16] Dir. 2019:17, En moderniserad arbetsrätt.

Redan nu kan vi kort konstatera två saker. I Januariavtalet föreskrevs att en utredning skulle tillsättas med uppdrag att föreslå lagstiftning för att uppnå de eftersträvade förändringarna. Men dessutom framgår uttryckligen att '[o]m parterna når en överenskommelse om hur LAS ska reformeras på ett sätt som ger ökad flexibilitet ska regeringen istället lägga förslag i linje med parternas överenskommelse'. Arbetsmarknadsparterna ges alltså redan i avtalet en roll som inte alls ligger i linje med den dualistiska modell som traditionellt tillämpats i Sverige. Att parterna pekas ut som upphovsmakare till ny lagstiftning är någonting nytt. Parterna lyckades som nämnts nå en partsöverenskommelse som sedan bearbetades av Arbetsmarknadsdepartementet, och remitterades.[17] I promemorian med förslag om ändringar i LAS anger departementet en viktig utgångspunkt för den fortsatta processen:

> 'Vid genomförandet av överenskommelsen måste det beaktas att det är fråga om ett avtal mellan parterna som utgör ett resultat av ett förhandlingsarbete. För att nå överenskommelsen har parterna behövt kompromissa och göra noggranna avvägningar för att uppnå en för alla parter godtagbar balans och helhet. Ett genomförande av överenskommelsen förutsätter alltså att den genomförs i sin helhet. Det går i princip inte att ta bort eller att lägga till något utan att balansen i överenskommelsen rubbas.'[18]

Budskapet är alltså att de parter som förhandlat fram principöverenskommelsen ska få ett bestämmande inflytande över innehållet i lagstiftningen.

Sedan den moderna svenska arbetsrättens tillkomst har den svenska arbetsrättsliga modellen byggt på ett samspel mellan lag och kollektivavtal. Kollektivavtalen har under lång tid spelat förstafiolen och lagstiftningens betydelse har varierat. Fram till 2010-talet har samspelet mellan lag och kollektivavtal byggt på klara premisser. Arbetsmarknadsdepartementet formulerar samspelet på följande sätt:

> 'Ett kännetecknande drag för den svenska arbetsmarknadsmodellen är den ansvarsfördelning som finns mellan staten och arbetsmarknadens

[17] Ds 2021:17, En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.
[18] Ibid., s. 62 f.

> parter. Statens roll är att bidra till ett ändamålsenligt regelverk och andra styrmedel för att säkra goda arbetsvillkor och underlätta tillkomsten av nya jobb. Samtidigt skapas förutsättningar för arbetsmarknadens parter att själva komma överens om villkor som är anpassade till respektive bransch och till lokala förhållanden och förutsättningar'.[19]

I det här lagstiftningsärendet har den tidigare ansvarsfördelningen mellan stat och arbetsmarknadens parter frångåtts och rollerna har blandats samman. För att tydliggöra vad som är nytt ska kort premisserna för lagstiftning och kollektivavtal rekapituleras.

3 Centrala utgångspunkter för lagstiftning och kollektivavtal

Premisserna för lagstiftning utgår från regeringsformen och riksdagsordningen. Enligt regeringsformen utgår all offentlig makt från folket och den offentliga makten utövas under lagarna, (1 kap. 1 § RF). Riksdagen är folkets främsta företrädare och riksdagen stiftar lag (1 kap. 4 § RF). Regeringen bereder förslag till riksdagen (9 kap. 2 § RO). Vid beredningen av regeringsärenden ska behövliga upplysningar och yttranden inhämtas från berörda myndigheter. Upplysningar och yttranden ska också i den omfattning som behövs inhämtas från kommuner. Även sammanslutningar och enskilda ska i den omfattning som behövs ges möjlighet att yttra sig (7 kap. 2 § RF).

Lagen om anställningsskydd tillkom genom ett sådant lagstiftningsförfarande och har sedan sin tillkomst reformerats ett stort antal gången genom samma förfarande. Regeringen har tillsatt offentliga utredningar eller så kallade bokstavsutredare som i enlighet med av regeringen utformade direktiv har lagt fram förslag till lagstiftning.[20] Dessa förslag har sedan beretts genom remissförfarande och regeringen har mot bakgrund av de remissynpunkter som inkommit utformat

[19] Ds 2018:40, Fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister, s. 23. Delvis motsvarande formulering finns också i Ds 2021:17, s. 57.

[20] Se t.ex. upplägget med tydliga direktiv till den utredning som lade förslag till den nya Lagen om anställningsskydd i Calleman (fotnot 10), s. 59 ff.

ett lagstiftningsförslag som lagrådet granskat och riksdagen fattat beslut om.[21] Sedan Sverige blev medlem i Europeiska unionen (EU) och kompetens överlåtits till EU har handlingsutrymmet för folkets företrädare delvis begränsats (10 kap. 6 § RF). Spår därav finns också i lagen om anställningsskydd där ett antal bestämmelser har sin grund i EU-rätten vilket begränsar regeringens och riksdagens möjlighet att fritt disponera över just dessa frågor.[22]

Lagar förutsätts vara generella och de offentliga myndigheterna är skyldiga att följa dem när den offentliga makten utövas (1 kap. 1 § tredje stycket RF). Alla (folket) är lika inför lagen (1 kap. 9 § RF).

Lagen (1976:580) om medbestämmande (MBL) sätter ramarna för kollektivavtalen, på motsvarande sätt som grundlagarna sätter ramarna för föreskrifterna. I MBL framgår vilka parter som kan träffa kollektivavtal (6 § och 23 §), vilket innehåll och vilken form kollektivavtalet ska ha (23 §) samt vilka rättsverkningar kollektivavtalet har (26 och 27 §§). Enligt 26 § MBL binder kollektivavtalet de parter som har slutit det samt dessa parters medlemmar. Med medlemmar avses arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer och enskilda arbetstagare respektive arbetsgivare.[23]

Kollektivavtalen har historiskt spelat en central roll för regleringen av arbets- och anställningsvillkor i Sverige. I dag omfattas 90 procent av arbetskraften av kollektivavtal.[24] I många fall har också kollektivavtal föregått lagstiftning. När ny lagstiftning har övervägts har därför

[21] Prop. 1973:107 med förslag till lag om anställningsskydd för vissa arbetstagare; Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd; Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag; Prop. 1993/94:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande; Prop. 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt; Prop. 1999/2000:144 Undantag från turordning; Prop. 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning.

[22] Se t.ex. 2 § 4 st. LAS – om semidispositivitet med EU-spärr. Lagstiftningsärenden med EU-koppling; Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamhet och kollektiva uppsägningar; Prop. 2015/16:162 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar.

[23] Kent Källström, Jonas Malmberg & Sören Öman, Den kollektiva arbetsrätten 2:a uppl., Iustus 2019, s. 83.

[24] Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2020, årsrapport 2020, Medlingsinstitutet 2021, s. 232.

lagstiftaren i flera fall hämtat inspiration från kollektivavtal.[25] Representanter för arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer har också haft framskjutande positioner under lagstiftningsprocessen. De har ofta varit experter och utgjort referensgrupper i offentliga utredningar. Det framgår redan i direktiven till sådana utredningar att samråd med sådana organisationer måste ske. När förslag från en offentlig utredning eller departementspromemoria ska beredas utgör arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer givna remissinstanser vars synpunkter liksom alla andra remissinstansers beaktas i lagrådsremiss och proposition. Det kan hända att remissinstanserna avvisar ett förslag. Den framtagna lösningen visar sig inte vara ändamålsenlig. Regeringen kan då ta fram ett nytt förslag som också det ska remitteras. Detta anses utgöra en viktig del i beredningskravet. Arbetsmarknadens parter har alltså historiskt spelat en viktig roll i den arbetsrättsliga lagstiftningsprocessen, men det har inte inneburit att det inte har varit regeringen som styrt inriktningen på lagstiftningen genom bland annat kommittédirektiv eller att inte andras synpunkter har kunnat få en avgörande betydelse för innehållet. Den beredningsprocess som gäller för lagstiftningsprocessen har tillämpats.[26]

När det gäller kollektivavtalet förhåller det sig annorlunda. Här står partsautonomin i centrum, dvs. att staten inte ska lägga sig i arbetsmarknadsparternas förhandlingar.[27] Arbetsmarknadsparternas självbestämmande lyfts ofta fram som ett utmärkande drag för den svenska arbetsrättsliga modellen.[28] *Partsautonomin* utgör en del av den arbets-

[25] Se t.ex. hur det gick till vid utarbetandet av LAS på 1970-talet i Calleman (fotnot 10), s. 61 f.

[26] Under perioder har arbetsmarknadsparterna också spelat en mer aktiv roll som har beskrivits som neo-korporativistisk, se mer om detta i t.ex. Reinhold Fahlbeck, Industrial Relations and Collective Labour Law, Stability and Change in Nordic Labour Law i Scandinavian Studies of Law 2002, s. 91 ff.

[27] Vikten av partsautonomin framhävs t.ex. av Mia Rönnmar, Det svenska arbetsrätts- och arbetsmarknadssystemet i EU – Samspel och konflikt under 20 år, i Europarättslig Tidskrift, nr 2 2015, s. 267. Se också en rad offentliga utredningar som t.ex. SOU 2008:123, Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen, s. 143.

[28] Axel Adlercreutz och Bernard Johann Mulder, Svensk arbetsrätt, 14:e uppl., Norstedts Juridik 2013, s. 35.

rättsliga föreningsfriheten.[29] I Sverige är partsautonomin och arbetsmarknadsparternas självbestämmande mer långtgående än på många andra håll. Detta beror till stor del på att det saknas lagreglering om lön. Lönebildningen är en fråga som helt styrs av arbetsmarknadens parter. Även i övrigt värnas principen om statlig icke-inblandning i kollektivavtalsförhandlingarna. Arbetsrättslig lagstiftning påverkar utgångspunkterna för kollektivavtalsförhandlingarna och således autonomin. Arbetarrörelsens beslut att stödja arbetsrättsreformerna på 1970-talet sågs därför av vissa som ett svek.[30] Ett sätt för lagstiftaren att värna parternas självbestämmande har dock varit att göra stora delar av lagstiftningen semidispositiv. Det innebär att den är tvingande för enskilda parter men att avvikelser kan göras av arbetsmarknadens parter genom kollektivavtal.[31]

Vikten av att värna principen om partsautonomin har under senare tid främst diskuterats i förhållande till krav från EU-rätten.[32] Parterna tycks eniga om att EU för närvarande utgör det största hotet mot partsautonomin och för att gemensamt mota detta hot har ett partssammansatt EU-råd inrättats.[33]

[29] Partsautonomin kommer inte direkt till utryck i svensk arbetsrätt. Den föreningsrätt som skyddas i MBL är inte inriktad på organisationerna och det måste vara organisationen som är bäraren av autonomin. Se t.ex. Jonas Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen, en kommentar Del I, Norstedts Juridik 2018, s. 69, 86. För en internationell utblick se t.ex. Petra Herzfeld Olsson, Föreningsfriheten som mänsklig rättighet, Iustus 2003, s. 198 ff., s. 271, s. 308 ff.; Antoine Jacobs, Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR, in Filip Dorssemont, Klaus Lörcher and Isabelle Schönmann, The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart 2013, s. 309 ff.

[30] Fahlbeck (fotnot 26), s. 95; För en beskrivning av händelseförloppet se Calleman (fotnot 10), s. 113 ff.; Nycander, Sist in först ut – LAS och den svenska modellen, SNS-förlag, 2010, s. 17 ff.

[31] När lagen om anställningsskydd trädde i kraft träffades exempelvis centrala kollektivavtal om bland annat turordning vid uppsägning, se Calleman (fotnot 10), s. 67 ff.

[32] Se SOU 2008:123, Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen, s. 242 ff., 252; Erik Sjödin, Tankar om överlåten befogenhet med anledning av ett direktivförslag, Europarättslig Tidskrift nr 3 2021; Laura Carlson, Unravelling equal pay – the EC's pay transparency proposal in a Swedish context, JT 2021–22, s. 320 ff.

[33] Kerstin Ahlberg, Parterna går samman för att värna svenska kollektivavtal i EU, EU & arbetsrätt nr 3 2018, s. 1.

Kollektivavtalet skiljer sig också i fråga om tillämpningsområdet från lagstiftning. Kollektivavtalet gäller för de parter som träffat det samt deras medlemmar (26 § MBL). Visserligen har kollektivavtalet egenskaper 'som får det att likna lag'.[34] Kollektivavtalens villkor spelar exempelvis i många fall en bestämmande roll även för parter som inte är medlemmar i de förbund som slutit ett visst kollektivavtal.[35]

För att förtydliga vad som nu ändrats beskrivs i följande avsnitt hur lagstiftare och arbetsmarknadens parter historiskt har fördelat ansvaret för reglering av arbetsmarknaden.

4 Hur har lagstiftare och arbetsmarknadens parter historiskt fördelat ansvaret för reglering av arbetsmarknaden?

I och med att näringsfrihetslagsförordningen infördes i mitten av 1800-talet blev anställningsvillkor en avtalsfråga mellan två parter, arbetstagaren och arbetsgivaren.[36] Tidigt stod det klart att denna lösning inte var tillräcklig för att arbetstagare enskilt skulle kunna förhandla till sig drägliga anställningsvillkor. Arbetstagare saknade i många fall tillräckliga maktmedel.[37] För att motverka godtycke slöt sig arbetstagarna samman i arbetstagarorganisationer med uppgift att kollektivt främja arbetstagarnas intressen och därigenom utjämna maktförhållandena.[38] Villkoren skulle på detta sätt regleras genom förhandlingar som resulterade i kollektivavtal. Lagstiftaren antog kompletterande skyddslagstiftning.[39]

[34] Mikael Hansson, Kollektivavtalsrätten, Iustus 2010, s. 40, s. 60.

[35] Tore Sigeman & Erik Sjödin, Arbetsrätten, 7:e uppl., Wolters Kluwer, 2017, s. 148 f.

[36] Se t.ex. Christer Lundh, Spelets regler, Institutioner och lönebildning på den svenska arbetsmarknaden 1850–2010, 2:a uppl., SNS Förlag 2010, s. 69 f.; Kent Källström, Jonas Malmberg & Sören Öman, Den kollektiva arbetsrätten, en lärobok, 2:a uppl., Iustus 2019, s. 15 ff.

[37] Lundh (fotnot 36), s. 86 f.

[38] Se t.ex. Axel Adlercreutz, Kollektivavtalet – studier över dess tillkomsthistoria, Gleerup 1954, s. 368 f.; Lundh, (fotnot 36), s. 95 f.; Hansson (fotnot 34), s. 37 ff.

[39] Se t.ex. Kent Källström och Jonas Malmberg, Anställningsförhållandet, 5:e uppl., Iustus 2019, s. 22.

Sedan tidigt 1900-tal har den svenska arbetsmarknaden reglerats genom ett samspel av lag och avtal. Lagstiftaren har emellertid intagit en mer underordnad roll än i många andra länder.[40] Vid sidan av arbetsmiljölagstiftningen ägnade sig lagstiftaren under lång tid bara åt att formulera vissa ramar för föreningsrätten och kollektiva förhandlingar. Det var dock parterna själva dvs. LO och SAF som var först ut med att erkänna föreningsfriheten genom Decemberkompromissen 1906. Decemberkompromissen var alltså ett avtal som satte spelreglerna för parterna till avtalet och deras medlemmar.[41] År 1928 inrättade lagstiftaren Arbetsdomstolen och antog en lag om kollektivavtal i vilken bland annat fredsplikten erkändes och 1936 blev föreningsrätten lagstadgad och därigenom erkänd inte bara för medlemmarna till parterna till Decemberkompromissen utan också för tjänstemännen.[42]

Under början av 1930-talet hade Sverige närmare 700 arbetskonflikter om året.[43] Riksdagen hotade med lagstiftning. Arbetsmarknadens parter kraftsamlade och tog över initiativet genom att ingå Saltsjöbadsavtalet 1938. På samma sätt som 1906 skedde det genom att parterna, LO och SAF ingick ett avtal, i detta fall ett huvudavtal.[44] Därefter fortsatte parterna att dominera regleringen av arbetsmarknaden genom kollektivavtal fram till 1970-talet.[45]

Under slutet av 1960-talet blev det återigen oroligt på arbetsmarknaden och i samhället. Arbetstagarna stred för inflytande över kapitalet och oljekris ödelade företag och arbetstillfällen. Lagstiftaren tog över initiativet och den nya arbetsrätten formulerades i lag och inte i ett nytt kollektivavtal.[46] Det arbetsrättsliga skydd som växte fram bidrog till att lagstiftningen kom att spela en viktigare roll för regle-

[40] Se t.ex. Nycander (fotnot 30), s. 116 ff.

[41] Historiken beskrivs i bland annat Lundh (fotnot 36), s. 81 ff.; Svante Nycander, Makten över arbetsmarknaden – ett perspektiv på Sveriges 1900-tal, SNS förlag 2008, s. 11 ff.; Hansson (fotnot 34), s. 37 ff.

[42] Prop. 1928:39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol; Prop. 1936:240 Förslag till lag om förenings- och förhandlingsrätt.

[43] Svante Nycander (fotnot 41), s. 65 f.

[44] För processen fram till denna punkt Ibid. ff.

[45] Viss central lagstiftning antogs dock gällande t.ex. offentliganställda, se t.ex. Källström m.fl. (fotnot 39), s. 19, s. 21.

[46] För beskrivning av händelseförloppet se t.ex. Calleman (fotnot 10), s. 59 ff.

ring av svensk arbetsrätt. Hänsynen till partautonomin var dock framträdande och en stor del av bestämmelserna i den nya lagstiftningen var semidispositiv. Det blev alltså möjligt för kollektivavtalsparterna att i kollektivavtal avtala om både bättre och sämre villkor för sina medlemmar än vad lagstiftningen stipulerade och därigenom disponera över rättighetsskyddet. Beredningen av lagstiftningen följde det traditionella mönstret med utredningar och remissrundor, vilket inte hindrade att lagstiftningen i flera fall hämtat innehållslig inspiration från kollektivavtal.[47]

Lönebildningen decentraliserades under 1980- och 1990-talen. Löneökningstakten blev hög och löneglidningen tog fart.[48] Samtidigt efterfrågade företagen mer flexibilitet i fråga om villkor för anställning. Internationalisering, teknikutveckling, tjänstesamhällets framväxt och så småningom globalisering påverkade arbetsmarknaden. Den internationella konkurrensen ökade pressen på den svenska modellen. Lagstiftaren agerade när det gällde ökad flexibilitet i anställningen[49] och hotade med ytterligare lagstiftningsåtgärder om inte lönebildningen kom i balans.[50] Arbetsmarknadens parter tog åter initiativet genom Industriavtalet 1997.[51] Parterna inom industrin kom överens om en ordning för löneförhandlingarna som framledes ledde till eftersträvade resultat. Lagstiftaren inrättade visserligen Medlingsinstitutet 2000.[52] Detta institut inkräktar emellertid inte på partsautonomin utan har snarast en stödjande roll. Det dualistiska systemet för reglering av villkor på arbetsmarknaden upprätthölls.

[47] Calleman (fotnot 10), s. 61 f.

[48] Torsten Svensson, The Swedish Model of Industrial Relations, Jon Pierre (red.) The Oxford Handbook of Swedish Politics, Oxford University Press 2018, s. 621 f.

[49] Se t.ex. Prop. 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt; Prop. 1999/2000:44 Undantag från turordning; Prop. 2005/06:185 Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen.

[50] Se Kjellberg (fotnot 11), s. 14 f.

[51] Torsten Svensson (fotnot 48), s. 622.

[52] Prop. 1999/2000:32 Lönebildning för full sysselsättning.

5 Europeiska influenser

Strax innan Industriavtalets tillkomst blev Sverige medlem i EU 1995. En fråga inför anslutningen var om Sverige kunde behålla den svenska arbetsrättsliga modellen som medlem i Europeiska unionen. Genom löften av tvivelaktig rättslig betydelse ansåg regeringen att man fått nödvändiga garantier för kollektivavtalens särställning.[53] Det har dock visat sig att EU-medlemskapet satt den svenska arbetsrättsliga modellen under press.[54] Först genom det omtalade Laval-målet och så sent som under förra året genom EU-kommissionens förslag till direktiv om minimilön och lönetransparens.[55] I diskussionerna om dessa EU-åtgärder har frågan om deras betydelse för partsautonomin fått stort utrymme.

Några skäl till att konflikterna uppstått är att EU-rätten prioriterar principen om likabehandling och i viss mån ekonomiska friheter högre än den svenska partsautonomin.[56] Den svenska partsautonomin är också mer långtgående än i många andra medlemsländer där staten och arbetsmarknadens parter tar ett tydligare gemensamt ansvar för reglering av t.ex. lön genom utsträckning eller allmängiltigförklaring av kollektivavtal eller i trepartssammansatta kommittéer.[57] Med allmängiltigförklaring avses ett politiskt förankrat system där kollektiv-

[53] Niklas Bruun och Jonas Malmberg, Arbetsrätten i Sverige och Finland efter EU-inträdet i Kerstin Ahlberg (red.) Tio år med EU – effekter på arbetsrätt, partsrelationer, arbetsmarknad och social trygghet, Arbetsliv i omvandling 2005:5, Arbetslivsinstitutet 2005, s. 10, s. 13 ff.

[54] Rönnmar (fotnot 27), s. 273.

[55] Se fotnot 32.

[56] Se t.ex. Petra Herzfeld Olsson, Equal treatment and collective bargaining in Beryl ter Haar och Kun Attila (red.) EU Collective Labour Law, EE 2021, s. 407 ff. Rönnmar (fotnot 27), s. 290.

[57] Se t.ex. Förslag till åtgärder med anledning av Laval-domen SOU 2008:123, om estniska trepartslösningar s. 194, om franska trepartslösningar s. 199, om norska trepartslösningar s. 208, om utsträckning av kollektivavtal i ett flertal länder, Estland s. 195, Finland s. 196 f., Frankrike s. 200, Nederländerna s. 206 f., Norge s. 207 ff., Tyskland s. 2015. Se också Kerstin Ahlberg, ”Kollektivavtal i EU” revisited: allmängiltiga kollektivavtal i Sverige, i Niklas Bruun i Sverige – En vänbok, Iustus 2017, om Belgien s. 19.

avtal görs gällande för andra än de parter som har träffat det. Någon form av ett sådant system finns i 22 av EU:s medlemsstater.[58]

Arbetsmarknadsparterna på EU-nivå ges också genom den sociala dialogen en viktig roll i EU:s fördrag.[59] De ska alltid höras inför det att socialpolitiska förslag läggs fram av kommissionen och har också möjlighet att överta initiativet och träffa avtal i frågan (art. 154.2–5 och 155 FEUF). Vid ett flertal tillfällen har dessa avtal genomförts av rådet som direktiv.[60] Även på EU-nivå föreskrivs alltså en annan form av samarbete mellan lagstiftare och arbetsmarknadens parter än den vi tidigare sett i Sverige. Det framstår emellertid som att just detta system har tydliga likheter med den ordning som aviseras i Januariavtalet dvs. att en partslösning kan komma att ges företräde framför andra förslag och ligga till grund för lagstiftning. Medvetet eller inte – den nya lagstiftningsteknik som nu tillämpas har tydliga förlagor på EU-nivå.

6 Den nya eran

Finanskrisen 2008–2009 ledde till stora problem för svensk industri. För att företagen skulle slippa säga upp arbetskraft förhandlade delar av industrin fram korttidsavtal som innebar att arbetstagarna tillfälligt gick ner i arbetstid och lön. Kostnaderna delades mellan arbetstagare och arbetsgivare.[61] I många andra länder tillsköt staten ekonomiska medel.[62] Inspirerade av detta lämnade senare fack och arbetsgivare inom industrin ett förslag till regeringen om hur ett lagstadgat system för korttidsarbete skulle kunna se ut där staten också bidrog med eko-

[58] J Visser, What happend to collective bargaining during the great recession? IZA Journal of Labour Policy, 5 (9) 2016, ss. 1–35, s. 6.

[59] Se mer om den sociala dialogen i Birgitta Nyström, EU och arbetsrätten, 6:e uppl., Norstedts Juridik 2021, s. 81 ff.

[60] T.ex. Rådets direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP och Rådets direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS.

[61] Peter. Korttidsarbete i Sverige vid nästa kris, 15 februari 2012, Ingenjören.se https://www.ingenjoren.se/2012/02/15/korttidsarbete-i-sverige-vid-nasta-kris/.

[62] Korttidsarbete – system i viktiga konkurrentländer, 2011: https://www.unionen.se/sites/default/files/files/korttidsarbete_systemen_i_viktiga_konkurrentlander_2.pdf.

nomiskt stöd.[63] Förhandlingar inleddes med regeringen och en överenskommelse träffades: 'Stat, fack och arbetsgivare gör gemensam sak' utropade ansvariga ministrar.[64] Regeringen tillsatte en internutredning med uppdrag att med stöd i uppgörelsen föreslå hur ett system för korttidsarbete skulle kunna utformas.[65] En ny lagstiftning om statligt stöd vid korttidsarbete trädde i kraft 1 januari 2014.[66]

Kanske inspirerad av samarbetet i diskussionerna om korttidsarbete tog Alliansregeringen initiativ till Jobbpakten sommaren 2012 med syfte att bland annat skapa fler jobb för unga genom introduktionsavtal. TCO beskrev initiativet som 'ett förslag om en jobbpakt för att stödja partsöverenskommelser i syfte att få fler unga i arbete'.[67] Förhandlingarna mellan regeringen, Svenskt Näringsliv och LO kraschade när Svenskt Näringsliv lämnade samtalen om yrkesintroduktion i januari 2013.[68]

Ett nytt sätt för regering och arbetsmarknadens parter att samarbeta hade dock inletts. Under 2017 träffade Svenskt Näringslivs medlemsförbund och flera LO-förbund samt Unionen en principöverenskommelse om etableringsjobb. Förhandlingar inleddes med regeringen om etableringsjobb grundade i partsöverenskommelsen och en överenskommelse träffades mellan de tre parterna.[69] Överenskommelsen

[63] Korttidsarbete – partsgemensamt förslag för Sverige 2012: https://www.unionen.se/sites/default/files/files/korttidsarbete_-_ett_partsgemensamt_forslag_for_sverige_-_2012-02-16.pdf.

[64] Anders Borg, Hillevi Engström och Annie Lööf, DN Debatt 'Vi är överens om att införa korttidsarbete i Sverige', 2012-02-15; https://www.dn.se/debatt/vi-ar-overens-om-att-infora-korttidsarbeten-i-sverige/.

[65] Statligt stöd vid korttidsarbete (Ds 2012:59), s. 56.

[66] Lag (2013:948) om stöd vid korttidsarbete. Systemet har därefter utvecklats och omarbetats redan före pandemin, se SOU 2018:66 Ett mer konkurrenskraftigt system för stöd vid korttidsarbete och prop. 2019/20: 132, och fått stor betydelse under pandemin. Se vidare Medlingsinstitutet, Pandemin och korttidsarbetet, 2020.

[67] TCO: Bra att regeringen satsar på jobbpakten för att få unga i jobb, Pressmeddelande 3 juli 2012. https://www.tco.se/nyheter-och-debatt/Pressmeddelanden/Press2012/TCO-Bra-att-regeringen-satsar-pa-jobbpakt-for-att-fa-unga-i-jobb/.

[68] Jonas Fredén och David Svanberg, Prestigeprojektet jobbpakten verkar ha spruckit, 30 januari 2013, https://sverigesradio.se/artikel/5425890.

[69] Avsiktsförklaring mellan regeringen, LO, Unionen och Svenskt Näringsliv, 2018.03.05, https://www.regeringen.se/4933fc/contentassets/97130db755024a7c9

skrevs in i Januariavtalet.[70] Arbetsmarknadsdepartementet remitterade lagförslag[71] och lämnade en proposition till riksdagen i mars 2020.[72] Etableringsjobb innebär en ny typ av stöd som syftar till att ge långtidsarbetslösa och nyanlända möjlighet att få varaktig anställning, och samtidigt bidra till kompetensförsörjningen på arbetsmarknaden.[73] Stödet räknas som statsstöd enligt EU:s regelverk och regeringen behöver därför EU-kommissionens godkännande.[74] Regeringen räknar med att få systemet på plats under våren 2022.[75]

Både korttidsarbete och etableringsjobb utgör exempel på hur regering och arbetsmarknadens parter etablerat ett nytt sätt att samarbeta. Arbetsmarknadens parter har i dessa fall fått en mer framskjuten roll i lagstiftningsprocessen än vad som tidigare varit fallet. I båda fallen har utöver arbetsrätt, arbetsmarknadspolitik och disposition av regeringens budget legat i vågskålen. I jämförelse med LAS-processen har emellertid övriga remissinstansers roll inte underminerats redan i själva uppdraget till dem genom formuleringar i de promemorior som remitterats.[76] I promemorian om etableringsstöd hänvisas visserligen till innehållet i principöverenskommelsen men någon diskussion om att överenskommelsen är en del av en framförhandlad helhet som ska bevaras intakt förs inte.

Parallellt med diskussionerna om etableringsjobb ägde omfattande stridsåtgärder rum i Göteborgs hamn. Konflikten bottnade i att en fackförening med stort stöd på arbetsplatsen saknade kollektivavtal

67af205f32af583/avsiktsforklaring-mellan-regeringen-lo-unionen-och-svenskt-naringsliv.

[70] Januariavtalet punkt 17. https://www.centerpartiet.se/download/18.7cb2d720169e39ebc8f28b2/1554992070288/Januariavtalet.pdf.

[71] Etableringsjobb, Ds 2019:13.

[72] Prop. 2019/20:117 Förutsättningar för etableringsjobb och vissa frågor om kontroll inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten.

[73] Arbetsförmedlingen, återrapportering 2020, https://arbetsformedlingen.se/om-oss/var-verksamhet/styrning-och-resultat/aterrapportering/nya-atgarder-inom-arbetsmarknadspolitiken-etableringsjobb.

[74] Arbetsmarknadsdepartementet, Etableringsjobb ska prövas av EU, Pressmeddelande 2021.10.18 https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2021/10/etableringsjobb-ska-provas-av-eu/.

[75] Ibid.

[76] Ds 2012:59 och Ds 2019:13 Etableringsjobb.

och därför inte omfattades av fredsplikt.[77] Stora ekonomiska värden stod på spel och regeringen menade att rätten att vidta stridsåtgärder måste begränsas i fall som det aktuella.[78] Regeringen tillsatte en utredning med uppdrag att överväga ändringar i rätten att tillgripa stridsåtgärder.[79] Svenskt Näringsliv, LO, TCO och Saco var missnöjda med utredningens förslag och utarbetade egna förslag i en partsgemensam principöverenskommelse.[80] Arbetsmarknadsministern såg partsförslaget som ett styrkebesked,[81] och remitterade ett lagförslag som 'överensstämmer med mindre justeringar med parternas förslag'.[82] I promemorian ges en systemrelaterad bakgrund till valet att gå på parternas linje samt argument baserade på förslagets materiella kvalitet. Ett ytterligare argument till förmån för vägvalet i promemorian uppges vara att det kommer att leda till en förstärkning av den svenska arbetsmarknadsmodellen.[83] Ett i sammanhanget mycket viktigt meddelande lämnades också till remissinstanserna. I promemorian förklarades att parterna i samband med att förslaget överlämnats angav att 'förslaget i sin helhet bör läggas till grund för ändrad lagstiftning'.[84]

Genom det valda lagstiftningsförfarandet fick de största och mest etablerade parterna på svensk arbetsmarknad ett bestämmande inflytande över hur man skulle begränsa handlingsutrymmet för arbetsmarknadsparter som agerade utanför dessa etablerade organisationers

[77] För en beskrivning av konflikten se t.ex. Uppdrag granskning 'Så blev bråket i hamnen något som berör alla'. Svt.se https://www.svt.se/special/speletomhamnen/.

[78] Svenskt Näringslivs beräkningar av konfliktens kostnader: https://www.svensktnaringsliv.se/regioner/halland/konflikten-i-goteborgs-hamn-problem-for-hela-sverige_1126365.html. Arbetsmarknadsministern uttrycker oro – https://www.svd.se/kan-fa-mycket-allvarliga-konsekvenser; https://arbetet.se/2018/01/18/ylva-johansson-vi-ska-inte-ha-avtalsshopping/.

[79] Dir. 2017:70 Översyn av rätten att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden.

[80] Arbetsmarknadsdepartementet, Ylva Johansson om arbetsmarknadens partes förslag om strejkrätten, artikel 2018.06.05 https://www.regeringen.se/artiklar/2018/06/ylva-johansson-om-arbetsmarknadens-parters-forslag-om-strejkratten/.

[81] Ibid.

[82] Ds 2018:40, s. 13.

[83] Ibid., s. 24.

[84] Ibid., s. 23.

ramar.[85] Promemorian var också tydlig med att förslaget utgjorde en helhet även om formuleringen inte gick så långt som i LAS-promemorian.

I de två tidigare exemplen, om korttidsarbete och etableringsjobb, ägde trepartsförhandlingar rum vars resultat låg till grund för lagstiftning. I kommunikationen till remissinstanserna formulerades inte några brasklappar om att innehållet var fredat från materiella ändringar. Lagstiftningsärendena skiljde sig i principiellt hänseende från strejkrättsärendet eftersom både korttidsarbete och etableringsjobb förutsätter ett samspel mellan kollektivavtal och statliga stödinsatser. I strejkrättsärendet var det istället fråga om att göra renodlade ändringar i central arbetsrättslig lagstiftning.

I strejkrättsärendet förhandlade parterna under hot om lagstiftning vilket i sig kan uppfattas som ett intrång i partsautonomin. Som kompensation kom de dock ut som segrare – tidigare har deras storhet framförallt legat i förmågan att träffa kollektivavtal som på grund av respektive parts höga organisationsgrad fått stort genomslag. Nu utvidgades deras kompetens till att plötsligt gälla hela arbetsmarknaden. Ett tydligt maktskifte hade ägt rum på svensk arbetsmarknad. Arbetsmarknadens parter och i synnerhet huvudorganisationerna hade givits och tagit tillvara på en möjlighet som för dem innebar att de tydligt flyttade fram sina positioner, samtidigt som andra intressenters möjlighet att påverka lagstiftningen minskade.

I den större fråga som den här artikeln tar avstamp i dvs. grundläggande omställnings- och kompetensstöd, omställningsstudiestöd och förändringar i lagen om anställningsskydd som med största sannolikhet antas av riksdagen i juni 2022 är det tydligt att de tre parterna lärt sig av sina tidigare erfarenheter. Redan i Januariavtalets punkt 20 aviserades att en lösning i enlighet med strejkrättsuppgörelsens metodik var möjlig:

> ’Om parterna når en överenskommelse om hur LAS ska reformeras på ett sätt som ger ökad flexibilitet ska regeringen istället lägga förslag i linje med parternas överenskommelse.’

[85] Niklas Selberg och Erik Sjödin, (Blå-)Gul fackförening utmanar svenska modellen och medbestämmandelagen, Lag & Avtal, lag-avtal.se 2022.02.13.

Parterna levererade till slut. Det var inte lätt och drog ut på tiden. Men när väl uppgörelsen var klar var också budskapet till regeringen tydligt – ta allt eller inget. Det perspektivet kommunicerades som nämnts, denna gång med all önskvärd tydlighet till remissinstanserna:

> Vid genomförandet av överenskommelsen måste det beaktas att det är fråga om ett avtal mellan parterna som utgör ett resultat av ett förhandlingsarbete. För att nå överenskommelsen har parterna behövt kompromissa och göra noggranna avvägningar för att uppnå en för alla parter godtagbar balans och helhet. Ett genomförande av överenskommelsen förutsätter alltså att den genomförs i sin helhet. Det går i princip inte att ta bort eller att lägga till något utan att balansen i överenskommelsen rubbas.[86]

Värt att notera är att regeringen redan genom formuleringen i Januariavtalet tycktes avhända sig ansvaret för att identifiera vilka problem som lagstiftningen ska lösa för det fall parterna skulle komma överens. Det enda krav som ställs, för att en partsordning ska premieras, är att partsförslaget ska ge ökad flexibilitet. I remissrundan framfördes synpunkter både på processen som sådan och det materiella innehållet.[87] I lagrådsremissen bemöter regeringen bl.a. Advokatsamfundets farhågor om att 'förslagen i promemorian i sin helhet antingen kunde godtas eller förkastas' med att 'beredningsprocessen har föranlett ett antal

[86] Ds 2021:17, s. 62–63.

[87] Flera centrala remissinstanser har lämnat kritiska synpunkter se t.ex. Arbetsdomstolen https://www.regeringen.se/4a66f5/contentassets/611044187df5497e9548fb3decde6392/arbetsdomstolen-ds-2021_17.pdf och Advokatsamfundet https://www.lag-avtal.se/tidningen/problematiskt-ur-ett-demokratiskt-perspektiv-7020964. Dessa och andra synpunkter diskuteras bland annat av Erik Sjödin och Niklas Selberg i 'Forskare: Inte möjligt att gå vidare med LAS-förslaget' Lag och Avtal 2021-09-22 https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/forskare-inte-mojligt-att-ga-vidare-med-las-forslaget-7021310. Sjödin och Selbergs synpunkter följdes av ett replikskifte. Erik Sjödin har också diskuterat andra problem med förslagen Oorganiserade arbetstagare förbises i nya LAS, Lag & avtal 2021-09-13, https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/erik-sjodin-oorganiserade-arbetstagare-forbises-i-nya-las-7020627; Niklas Selberg har också diskuterat både process och innehåll i 'När arbetsrätten går före demokratin' i Arena idé, 24 augusti 2021, https://www.dagensarena.se/essa/nar-arbetsratten-gar-fore-demokratin/.

viktiga justeringar av förslaget'.[88] Lagtexten har i flera fall förtydligats och motiven utvecklats. Helheten som sådan tycks dock vara i princip intakt. Lagrådet påtalar att förfarandet inger betänkligheter när det gäller frågan om lagstiftningsärendet verkligen har blivit så allsidigt belyst som beredningskravet syftar till. Trots betänkligheterna landar Lagrådet i att bristerna inte är 'sådana att det kan anses att regeringsformens beredningskrav inte är uppfyllt'.[89] Ett resonemang som förtjänar fortsatt diskussion.

Arbetsmarknadens parter har fram till den era vi nu befinner oss i styrt villkoren på arbetsmarknaden genom kollektivavtal och i olika skeden i lagstiftningsprocessen varit samrådspartners. I strejkrättsärendet rörande konflikten i Göteborgs hamn skulle ett kollektivavtal blivit ett slag i luften eftersom konflikten rörde parter som stod utanför de etablerade huvudorganisationerna. Konflikten som sådan riskerade dock att av flera skäl försvaga just de etablerade parternas position. För att undanröja den risken formulerade de förslag till lagstiftning som inte begränsade deras handlingsutrymme.[90] I LAS-ärendet framstår metoden vid första anblick som mindre förståelig. De problem som skulle lösas rörde direkt de aktuella organisationernas medlemmar. Varför räckte det inte med ett nytt huvudavtal? En del av svaret kan finnas i Januariavtalates punkt 20 – en målgrupp för den ökade flexibiliteten är de små- och medelstora företag som i flera fall inte representeras av arbetsmarknadens parter, dvs. företag som i många fall saknar kollektivavtal. För dem är ändringar i lagstiftningen central. Det märkliga i sammanhanget är att dessa aktörer har valt att stå utanför organisationsstrukturen, men ändå är det just organisationerna som ska säkerställa att deras intressen tillvaratas.

Det står klart att huvudorganisationerna tydligt har flyttat fram sina positioner i den nya era vi nu befinner oss i. Det är inte så konstigt att de tar för sig när möjlighet ges. För de svenska arbetsmarknadsparterna är det centralt att visa att de kan leverera. Många arbetstagarorgani-

[88] Lagrådsremiss, En reformerad arbetsrätt – om flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, s. 43.

[89] Lagrådets yttrande över En reformerad arbetsrätt, återfinns i prop. 2021/22:176, Bilaga 15, s. 689.

[90] Se dock diskussion om risker förknippade med s.k. gula fackföreningar av Selberg och Sjödin (fotnot 85).

sationer tampas med sjunkande medlemstal och hotet från EU-håll tornar upp sig. I LAS-frågan står också ett omfattande statligt stöd på spel – ett stöd som kan spela en viktig roll för medlemmarna. I ett sådant perspektiv är det viktigt att vara handlingskraftig.

Att perspektiven med en utveckling som denna har ändrats står klart. Visserligen har förhandlingar under hot om lagstiftning präglat den svenska arbetsrättsliga historien.[91] Det som däremot inte tidigare ägt rum är att lagstiftning delegeras till arbetsmarknadens parter eller att regelrätta förhandlingar om lagstiftning ägt rum mellan staten och arbetsmarknadens parter. Det står klart att den svenska modellen utvidgats till att också omfatta olika typer av trepartslösningar som tidigare varit främmande i svensk rätt.

7 Avslutande reflektioner

Genom denna artikel har jag velat belysa ett skifte som ägt rum när det gäller den svenska arbetsrättsliga modellen. Förändringarna väcker många frågor som den här debattartikeln inte har något svar på. Det finns exempelvis skäl att fundera över vilken betydelse den nya lagstiftningstekniken egentligen har för begreppet partsautonomi. Och vilka av arbetsmarknadens parter som egentligen har stärkt sin position och därmed vunnit på de nya samarbetsformerna.

Det är viktigt att understryka att det är en sak är att ge arbetsmarknadens parter en omfattande frihet att reglera arbetsmarknaden för sina medlemmar så som sedan länge varit möjligt inom ramen för den svenska modellen. Det är en helt annan sak att ge dem ett be-

[91] När exempelvis utredaren i Laval-utredningen gick igenom grundstrukturerna för arbetsrättslig reglering i ett antal EU-länder kommenterades det franska systemet. Det framgår i utredningen att den franska regeringen är skyldig att samråda med arbetsmarknadens parter i frågor som rör bland annat arbetsrätt. Parterna kan då meddela att de vill försöka förhandla fram ett avtal om den aktuella frågan. Regeringen är dock inte bunden av vad parterna kommit överens om. Avtalet ska sedan ligga till grund för det lagförslag som regeringen utarbetar. Utredaren till Laval-utredningen utvärderade det franska systemet och konstaterade att parterna får möjlighet att påverka regleringen men påtalade att det inte är 'vanliga autonoma förhandlingar, eftersom det förs under 'hot' om att regeringen annars utformar lagförslag efter eget huvud'. SOU 2008:123, s. 197 f.

stämmande inflytande över lagstiftningen som gäller för alla generellt. Detta innebär att positionerna för de parter som förhandlat fram dessa lösningar flyttas fram på andra intressenters bekostnad. Detta är som sagt inte en ovanlig lösning i ett europeiskt perspektiv. Frågan är dock om det svenska tillvägagångssättet har en tillräckligt tydlig konstitutionell förankring? Krävs det att en sådan här nyordning på ett eller annat sätt förankras tydligare i rättsordningen? En kan också ställa sig frågan om hur ansvarsutkrävandet går till i ett system som bygger på förhandlingslösningar som ses som intakta. Är det möjligt för lagstiftaren att i ett senare skede göra ändringar i regelverket eller måste detta förankras hos de parter som förhandlat fram det? Påverkas riksdagens handlingsutrymme av det valda tillvägagångssättet och vilka implikationer kan det i så fall ha för principen om folkstyret?

För att svara på dessa frågor, som nog måste besvaras för att systemet ska bevara sin legitimitet, behöver de enskilda processerna som beskrivits ovan nagelfaras och analyseras närmare. Systemet bör också granskas utifrån hur andra länder har gått till väga för att demokratiskt förankra sina respektive trepartslösningar. Än är det för tidigt att dra några säkra slutsatser om för- och nackdelar med den ordning vi nu ser. En sak är dock säker – den svenska modellen har gått in i en ny era. Kanske är det så att har den europeiserats. Kanske har den svenska arbetsrättsliga modellen närmat sig vad som gäller på andra håll inom den Europeiska unionen.

Det splittrade anställningsskyddet i 2022 års LAS – om effekterna av kollektivavtal om avsteg från 7 § LAS

Niklas Selberg & Erik Sjödin

2022 års ändringar i LAS innebär att vi måste tänka helt nytt om anställningsskyddet.[1] Framför allt handlar det om att regleringen vid uppsägning på grund av personliga skäl inte längre är enhetlig utan i stället uppdelad i fyra principiellt olika kategorier. I den här artikeln illustrerar vi det nya rättsläget genom att diskutera vad som sker om Svenskt Näringsliv ingår avtal om avsteg från 7 § LAS.

På den svenska arbetsmarknaden finns ca 4,5 miljoner personer i anställning. I grova drag är 3 miljoner privatanställda, 1,2 miljoner anställda i kommun eller region och 300 000 statligt anställda.[2] Sedan 1974 fram till våren 2022 har för samtliga dessa grupper av anställda gällt ett enhetligt anställningsskydd: Arbetsgivare som vill frigöra sig från en anställd kunde välja mellan att säga upp eller avskeda enligt tvingande bestämmelser i 7 § respektive 18 § anställningsskyddslagen.

[1] Artikeln har under rubriken ”Anställningsskyddet sönderfaller i fyra olika kategorier” varit publicerad på tidskriften Lag & avtals hemsida 2022-03-21; https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/anstallningsskyddet-sonderfaller-i-fyra-olika-kategorier-7030618 Vi har här uppdaterat artikeln med hänsyn till parternas avtal samt tillkommande förarbeten och Riksdagens beslut.

[2] Se www.skr.se och www.arbetsgivarverket.se, senast besökta 2022-07-29.

När 2022 års lagändringar trätt i kraft under sommaren och sedan hösten också ska tillämpas[3] kommer det vara möjligt att ingå kollektivavtal som avviker från 7 § LAS. Sådana avtal ska för arbetstagarsidan tecknas av sammanslutning av centrala organisationer. Ett sådant huvudavtal har den 22 juni 2022 ingåtts mellan Svenskt Näringsliv och PTK och ett mellan Svenskt Näringsliv och LO.[4] De blir gällande mellan de förbundsparter som antar det. Arbetsgivare som är bunden av sådant avtal får tillämpa det på alla arbetstagare oavsett organisering, och en överträdelse av en bestämmelse i ett sådant avtal som trätt i lagens ställe ska anses utgöra en överträdelse av lagen (2 c § och 2 d § LAS).

Det är just möjligheten att ingå avtal om avsteg från regeln om sakliga skäl i 7 § LAS som nu medför att principen om ett enhetligt anställningsskydd överges. Den princip som överges handlar om att oavsett vem du är och var du jobbar så bedöms arbetsgivarens uppsägning alltid utifrån en och samma regel. Det nya rättsläget är emellertid mer nyanserat, men också spänningsfyllt.

När parterna med stöd av 2 c § LAS väljer att ingå kollektivavtal om 7 § LAS, sönderfaller anställningsskyddet på den svenska arbetsmarknaden i fyra principiellt olika kategorier enligt följande:

1. De statligt anställdas anställningsskydd kommer uteslutande regleras av (nya) LAS eftersom det av grundlagen följer att grundläggande anställningsvillkor för denna grupp ska meddelas i lag (12 kap. 7 § regeringsformen).[5] Det är således omöjligt att i kollektivavtal ändra på anställningsskyddet för anställda i staten. I den här kategorin hittar vi poliser, handläggare vid t.ex. Skatteverket och Försäkringskassan och städare och vaktmästare som är anställda direkt av sådana myndigheter.

[3] SFS 2022:835, SFS 2022:836, prop. 2021/22:176, bet. 2021/22:AU12, rskr. 2021/22:365. Jfr Ds 2021:17. Se övergångsbestämmelserna.

[4] https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/o48w9v_huvudavtal-om-trygghet-omstallning-och-anstallningsskydd-svenskt_1187238.html/SN_PTK-2.pdf och https://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/for_media_huvudavtal_2022_protokoll_sn_lo_2_pdf/$File/Huvudavtal_2022_Protokoll_SN_LO_2.pdf, senast besökta 2022-07-29.

[5] Prop. 2021/22:176, s. 99 f., s. 440, jfr s. 134, s. 140, s. 142, s. 153 f., s. 157 f., s. 471.

2. För de ca 1,9 miljoner anställda hos privata arbetsgivare som är medlemmar i Svenskt Näringsliv[6] kommer anställningsskyddet regleras i kollektivavtal (om förbunden antar det på det sätt avtalet föreskriver). Det är med stöd av detta avtals regler som det avgörs om en arbetsgivare får skilja en arbetstagare från sin anställning. Svenskt Näringsliv har som bekant varit direkt inblandat i förhandlingarna om det nya kollektivavtalet. I den här kategorin hittar vi anställda i de stora industriföretagen, men även i restauranger, i privata företag i välfärden, m.fl.
3. För de 1,1 miljoner arbetstagare som är anställda av företag som inte är medlemmar i Svenskt Näringsliv (av organisationens egna siffror framgår att antalet anställda i deras medlemsföretag uppgår till ca 1,9 miljoner) kommer anställningsskyddet regleras uteslutande i (nya) LAS. Dessa arbetsgivare är fria att välja att själva ansluta sig till huvudavtalet. De måste enligt särskild uttrycklig regel i avtalet emellertid anta det ograverat och kan alltså inte göra några ändringar i regleringen.
4. För de 1,2 miljoner anställda i kommuner och regioner kommer nya LAS att ge anställningsskyddet. Att notera här är att SKR inte deltagit i förhandlingarna om nya LAS. Det finns såvitt vi kan se i och för sig inget hinder mot att SKR förhandlar fram ett eget avtal med huvudorganisationerna på arbetstagarsidan i syfte att skapa ett ”kommunalt/regionalt” anställningsskydd. En annan möjlighet är att SKR ansluter sig till det huvudavtal som redan förhandlats fram av andra parter. Vad som sker här får framtiden utvisa.

Den ovanstående splittring som följer av det nya kollektivavtalade anställningsskyddet ger upphov till följande preliminära reflektioner från vår sida.

I sin rättsbildande funktion kommer Arbetsdomstolen parallellt få utveckla den närmare innebörden av dels det lagstadgade, dels det

[6] https://www.svensktnaringsliv.se/om_oss/storleksfordelning/. Statistiken uppdaterad 2021-01-07. Sidan senast besökt 2022-07-10.

kollektivavtalade anställningsskyddet.[7] Rättsbildningen om anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl kommer emellertid att ske utifrån principiellt olika premisser. Vid tillämpning av det lagstadgade anställningsskyddet kommer det att handla om att tolkningsvis försöka utröna lagstiftarens vilja med reglerna – och, som vi påtalat i annat sammanhang, kommer det finnas behov av att på särskilt sätt förhålla sig till äldre domstolspraxis. Vid tillämpning av det kollektivavtalade anställningsskyddet handlar det om att tolkningen ska utgå från parternas samstämmiga viljeförklaringar[8], och här finns det alltså inte på samma sätt någon äldre praxis som ska tillmätas betydelse.

Det är i Sverige vanligt förekommande att verksamheter ändras och växlar driftsform. I regionerna förekommer både privata och regiondrivna vårdcentraler, i kommuner förekommer både privat och kommunalt drivna äldreboenden. Statliga myndigheter kan välja att driva delar av sin verksamhet själv, eller att upphandla den på den privata marknaden. I och med den nya LAS får arbetsgivarens val av driftsform avgörande betydelse för anställningsskyddets innebörd. Exempelvis: för två vårdbiträden i en och samma kommun är anställningsskyddet olika beroende på vem som är huvudman. Verksamheter kan också överlåtas mellan arbetsgivare som är medlemmar respektive står utanför Svenskt Näringsliv på ett sådant sätt att de komplicerade reglerna om övergång av verksamhet blir tillämpliga (6 b § LAS och 28 § MBL). Det kommer bli en grannlaga uppgift att hantera dessa situationer praktiskt hos de enskilda arbetsgivarna.

[7] Om Arbetsdomstolens rättsbildande verksamhet, se Tore Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen i Tore Sigeman & Anders Victorin (red.), Arbetsrätten i utveckling – Studier tillägnade Folke Schmidt, 1977, s. 203 ff.

[8] Om kollektivavtalstolkning, se Jonas Malmberg, m.fl., Medbestämmandelagen: En kommentar Del I 1–32 §§, 2018, s. 203, ff., Mikael Hansson, Slita tvister och skapa prejudikat – Om kollektivavtalstolkning i Arbetsdomstolen, i Niklas Selberg & Erik Sjödin (red.), Lavalgenerationen – 2010-talets doktorsavhandlingar i arbetsrätt, 2019, s. 60, fn 31 med hänvisningar och Mikael Hansson, Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse, 2010, s. 218 ff. och särskilt s. 246 ff. om gemensam partsavsikt. Jfr t.ex. AD 2015 nr 66.

Effekten att olika sektorer av arbetsmarknaden har olika anställningsskydd anser vi (och Lagrådet[9]) inte leder till ökad förutsägbarhet för arbetsgivare och arbetstagare – det som ju var parternas främsta bevekelsegrund med den aktuella reformen. Parterna och regeringen framhåller själva vikten av att kollektivavtalade bestämmelser om anställningsskydd ska bli gällande för en stor del av arbetsmarknaden och att ”Möjlighet till branschvisa avvikelser skulle riskera att skapa en alltför stor variation”.[10] Den här variationen blir emellertid följden av det liggande förslaget.

Förutsättningarna på den statliga respektive privata sektorn ska i och med nya LAS återigen komma att skilja sig åt. Den utveckling som pågått på allvar sedan ’nya’ lagen (1994:260) om offentlig anställning som karaktäriseras av att den statliga anställningen i olika avseenden alltmer kommer att likna den privata[11] har avbrutits.

Den här uppdelningen av anställningsskyddet är en tydlig och delvis avsedd effekt av de nya LAS-reglerna. Självfallet kan det finnas goda skäl för ett särreglerat anställningsskydd för den statliga respektive kommun/region-sektorn. Detta förekommer i många andra länder. Det som är mindre enkelt att acceptera är att denna ordning genomförs mer i förbifarten och som en bieffekt av att lagstiftaren accepterat att ge vissa av arbetsmarknadsparterna initiativet och makten över reformer av en viss arbetsrättslig fråga. Den som sluter upp bakom ändringarna[12] i LAS bör vara medveten om den ovanstående implikationen av reformen.

I och med 2022 års LAS-regler blir det enhetliga anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl rättshistoria. Vilket skydd mot uppsägning en viss arbetstagare har blir avhängigt arbetsgivarens val såvitt gäller dels medlemskap i arbetsgivarorganisation, dels driftsform för verksamheten. Personer med samma yrke, verksamma i samma kommun och som är medlemmar i samma arbets-

[9] Se prop. 2021/22:176, s. 687 för Lagrådets yttrande av den 2022-03-03.
[10] Prop. 2021/22:176, s. 96.
[11] Jfr prop. 1993/94:65, s. 30 ff., t.ex. AD 2016 nr 74, AD 2018 nr 24, AD 1987 nr 122, AD 1999 nr 21, AD 1986 nr 108, AD 2017 nr 31.
[12] Om parterna se Ds 2021:17 och politikerna i lagstiftningsärendet som nämns i fotnot 3.

tagarorganisation kommer med nya LAS att kunna arbeta i skuggan av olika regler om anställningsskydd.

2022 års reformer av LAS är mångbottnade och även för oss med tränat arbetsrättsligt öga uppstår nya frågor varje gång vi återvänder till texterna som innehåller ändringsförslagen. Vi går alldeles säkert en spännande – oförutsägbar – framtid till mötes också i arbetsrätten.

Författarpresentationer

Caroline Ferngren har en bakgrund som journalist och tog juristexamen vid Lunds universitet 2020. Idag arbetar hon som adjunkt vid Malmö universitet och undervisar i framförallt arbetsrätt men också diskriminering, migration och mänskliga rättigheter. Särskilda intresseområden är kompetensutveckling på arbetsmarknaden samt intermittenta anställningar.

Sabina Hellborg är jur.dr och universitetslektor i civilrätt vid Institutet för social forskning (SOFI), Stockholms universitet. I sin forskning behandlar Hellborg frågor som rör diskriminering, tillgänglighet samt arbetsplatsmobbning, med ett särskilt intresse för ansvarsfrågor av ämnesöverskridande karaktär – exempelvis samspelet mellan de arbetsrättsliga och skadeståndsrättsliga och EU-rättsliga regelverken. Hellborg undervisar huvudsakligen i arbetsrätt vid Institutet för social forskning, men även på kurser i skadeståndsrätt och EU-rätt.

Petra Herzfeld Olsson är professor i arbetsrätt vid juridiska institutionen, Stockholms universitet. Herzfeld Olssons forskning behandlar i stor utsträckning internationella aspekter av arbetsrätten och hur arbetsrätten samspelar med andra rättsområden som utlänningsrätten, europarätten och regleringen av mänskliga rättigheter. Herzfeld Olsson är biträdande kursföreståndare för Civilrätt C på juristprogrammet vid Stockholms universitet med särskilt ansvar för arbetsrätten och kursföreståndare för specialkurserna Arbetsrätt och The Global

Labour Market and International Labour Law. Petra Herzfeld Olsson är ledamot i ILO:s föreningsfrihetskommitté och där talesperson för den grupp som företräder regeringssidan.

Johan Holm är jur.dr och universitetslektor i rättsvetenskap vid Juridiska institutionen, Umeå universitet där han är verksam i forskargrupperna Rätten, välfärden och arbetsmarknaden samt Digital rättsvetenskap. Holms forskning handlar särskilt om arbetsmiljörättsliga frågor och hur utformningen av rättsliga krav påverkar möjligheterna till rättsligt genomdrivande. Han undervisar i arbetsrätt och arbetsmiljörätt på bland annat juristprogrammet, personalvetarprogrammet och i kurser för yrkesverksamma inom arbetsrätt och arbetsmiljö.

Caroline Johansson är biträdande lektor i civilrätt vid juridiska fakulteten, Uppsala universitet. Hon disputerade 2018 på avhandlingen Tjänstepensionen möter EU-rätten, i vilken relationen mellan den svenska arbetsmarknadsmodellen och EU:s inre marknad undersöktes. Hennes forskning rör främst frågor kopplade till den svenska arbetsmarknadsmodellen, avtalsförsäkringar och svensk arbetsrätt i relation till EU-rätten.

Bernard Johann Mulder är professor vid Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet vid Universitetet i Oslo. Mulder ansvarar för arbetsrättsämnet och leder forskargruppen Arbeidsrettsgruppen och programmet Arbeidsrettslig fagutvikling. Hans forskningsintressen angår anställningsförhållandet vid verksamhetsövergång, kollektivarbetsrättsliga spörsmål och allmän avtalsrätt. Mulder undervisar i kollektiv arbetsrätt och juridisk metod och han handleder mastersstudenter, vetenskapliga assistenter och doktorander.

Birgitta Nyström är professor i civilrätt vid juridiska fakulteten, Lunds universitet. Hennes forskning har främst rört arbetsrätten, med tonvikt på den kollektiva arbetsrätten och de svenska och nordiska arbetsrättssystemen i förhållande till EU-rätten. Hon har innehaft Fortes specialprofessur i arbetsrätt och varit ledamot av Europarådets sociala kommitté. Hon är ledamot av ACLU:s (Affärsrättsligt Centrum vid Lunds Universitet) styrelse. Hon har en omfattande arbetsrättslig forsknings-

produktion som ofta har en förmögenhetsrättslig inriktning. Hon har även erfarenhet av arbetsrättsligt utrednings- och lagstiftningsarbete.

Niklas Selberg är docent och universitetslektor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet, där han är verksam vid Affärsrättsligt centrum (ACLU) och Health Law Research Centre. Selbergs forskning handlar bl.a. om den rättsliga regleringen av arbetsmarknaden, arbetskraftsmigration, arbetsmiljö och diskriminering. Ett särskilt forskningsintresse avser företagshemligheter samt rättssystemet i relation till plattformsarbete, den s.k. gig-ekonomin, automatisering, algoritmer och robotisering. På juristprogrammet undervisar Selberg bl.a. i olika arbetsrättsliga ämnen, bolagsrätt samt juridisk teori och metod.

Erik Sjödin är docent i civilrätt och universitetslektor vid Institutet för social forskning (SOFI), Stockholms universitet. Han disputerade 2015 vid juridiska fakulteten, Uppsala universitet på en avhandling med titeln Ett europeiserat arbetstagarinflytande. Därefter har han forskat om bl.a. utstationerade arbetstagare, EU-rättens möte med och infogande i svensk arbetsrätt, samt även exploatering på arbetsmarknaden. Sjödin undervisar främst i arbetsrätt inom ramen för programmet AKPA som ges vid SOFI.

Lena Svenaeus är jur.kand. och fil.dr i rättssociologi. Hennes avhandling, ”Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män” handlar om lönediskriminering och motståndet mot jämställda löner mot bakgrund av maktfördelningen enligt den s.k. svenska modellen. Svenaeus, som har domarbakgrund, är numera knuten till den rättssociologiska institutionen i Lund och även ledamot i styrelsen för antidiskrimineringsbyrån *Malmö mot Diskriminering*. Hon har dessförinnan bl.a. arbetat som arbetsmiljöråd på svenska ambassaden i Kanada, varit Jämställdhetsombudsman (JämO) samt tjänstgjort som chefsjurist på Akademikerförbundet SSR. Svenaeus’ forskningsintresse avser ”access to justice” enligt EU-rätt och svensk lag, analys av metoder för att bekämpa diskriminering och ansvarsfrågor inom sjukvården.